

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

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

ANO XXVI — 1º Trimestre 2000 — N. 89
Florianópolis — SC
2001

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

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

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

Diretor: Des. Francisco Xavier Medeiros Vieira

Comissão de Jurisprudência:

Des. João José Ramos Schaefer — *Presidente*

Des. Anselmo Cerello

Des. Pedro Manoel Abreu

Des. José Trindade dos Santos

Des. Carlos Alberto Silveira Lenzi

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

Diretor de Infra-Estrutura:

Mauro Camillo Duarte

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

Praça da Bandeira, n. 208

Caixa Postal n. 427

88 020-901 — Florianópolis — SC

Telefone (48) 221 1213

Fax (48) 221 1200

Telex 481108/482610

Tiragem: 3.000 exemplares

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE. Tribunal de Justiça.

Florianópolis, SC, 1973 —

Trim.

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

periodicidade irregular de 1891 a 1972

CDU — 340.142 (816.4) (05)

CDD — 34005

SUMÁRIO

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA	V
DOCTRINA	
Os fundamentos da Bioética e o Direito — Volnei Ivo Carlin, Desembargador	3
Juizados especiais no âmbito da justiça federal — Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Ministro do STJ	13
A desconsideração da personalidade jurídica — <i>Disregard Doctrine</i> — Antonio Carlos Bottan, Juiz de Direito aposentado; Carlos Leandro da Costa Roslindo, Bacharel em Direito e Gislaíne Mohr, Acadêmica de Direito	25
Transexualismo — aspectos jurídicos e bioéticos — Rode Anélia Martins, Mestranda da UFSC	33
JURISPRUDÊNCIA CÍVEL	
Mandados de Segurança	45
Apelações Cíveis em Mandados de Segurança	53
Apelações Cíveis	87
Agravos de Instrumento	286
Agravo no Agravo de Instrumento	379
Ação Direta de Inconstitucionalidade	408
Ação Rescisória	412
Embargos de Declaração na Apelação Cível	422
Embargos de Divergência	425
JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL	
Habeas Corpus	431

Recursos Criminais	469
Apelações Criminais	481
Conflito de Jurisdição	638
Inquérito.....	641
Recursos de Agravo	644
Revisões Criminais	697
JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVA	
Ações Diretas de Inconstitucionalidade.....	703
JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	
Ação Direta de Inconstitucionalidade.....	719
JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	
Recurso Especial.....	725
VICE-PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA	
Recurso Especial.....	733
Recurso Extraordinário	736
NOTICIÁRIO	
109º Aniversário de Instalação do Tribunal de Justiça.....	741
ÍNDICE NUMÉRICO	759
ÍNDICE POR ASSUNTO	765

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (maio de 2001)

TRIBUNAL PLENO

Presidente

Des. Francisco XAVIER Medeiros VIEIRA

Vice-Presidente

Des. JOÃO JOSÉ Ramos SCHAEFER

Corregedor-Geral da Justiça

Des. WILSON GUARANY Vieira

Des. JOÃO MARTINS

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO

Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR

Des. ALBERTO Luiz da COSTA

Des. Antônio Fernando do AMARAL E SILVA

Des. ANSELMO CERELLO

Des. GENÉSIO NOLLI

Des. JORGE MUSSI

Des. FRANCISCO BORGES

Des. CARLOS PRUDÊNCIO

Des. José GASPAS RUBIK

Des. PEDRO MANOEL ABREU

Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES

Des. José TRINDADE DOS SANTOS

Des. João Eduardo de SOUZA VARELLA

Des. Carlos Alberto SILVEIRA LENZI

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA

Des. NEWTON TRISOTTO

Des. SÉRGIO Torres PALADINO

Des. MAURÍLIO MOREIRA LEITE

Des. SOLON D'EÇA NEVES

Des. José MAZONI FERREIRA

Des. VOLNEI Ivo CARLIN

Des. IRINEU JOÃO DA SILVA

Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS

Des. VANDERLEI ROMER

Des. RUY PEDRO SCHNEIDER

ÓRGÃO ESPECIAL

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

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

CONSELHO DA MAGISTRATURA

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

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

SEÇÃO CIVIL

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

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

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

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

Des. JOÃO MARTINS — **Presidente**

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO

Des. José GASPAR RUBIK*

Des. NEWTON TRISOTTO

Des. VOLNEI Ivo CARLIN

Des. LUIZ CEZAR MEDEIROS

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

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

Des. PEDRO MANOEL ABREU — **Presidente**

Des. José TRINDADE DOS SANTOS

Des. Carlos Alberto SILVEIRA LENZI

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA

Des. SÉRGIO Torres PALADINO

Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR*

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

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

Des. ANSELMO CERELLO

Des. CARLOS PRUDÊNCIO

Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES

Des. José MAZONI FERREIRA

Des. VANDERLEI ROMER

Des. RUY PEDRO SCHNEIDER

PRIMEIRA CÂMARA CIVIL

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

Des. CARLOS PRUDÊNCIO — **Presidente**

Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES

Des. RUY PEDRO SCHNEIDER

SEGUNDA CÂMARA CIVIL

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

Des. ANSELMO CERELLO — **Presidente**

Des. José MAZONI FERREIRA

Des. VANDERLEI ROMER

TERCEIRA CÂMARA CIVIL

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

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

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA

Des. SÉRGIO Torres PALADINO

QUARTA CÂMARA CIVIL

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

Des. PEDRO MANOEL ABREU — **Presidente**

Des. José TRINDADE DOS SANTOS

Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR*

QUINTA CÂMARA CIVIL

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

Des. JOÃO MARTINS

Des. José GASPAS RUBIK*

Des. VOLNEI Ivo CARLIN

SEXTA CÂMARA CIVIL

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

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO

Des. NEWTON TRISOTTO

Des. LUIZ CEZAR MEDEIROS

CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS

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

Des. ALBERTO Luiz da COSTA*

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

Des. GENÉSIO NOLLI

Des. JORGE MUSSI

Des. João Eduardo de SOUZA VARELLA

Des. MAURÍLIO MOREIRA LEITE

Des. SOLON D'EÇA NEVES

Des. IRINEU JOÃO DA SILVA

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

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

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

Des. GENÉSIO NOLLI

Des. João Eduardo de SOUZA VARELLA

Des. SOLON D'EÇA NEVES

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

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

Des. ALBERTO Luiz da COSTA*
Des. JORGE MUSSI— **Presidente**
Des. MAURÍLIO MOREIRA LEITE
Des. IRINEU JOÃO DA SILVA

CÂMARA CIVIL ESPECIAL

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

Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR
Dr. NILTON João de MACEDO MACHADO
Dr. ELÁDIO TORRET ROCHA
Dr. JAIME RAMOS

CÂMARA ESPECIAL — PROCESSOS CÍVEIS

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

Dr. ELÁDIO TORRET ROCHA — **Presidente**
Dr. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS

CÂMARA ESPECIAL — PROCESSOS CRIMINAIS

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

Dr. NILTON João de MACEDO MACHADO
Dr. José Antônio TORRES MARQUES

JUÍZES DE DIREITO SUBSTITUTOS DE SEGUNDO GRAU

Dr. NILTON João de MACEDO MACHADO
Dr. ELÁDIO TORRET ROCHA
Dr. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS
Dr. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU
Dr. José Antônio TORRES MARQUES
Dr. WILSON Augusto do NASCIMENTO
Dr. SÉRGIO Roberto Baasch LUZ
Dr. JAIME RAMOS
Dra. MARIA DO ROCIO Luz SANTA RITTA

JUÍZES CORREGEDORES

Dr. NICANOR CALÍRIO DA SILVEIRA
Dr. TULIO JOSÉ MOURA PINHEIRO
Dr. ROBERTO LUCAS PACHECO

DIRETOR-GERAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dr. PERIANDRO ALVES BALBINO

DIRETOR ADJUNTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dr. ARI DORVALINO SCHÜRHAUS

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

Dr. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU — Des. José GASPAR RUBIK

Dr. José Antônio TORRES MARQUES — Des. ALBERTO Luiz da COSTA

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

DOCTRINA

OS FUNDAMENTOS DA BIOÉTICA E O DIREITO*

Volnei Ivo Carlin**

SUMÁRIO: Introdução. Delimitação do tema. Princípios fundamentais da Bioética (direitos fundamentais da Bioética, segundo Guy Durrant). Bioética de fronteira e bioética cotidiana. Bioética e Direito. Ética e Bioética na contemporaneidade. Considerações finais.

* Conferência proferida por ocasião da 1ª Semana de Estudos Jurídicos realizada de 23 a 26/5/00 no Tribunal do Júri do Fórum da Capital/SC, numa promoção do Centro de Estudos Jurídicos (CEJUR) do Tribunal de Justiça, Univali — campus Biguaçu, e Centro Acadêmico de Direito de Biguaçu. (Mais de 600 pessoas, entre magistrados, membros do Ministério Público, professores e acadêmicos de Direito, assistiram a esta conferência.)

** Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina; doutor em Direito pela Université des Sciences Sociales de Toulouse I, França; pós-doutor pelo Instituto de Altos Estudos Jurídicos de Paris; desembargador no Tribunal de Justiça/SC; juiz titular eleitoral do TRE/SC; coordenador de pós-graduação do Núcleo de Estudos Avançados no Centro de Estudos Jurídicos do TJSC — CEJUR; professor do curso de pós-graduação em Direito na UFSC dos programas de mestrado e doutorado para as disciplinas: Direito Administrativo, Direito Administrativo Comparado, Biodireito e Bioética; professor convidado do curso de pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Itajaí (CMCJ) para as mesmas disciplinas; estágio profissional na École Nationale de la Magistrature e também na Cour de Cassation da França; autor de livros, destacando-se: *Deontologia Jurídica: Ética e Justiça*. Florianópolis, Obra Jurídica, 1996; e *Ética e Bioética*. Novo direito e ciências médicas. Florianópolis: Terceiro Milênio, 1998 (esgotado).

Quando se fala em inseminação artificial, mãe de aluguel, esterilização, fecundação *in vitro*, estatuto do embrião, suicídio assistido, estado civil dos transexuais, manipulação ou engenharia genética, teste genético com a impressão em DNA, aborto, eutanásia, aids, violência, clonagem, doação e transplante de órgãos e tecidos, experimentação em seres humanos, controle da dor e fronteiras da vida, os desafios do sistema de saúde e das relações entre os indivíduos, está-se falando de Bioética.

Mas em que ela consiste?

A Bioética é uma disciplina (ciência) que vem despertando crescentemente o interesse e a conscientização popular. Entende-se como uma maneira de regulamentação das novas práticas biomédicas, atingindo três categorias de normas: deontológicas, éticas e jurídicas, que exigem comportamento ético nas relações de biologia, medicina e Direito. Corresponde a tudo que diz respeito à vida (bio + ética), ou seja, é a ética da vida ou do vivo.

Encontra seu campo de atuação na nova consciência dos direitos individuais e sociais, notadamente na nova ordem ética que os progressos tecnológicos e científicos têm suscitado.

A Bioética corresponde, sem dúvida, a uma verdadeira revolução cultural. Nascida nos Estados Unidos na década de 60, provocou um choque na mentalidade da época.

Segundo Marco Segre, é a parte da ética que enfoca as questões referentes à vida humana, portanto à saúde. Tendo a vida como objeto de estudo, trata também da morte. Tudo o que é vida lhe compete. Não tem fronteiras e daí não ser definida a exemplo de outras disciplinas. Bobbio diz pertencer aos direitos de quarta geração. Trata da natureza, da flora, da fauna e da vida humana.

A Bioética começa a ganhar expressão a partir do aparecimento do termo em 1970, introduzido por Van R. Potter, que o utilizou para designar uma nova *ciência da sobrevivência*, ou ciência dos sistemas vivos (*bio*) e do conhecimento dos sistemas de valores humanos (*ética*). A Bioética procura melhorar a qualidade de vida (Potter).

A Bioética enfim surge da necessidade de desvendar as novas relações humanas oriundas das tecnologias de reprodução e criação da vida. Busca respostas aos dilemas éticos que envolvem os seres humanos neste fim de milênio.

A popularidade e a natureza da Bioética só serão compreendidas quando relacionadas com outras palavras e disciplinas, como a moral, a ética, a deontologia e o Direito.

O vocábulo *bioética* foi escolhido também por estar menos ligado a uma abordagem religiosa e porque traz para si a idéia de interdisciplinaridade.

As grandes transformações do mundo atual geraram os ditos *novos direitos* que têm criado dificuldades para a ciência jurídica, especialmente em função da forma como está articulada. Há um distanciamento entre a ciência apreendida e a experiência vivida. Esses direitos têm muito a ver com o conceito de cidadania. O que se deve discutir é a insuficiência das proteções e a efetivação desses novos direitos. É a teoria do garantismo, implantada por Luigi Ferrajoli.

Delimitação do tema

Próximo o início do terceiro milênio, deve-se efetuar um balanço das realizações e problemas por que atravessa a humanidade e do legado deixado às novas gerações. Como será o mundo do século XXI? Quais os desafios a enfrentar? Que condições de vida e saúde vai-se ter daqui em diante?

O certo é que se vai necessitar de uma ética que ultrapasse os interesses individuais e corporativistas, abrindo perspectivas ao futuro. Vê-se, no século que se encerra, a marca de três megaprojetos:

— Projeto *Manhattan*, que descobriu o átomo e o utilizou como energia nuclear (Hiroshima e Nagasaki, 1945).

— Projeto *Apollo*, que jogou o homem no coração do cosmos, ao levá-lo a pisar na Lua pela primeira vez (1969); começa-se então a falar de vida em outros planetas.

— Projeto *Genoma Humano*, que levou o homem ao mais profundo estágio de si mesmo: ao nível de sua herança biológica. Desse projeto nasceu a descoberta do século — o DNA (Watson e Crick, 1953). É a terceira grande revolução dos últimos cem anos, a *revolução biológica*. No futuro, o fio condutor da própria economia será a engenharia genética. Entreabre-se um novo cenário, e realidade e ficção científica darão as mãos. Surge aí a possibilidade de *um admirável mundo novo* de que nos fala Aldous Huxley.

Que benefícios esses avanços científicos trarão à humanidade?

No Brasil, por exemplo, o teste genético para determinar a maternidade ou paternidade, com o uso da impressão digital em DNA, presta-se a uma das tecnologias mais refinadas; surge a carteira de identidade

genética; são detectadas doenças; as relações de trabalho alteram-se (Potter, 1971). Daí os diversos congressos realizados para discutir as questões e os problemas da Bioética relacionados com o início e fim da vida, com a venda de órgãos e com a procriação assistida.

Princípios fundamentais da Bioética (direitos fundamentais da Bioética, segundo Guy Durant)

O conceito de Bioética é extensíssimo e controvertido, porque seguramente fica aquém de suas fronteiras. O que interessa aqui é entrelaçar a vida humana, a ética e o Direito.

Há que se estudar o homem como ser biológico: desde o patrimônio genético, passando pelo embrião, até o cadáver, valorando tudo à luz da ética e do Direito.

Ao lado dessas regras, a Bioética estabeleceu os princípios clássicos que a norteiam. Refletir sobre Bioética é refletir sobre fatos e princípios.

As articulações da Bioética assentam-se num tripé nem sempre harmonioso: médico (beneficência), paciente (autonomia) e sociedade (justiça). Exige constantemente critérios de decisão. Daí ser a Bioética a *disciplina da reciprocidade* (Maurice de Wachter) ou da alteridade.

Beneficência – do latim *bonum facere*, “fazer o bem” ao paciente. É o critério mais antigo da ética médica. Enquanto houver seres humanos que sofram e necessitem de atenção médica, não há escusas. Aliás *fazer o bem, não causar dano, cuidar da saúde, favorecer a qualidade de vida* constituem as máximas da moral de beneficência. E o princípio da caridade — não faça sofrer — indica uma espécie de exigência mínima. É agir sempre no sentido de proporcionar o maior benefício possível para o paciente (Guy Durant).

Autonomia (ou autodeterminação) — diz respeito à vontade racional do homem de fazer leis para si mesmo. Como critério ético significa a própria emancipação da razão humana, a faculdade de autogovernar-se, de ser e agir como sujeito. Repousa sobre as estreitas relações de confiança entre o paciente e o médico (espécie de contrato que se opera diferentemente entre capazes e incapazes — consentimento livre e consentimento substitutivo). Baseia-se na dignidade do ser humano. Impede que uma pessoa explore a outra, impondo-lhe a sua própria vontade. É o postulado da democracia.

Justiça — é o princípio que obriga a garantir a distribuição equitativa e universal dos benefícios da saúde pública. Luta pela saúde, como parte da consciência de cidadania, até estabelecê-la como direito de todos. As teorias que sustentam o princípio são igualdade social, bem-estar coletivo e proporcionalidade natural.

Bioética de fronteira e bioética cotidiana

A *bioética de fronteira* ocupa-se das novas tecnologias biomédicas aplicadas às fases nascente e terminal da vida; já a *bioética cotidiana* é voltada à exigência de humanizar a medicina, como também à sua evolução científica e à socialização da assistência sanitária. Trata-se dos problemas éticos da maioria das pessoas, que vão desde o acesso aos serviços de saúde, da educação para a saúde, à distribuição dos remédios. O próprio termo *saúde* é tomado no sentido abrangente: condições de alimentação, trabalho, lazer, liberdade, que podem gerar grandes desigualdades. Aqui se situam os principais desafios da Bioética no Brasil e na América Latina.

Bioética e Direito

Para levar a cabo a tarefa de construir uma Bioética aplicada às diversas disciplinas, devem ser observadas as transformações internas a que as mudanças culturais e científicas as submetem e que acabam por modificar os seus próprios fins. Para regular todas as práticas biomédicas é que surgiu a Bioética.

A medicina, por exemplo, sofreu uma notável mudança nas últimas décadas. Os fenômenos culturais modificaram vertiginosamente seus fins: *da arte de curar chegou-se à arte de esculpir o corpo humano*. A clássica medicina curativa abriu espaço para a medicina preventiva e outras, como formas de expressão: a) *preditiva* — *preventiva* (neologismo, 1970) — permite prever a aparição de enfermidades (na genética, os diagnósticos pré-natais); b) *psicocondutiva* — medicina de controle da mente e da conduta (psicoterapia, terapias de comportamento); c) *paliativa* — aponta o conforto e a qualidade de vida aos pacientes em estado terminal; d) *permutativa* — abrange transplantes, procriação assistida e engenharia genética; e) *perfectiva* — propõe-se a melhorar a condição humana (cirurgia estética, terapias genéticas).

Está-se diante de uma outra visão de vida e portanto de novos desafios éticos. O grande dilema é saber o que fazer e aonde se vai chegar neste momento em que o homem afasta-se da idéia de *julgar-se a imagem de Deus* para o oposto: *Deus a imagem do homem*.

A indústria da saúde não vai por si mesma conter-se. Os médicos não foram preparados para os desafios das ciências médicas. E sem dúvida o propósito será limitá-las, pô-las dentro de marcos éticos razoáveis, usando para tanto o Direito. Este tem-se revelado insuficiente e incapaz de equacionar as práticas nascidas na evolução científica por demais rápida.

Pergunta-se: as práticas médico-científicas devem, ou não, ser controladas? A liberdade de pesquisa é absoluta?

Para os bioeticistas europeus, na vida de hoje há estreita relação entre o Direito e a Bioética. Segundo eles, o comportamento humano desenvolve-se, em linhas gerais, de uma maneira regrada, pois — por ser moral e juridicamente aceitável — segue normas que conduzem a uma certa segurança, as quais podem denominar-se *legalismos em Bioética*.

As dificuldades acerca da procriação, da esterilidade, dos direitos do paciente e das confidências inquietam os bioeticistas. No entanto todos esses problemas devem ser discutidos em nível geral, formal e abstrato. E assim se entra numa discussão biomédica a conduzir as regras gerais e princípios para os quais, de uma hora para outra, o Direito foi solicitado. Os juristas estão sendo provocados a intervir de forma útil nos debates, para reequilibrar o descompasso entre as ciências médicas e as normas jurídicas.

Com isso vê-se que a Bioética não trata exclusivamente das questões do atuar, mas também do pensar. A ética não pode alcançar e muito menos antecipar a tecnologia, legitimando-a. Não obstante todas as dificuldades, subsiste um número de estruturas culturais permanentes — a ética, a medicina e o Direito — que têm vigência intertemporal talvez o suficiente para servir de base à resolução dos problemas que se põem, quando as regras particulares não se ajustam ao caso concreto.

O Direito portanto parece ser a tábua de salvação quando se apresenta uma nova e complexa questão — vida, morte, eutanásia, terapia, distribuição de recursos médicos, ecologia.

Pode-se afirmar que há uma estreita relação entre a Bioética e o Direito (jurisdicização dos comportamentos sociais concernentes aos fenômenos bioéticos). Este deve ter necessariamente seu suporte, sua base, seu fundamento na ética e na moral, um sistema legal que o assista, por-

que ética e Direito estão vinculados, inclusive têm princípios comuns. A nota distinta é que as regras jurídicas possuem coercitividade.

Do exposto sobressai a necessidade de legislar sobre os dilemas bioéticos, de um enquadramento legislativo não sobre algumas condutas duvidosas que acarretariam o risco de ser reputadas lícitas porque não expressamente proibidas, mas sim que garanta o respeito aos direitos fundamentais do homem.

A questão da política legislativa é definir como ocorrerá essa transformação semântica do Direito. Muitas vezes deve-se anunciar primeiro os princípios gerais do *dever ser* para depois os do *poder ser*.

No direito comparado pode-se dizer, por exemplo, que há legislação sobre a procriação assistida na Espanha, França e Alemanha (nesta só em matéria penal). Na Argentina não há legislação, ainda que existam vários projetos. No Brasil, a Lei n. 8.974/95, que dispõe sobre o uso de técnicas de engenharia genética, proíbe a produção, o armazenamento ou a manipulação de embriões humanos destinados a servir como material biológico disponível.

Além disso, existem certos códigos supranacionais (Declaração de Genebra, 1948; da Assembléia Geral da Associação Médica Mundial, emendada pela Declaração de Sidney de 1968; Código Internacional de Ética Médica, Londres, 1949, e Declaração de Oslo, de 1970; de Tóquio, 1975; Conselho da Europa, de 1976) e códigos nacionais (Código de Deontologia Alemão, 1945, e Código de Deontologia Espanhol, 1979). Há problemas que se apresentam por falta de legislação, prevalecendo o princípio de que, não se proibindo, permite-se. Urge legislar sobre o assunto sem perder de vista, no entanto, que todo texto jurídico desdobra-se em *conseqüências sociais futuras*.

Advirta-se, na oportunidade, que a legislação exige um estudo interdisciplinar em que é fundamental o tripé Biologia—Ética—Direito.

Ao Direito compete indicar os procedimentos apropriados para que as decisões tenham todas as chances de resolver os problemas suscitados pelas novas tecnologias (legitimidade da inseminação, anonimato do doador de sêmen, barrigas de aluguel, inseminação de mulheres solteiras, para citar apenas algumas situações polêmicas).

Vê-se que hoje, como ontem, devem marchar juntas as ciências da natureza e as normativas para que o progresso se faça a serviço do homem e em razão dele, e não em seu detrimento ou para a sua destruição.

A Bioética pretende estabelecer um *movimento* de forma original e sistemática de reflexão, voltado à *gestão responsável* dos poderes que a medicina contemporânea adquiriu na busca de um novo referencial ético.

Enfim, qual o papel reservado ao Direito?

Fala-se em vazio jurídico. Cabe à lei ajustar-se ao fundo moral de uma sociedade, retomando seus valores comuns e fundamentais. Os desafios são muitos, é verdade. Vão desde fecundar um óvulo fora do útero, incluindo os embriões excedentes e a manipulação dos genes, até o fenômeno da clonagem.

Ética e Bioética na contemporaneidade

Realmente se está diante de mudanças estruturais neste século: a humanidade trocou o arado pela máquina; a entrada da mulher no mercado de trabalho acarretou enorme virada no conceito de família; o nascer, o morrer, o viver caem nas mãos da medicina, derrubando convicções e tradições; a ciência passou a controlar um a um os projetos em curso para desvendar todo o código genético; vive-se a era da informática, e a velocidade das informações impressiona. Naturalmente essas transformações desafiam todos os códigos de ética, as argumentações filosóficas e os dogmas religiosos.

Dois alterações são apontadas no campo da ética: passagem da micro para a macroética e a discussão pública dos assuntos éticos em jornais, televisão, grupos, associações, comunidades políticas, sindicatos, entre outros.

Os cidadãos passaram a debater a eticidade das formas de natalidade, eutanásia, pena de morte, homossexualidade e aborto. Ademais, são instados a intervir nas discussões sobre a ética na política, na economia, na administração pública, na ecologia, no Direito e na tecnologia. Logo a micro e a macroética — longe de serem áreas restritas a especialistas — ganharam uma característica pública e política. Por exemplo, a autoridade pública legisla sobre a limitação ou estímulo da natalidade ou sobre a pena de morte sem interferência maior de concepções religiosas ou filosóficas, mas legitimamente reserva-se o direito de definir em lei as conclusões da comunidade. Resta saber como avaliar isso tudo.

A previsibilidade é de que, em face dessas profundas mudanças nas relações entre pais e filhos, haverá uma pressão por óvulos, espermatozoides, embriões, fetos e crianças perfeitas.

Como na Alemanha nazista — e aí o ponto crucial —, os cientistas estão organizando as idéias para ser aproveitadas pelos legisladores e divulgadas pela imprensa sem uma discussão pública que permita pôr a nu quem fez os julgamentos e em nome de quem.

Está-se sendo empurrado em direção a uma civilização eugênica, com manipulação do genoma. Aliás, diz Pessini, “estamos em um mundo em que algumas sociedades pressionam os casais a não transmitir determinadas características genéticas a seus filhos, por causa do custo elevado que os cuidados com sua saúde teriam, como se fossem uma sobrecarga”.

Mas quem determinará o que constitui essa sobrecarga? Que critérios servirão para estabelecer os genes bons e os maus? Quem será o responsável pelas alterações no genoma humano? Na verdade, ninguém sabe, concretamente, o que os *deuses da ciência* estão planejando ou reservando aos mortais nem os riscos de tudo isso. Não há controle social para essas coisas.

As manipulações genéticas representam esperanças e ameaças para a humanidade. As esperanças estão resumidas nas perspectivas de cura de inúmeras doenças, medicamentos mais eficazes e grande produção de alimentos; já as ameaças são o impacto ecológico disso tudo. Restam então duas questões: quem são os donos de todos esses saberes? e quem os controla?

Considerações finais

A Bioética é essencialmente um novo modo de pensar na plena realização do homem e na melhoria de sua qualidade de vida. Apresenta-se como um verdadeiro curso de cidadania, pois leva a despertar perplexidades e preocupações, além de acionar mecanismos íntimos para reflexão crítica e processo de amadurecimento.

Deve guardar proximidade com a ética e o princípio da razoabilidade. É na Bioética que se encontra o fenômeno da internormatividade, envolvendo o social, o político e o jurídico, tendo em vista que o modelo existente está exaurido e é necessário buscar outros paradigmas.

JUIZADOS ESPECIAIS NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL *

Ruy Rosado de Aguiar Júnior

Ministro do STJ

Venho tratar dos Juizados Especiais Federais. Gostaria de lhes dizer inicialmente que, acredito, passará por esse caminho, necessariamente, a modificação que se queira fazer para a efetiva melhoria da prestação jurisdicional no Brasil.

Importância dos Juizados Especiais

Evidentemente, outras medidas e outros remédios deverão ser adotados. Mas o primeiro deles e, certamente, a mais pronta resposta para a justa crítica que a sociedade faz, reclamando da lentidão da justiça, o que poderá oferecer solução mais imediata é a efetivação da idéia dos Juizados Especiais. Acredito, e os senhores talvez concordem comigo, que, das causas em Juízo, mais de 90% podem ser resolvidas ao redor de uma mesa, em uma audiência a que compareçam as partes, com seus advogados e suas provas, o conciliador e o juiz. A solução conciliada é obtida em média em mais da metade dos casos; se não, é possível a sentença na mesma audiência.

* Conferência proferida na 5ª Jornada Brasileira sobre temas da Justiça Federal, realizada em Florianópolis, em 21/9/2000.

Tirante lá uma ação de usucapião, que dependa de prova demorada sobre a posse, de uma ação demarcatória que precise de trabalho de campo, de ação de desapropriação de área muito valiosa, tirante essas demandas, todas as demais podem ser resolvidas desse modo.

Então, se isso é assim, se mais de 90% das nossas causas podem ser resolvidas dessa forma, por que não o são?

A cultura do formalismo

É porque temos o vício do formalismo, a cultura da burocracia. Acreditamos é no carimbo. Ainda ontem, o Tribunal discutia se era preciso, ou não, o reconhecimento de firma de procuração outorgada a um advogado. Já existem dois diplomas dizendo que não precisa. Há mais de vinte anos, foi publicado decreto proibindo, nas repartições federais, exigir-se o reconhecimento de firma. Todos nós sabemos que o reconhecimento de firma por semelhança é nada, não autentica nada, não reconhece nada, não vale nada.

No entanto, se o documento não tem reconhecimento de firma, ele é recusado. Isso é o quê? É o amor ao carimbo, pela simples forma. Nós anulamos um processo, não porque o ato tenha causado prejuízo a alguém, mas tão-somente porque descumprida a forma. No meu tribunal, exigia-se, por exemplo, em agravo de instrumento, que todas as folhas xerocopiadas fossem autenticadas. Os tribunais destacam diversos funcionários para autenticar documentos dos agravos que sobem para o STF e o STJ. Nunca vi, certamente os senhores nunca viram um papel falso num agravo de instrumento. Então, por que a exigência da autenticação? É o amor ao carimbo. E essa cultura é antiga, e somente a venceremos se nos conscientizarmos de que pode ser diferente.

Por causa disso, temos uma justiça burocratizada, formalizada, necessariamente demorada, mais preocupada com a forma do que com a efetividade da resposta. Como não podemos comandar o ingresso das demandas, a quantidade de serviços que nos vem, de um certo modo nos descomprometemos com o resultado. O que leva à situação em que estamos.

O Juizado Especial tem uma idéia-força que não é própria da cultura latina, é mais aproximada da anglo-saxônica, a qual dá mais poderes aos juízes e lhes permite mais liberdade para compor os interesses das partes.

O sistema do Juizado permite até a dispensa dos autos, elimina o dossiê. Basta que o autor compareça ao cartório para fazer a sua reclamação, a ser registrada em computador, com cópia remetida ao réu, pelo correio. No dia da audiência, as partes trazem seus documentos e demais provas, tudo registrado resumidamente, mais o acordo e a sentença. Ao final, cada um sai com os seus documentos e cópia dos atos. Assim, fica eliminado o lugar onde apor carimbos e lançar despachos protelatórios.

Nós temos no Brasil, é preciso reconhecer, um processo civil extremamente bem pensado, logicamente perfeito. É uma das melhores leis processuais que existem no mundo ocidental, porque é bem estruturado, possui bons conceitos, classificações abrangentes, bons procedimentos, as suas idéias são bem elaboradas. O problema é que o seu funcionamento nos levou à situação em que estamos hoje. E a tendência é a de que piore, porque cada vez teremos mais demandas, e os recursos orçamentários para a manutenção dos serviços serão sempre mais escassos, com limitações legais de toda a ordem, como se nota da legislação mais recente.

O excesso de recursos na Justiça Comum

Hoje, quem administra o processo na primeira instância? Não é mais o juiz. É o tribunal. O juiz manda expedir um ofício e a parte recorre; o Tribunal ordena a remessa do ofício, e a parte reclama: 'não fui intimada da resposta'. Há novo agravo, e o tribunal manda intimar a parte do ofício que chegou. Os juízes de primeiro grau se despreocupam do andamento do processo porque a determinação do que deve ser feito vem do tribunal, que, por sua vez, recebe uma sobrecarga de serviço.

Tramita no Senado Federal a emenda constitucional de reforma do Poder Judiciário. A idéia que a mídia nos passa é a de que tal reforma melhorará o trabalho prestado pelos juízes. Essa é a informação repetida diariamente, e é a expectativa geral.

Se os senhores lerem o que está na proposta dessa reforma, não vão encontrar nenhuma referência à jurisdição de primeiro grau. E é ali que estão os problemas. Não existe nenhuma proposta eficaz para melhorar essa prestação jurisdicional. Há uma preocupação com os tribunais: distribuir competências, criar alguns conselhos etc. Mas, e para a resolução dos problemas da base? Nada. Sobre os Juizados Especiais, nada. O que existe é uma regra sobre o juizado itinerante, que nem precisa estar na Constituição. O Tribunal do Espírito Santo criou um juizado itinerante muito antes dessa proposta de emenda constitucional. Não precisa mais

do que uma portaria para criar um juizado itinerante. No entanto, é a grande novidade da Constituição sobre os Juizados de primeiro grau. Além disso, há só dificuldades, como a omissão quanto aos juízes leigos e a proibição de remuneração dos conciliadores.

O sistema dos Juizados Especiais

É possível, acredito, pensarmos em mudar o sistema. Os Juizados Especiais poderão ser um indicativo de como fazê-lo. Eles implicam uma alteração do processo e do procedimento, bem assim a alteração da organização judiciária.

Do ponto de vista do processo, parte-se da idéia de que tudo pode ser resolvido em uma audiência, de que o recurso é um só e de que podemos ter decisões sucintas. Isto é, é preciso convencer juízes e tribunais, no caso, as turmas recursais, de que o interesse das partes é a solução da causa, não é conhecer a erudição do juiz. Por isso, na lei do Juizado Estadual há regra dizendo que, na segunda instância, na turma recursal, a decisão da turma constará da ata sucintamente fundamentada, para impedir que os juízes dessas turmas recursais se sintam na obrigação de demonstrar eruditismo, prestando uma jurisdição bonita, mas demorada. O que interessa é que a decisão seja fundamentada, a ponto de a parte compreender por que assim foi decidido. Nada mais do que isso. Se o juiz quiser expor sua erudição, mostrar o que sabe, pode escrever um artigo, pode ser professor, e é bom que assim seja, pois quanto maior seu conhecimento, melhor será o seu trabalho; na sentença, porém, incumbe-lhe apenas resolver o caso.

Além disso, do ponto de vista da organização judiciária, os Juizados aceitam a idéia de que é preciso trazer, para a execução desse trabalho jurisdicional, o conciliador e o juiz leigo. Porque o juiz está limitado pela pauta. Se ele tem uma tarde e trabalha das duas às sete, poderá realizar cinco ou seis audiências. Não mais do que isso. No entanto, se contar com conciliadores e juízes leigos, que podem estar conciliando e instruindo vários processos ao mesmo tempo, teremos um juiz a presidir muitas audiências, com auxílio dos conciliadores e dos juízes leigos.

No Chile, certa vez, estive assistindo a uma audiência no Juizado Criminal em Santiago. O Juiz estava sentado numa banca, como esta aqui e, na sala, a cada lado, cinco ou seis mesas, com funcionários realizando inquirições. O juiz presidia todas essas audiências que se realizavam concomitantemente, e qualquer incidente era levado a ele.

Se fosse no Brasil, para a realização das muitas audiências que lá se cumpriram em um único expediente, necessitaríamos de mais de semana, exigindo do juiz todo o seu tempo. O Juizado incorpora essa possibilidade e permite que o número de audiências seja muito maior do que atualmente é possível.

Em Porto Alegre, estão realizando uma experiência piloto, com a aplicação do Sistema do Juizado em Vara Federal Previdenciária. Pelo que estou informado, a Juíza que dirige esse trabalho, com competência e entusiasmo, aliás, realiza, por dia, ao redor de quatro ou cinco audiências. Disse a ela que, se contasse com a colaboração de dez conciliadores, poderia fazer não quatro, mas quarenta audiências por dia.

Também é preciso mudar a idéia de que, na Vara, tudo há de passar pelo despacho do juiz. Hoje, nenhum documento é anexado aos autos sem que haja um despacho judicial. Alguns dias atrás organizava-se no STJ o roteiro para procedimento nos gabinetes; chegou-se à conclusão de que os pedidos de vista e de juntada da procuração aos autos deveriam passar pelo relator. É um hábito cartorário difícil de vencer, mas absolutamente dispensável. O juiz deve atuar nos autos para fazer o indelegável, que é julgar. Tudo o mais, os outros podem fazer.

Esse Juizado, uma vez instalado, poderá funcionar melhor? Acredito que sim.

Conheço a experiência do Rio Grande do Sul e acompanho o que é feito aqui em Santa Catarina. Lá, um terço das causas cíveis é processado no Juizado Especial. O custo desse Juizado Especial, que absorve mais de um terço da demanda, é dez por cento do custo do juizado ordinário. Então é uma justiça barata, podendo ser uma justiça célere.

Chegando a esse ponto da exposição, é oportuno dizer que esses Juizados podem ter duas finalidades.

Podem ser implantados para dar vazão à demanda reprimida, pois facilitam o ingresso das pequenas causas, de até 20 ou 40 salários, promovidas diretamente pela parte.

A outra finalidade seria a de reduzir o número de demandas hoje encaminhadas à justiça ordinária, diminuindo a sua distribuição e colaborando, assim, para a melhoria do trabalho que lá deve ser realizado. Mas, para que aconteça essa redução do trabalho que hoje é da justiça ordinária, é preciso que a competência dos Juizados seja realmente significativa. Se a competência ficar sempre limitada à alçada de 20 ou de 40 salários, acontecerá a ampliação da demanda pela facilidade do acesso, mas sem influir na carga de trabalho que hoje está na Vara ordinária. E, me

parece, esse objetivo de reduzir o trabalho que está na Vara ordinária é igualmente importante. Para assim acontecer, impende ampliar a competência desses Juizados. Não apenas permitir um maior ingresso, mas também trazer para o Juizado muito do que, hoje, é da justiça ordinária.

Uma das medidas recomendadas para alcançar essa finalidade é tornar sua competência obrigatória. Na Lei n. 9.099/95, a via do Juizado permaneceu como uma opção do autor porque o sistema não estava implantado no país e seria inviável cumprir a regra de competência absoluta. Hoje, já temos condições de partir para a competência absoluta.

O projeto dos Juizados Especiais Federais

Logo depois da reforma no texto constitucional que permitiu a instalação dos Juizados Especiais na Justiça Federal, o Presidente Pádua Ribeiro, do STJ, constituiu comissão para elaborar proposta do texto legal sobre o tema. Esse projeto foi discutido no âmbito do Tribunal e depois em comissão interministerial, sob a orientação da Advocacia-Geral da União e representantes do Ministério da Justiça, da Previdência, Ministério da Fazenda e do Planejamento; a final, foi aprovado pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Tribunal Pleno. No dia de hoje, está sendo encaminhado pelo Presidente Costa Leite à Presidência da República. É sobre este projeto que me proponho a lhes falar.

A idéia básica da proposta é a de manter a Lei n. 9.099/95, isto é, tudo o que lá está não seria repetido. Com isso se diz que os Juizados Federais serão implantados de acordo com o que está na Lei n. 9.099/95, obedecidas as modificações aqui introduzidas.

E para fazer essa adaptação, algumas questões prévias exigiam enfrentamento. Três, as principais: uma delas é definir a competência que terá esse Juizado; depois, dispor sobre como será feita a representação dos entes federais; e, por último, mas não menos importante, como será executada a sentença.

A competência dos Juizados Especiais Federais

Do ponto de vista criminal, propõe-se a ampliação, para abranger os crimes com pena privativa da liberdade de até dois anos. Isso porque, no que se refere à Justiça Federal, o crime punido com pena de até um ano é de incidência muito pequena, e não teria nenhuma expressão.

Sob o aspecto cível, sempre me bati pela elevação do valor para até trezentos salários mínimos, aproximadamente R\$ 50.000, que é a cifra constante da lei federal que admite a possibilidade de acordo em causa de interesse da Fazenda Federal, com autorização do Advogado-Geral da União, ou do chefe da entidade federal em causa. Então, penso eu, se já existe lei a permitir acordo e transação no valor de até 50 mil reais, seria possível que esse mesmo critério fosse adotado nos Juizados Especiais. No entanto, terminou prevalecendo no Tribunal a proposta de restringir a 150 salários mínimos a competência pelo valor. Esse tema ainda está em aberto, uma vez que os órgãos da administração pública receiam enfrentar dificuldade orçamentária para o pagamento das sentenças e acordos. Sabe-se que esse número será elevado, considerando-se apenas as causas previdenciárias; além disso, argumenta-se, é ainda uma incógnita o número das demandas que poderão ser propostas contra os outros órgãos da administração federal, depois de implantado um Juizado com facilidade de acesso.

Foram excluídas da competência do Juizado, por previstas em algumas normas constitucionais, as ações contra Estado estrangeiro, sobre interesse dos indígenas etc., as ações constitucionais, mandado de segurança, desapropriação e algumas outras, que se entendeu não convir trazer para o sistema do Juizado, como as ações sobre imóveis da União, as de anulação ou cancelamento de ato administrativo e aquelas que aplicam sanção a servidor público federal.

Diferentemente do que está na lei que regula o Juizado Estadual, a competência do Juizado Federal será absoluta. Isto é, o que se inclui no elenco previsto no projeto, necessariamente há de vir para o Juizado. A experiência está mostrando a necessidade de ser assim. Ficando a critério do autor, vê-se, nos Juizados Estaduais, que muitas causas que deveriam estar nos Juizados Especiais continuam sendo propostas na justiça ordinária, por uma razão ou por outra. E isto não convém.

Permitiu-se, no curso da demanda, o deferimento de medidas cautelares.

Sobre os recursos, algumas inovações: em princípio, o único recurso cabível será da sentença; não se admitirá recurso contra súmula do STF ou do STJ; excepcionalmente, será admitido recurso contra a decisão que não processar o recurso, por estar a sentença amparada em súmula, e contra a decisão que conceder medida cautelar; não haverá reexame necessário. Pessoalmente, acredito que o melhor seria manter o reexame, porque a defesa da União, de um modo geral, e das suas entidades, é feita,

em todo esse vasto país, com tantas dificuldades, que melhor seria garantir, pelo menos durante certo tempo, a possibilidade do reexame, no caso de se proferir uma decisão contra o interesse público. Não se trata de defender o ministério esse, ou o instituto aquele, mas sim o erário público. Nessa hipótese, seria mais conveniente ou, pelo menos, no início da implantação dos Juizados, permanecer o reexame necessário. No entanto, o que prevaleceu é diferente, e a proposta é contra qualquer reexame.

Para evitar a procrastinação que decorre do recurso sem fundamento, impede-se a tramitação de recurso contra a sentença que se tenha fundado em súmula do Tribunal. A proposta era de que a súmula fosse do Supremo Tribunal, do STJ e dos tribunais regionais. Mas, na sessão da Corte, quando se tratou de aprovar a última proposta, houve manifestação contrária à proibição de recursos quando a sentença é fundada em súmula de Tribunal Regional, pela diversidade de posições em mais de um Tribunal. Em razão disso, suprimiu-se essa última hipótese.

Por sugestão da AGU, estuda-se a possibilidade de regular um incidente de uniformização, a fim de garantir para a mesma questão de direito material igualdade de tratamento em todo o país. Tenho por conveniente a garantia dessa uniformização, desde que definida dentro do próprio sistema, com acesso excepcional ao STJ.

As partes

As partes que poderão estar no Juizado, de um lado, como réis, são a União, suas autarquias, fundações e empresas públicas; como autores, a pessoa física, as microempresas e as empresas de pequeno porte, assim definidas na Lei n. 9.317/96.

Para citação da União e suas entidades, manteve-se o que já existe na Lei Complementar n. 73, com a inovação de permitir que os tribunais organizem meios eletrônicos a fim de levar seus atos ao conhecimento das partes e, também, de receber petições dos advogados, facilitando sobremaneira o trabalho forense.

Prazos iguais para todos

Outra regra que altera o tratamento até hoje dispensado às entidades públicas em juízo é a proibição de prazos diferenciados para defesa e

para recursos. Isto é, o prazo é o comum também para as pessoas de direito público.

Representação das entidades públicas nas audiências

Era preciso dispor sobre a representação das entidades públicas na audiência. Uma vez citada a pessoa de direito público, o chefe poderá comparecer ou designar por escrito representante para a causa. O que comparecer, seja o designado pela chefia, seja o representante judicial da entidade ré, estará automaticamente autorizado a conciliar ou transigir. É uma autorização que decorre da lei, indispensável para o bom funcionamento do Juizado. Se não for assim, o Juizado perde seu significado.

Exame técnico

Uma dificuldade para a instrução do processo é quando se necessita da realização da perícia. Hoje, no país, quando se quer que um processo demore dois anos a mais do que já está demorando, basta requerer uma perícia. Até nomear os peritos, os assistentes, acertar-se a respeito dos quesitos e, depois que for apresentado o laudo, decidir-se sobre réplicas ao laudo, novas inquirições, quesitos complementares e uma audiência para ouvir o perito, isso leva, no mínimo, dois anos.

Para evitar a repetição do fenômeno nos Juizados, quando houver necessidade de conhecimento especializado ou a verificação de certo local, o juiz designará um técnico (afasta-se até a terminologia 'perito'), que apresentará sua conclusão em Juízo. A facilidade do procedimento certamente economizará tempo. O trabalho há de ser feito por técnico pago pelo Tribunal, sem prévia discussão sobre honorários, a garantir a realização da prova da parte mais fraca. Para isso, os tribunais deverão contar com previsão orçamentária própria, recuperando a despesa antecipada quando do pagamento pela entidade ré, se vencida na causa. Essa experiência já existe no País. Assim, resolveremos o problema do exame, do técnico, dos honorários desse técnico, e a audiência acontecerá já com o exame realizado.

O cumprimento das decisões

A terceira questão a resolver na lei, talvez a mais importante delas, diz com o modo de cumprimento da decisão, quando se trata da obrigação de dar, a mais freqüente e atualmente de mais difícil execução, pois todos sabemos da demora no cumprimento dos precatórios. Propôs-se, então, que o estabelecido em acordo ou na sentença será comunicado pelo juiz à agência da Caixa Econômica Federal, ou do Banco do Brasil, ou de outra instituição indicada pela entidade pública. A idéia inicial é que fosse sempre só a Caixa Econômica Federal, porque é por ali que tramitam esses recursos públicos; mas, enfim, o pagamento será feito mediante ofício do juiz ao estabelecimento de crédito, para que este efetue o pagamento no prazo de 30 dias. Não havendo o pagamento, está prevista a possibilidade do seqüestro de recursos necessários. É o meio que se tem de garantir o cumprimento da decisão e superar o problema que hoje existe, principalmente nas Varas previdenciárias, onde os autores são normalmente espólios, uma vez que os titulares dos direitos, aqueles que moveram as ações, morreram antes de ver a cor do dinheiro. Para evitar que isso aconteça, prevê-se procedimento que garanta o imediato cumprimento da sentença. Nesse ponto, os Juizados Federais estão destinados a funcionar melhor que os Estaduais, nos quais a execução muito seguidamente encontra real impossibilidade de satisfazer o interesse do autor, diante da inexistência de bens a ser expropriados dos devedores; aqui, sempre haverá meios para a cobertura imediata da dívida.

Por sugestão da Ajufe, incluiu-se norma sobre a responsabilização criminal da autoridade que desatender, sem motivo justificado, a essa requisição.

A organização dos Juizados Especiais

No que diz com a organização dos Juizados, do ponto de vista da parte orgânica, a idéia é deixar com os Tribunais Regionais o encargo de estruturar o sistema. Então, caberá ao Tribunal, especialmente ao Presidente do Tribunal, nomear os juízes conciliadores, os juízes leigos, designar onde poderá ser instalada a Vara e tudo o mais que for necessário para pôr em funcionamento o sistema. Logo, a sua organização será regionalizada.

Entende-se que nos seis meses depois de publicada a lei será possível instalar os Juizados nas capitais dos Estados.

Os Juizados deverão ser coordenados por um juiz, porque a experiência desses últimos cinco anos, nos diversos Estados, mostrou que se não houver uma supervisão, se faltar estrutura e organização próprias ao Juizado, se não existir um órgão com a atribuição específica de zelar pelo seu bom funcionamento, que se empenhe em manter seus princípios, acompanhe os seus passos, verificando necessidades e incentivando avanços, a tendência é transformar-se os Juizados em mais uma instância burocrática, desprezados dentro da estrutura global do Judiciário, sem atenção para as suas peculiaridades e, muitas vezes, com esquecimento de sua importância. De outra parte, se não houver constante orientação, com encontros, cursos, preparação de juízes, conciliadores e serventuários, a natural inclinação será transformar os Juizados em apenas mais um órgão com as mesmas dificuldades do processo comum. É tão grande o nosso apego ao formalismo que, se não houver preocupação constante com as características do sistema, em pouco tempo a mesma rotina estará presente nos Juizados, com audiências marcadas para meses de distância, quando poderia sê-lo para alguns dias, processos recheados de documentos e despachos, audiências com longo registro de todos os detalhes, sentenças demoradas, formalidades inúteis e nulidades infundas.

Por isso é imprescindível a coordenação de um juiz do Tribunal Regional, escolhido por seus pares, encarregado de manter o Juizado funcionando, de acordo com seus princípios e dirigido à realização dos seus propósitos.

Nesse ponto, o Centro de Estudos Judiciários e as Escolas da Magistratura poderão promover cursos de aperfeiçoamento, destinados a juízes e servidores, conciliadores e juízes leigos. Porque é preciso mudar a mentalidade. Tanto para os juízes, como para todos os que atuam no Juizado. Os conciliadores necessitarão de informações sobre a técnica da mediação. Tudo isso pode ser facilmente obtido, desde que sejam criadas condições para o aprendizado. Tal a função do Centro e das Escolas.

A postura do juiz do Juizado Especial

Mas o próprio exercício da jurisdição exigirá uma postura diferente do magistrado, para atender à necessidade da desburocratização que o Juizado impõe. Esquecido da formalidade inútil, consciente de que é um prestador de serviços, preocupado em resolver o litígio, o juiz do Juizado Especial deve ser um juiz moderno, afeito ao uso dos instrumentos que a técnica lhe alcança, extraindo o máximo dos princípios da oralidade, da

simplicidade, da informalidade, da economia processual e da celeridade. Não é fácil realizar esse objetivo. É triste dizer, mas a expectativa que eu tinha de que a desburocratização do Juizado iria influir no sistema ordinário, em grande parte frustrou-se. Na realidade, acontece exatamente o contrário, isto é, os mesmos problemas verificados na justiça ordinária, a demora (como se fosse uma contingência do processo judicial, quando, na verdade, é apenas reflexo da desorganização e do desinteresse da prestação de um serviço público melhor), a despreocupação com o resultado, o paulatino retorno à velha praxe, tudo isso está cada vez mais presente em alguns sistemas estaduais dos Juizados Especiais. Essa transposição é realmente fatídica para o sucesso do Juizado.

Penso que não vale a pena instalar um novo sistema na Justiça Federal para manter a mesma concepção da justiça ordinária.

Os Juizados Especiais Criminais

Tratei dos Juizados Especiais Cíveis. Os Criminais adotarão, basicamente, o procedimento que já está na Lei n. 9.099, com a alteração da competência para dois anos. O seu procedimento permite real facilidade no trato do processo criminal, prevendo uma audiência preliminar que pode ocorrer com o encaminhamento direto dos interessados, e disciplina todo um procedimento, seja para a transação, seja para a suspensão do processo, o que facilita o trabalho do juiz criminal.

Esperemos que o projeto seja aperfeiçoado no legislativo, tenha rápida implantação e alcance verdadeiramente suas finalidades, para realizar os objetivos que a Constituição reservou aos Juizados Especiais.

Agradeço a atenção dos senhores.

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA — *DISREGARD DOCTRINE*

Antonio Carlos Bottan *

Carlos Leandro da Costa Roslindo **

Gislaine Mohr ***

A Desconsideração da Personalidade Jurídica, ou *Disregard Doctrine*, que vem sendo amplamente discutida, atualmente, despertando interesse de juristas e doutrinadores, de várias áreas do Direito Privado, para o estudo e aperfeiçoamento, será objeto desta análise. Não se trata de apresentar uma novidade, mas todo o esforço em busca de soluções que contribuam para a melhoria do atual sistema comercial e industrial é válido, visto que as relações, nessas áreas, exigem o máximo cuidado por parte dos interessados.

Segundo Madaleno¹, a *Disregard* decorre de uma elaboração teórica, acolhida, inicialmente, pela jurisprudência americana e já difundida em inúmeros julgados brasileiros, cujo escopo é eliminar as detectadas

* *Juiz de Direito Aposentado, Mestre em Direito pela UFSC e Professor do Curso de Direito da UNIVALI.*

** *Bacharel em Direito e Acadêmico da Escola Superior de Magistratura de Santa Catarina — ESMESC.*

*** *Acadêmica do 7º período matutino de Direito da UNIVALI.*

práticas fraudulentas, perpetradas sob o manto da pessoa jurídica, diante da sua autonomia patrimonial e da sua personalidade jurídica própria.

Quando foi criada a teoria da distinção de personalidades, muito embora dotada de nobre espírito, não previa que suas determinações fossem utilizadas de modo a prejudicar terceiros de boa-fé, com o emprego de artifícios ilícitos e fraudulentos. Vislumbra-se, apenas, um meio de possibilitar a concretização de grandes empreendimentos, por meio da limitação de responsabilidade dos sócios, que nele se envolviam, limitação que muito contribuiu e contribui para a estruturação e evolução social do Estado Democrático de Direito, visto que, desde a sua elaboração, realmente possibilitou a concretização de grandes empreendimentos.

Hoje, a distinção de personalidades, em muitas ocasiões, é utilizada como meio para se efetuar abusos de direito. Sócios de pessoas jurídicas excedem o seu poder, infringem a lei, incorrem em fatos e atos ilícitos, violam seu próprio ato constitutivo e até burlam impedimentos contratuais, por intermédio de pessoas jurídicas, desrespeitando a mais básica noção de justiça. É contra o uso indevido da pessoa jurídica, que se apresenta a *Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica*, como instrumento jurídico de combate às injustiças que são perpetradas por este meio.

Conforme os estudos de Koury², em 1809, nos EUA, já se discutia a *Disregard Doctrine*. No caso *Bank of United States v. Deveaux*, o Juiz Marshall conheceu da causa, com a intenção de preservar a jurisdição das Cortes Federais sobre as *Corporations*, já que a Constituição Federal Americana, no seu artigo 3º, seção 2ª, limita tal jurisdição às controvérsias entre cidadãos de diferentes estados. A decisão, em si, não foi relevante, visto que foi repudiada pela doutrina da época, mas, já em 1809, as Cortes levantaram o véu personal e consideraram as características dos sócios individuais.

Outro caso de fraude, que levou à desconsideração, porém, de repercussões negativas, ocorreu na Inglaterra, conhecido como o caso *Salomon v. Salomon & Co.*, em que Aaron Salomon era um comerciante de couro, que constituiu uma sociedade por ações, que, no sistema inglês, deveria ser constituída por sete pessoas. Salomon, a mulher e os filhos perfaziam esse número, mas a distribuição das ações foi a seguinte: uma ação para a mulher e cada um dos filhos, e cerca de 20.000 (vinte mil) para ele. A seguir, Salomon transferiu seus negócios para a sociedade, incluindo, aí, os estoques e a carteira de clientes. Mais adiante, concedeu empréstimo à sociedade, obtendo garantia (debênture com garantia

flutuante). Quando a sociedade tornou-se insolvente, Salomon exerceu seu direito de debenturista contra a empresa, com o que deixaram de ser pagos os demais credores. Em Primeira Instância, o Juiz entendeu que a sociedade se confundiu com Salomon e que, desta forma, seu crédito não deveria ser privilegiado. A sentença foi reformada pelo Tribunal (*House of Lords*), sob o argumento de que as formalidades legais da constituição da sociedade haviam sido observadas e que Salomon e a companhia eram pessoas distintas³.

Em verdade, o desenvolvimento para a eficaz aplicação da *Disregard Doctrine*, que pode ser mencionada sob denominações como *Disregard of Legal Entity ou Lifting the Corporate Veil*, como já se mencionou, concretizou-se mesmo nos tribunais norte-americanos, onde se estabeleceram critérios coerentes para a aplicação da *Teoria da Desconsideração*, como a verificação de *fraude à lei*, em que a intenção das decisões é proteger o interesse público; ou *fraude ao contrato*, quando a pessoa jurídica é utilizada pelo sócio majoritário, como meio para contornar proibições contratuais que o atingem, mas sem afetá-la; em *fraude contra credores*, quando alguém, em situação financeira difícil, transfere seus bens para uma pessoa jurídica, integralizando seu capital, a desconsideração é utilizada para que o credor execute diretamente os bens da empresa; em *casos de sociedades coligadas ou dependentes*, quando as sociedades são de tal modo ligadas uma à outra, que chegam a se identificar no mundo fático; ocorre, às vezes, a aplicação da Doutrina da *Disregard*, quando se interpreta *declarações de vontade e outros negócios jurídicos*, da mesma forma, quando o exija a boa-fé e quando esta é desrespeitada por intermédio de uma ou mais pessoas jurídicas.

O que facilitou, no direito norte-americano, a evolução da Doutrina foi uma característica herdada do direito inglês, segundo a qual, conforme pontifica o Casilo⁴, antes que determinado instituto tenha uma sistematização doutrinária, ele é tratado pela jurisprudência, grande e inesgotável fonte de Direito, tanto nas cortes de *common law*, como nas de *equity*.

Já na Grã-Bretanha, berço do direito norte-americano, Giaretta⁵ informa-nos que a desconsideração ou penetração na pessoa jurídica não teve grande repercussão, tanto no plano teórico, como na jurisprudência. São raros os casos de desconsideração, da desestimação da personalidade jurídica. Salienta-se que o caso *Salomon* foi um dos poucos e teve péssima repercussão, tanto na doutrina, como na jurisprudência inglesa.

Na Alemanha, onde a doutrina é denominada de *haftungsdurchgriff* (penetração para fins de responsabilidade), a doutrina dividiu-se em três correntes: a teoria subjetiva, pela qual se tem uma visão unitária da personalidade jurídica, tomando-se a desconsideração como medida excepcional, decorrente do abuso de direito e da fraude (Serick e Drobnig); outra teoria (Müller e Freienfels), entende a pessoa jurídica como símbolo. Assim, a *durchgriff* é um problema ligado às idéias de ordem pública e de finalidade das normas; a terceira teoria (Renhardt e Erlinghagen), admitindo a realidade da personalidade jurídica, subordina esta aos princípios jurídicos e aplica a desconsideração sempre que as atividades da pessoa jurídica atentam contra tais princípios⁶.

Ocorre, diversamente, em países que dispõem de um sistema jurídico legal e não jurisprudencial, como o norte-americano. Países como a Itália, a França, a Argentina, o México e, *inclusive*, o Brasil, onde os magistrados operam a justiça aplicando leis, a *Disregard Doctrine* encontra dificuldades para evoluir, pois o juiz necessita da regulamentação desta, para sua posterior aplicação.

No Brasil, completamos, neste ano de 1999, trinta anos de discussões, desde que Rubens Requião discursou sobre o tema “Abuso de Direito e Fraude Através da Personalidade Jurídica”, no ano de 1969, em conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná⁷. Nossos doutrinadores e a nossa jurisprudência, desde então, têm labutado com afincos, muito embora tenham sido proferidas poucas decisões e tenham sido editados pouquíssimos livros no país. As discussões vêm crescendo e até a legislação que trata do tema “*Desconsideração da Personalidade Jurídica*”, nossa República já dispõe, mesmo que ainda se trate do assunto exposto com muita reserva.

Observa-se que a finalidade maior da Doutrina da Desconsideração da Personalidade Jurídica não está em tornar inválida ou desconstituir a personalidade jurídica, mas em responsabilizar seus membros pelos prejuízos que estes, escondidos atrás da personalidade da pessoa jurídica, causam a terceiros e aos interesses do Estado, deixando de levar em consideração uma personalidade jurídica constituída em consonância com as respectivas formalidades legais, visto que, mesmo respeitando as exigências legais, esta personalidade existe apenas para alcançar um objetivo antagônico àquele almejado pela letra da lei. Esta finalidade, assim é, para que não seja necessário prejudicar o instituto da personalidade jurídica, resguardando-a, permitindo-se que esta continue existindo após a

aplicação da doutrina e torne a operar, normalmente, tão logo os danos causados sejam restabelecidos.

Salientada a finalidade, cabe observar o que a legislação pátria já prevê para, em seguida, comentar-se alguns casos e áreas de aplicação, segundo a doutrina.

A legislação brasileira, de forma ainda tímida, prevê alguns casos de desconsideração. A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em seu artigo 2º, sem questionar se há ou não fraude ou abuso de direito, exclusivamente para o reconhecimento da relação de emprego, autoriza o juiz a ignorar a autonomia da pessoa jurídica de empresas matrizes e suas subordinadas, além de outros casos previstos em leis especiais pertinentes.

No artigo 135, inciso II, do Código Tributário Nacional (CTN), penaliza-se os responsáveis pelos créditos tributários resultantes de atos praticados com excesso de poderes, ou infração de lei, contrato social ou estatutos, na pessoa dos diretores, gerentes ou representantes de empresas jurídicas de direito privado.

Mais recentemente, o Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, cita a *Disregard* no seu artigo 28 (mesmo que impropriamente e sem relacioná-la com a fraude, ou seja, seu elemento subjetivo básico, que é a intenção de causar o dano), o que se pode considerar um avanço, ainda que tímido, na busca de soluções para as questões relacionadas ao consumo.

De nossa parte, cremos que o dispositivo legal mais apropriado sobre a *Disregard Doctrine*, na nossa legislação, é o artigo 18 da Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994, ou Lei Antitruste, pois o dispositivo é claro e preciso, sujeita o responsável por crime de ordem econômica à desconsideração de sua personalidade, quando houver, da parte deste, abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, e acrescenta, em sua segunda parte, que a desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica por má administração. O dispositivo apenas deixou de tratar das fraudes a contratos, mas apresentou meios bem ecléticos para que se impeça a concretização de danos por meio da pessoa jurídica, fortalecendo a aplicação da justiça.

Outros dispositivos legais há, a respeito, em nosso ordenamento, que permitem a aplicação da doutrina. Mas a superficialidade de nossa análise não nos permite tal aprofundamento. Salientamos, apenas, que a área de maiores números de dispositivos de aplicação da Doutrina é o Di-

reito do Trabalho, muito embora existam dispositivos, em outros textos legais, que possuem raciocínio análogo ao da *Disregard Doctrine*, não obstante utilizarem nomenclatura diversa.

Em alguns casos, como no Direito de Família, além dos problemas gerados pela separação e pelos sofrimentos dela decorrentes, as lides acabam por se traduzir em torno da partilha e dos alimentos. O que ocorre é realmente preocupante, segundo Teresa Arruda Alvim Wambier. Muito freqüentemente, nos dias de hoje, o patrimônio dos cônjuges, ou daqueles que vivem maritalmente, toma a forma societária, e quase sempre é o marido ou o companheiro que fica à testa da sociedade, de tal forma que, por vezes, o patrimônio do casal fica absorvido pela sociedade, os carros, as motocicletas, os barcos usados, a casa onde moram, tudo, absolutamente tudo, fica em nome da empresa, e a família deles usufrui a título de comodato. E a autora segue explicando que até as despesas domésticas, como notas de supermercados, jantares, viagens etc..., são debitadas na contabilidade da pessoa jurídica, às vezes, as mulheres ou companheiras de funcionários da empresa, que vivem em condições menos favorecidas do que as dos empresários, têm seus maridos ou companheiros atingidos pelas normas postas, ficando em melhores condições do que as das mulheres ou companheiras dos empresários. As mulheres, neste último caso, são verdadeiras ricas-pobres, que, da noite para o dia, transformam-se, de mulheres de classe média ou alta, em mendigas⁸.

Neste caso, enquanto não há legislação facilitando a solução, a *Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica* é solução coerente, pois a distinção patrimonial da pessoa jurídica é utilizada em verdadeiro desrespeito ao contrato de matrimônio. É uma burla à meação e aos alimentos. A desconsideração, ao ser aplicada pelo juiz, incide sobre a pessoa jurídica, na medida em que ela tenha-se prestado a encobrir a fraude. É bem verdade que o processo é cansativo, em virtude da falsa proteção que a empresa proporciona, visto que se tem de citar incontáveis sócios litisconsortes, empresas coligadas etc..., o que acaba, na maioria das vezes, em atitude resignada da parte lesada, que desiste e abre mão de seu patrimônio.

Como diz o literato: “sob o manto diáfano da fantasia, a nudez crua da verdade” (Queiroz *apud* Koury⁹), ou seja, atrás de uma criação legal, fraudes se consumam por ausência de meios jurídicos capazes de solucionar, satisfatoriamente, lides deveras complexas e demoradas.

Há autores que dizem que a *Disregard Doctrine* deve ser tratada com muita reserva, sendo aplicável apenas em casos excepcionais¹⁰. Não

discordamos, mas não se pode deixar de lado uma desagradável verdade, a de que uma fraude, em muitos casos, pode gerar efeitos de verdadeira catástrofe e, caso a tutela jurisdicional não seja prestada e a personalidade jurídica não seja desconsiderada, em tempo hábil, as conseqüências podem alcançar proporções imensuráveis. Salienta-se que, nem sempre, os motivos ensejadores da aplicação da *Desconsideração da Personalidade Jurídica* resultam na necessidade de sua aplicação, mas, indiscutivelmente, é necessário estudar, com muita cautela, as proteções destinadas à personalidade jurídica, de modo que se impeçam, que se previnam as lesões de direitos, que se operam por este meio. Impedir a concretização destas lesões seria o mais apropriado, mas não se pode deixar de lado o pensamento sancionativo.

Hoje, com a evolução das relações sociais e dos meios de informação, acreditamos que a pessoa jurídica deve ser aperfeiçoada, não porque o instituto esteja ultrapassado, mas por se fazer necessário meditar, profundamente, nas suas razões de ser, para que se criem instrumentos eficazes para o controle de sua utilização, de modo que se verifiquem e se solucionem, com mais propriedade, as fraudes, os abusos e os desrespeitos ao direito alheio que, atualmente, são concretizados, por meio da personalidade jurídica e sua conseqüente separação patrimonial.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

1. MADALENO, Rolf. A disregard no direito de família. Lex — Jurisprudência do STJ e TRFs. 5.ed., São Paulo, n. 42, fev. 1993, p. 10.
2. KOURY, Suzy Elisabeth Cavalcante. A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas. 2.ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 64.
3. ELIAS, Paulo Sá. Desconsideração da personalidade jurídica. Disponível: site geocities (28 abr. 1998). URL <http://www.geocities.com/Athens/Academy/3135/personalidadejuridica.htm>. Consultado em 23 abr. 1999.
4. CASILO, João. Desconsideração da pessoa jurídica. Revista dos Tribunais. São Paulo, n. 528, out. 1979, p. 25.
5. GIARETA, Gerçi. Teoria da personalidade da pessoa jurídica (disregard doctrine). Revista de Direito Civil. São Paulo, n. 48, maio/nov. 1989, p. 13.
6. KOURY, Suzy Elisabeth Cavalcante. Obra citada, p. 108/111.

7. REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. Revista dos Tribunais. São Paulo, n. 410, dez. 1969, p. 12/24.
8. WAMBIER, Teresa Alvim. A desconsideração da personalidade jurídica para fins de partilha e a prova dos rendimentos do cônjuge-varão, na ação de alimentos, pelo nível de vida levada por este. In: CAHALI, Youssef Said (org.) et al. Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família, aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: RT, 1996, p. 177/178.
9. KOURY, Suzy Elisabeth Cavalcante. Obra citada.
10. REQUIÃO, Rubens. Obra citada. p. 20.

TRANSEXUALISMO — ASPECTOS JURÍDICOS E BIOÉTICOS

Rode Anélia Martins

Mestranda/UFSC

1. INTRODUÇÃO

Tratar de transexualismo é tratar de um incompreendido drama humano, que aqui será focado sobre dois aspectos que se entrelaçam — o jurídico e o bioético. O objetivo central é contribuir para a elucidação do tema, buscando apresentar subsídios menos conservadores e mais humanos ao debate.

Do ponto de vista jurídico, o problema envolve várias facetas. Não se trata apenas daquela minoria que muda de sexo, fazendo cirurgia adaptativa, que pretende, posteriormente, alterar o seu registro de nascimento, por meio de uma ação judicial. Envolve também o aspecto ético e penal da cirurgia, bem como o dever do Estado em garantir a saúde do transexual. Por outro lado, o sistema jurídico não é só composto de normas jurídicas, mas envolve costumes, ideologias e idiossincrasias presentes nos seus operadores, ou seja, aqueles que dão vida à norma, interpretam-na, aplicam-na. Eis aí o enlace necessário que o aspecto jurídico precisa ter com a bioética.

Somente a partir do enfoque bioético é que o transexualismo pôde alcançar vãos, livrando-se do bolor da tradição, a fim de redescobrir valores superiores que informam as regras sociais, tais como os princípios bioéti-

cos de beneficência, autonomia e justiça, que visam a resguardar a dignidade humana e a diminuição do sofrimento humano. A falta de uma perspectiva bioética tem feito dos transexuais vítimas da intolerância e ignorância humana. O percurso dos interessados não é fácil e encontra óbices de diversas ordens, tendo, por vezes, no Poder Judiciário, a consolidação do sofrimento.

Numa sociedade que se propõe mais democrática, imprescindível é o respeito e a garantia dos direitos das minorias, que, ao lado de outros setores sociais, compõem um segmento marginalizado, com o qual se é, lastimavelmente, cruel. Considerando a gravidade do problema que o transexualismo representa, tem-se um número considerável de pessoas infelizes com sua sexualidade, à espera de um tratamento adequado. E por que não?

2. O QUE É TRANSEXUALISMO

2.1 Definições

A expressão transexualismo, segundo CHAVES¹, foi cunhada pelo americano Harry Benjamin, em 18/12/1953, passando a definir o transexual como aquele indivíduo que mesmo sabendo-se homem ou mulher, biologicamente normal, encontra-se profundamente inconformado com seu sexo e desejoso de modificá-lo para passar a pertencer ao sexo oposto. Ele se sente, concebe a si mesmo e quer a todo custo afirmar-se socialmente, inclusive em seu papel sexual, como pertencente ao sexo oposto. Assim, rejeita seu próprio corpo de modo tal a impingir-lhe um sofrimento capaz de desequilibrá-lo psicologicamente. Por vezes, essa rejeição, que tem início na infância, leva o adulto à mutilação e ao suicídio.

O professor JALMA JURADO², titular de cirurgia plástica da Faculdade de Medicina de Jundiaí—SP, definiu o transexualismo como uma das situações que compõem a Síndrome dos Estados Intersexuais, chamando-o de hermafroditismo psíquico, no qual “as gônadas têm histologia normal, mas atrofiam-se pela contínua ingestão de hormônios do sexo oposto. Nestes casos, o indivíduo só se identifica com o sexo opo-

1 CHAVES, Antônio. *Direito à vida e ao próprio corpo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 141. Ainda segundo este autor, em 1880, Westphal foi o primeiro a escrever sobre travestis com idéias de mudança de sexo.

2 Em entrevista ao MEDICINA, Conselho Federal. Periódico mensal, abril de 1997, p. 21.

to, não aceitando em nenhuma hipótese manter-se com sua aparência sexual externa: não tem absolutamente funcionalidade sexual ativa, ereção insuficiente, masturbação ausente e repulsa ou desejo de castração do próprio genital, além de uma busca desesperada por auxílio médico”.

Segundo o psicoterapeuta e sexólogo RONALDO PAMPLONA DA COSTA³, a Organização Mundial de Saúde (OMS) reconhece o transexualismo como uma patologia médica, classificando-o como transtorno de personalidade e de comportamento. Nas motivações da Resolução n. 1.482/97⁴, o Conselho Federal de Medicina define ser o paciente transexual “portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e ou auto-extermínio”. O transexualismo não se confunde com o homossexualismo e outras espécies de “desvios sexuais”⁵.

2.2 Dos dilemas do transexual

Embora todo transexual deseje mudar de sexo, nem sempre as condicionantes, de toda ordem, permitem-lhe realizar seu sonho. Entre as condicionantes citam-se: a *econômica* (cirurgia e tratamento são muito caros); a *cultural* (vitimação decorrente da grande intolerância e incompreensão social e individual); e a *legal* (incidência no campo penal, administrativo — ética médica — e civil).

2.3 Da cirurgia de mudança de sexo

Trata-se de uma indicação terapêutica, após rigorosa avaliação, que desde setembro de 1997 ganhou critérios mínimos à sua execução. Consoante a Resolução n. 1.482/97 do CFM, as cirurgias de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia, neofaloplastia e ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento de casos de transexualismo estão autorizadas, a título experimental, desde que haja obediência aos seguintes requisitos básicos:

3 *Idem, ibidem.*

4 A Resolução n. 1.482/97 do CFM foi aprovada pela sessão plenária de 10/9/97 e publicada no DOU de 19/9/97, p. 20.944.

5 O desvio implica, necessariamente, na existência de um padrão de normalidade em relação ao qual se dá o afastamento. Porém, a normalidade não consiste num padrão absoluto, ante a sua relatividade para com a região, o tempo, a cultura, a etnia etc.

- a) que os pacientes sejam selecionados a partir de avaliação de uma equipe multidisciplinar, constituída por médico-psiquiatra, cirurgia, psicólogo e assistente social;
- b) que a equipe multidisciplinar faça um acompanhamento do paciente por dois anos;
- c) diagnóstico médico de transexualismo;
- d) que o paciente seja maior de 21 anos;
- e) ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia;
- f) as cirurgias somente poderão ser praticadas em hospitais universitários ou hospitais públicos adequados à pesquisa;
- g) consentimento livre e esclarecido do paciente.

No entanto, é importante observar que a cirurgia não garante o prazer sexual, mas visa, sobretudo, a dar um equilíbrio psicológico, muito mais ligado à identidade sexual. Nesse sentido, após a realização da cirurgia, o transexual perseguirá o caminho da alteração do registro civil, em juízo, a fim de que sua identidade civil guarde relação com seu novo sexo.

3. O TRATAMENTO JURÍDICO AO TRANSEXUALISMO

A partir de princípios basilares e textos normativos, internacionais e nacionais, e uma visão interdisciplinar, a doutrina vai encontrar amparo aos transexuais no Direito. O eixo está no direito à LIBERDADE e à SAÚDE, consagrados em textos jurídicos como a Declaração Universal dos Direitos do Homem (arts. XXV, II e III), Constituição Federal (preâmbulo e arts. 6º, 196 e 199, § 4º) e demais leis infra-constitucionais.

Já quanto à jurisprudência, notícia SILVEIRA⁶ que Tribunais de Justiça como o de Pernambuco, Rio de Janeiro e São Paulo manifestaram-se contrários à alteração de registro civil de transexual. No entanto, a justiça gaúcha tem surpreendido. O TJRS, a partir de 1989, foi firmando posicionamentos no sentido de conceder alteração do registro (nome e sexo) em sendo o pedido precedido de cirurgia de conversão; a competência é da Vara dos Registros Públicos e a tramitação do processo dá-se em segredo de justiça. Porém, o Supremo Tribunal Federal (STF), por unanimidade, em 28/4/81, sob o argumento de impossibilidade jurídica do pe-

6 SILVEIRA, José Francisco Oliosi da. *O transexualismo na Justiça: Eros x Themis*. P. 33/35.

dido e inocorrência de ofensa ao princípio constitucional da legalidade, decidiu desfavoravelmente à alteração. Mais recentemente, do mesmo modo, em 1997, o mesmo STF decidiu, em sede de agravo de instrumento, relativamente ao pedido feito por Roberta Close, confirmando a decisão do TJRJ, para o qual “sexo não é opção, mas determinismo biológico, estabelecido na fase de gestação”, e há “prevalência do sexo natural sobre o psicológico”.

Todavia, nas sentenças favoráveis, existe um sério problema: o das ressalvas no registro civil, tais como o de operado transexual. Tais ressalvas constituem um adendo *ultra petita*, portanto ilegais e não satisfazem o desejo do autor. Ao contrário, ao etiquetar a pessoa, a Justiça impede-a de levar uma vida normal, fazendo-a passar por constrangimentos, exatamente aquilo que o transexual deseja ver eliminado com a alteração do registro civil.

3.1 A dupla questão da cirurgia

A cirurgia de mudança de sexo no transexual envolve uma dupla questão: uma quanto à permissividade (campo penal e da ética médica) e outra quanto à obrigatoriedade do Estado em prestar o atendimento cirúrgico. Por óbvio, a segunda questão está, eminentemente, ligada à permissividade da conduta.

3.1.1 Da permissividade

Embora possa parecer quase impossível, o entendimento de alguns membros do Ministério Público e magistrados pela penalização da conduta do médico-cirurgião tem inibido o procedimento no Brasil. Os que tipificam a cirurgia do médico como incurso no art. 129 do Código Penal (lesões corporais) fazem-no apegados à idéia de mutilação desnecessária, com finalidade de concupiscência. Alegam ainda que o médico, ao fazer a ablação do órgão, estaria incidindo na agravante do § 2º, III, do CP (perda ou inutilização de membro, sentido ou função).

Tais argumentos revelam, sobretudo, um posicionamento cultural e ideológico eminentemente conservador. Não bastasse, contrapõem-se desde a uma interpretação literal da norma penal até uma interpretação teleológica (finalística) do direito ou ainda integracionista (que contempla os conceitos de outros saberes, como o científico).

A cirurgia de mudança de sexo não constitui objeto de investigação penal nem transgressão ao Código de Ética Médica, exceto se o médico procede em desacordo com a boa técnica, podendo responder a título de culpa ou dolo se resultarem conseqüências ou seqüelas ou se inexistente ou viciado o consentimento, pelos motivos que seguem:

Há ausência de texto expresso de lei relativo à punibilidade da mudança de sexo no Código Penal (conduta atípica). O art. 129, § 1º, III, que pune com reclusão de 2 a 8 anos a ofensa à integridade corporal de outrem se resulta debilidade permanente de membro, sentido ou função, não inclui a conduta da mudança de sexo. A norma penal é norma geral exclusiva, ou seja, tudo aquilo que não está proibido no CP está permitido, sendo vedada a analogia (quando a norma não faz menção expressa) e a interpretação extensiva em prejuízo do réu, a fim de buscar o enquadramento penal, haja vista que a nossa legislação não faz qualquer referência aos delitos contra a mudança de sexo. O texto penal refere-se a atos de agressão contrários à vontade da vítima, e o contra-argumento de que se trataria de “um indeclinável interesse social”, de bem juridicamente indisponível é insuficiente para desprezar a presença do consentimento como excludente de ilicitude, uma vez que a *disfunção* sexual não está incluída entre aquelas referidas no CP.

Penalizar a conduta do cirurgião atenta contra o conceito de saúde preconizado pela ONU. Se somente a cirurgia é capaz de restabelecer o equilíbrio do indivíduo, desnecessária não é, muito menos será lesão corporal, mais ainda que ausente a figura do dolo. Na cirurgia, a retirada de tecido humano constitui uma necessidade, tal qual na amputação de um membro com gangrena, a fim de garantir a saúde do paciente.

Também inexistente infração ao Código de Ética Médica. O art. 2º da Resolução do CFM n. 124/88 prescreve que toda conduta do médico deve ser em benefício do paciente. Por sua vez, o art. 32 combinado com o art. 51 autorizam a cirurgia plástica que visa a atenuar o desajuste psíquico do paciente.

3.1.2 Da assistência estatal

Dispõe a atual Constituição brasileira, no seu art. 6º, que a saúde é um direito social, de modo que no art. 196 asseverou o dever do Estado. Por sua vez, no art. 199, § 4º, a Constituição previu a remoção de órgão e tecidos para tratamento. Assim, em sendo a cirurgia de mudança de sexo uma necessidade terapêutica, a única capaz de restabelecer a saúde do in-

divíduo nos termos apregoados pela OMS, será um dever do Estado garantir esse direito.

4. O ENFOQUE BIOÉTICO E A RESISTÊNCIA AOS DIREITOS DOS TRANSEXUAIS

Numa sociedade com crises de paradigmas éticos, baseada na opressão e exploração do homem pelo outro, a convivência com o diferente torna-se difícil, gerando a intolerância. Somada a intolerância ao apego à tradição, tem-se um conjunto de argumentos contrários aos direitos do transexual, traduzido pela contrariedade à cirurgia adaptativa bem como à alteração do registro civil. Nesse conjunto discursivo, a legalidade é mais um dos elementos, mas certamente não o essencial.

4.1 Dos princípios bioéticos

A *bioética* é um neologismo que resulta da fusão de dois vocábulos de origem grega: *bios* e *ethikós* (ética da vida). Dentre seus mais significativos princípios, o da autonomia e o da beneficência são os de maior importância no tratamento do tema transexualismo, e decorrente da aplicação desses princípios, o da *justiça*. Todos esses princípios repousam na idéia de “satisfazer as necessidades humanas e dar existência digna aos indivíduos”⁷.

O enfoque bioético no Direito é como um facho de luz, permitindo uma releitura do Direito. Não tem a pretensão de contrariar a lei mas adequá-la aos fatos sociais, de modo que o ser humano não seja a própria vítima da regra por ele produzida. A lei não é luminosa, nem possui vida nem vontade. Por outro lado, a vontade do legislador cessou quando elaborou seu produto final: a lei aprovada pelos seus pares. A partir de então, a lei desvincula-se do seu criador. Eis aí o momento nobre dos operadores do direito, cujo ápice é o uso criativo da norma.

A aplicação de princípios como o da autonomia (respeito à existência do outro, com todas as suas diferenças, por mais incomuns que sejam), o da beneficência (um dos mais antigos princípios éticos, tem como cerne o agir sempre para o bem do doente) e o da justiça (visa a garantir a

7 ROSA, Leilane Zavarizi & MENDONÇA, Valdevina de Souza. *O discurso sobre os padrões éticos da sociedade*. In *Ética e Bioética*. CARLIN, Volnei Ivo (org. e co-autor), Florianópolis: Terceiro Milênio, 1998.

distribuição igualitária e universal dos benefícios das modernas tecnologias e dos serviços biomédicos) aponta para além do respeito aos anseios dos transexuais, mas também para um comprometimento coletivo na garantia desses anseios (verdadeiros direitos), inclusive com a assistência estatal.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão do direito dos transexuais é sobretudo de natureza ideológica. A aparente lacuna normativa serve de pretexto para o exercício de posturas conservadoras e preconceituosas. Evidentemente, impossível é ao Estado que legisle, em pormenores, sobre todos os aspectos da vida social. Mas a moldura está dada.

Os contrários aos direitos dos transexuais têm em mente um paradigma eugênico dos seres humanos, aliás, objeto de combate da bioética. A eugenia não tolera “imperfeições” como a esterilidade ou uma genitália que não é exatamente aquela demonstrada nos materiais científicos, quiçá pornográficos.

A conduta do cirurgião por perseguir o bem-estar e a saúde do transexual não constitui delito nem fere seu código de ética, mas contribui para mitigar o sofrimento humano.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARLIN, Volnei Ivo. *Deontologia Jurídica — ética e justiça*. Florianópolis: Obra Jurídica Ltda., 1997. 180 p.

_____(org. e co-autor). *Ética e Bioética*. Florianópolis: Terceiro Milênio, 1998. 176 p.

CHAVES, Antônio. *Direito à vida e ao próprio corpo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. 389 p.

Folha de São Paulo, São Paulo, de 21/3/93 e 22/2/97.

LEPARGNEUR, Hubert. *Força e fraqueza dos princípios da bioética*. In *Revista Bioética*, vol. 4, n. 2, 1996. p. 131/143.

Conselho Federal de Medicina. Periódico mensal, n. 80. Brasília, abril de 1997.

PEREIRA E SILVA, Reinaldo. *A bioética em questão*. Diário Catarinense, 30 de agosto de 1997. Caderno de Cultura.

SEGRE, Marco. *Bioética e transexualismo*. Conselho Federal Medicina, periódico mensal, n. 86. Brasília, junho de 1997.

SILVEIRA, José Francisco Oliosi da. *O transexualismo na Justiça: Eros x Themis*. 1.ed. Porto Alegre: Síntese Ltda.,1995,142 p.

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

MANDADOS DE SEGURANÇA

MANDADO DE SEGURANÇA N. 97.015810-6, DA CAPITAL

Relator: Des. Alcides Aguiar

Mandado de segurança — Firma individual — Transporte de passageiro (Mototáxi) — Registro, licenciamento e emplacamento de motocicletas destinadas ao transporte remunerado de passageiros proibido por portaria da Secretaria de Estado da Segurança Pública — Ato que estaria a impedir o livre exercício de ofício ou profissão assegurado pela Constituição Federal — Arts. 5º, XIII e 170, IV — Ilegalidade inócurrenre — Serviço público de interesse local que não prescinde de concessão ou permissão — Discricionariedade da administração — Veículo (motocicleta) passível de utilização individual e não como meio de transporte coletivo (Código Nacional de Trânsito e Código de Trânsito Brasileiro) — Lei Municipal editada posteriormente instituindo o serviço de “mototáxi” — Ação direta de inconstitucionalidade em tramitação no Tribunal de Justiça com suspensão liminar deferida — Vício aparente da lei em face do art. 137 da Constituição Estadual em simetria com o artigo 107 do CTB, por faltar ao serviço os requisitos de segurança, higiene e conforto, impostos pelo citado Código — Ausência de direito líquido e certo — Denegação.

Não havendo norma expressa permitindo a utilização de motocicleta como meio de transporte coletivo, em o proibindo, atua a Administração dentro da esfera de sua competência e no âmbito da discricionariedade (conveniência e oportunidade), acerca do citado meio de transporte, mototáxi.

“A Administração responsável pode deixar de permitir ou autorizar, através de não edição de regulamentação, avaliado o risco decorrente da sua prestação, essa modalidade de transporte coletivo, que constitui ameaça à segurança pública e à incolumidade do administrado” (5ª CC, TJPR, j. em 22/6/99).

A superveniência de lei municipal, no decurso do mandado de segurança, autorizando o serviço de mototáxi, não confere tampouco direito líquido e certo à impetrante, desde que acerca da mesma lei tramita ação direta de inconstitucionalidade no Tribunal de Justiça, com deferimento da liminar e sua conseqüente suspensão, por malferimento ao disposto no artigo 137 da Carta Estadual de 1989, em simetria com o previsto no art. 107 do Código de Trânsito Brasileiro, por ausente ao serviço os requisitos de segurança, higiene e conforto.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 97.015810-6, da comarca da Capital, em que é impetrante Márcio Luiz Flores ME, sendo impetrada a Exma. Sra. Secretária de Estado da Segurança Pública de Santa Catarina:

ACORDAM, em Segundo Grupo de Câmaras, por votação unânime, rejeitada a preliminar de ilegitimidade ativa, denegar a segurança.

Custas na forma da lei.

Márcio Luiz Flores ME impetra mandado de segurança contra ato da Exma. Sra. Secretária de Estado da Segurança Pública que, por Portaria n. 0975/GEARH/DIAF/SSP/97, publicada no DOE de 25/11/97, “proíbe, no território do Estado, o registro, licenciamento e emplacamento de motocicletas destinadas ao transporte remunerado de passageiros”, ou seja, veda o serviço de “MOTOTÁXI”.

Inicialmente, defende a tempestividade da ordem mandamental,

bem como ressalta a indicação correta da autoridade dita coatora.

Relata que, pela Portaria citada, a impetrada determinou a apreensão das motocicletas que se prestam ao serviço de transporte de passageiros; a impetrante possui firma com cadastro na Jucesc e também está inscrita no CGC/MF; os serviços implantados obedecem aos critérios de segurança estabelecidos pelo CNT, além de se tratar de uma inovação já existente em várias cidades do país, e que, por sua praticidade e baixo custo, vem a atender, principalmente, usuários de menor poder aquisitivo; esses serviços não estão a competir com outras atividades, pela sua natureza e classificação dos usuários.

Argumenta que se a moto é um veículo previsto na legislação federal como de transporte de passageiro amplamente usado para o trabalho e lazer, não há porque impedir o seu uso também como táxi, desde que observadas as normas de segurança; que se não existe lei que regulamente tal

atividade, não há também lei que a proíba, destacando que tramita no Congresso Nacional — Câmara dos Deputados, projeto de lei visando à regulamentação do aludido serviço; o ato lesivo causa “danos irreparáveis” ao livre exercício da atividade, inclusive desrespeitando o direito de liberdade previsto no art. 5º, XIII, da CF/88; os trabalhadores que dependem desta atividade são pessoas idôneas, que têm também o direito a “um lugar ao sol”.

Assevera que a autoridade impetrada não possui competência concorrente para legislar sobre tal matéria, conforme prevê o art. 22, XI, da Carta Magna. Sendo assim, a Portaria atacada fere frontalmente a hierarquia das leis; a Portaria é o veículo de um ato administrativo e é consabido que não se presta a veicular medidas que possam alcançar ou obrigar particulares; a Sra. Secretária de Estado não tem competência para regulamentar tal matéria.

Acrescenta que a Constituição Federal garante ao cidadão brasileiro, em seus arts. 5º, XIII, e 170, IV, o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, assim como a valorização do trabalho humano lastreado pelo princípio da livre concorrência, não podendo ser constrangido por um ato administrativo inválido que o impeça de trabalhar e de se sustentar; as pessoas que exercem tal atividade são pais de família que perderam seus empregos e estão honestamente trabalhando para que estas continuem sobrevivendo.

Porque presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in*

mora, pugna pela concessão da medida liminar.

Juntou documentos de fls. 20/27.

Inicialmente foram solicitadas as informações à digna autoridade dita coatora – despacho de fls. 29/v.

Nestas, preliminarmente foi levantada a ilegitimidade ativa *ad causam*, posto que não comprovou a impetrante possuir motocicleta em seu nome, não podendo, assim, atacar um ato que não lhe atinge; os documentos anexados como prova do cumprimento da Portaria atacada, pelos funcionários incumbidos da fiscalização de trânsito, pertencem a terceiros, e não ficou provado que estes possuem vínculo empregatício com a impetrante.

No mérito, diz que o ato atacado reveste-se de legalidade, tanto formal quanto material, inexistindo em sua edição qualquer desvio ou abuso de poder a merecer reparo; a impetrante possui registro na Jucesc, mas sua atividade principal é bar e lanchonete, sendo apenas subsidiada a atividade de transporte de passageiros, até porque para desenvolver esta função depende de autorização dos órgãos fiscalizadores da atividade, eis que se trata de atividade concedida; o Código Nacional de Trânsito não prevê a possibilidade de implantação de sistema de transporte com motocicletas; não há prova pré-constituída das afirmações feitas na inicial.

Assevera que a própria impetrante reconhece que a Portaria atacada no presente *mandamus* é ato administrativo que obriga apenas os subordinados à impetrada, quais sejam, aqueles que estão diretamente li-

gados aos serviços de trânsito em todo o território estadual; não se pode autorizar uma atividade ilegal, com a desculpa de se estar resolvendo um problema social de redução de taxa de desemprego.

Salienta que é consabido que a motocicleta é um meio de transporte extremamente perigoso, e sua utilização como mototáxi, sem dúvida, coloca em risco constante seus usuários. As autoridades responsáveis pela regulamentação do trânsito vêm-se preocupando bastante com o fator segurança.

Realça a existência da Ata n. 3.762 da 19ª Reunião Ordinária do Contran, ao deliberar que a legislação de trânsito não contempla a motocicleta como veículo de aluguel apropriado ao transporte individual de passageiros.

Cita, em abono a sua tese, passagens do parecer do eminente mestre Celso Ribeiro Bastos, onde, a pedido da Confederação Nacional do Transporte, analisou a matéria.

Argumenta que a premissa utilizada pelo impetrante no sentido de que “se não tem lei que regulamente tal serviço, não há lei que o proíba...”, confundiu o direito público com o privado, um vez que à Administração só se permite fazer o que a lei autoriza.

Reporta-se ao fato de que o Município de Itajaí não autorizou tal modalidade de transporte, que, diga-se, ainda assim seria irregular, e a dispositivos do antigo Código Nacional de Trânsito e do atual Código de Trânsito Brasileiro que regulam o transporte de passageiros.

Pugna, pois, pelo indeferimento da liminar, e, ao final, pela denegação da segurança.

Juntou documentos de fls. 44/86.

A liminar restou indeferida pelo despacho de fls. 88, da lavra do eminente Desembargador Cesar Abreu.

Instada a se manifestar, a doutra Procuradoria-Geral de Justiça posicionou-se pela denegação da segurança pleiteada.

É o relatório.

Trata-se de mandado de segurança impetrado contra a Portaria oriunda da Secretaria de Estado da Segurança Pública, onde restou proibido, no território estadual, “o registro, licenciamento e emplaceamento de motocicletas destinadas ao transporte remunerado de passageiros”.

A ilegitimidade ativa ad causam suscitada nas informações não merece acolhida. É bem verdade que as autuações de fls. 25/26 registram apenas a constatação pelos órgãos de fiscalização do trânsito — Detran — da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina, no município de Itajaí, de infrações cometidas por proprietários de motocicletas quando efetuavam transferência, remunerada, de passageiros em veículo (mototáxi) não licenciado para este fim, sem qualquer alusão ou relação de subordinação dos primeiros à empresa impetrante. Todavia, o registro da firma individual Márcio Luiz Flores — ME, para a exploração concomitante de Bar e Lanchonete e Serviços de Transporte Rodoviário de Passageiros — fls. 23, datada de 12/11/97 —, enquanto que as infrações ocorreram em 17 de dezembro daquele ano, tornam certa a existência do liame ou

vínculo laboral entre os citados proprietários das motos e a impetrante. Ainda que assim não se entendesse, a impetração exsurgiria como preventiva, com ditos autos de infrações, acobertadas pela Portaria inquinada de ilegal e as próprias informações, a autorizarem a presença dos pressupostos essenciais à caracterização da efetiva ameaça a possível direito da postulante.

Cuidou a Exma. Sra. Secretária, pela Portaria atacada, de regulamentar os serviços inerentes ao Departamento de Trânsito no tocante ao licenciamento de veículos que tivessem destinação à realização da atividade de mototáxi, no âmbito estadual, agindo, assim, dentro da esfera de sua competência e no âmbito da discricionariedade da Administração.

Não comprovou, efetivamente a impetrante, seu direito líquido e certo a ser amparado por mandado de segurança, porquanto, não há norma expressa permitindo a utilização de motos como meio de transporte coletivo, sendo defeso ao Judiciário adentrar no mérito do ato administrativo.

O renomado Hely Lopes Meilhes assim conceitua direito líquido e certo:

"Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se a existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se

seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.

"Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano" (in "Mandado de Segurança", 16ª ed., Malheiros, SP, 1995, págs. 28 e 29).

Destaca-se que o transporte coletivo possui natureza de serviço público, incumbindo, pois, ao poder público disciplinar sua prestação.

Trata-se de matéria de exame da conveniência e oportunidade por parte da Administração, não cabendo ao Poder Judiciário apreciar esses requisitos do ato atacado, mas estritamente sua legalidade.

José Cretella Júnior discorre acerca desse tema:

"Bastante nítido é o âmbito em que se movimenta o Poder Judiciário, quando solicitado a examinar o ato administrativo.

"Neste particular, cumpre-lhe tão-somente o patrulhamento da legalidade do ato. Contrariou o ato texto expresso de lei? Foi editado, desatendendo a algum dos requisitos exigidos na estrutura do ato? Encerra algum vício que o desnature, tornando-o suscetível de nulidade ou anulabilidade? Feriu direito líquido e certo do cidadão?

"(...)

"Inteiramente livre para examinar a legalidade do ato administrativo,

está proibido o Poder Judiciário de entrar na indagação do mérito, que fica totalmente fora de seu policiamento. Trata-se de terreno de competência exclusiva do Poder Executivo, pois o mérito traduz o entendimento de noção tradicional, resumida no clássico binômio "oportunidade-conveniência" (in *Direito Administrativo Brasileiro*, 1ª ed., Forense, RJ, 1999, pág. 347).

Vejamos algumas decisões desta Corte de Justiça acerca deste entendimento:

"(...) Controle judicial do ato administrativo. Limites...

"Consoante já decidiu o STF, 'a legalidade do ato administrativo, cujo controle cabe ao Poder Judiciário, compreende não só a competência para a prática do ato e de suas formalidades extrínsecas, como também os seus requisitos substanciais, os seus motivos, os seus pressupostos de direito e de fato, desde que tais elementos sejam definidos em lei como vinculadores do ato administrativo" (Ap. Cív. n. 98.000886-7, relator Des. Pedro Manoel Abreu, j. em 10/9/98).

E mais:

" (...)

"Verificando o Judiciário que o ato de improbidade e a má conduta imputados ao servidor no exercício de suas funções foram apurados em regular processo administrativo, bem como ser cabível a penalidade aplicada pela autoridade competente, exaurida está a sua função controladora, que restringe-se à verificação da conformação do ato com a lei e com os princípios a que está sujeito o Poder Público, sendo-lhe vedado pronunciar-se sobre a sua conveniência, oportunidade, eficiência ou justiça" (ACMS

n. 96.003269-0, relator Des. Eder Graf, j. em 15/10/96).

Também no mesmo sentido os seguintes arestos do Superior Tribunal de Justiça:

" (...)

"3. Ao Poder Executivo cabe a conveniência e a oportunidade de realizar atos físicos de administração (construção de conjuntos habitacionais etc.). O Judiciário não pode, sob o argumento de que está protegendo direitos coletivos, ordenar que tais realizações sejam consumadas.

"(...)

"5. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário está vinculado a perseguir a atuação do agente público em campo de obediência aos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade, da finalidade e, em algumas situações, o controle do mérito.

"6. As atividades de realização dos fatos concretos pela administração depende de dotações orçamentárias prévias e do programa de prioridades estabelecidos pelo governante. Não cabe ao Poder Judiciário, portanto, determinar as obras que deve edificar, mesmo que seja para proteger o meio ambiente.

"7. Recurso provido" (REsp n. 169876/SP, rel. Min. José Delgado, j. em 16/6/98).

E:

"(...)

"É defeso ao Poder Judiciário apreciar o mérito do ato administrativo cabendo-lhe unicamente examiná-lo sob o aspecto de sua legalidade, isto é, se foi praticado conforme ou contrariamente à lei. Esta solução se funda

no princípio da separação dos poderes, de sorte que a verificação das razões de conveniência ou de oportunidade dos atos administrativos escapa ao controle jurisdicional do Estado. Recurso Improvido" (ROMS n. 1288/SP, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. em 4/4/94).

Igual posicionamento adotou o Tribunal de Justiça do Estado vizinho do Paraná sobre a matéria em análise, referente também aos serviços de mototáxi:

"(...)

"2. Constitucional e Administrativo, negativa de expedição de alvará para transporte de passageiro em motocicleta (mototáxi) — Permissão autorização — Ato discricionário da administração — Legalidade do ato — Ausência de direito líquido e certo.

"Afigura-se na situação concreta dos autos, 'ser inapropriado ao Judiciário perquirir sobre os aspectos de conveniência do poder discricionário, ou seja, buscar a revisão da apreciação levada a efeito pela administração ativa. E, como os demais, exalta somente ser possível o questionamento judicial do ato administrativo, discricionário ou não, naquilo que se refira a sua legalidade'. Conforme ensina o nosso João Roberto Santos Regnier ('Discricionariedade administrativa — Significação, efeitos e controle', Malheiros Editores, 1ª ed., 1997, pág. 50, n. 2.12). Ao arrematar seu ponto de vista registrou: 'No mais, ainda que admita a possibilidade de vício a vontade manifestada no ato, 'seja no exercício de poderes discricionários, seja de poderes vinculados', 'o adequado é 'que os atos devem ser avaliados não em função dos vícios da

vontade em si, mas pela influência que esses vícios possam acarretar na legalidade do ato"' (Apelação Cível e Reexame Necessário n. 61690600, acórdão n. 14780, Primeira Câmara Cível, relator Desembargador Ulysses Lopes, j. em 17/3/98).

E ainda:

"Serviço público — Transporte coletivo — Veículo de aluguel (mototáxi) — Ausência de regramento municipal — Permissão negada pela administração — Mandado de segurança — Ordem concedida na instância monocrática — Ilegitimidade da concessão do mandamus — Provimento da remessa necessária para cassar a segurança.

"Em se tratando de transporte coletivo tem ele a natureza de Serviço Público, e incumbe ao Poder Público, na forma do disposto no artigo 175, da Constituição Federal, disciplinar a sua prestação através de concessão ou permissão, inclusive com prévio processo licitatório.

"Art. 30, V, da Lei Fundamental atribui ao município competência para 'organizar e prestar', diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial.

"A administração responsável pode deixar de permitir ou autorizar, através da não edição de regulamentação, avaliado o risco decorrente da sua prestação, essa modalidade de transporte coletivo, que constitui ameaça à segurança pública e a incolumidade do administrado" (Reexame Necessário n. 77491000, Acórdão n. 3666, Quinta Câmara Cível, Relator Des. Fleury Fernandes, j. em 22/6/99).

Colhe-se da impetração que o município de Itajaí, à data do ingresso da ação mandamental, não dispunha de lei autorizando a utilização do transporte individual de passageiros (mototáxi). Concebido como serviço essencialmente de interesse coletivo — qual o transporte de passageiros — sua implantação passa necessariamente pela autorização do Poder Público. Bem anota o renomado Professor Celso Bastos (parecer de fls. 54) que “o serviço público é prestado sob o regime de direito público, ainda que o seja por particulares, e nestes casos, excepcionalmente, só nos atos atinentes à execução do serviço delegado vê-se que concessionários e, portanto, particulares, equiparam-se ao Estado, para valerem-se também dessas prerrogativas, desde que elas não impliquem a utilização da força”.

E acrescenta, quando o Poder Público recorre a particulares para a incumbência de desempenhar o encargo público: “Assim é que a Constituição exige a realização de concessão ou de permissão e sujeita o concessionário ou permissionário à constante fiscalização do poder competente” (fls. 55).

No que tange às diretrizes da política nacional de transportes, é textual, ainda, o mesmo autor de que “a Constituição não quis centralizar nas mãos da União a prestação de todos esses serviços”, e, por isso, no inc. V do artigo 30 previu que, “além daqueles que são prestados pela União, há os que são prestados pelo Estado, sem prejuízo, contudo, dos aquinhoados aos Municípios”, conforme o teor do citado dispositivo legal:

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

E é peremptório:

“Extrai-se, portanto, deste inciso transcrito, que ao Município cabe ‘organizar e prestar’ o serviço público de interesse local (...), concebido ‘estar aí incluído o de transporte coletivo que tem caráter essencial’”.

Enfim “este transporte só pode ser constituído pelo próprio Município, por meio de lei sua, quer seja para vir a ser prestado pelos próprios órgãos do Município, quer para ser repassado ao particular, sob a forma de concessão ou de permissão” (fls. 60/61).

Destarte, no âmbito da legalidade o mandamus tampouco mereceria guarida, por ausência de legislação local autorizando o tipo de transporte de passageiro – mototáxi.

Sem embargo, como bem assinala ainda Celso Bastos, à luz do antigo Código Nacional de Trânsito, de que “fica muito claro no Código Nacional de Trânsito constam as motocicletas apenas como veículos de uso pessoal, e não como meio de transporte colocado à disposição da coletividade”, do que não difere o atual Código de Trânsito Brasileiro, o que vale dizer, a nível federal, não foi o mototáxi incluído como meio de transporte de passageiros, a ausência ainda assim de legislação local, porventura autorizativa desse serviço, e, a priori, até desautorizada a tanto, afasta a hipótese de se estar perante a prática de ilegalidade por parte da Administração.

Acrescente-se, por último, que embora tivesse o município de Itajaí

editado a Lei n. 3.297, de 20/8/98, posterior assim ao ingresso desta ação instituindo o serviço de mototáxi, no âmbito do Município, pende sobre ela a Ação Direta de Inconstitucionalidade, que tomou o n. 98.014574-0, aforada pelo Sindicato dos Condutores Autônomos de Táxi de Itajaí, neste Tribunal, tendo pela lavra do seu relator, o eminente Desembargador Sérgio Paladino, o Órgão Especial, à unanimidade, concedido liminar para suspender a eficácia da Lei em data de 22/4/99, por isso que conteria a legislação citada vício de inconstitucionalidade, diante do disposto no artigo 137 da Carta Estadual de 1989, em simetria com o preconizado no artigo 107 do CTB, por faltar ao serviço assim pretendido os requisitos de segurança, higiene e conforto, impostos pelo citado Código.

Por tais razões, diante da ausência de direito líquido e certo e por não se vislumbrar ilegalidade no ato atacado, denega-se a segurança.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Pedro Manoel Abreu, Trindade dos Santos, Silveira Lenzi, Cláudio Barreto Dutra, Sérgio Paladino e Solon d'Eça Neves. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Antônio Gercino Ramos de Medeiros.

Florianópolis, 10 de abril de 2000.

Eder Graf,
Presidente com voto;
Alcides Aguiar,
Relator.

APELAÇÕES CÍVEIS EM MANDADOS DE SEGURANÇA

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 97.013871-7, DE BLUMENAU

Relator: Des. João Martins

Processo cível — Procurador do Estado — Ausência de procuração — Desnecessidade.

Despicienda a juntada do instrumento de mandato pelos Procuradores do Estado, haja vista que decorrendo suas atribuições diretamente de dispositivo constitucional, com o ato de nomeação são investidos de todos os poderes necessários ao desempenho da representação estatal.

Mandado de segurança — Infração de trânsito — Apreensão do veículo e documentos — Alegação de ter a autoridade condicionado a liberação destes ao prévio pagamento de multas e apreensão de carteira de habilitação — Mera argumentação — Ausência de provas — Direito líquido e certo inexistente — Via inadequada ao pleito — Remessa provida.

“Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo, para fins de segurança” (Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data. 21ª ed., São Paulo, Malheiros, 1999, pág. 35).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 97.013871-7, da comarca de Blumenau (1ª Vara da Fazenda Pública), em que é apelante o Estado de Santa Catarina, sendo apelada Rita de Cássia Floriani:

ACORDAM, em Quinta Câmara Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e da remessa, dando-se provimento a esta e negando-se provimento àquele.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Na comarca de Blumenau (1ª Vara da Fazenda Pública), Rita de Cássia Floriani impetrou mandado de segurança contra ato do Diretor do Departamento Municipal de Trânsito de Blumenau.

Alegou que, no dia 19 de outubro de 1996, seu filho, Darlan Roberto Nunes, apanhou o veículo Pálio, de propriedade da impetrante, indo até a

residência de amigos, estacionando-o no pátio, mas deixando a chave na ignição; que neste local, sem que percebesse e sem qualquer autorização, Renato Francisco Antônio apossou-se do automóvel, dirigindo para o centro da cidade; que este condutor envolveu-se em acidente de trânsito, causando ferimentos leves em Fabiano dos Santos; que em consequência do acidente e pelo fato de o autuado não ter habilitação para dirigir, o veículo e a documentação foram apreendidos pelo Departamento Municipal de Trânsito, que condicionou a liberação destes ao pagamento de multas e apreensão da Carteira Nacional de Habilitação de seu filho, por este ter entregue o veículo a pessoa inabilitada a dirigir. Pugnou pela devolução do veículo apreendido e respectiva documentação, com a concessão de medida liminar.

A liminar requerida foi deferida pelo despacho de fls. 13 e v.

Apesar de regularmente notificada (fls. 15), a autoridade impetrada

deixou de prestar informações no prazo legal.

Após a manifestação do representante ministerial pela denegação da ordem sobreveio a prestação jurisdicional monocrática que concedeu a segurança pleiteada, sob o fundamento de que o art. 203, I, do RCNT prevê, para o caso de condutor inabilitado, apenas a retenção do veículo e não sua apreensão, devendo a autoridade de trânsito entregá-lo ao proprietário ou a alguém a seu mando, desde que devidamente habilitados (art. 203, § 1º).

Irresignado, apelou o vencido, alegando ter provado que houve prévia e regular notificação do infrator, sendo por isso legítima a negativa de licenciamento do veículo automotor em débito de multas.

Em contra-razões, a apelada alega, preliminarmente, a irregularidade de representação, haja vista não se ter juntado aos autos procuração outorgada pelo apelante ao subscritor do apelo. No mérito, rechaçou os argumentos expendidos nas razões recursais.

Ouvido o representante ministerial de Primeiro Grau, ascenderam os autos a esta Instância, tendo a Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Procurador Antônio César Pinto Costa, opinado pelo não conhecimento do recurso, conhecendo-se da remessa, mas negando-se-lhe provimento.

É o relatório.

II — Voto

1. Improcedente a preliminar suscitada pela apelada sobre a ne-

cessidade de se juntar aos autos procuração outorgada pelo apelante ao subscritor das razões recursais.

Está disposto na Constituição Federal:

“Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas”.

Como se observa, é despicienda a juntada do instrumento de mandato pelos Procuradores do Estado, haja vista que ao decorrerem suas atribuições diretamente de dispositivo constitucional, com o ato de nomeação são investidos de todos os poderes necessários ao desempenho da representação estatal.

Cita-se precedente deste Tribunal fundado em numerosos julgados colacionados por Theotonio Negrão (CPC, 2ª ed., 1995, nota n. 2 ao art. 37):

“Os procuradores de órgão público estão dispensados de exhibir procuração” (ACMS n. 5.435, da Capital, rel. Des. Anselmo Cerello).

O recurso é conhecido, assim como a remessa.

2. O apelante alegou que restou provado que houve prévia e regular notificação do infrator, sendo por isso legítima a negativa de licenciamento do veículo automotor em débito de multas.

Com a devida vênia, incidiu em equívoco o douto Procurador do Esta-

do, uma vez que o caso dos autos se refere ao condicionamento de liberação de veículo e documentos apreendidos em virtude de infração de trânsito ao prévio pagamento de multa e apreensão da carteira de habilitação do filho da apelada; não se trata de hipótese de licenciamento de veículo.

Aliás, não há nos autos, conforme alegado, sequer indício de prova de qualquer notificação, mesmo porque a autoridade impetrada, ora apelante, apesar de regularmente notificada para apresentar informações, deixou transcorrer in albis o prazo legal sem cumprir tal desiderato.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso.

3. O representante ministerial de Primeiro Grau, em seu parecer, pugnou pela denegação da ordem, haja vista que “a impetrante se limitou apenas a alegar os fatos, sem fazer prova sequer da propriedade do veículo, além da apreensão do mesmo e da condição imposta pela autoridade coatora”.

Dispõe o art. 5º, LXIX, da Carta Magna:

“Art. 5º...

“LXIX — conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente da pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

Hely Lopes Meirelles doutrina:

“Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e

exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo, para fins de segurança” (Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data, 21ª ed., São Paulo, Malheiros, 1999, pág. 35).

No caso, a impetrante não demonstrou ser seu direito dotado de liquidez e certeza, nem comprovou a ilegalidade ou o ato abusivo cometido pela autoridade dita coatora. Limitou-se apenas a fazer alegações, apresentando como prova, tão-somente, declaração de que Fabiano dos Santos foi atendido e liberado, redigida em documento que contém um carimbo do Hospital Santa Isabel e uma rubrica de pessoa não identificada; documento, aliás, sem pertinência ao caso que se apresenta.

Ao contrário do que entendeu o Magistrado, não se vislumbra nos autos qualquer elemento ao qual se possa reputar inquestionável a alegada propriedade do veículo, bem como a sua apreensão, nem as condições impostas para sua restituição.

O silêncio da autoridade impetrada ao não apresentar contestação à inicial também não tem o condão de acarretar confissão ficta, nem de dotar de liquidez e certeza o direito da impetrante.

Igualmente não subsiste o fundamento da douta Procuradoria-Geral de Justiça, consoante o qual, tendo a impetrada apreendidos seu veículo e sua documentação, estava impossibilitada de produzir tal prova.

Ora, se havia a impossibilidade de produção de prova que atribuisse liquidez e certeza ao pleito da impetrante, deveria esta ter se socorrido dos meios ordinários adequados para tal; jamais se valido do mandado de segurança que, como visto acima, necessita que o direito seja comprovado de plano.

Assim, conhece-se da remessa e dá-se-lhe provimento para denegar a ordem, revogando-se a liminar concedida a fls. 13 e v.

III — Decisão

Nos termos do voto do relator, decide a Câmara, à unanimidade, co-

nhecer do recurso e da remessa, dando-se provimento a esta e negando-se provimento àquele.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Volnei Ivo Carlin e Cesar Abreu. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Antônio César Pinto Costa.

Florianópolis, 13 de outubro de 2000.

João Martins,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 98.001019-5, DA CAPITAL

Relator: Des. Alcides Aguiar

Mandado de Segurança — Decadência — Inocorrência — Portaria editada como instrumento de formação da revisão de sucessivos atos, culminando com decreto municipal de efeitos concreto e imediato — Início a partir deste do prazo decadencial.

Nulidade de processo administrativo porque delegada competência em favor de funcionário demissível ad nutum e sem a formação de comissão composta por três servidores efetivos — Desnecessidade — Anulação pela própria administração — Súmula 473 do STF — Ato que prescinde de formalidades especiais — Ampla defesa assegurada.

Cerceamento de defesa pela negativa da oitiva de testemunhas — Prova documental e legislação aplicável à espécie suficientes ao esclarecimento do motivo ensejador da revisão do ato administrativo.

Coisa julgada — Writ anterior que reconheceu a inexistência de motivação e garantiu o contraditório em processo administrativo, porém em momento algum impedia a revisão do ato administrativo — Preliminar insubsistente.

Ilegitimidade ativa ad causam não configurada — Servidora que requereu exoneração do serviço público municipal condicionando-a ao recebimento dos vencimentos e vantagens do cargo pleiteado — Retroatividade dos efeitos da anulação dos atos administrativos — Prefacial afastada.

Concurso de acesso para o cargo de Fiscal de Tributos — Ingresso no serviço público mediante contrato de trabalho, regido pela Consolidação das Leis do Trabalho — Lei Municipal n. 1.854/82 — Art. 37, II, da Constituição Federal, e art. 19 e seu § 1º do ADCT da CF/88 — Garantia da estabilidade no serviço público, mas não da efetividade — Anulação decretada — Sentença mantida — Recurso desprovido.

Mesmo estável o servidor, mercê da benesse prevista no § 1º do art. 19 do ADCT da CF/88, a sua efetivação incorre enquanto não se submeter a concurso público. Comporta anulação o ato de nomeação do servidor, decorrente da ascensão funcional, desde que, embora estável no serviço público e não no cargo, naquele originariamente tenha ingressado mediante contrato e não por concurso público.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 98.001019-5, da comarca da Capital (Vara da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho — 1º Cartório), em que são apelantes Anízio Domingos Fritzen e outros, sendo apelado o município de Florianópolis:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, afastar as preliminares e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário.

Custas na forma da lei.

Anízio Domingos Fritzen, Edio Jácomo Coan, Elza Maria da Silva Leite, João Pedro Itamaro, Milton Coelho Pires Júnior, Nilza Selhorst Barbosa, Nilson Eloy das Neves, Paulo Cesar Ausen, Paulo Roberto Bona e Rita de Cácia Madeira Frasseto impetraram mandado de segurança contra ato da Prefeitura Municipal de Florianópolis, objetivando ver anulada a Portaria n. 2, de 2 de outubro de 1996, e os atos dela decorrentes — Processo Administrativo n. 26/96 e o Decreto n. 1.041, de 14 de novembro de 1996 —, restabelecendo-se a situação funcional dos impetrantes com os direitos e

as vantagens inerentes ao cargo de Fiscal de Tributos.

Acrescentam que o então Prefeito Municipal de Florianópolis Sérgio José Grando, pouco antes de findar seu mandato, no uso de seu poder discricionário e num “gesto de conotação política”, baixou a Portaria n. 2, de 2 de outubro de 1996, delegando competência ao Procurador-Geral do Município para a instauração de processo administrativo, com a finalidade de desconstituir o ato de nomeação dos impetrantes, aprovados, na gestão anterior, em concurso seletivo interno para o cargo de Fiscal de Tributos, culminando com a edição do Decreto n. 1.041, de 14 de novembro de 1996, ferindo direito líquido e certo dos impetrantes.

Sublinham que, no início do mandato do ex-Prefeito, em 1993, pelo Decreto n. 111, de 10/2/93, a mesma providência foi tomada, só que rechaçada na esfera judicial. Mesmo assim, reeditou o ato ilegal, ferindo direito líquido e certo, já incorporado ao patrimônio jurídico dos impetrantes, investidos nos cargos de nível superior de Fiscal de Tributos.

Aduziram que o Inquérito Administrativo n. 26/96, instaurado pela Portaria n. 2/96, contém vício de nulidade, eis que isento de indicação de motivos; que a delegação de competência outorgada ao Procurador-Geral do Município — funcionário demissível ad nutum — fere a Lei Orgânica do Município de Florianópolis, que determina que os atos complexos, como no caso em questão, devem ser averiguados por meio de Comissão de Inquérito Administrativo — composta por três membros designados pelo

prefeito e selecionados dentre funcionários efetivos — ou Processo Administrativo; e, ainda, a ocorrência do cerceamento de defesa ante o indeferimento de produção das provas testemunhais requeridas naquela oportunidade; que o ato não poderia atingir Nilza Selhorst Barbosa, pois encontrava-se afastada, a pedido, dos quadros funcionais.

No mérito, sustentam que no ato da inscrição para o concurso de acesso já eram efetivos, enquadrados no Grupo Operacional de Nível Superior do Quadro Único da Administração Direta do Município de Florianópolis, aptos, assim, a submeter-se às provas seletivas internas; se o Decreto n. 121/82 contivesse qualquer vício de origem, à Administração Municipal caberia lançar mão de ação direta de inconstitucionalidade, e se assim não agiu, o decreto manteve sua eficácia plena.

Anotam, ato contínuo, que a Administração Municipal atém-se a um único argumento para tisonar o acesso funcional homologado pela Portaria n. 805/92, vale dizer, parte do princípio da “obrigatoriedade do concurso público, que implicaria no reconhecimento da legalidade da investidura derivada”.

Sustentam que, no julgar a ACMS n. 4.603, esta Corte inclinou-se pela constitucionalidade do acesso funcional por concurso seletivo interno, entendendo que não há ofensa ao art. 37, II, da CF.

A propósito trazem à baila julgados deste egrégio Tribunal de Justiça, inclusive o relativo à ACMS n. 4.603, deste relator, pertinente ao instituto do acesso, que, no âmbito da

nova CF, persiste como forma de investidura derivada.

Assinalam, ainda, com as tentativas recursais por parte da Prefeitura Municipal, ambas inexistentes pois o Vice-Presidente desta Corte negou seguimento aos recursos extraordinário e especial interpostos; como também o agravo contra esta decisão na alta Corte Federal não foi provido, o acórdão recorrido foi mantido na íntegra sob o ponto de vista constitucional e legal, transformando-se em “coisa julgada”.

Logo — concluem — não há mais justificativa para trazer-se à discussão judicial o assunto do concurso interno de acesso ou de investidura originária, que a primeira investidura dos impetrantes no serviço público é assunto superado e encerrado, e reprimam:

Esses funcionários, aprovados no concurso seletivo interno, eram ocupantes de cargos efetivos, classe X do Anexo III da Lei n. 2.897, de 7/7/1988, integrantes do Grupo Ocupacional de Nível Superior, da mesma categoria e escolaridade dos Fiscais de Tributos.

Os impetrantes — prosseguem — no ato da inscrição atenderam às exigências da lei normativa do concurso — art. 17, incs. I, II e III, do Edital n. 7/92: “O funcionário ou servidor pertencente a um cargo ou emprego poderá ascender a cargo ou emprego da mesma ou de outra categoria funcional do mesmo ou de outro Grupo Ocupacional, mantido o regime jurídico, desde que: esteja no efetivo exercício do cargo ou emprego de que é titular; preencher as exigências de escolari-

dade e/ou habilitação; submeter-se a concurso interno”.

Acrescentam que o Poder Público Municipal, na gestão do ex-Prefeito Sérgio José Grando, impossibilitado de agredir diretamente o acesso funcional, tenta desfazer por outro meio a investidura dos impetrantes, inclusive procurando desconstituir o acórdão com trânsito em julgado, a fim de livrar-se das indenizações em atraso.

Requereram a concessão da medida liminar para considerar nula a Portaria n. 2/96 e os atos dela decorrentes — Processo Administrativo n. 26/96 e o Decreto n. 1.041, de 14 de novembro de 1996; a notificação da autoridade coatora; e, por fim, a declaração de ineficácia da Portaria n. 2/96 e do Decreto n. 1.041/96.

Valoraram a causa em R\$ 500,00 (quinhentos reais) e juntaram documentos (fls. 31/141).

Prestou informações a digna Prefeita Municipal de Florianópolis, aduzindo, preliminarmente, a sua ilegitimidade passiva ad causam, eis que a impetração foi dirigida contra pessoa jurídica de direito público; que a impugnação da Portaria n. 2/96 já foi objeto do Mandado de Segurança n. 2396046230.0, que foi extinto por desistência dos impetrantes. Assim, não poderiam estes repetir a ordem, ainda mais quando extrapolado o prazo de 120 dias, considerando que a Portaria n. 2/96 foi publicada no Diário Oficial de 7 de outubro do mesmo ano, enquanto o writ foi impetrado em 7 de março de 1997.

No mérito, sustenta que os impetrantes, elevados ao cargo de Fiscal de Tributos, não reuniam condições para

ter suas inscrições homologadas no certame de acesso, pois todos foram admitidos no serviço público municipal sem a prestação de concurso público originário, na forma do art. 37, inciso II, da Constituição Federal, mas de forma precária, ou seja, por contrato de experiência com prazo de 90 dias.

A assertiva de que o Decreto n. 121/82, em que restaram efetivados 675 funcionários, supre a primeira investidura é insustentável, porquanto apenas lhes garantiu a estabilidade, não podendo ser confundida com efetividade.

Sobre a delegação da competência do ex-Prefeito ao Procurador-Geral do Município para a condução do Processo Administrativo n. 26/96, foi totalmente legal, eis que a formação de comissão é exigível para apurar faltas funcionais, e no caso a instauração do processo objetivava a revisão dos atos da Administração, ex vi do art. 23, inciso II, letra c, da Lei Orgânica do Município.

A Portaria n. 2/96, que deu origem ao Processo Administrativo n. 26/96, foi regularmente motivada, contendo considerações e justificativas necessárias à revisão dos atos viciados que culminaram com a anulação da Portaria n. 805/92, homologatória das inscrições dos impetrantes no concurso de acesso, em função de os candidatos assim investidos não terem prestado qualquer concurso público inicial, impossibilitando-os à investidura derivada.

Aduz que a dispensa da prova testemunhal no Processo Administrativo n. 26/96 não causou cerceamento do direito de defesa, já que a contro-

vérsia restringia-se à investidura originária dos impetrantes, ou seja, a prova era essencialmente documental.

Sublinha que a Portaria n. 2/96 não poderia deixar de contemplar a ex-funcionária Nilza Selhorst Barbosa, porquanto ainda postula a investidura no cargo de Fiscal de Tributos.

Sustenta a inexistência da coisa julgada e direito adquirido, pois a revisão dos atos administrativos está embasada na própria decisão proferida no Mandado de Segurança n. 4.603, referente à situação funcional dos impetrantes em relação ao concurso de acesso, não se cogitando de atos anteriores pertinentes à admissão. Sobre direito adquirido, argumenta que ato nulo ou inexistente não gera direitos ou obrigações, a teor da Súmula 473 do STF, ao passo que a primeira investidura no serviço público municipal, ao contrário do afirmado pelos autores, não se tornou assunto superado com o acesso.

Por último, a Administração tem o poder de rever seus atos, podendo anulá-los (evitados de nulidades) ou revogá-los (inconvenientes e inoportunos).

Pugnou pela denegação da segurança (fls. 146/156).

Juntou documentos (fls. 157/396).

O representante do órgão ministerial exarou parecer, opinando, preliminarmente, pelo reconhecimento da decadência do direito dos impetrantes e, no mérito, pela não-concessão da segurança (fls. 398/401).

A ordem afinal foi denegada pelo culto Magistrado, impondo aos

impetrantes o pagamento das custas processuais (fls. 403/407).

Os impetrantes, inconformados, interpuseram recurso de apelação. Após resumo dos fatos, sustentam que a r. sentença objurgada ignorou a legislação municipal relativamente aos meios legais para o processamento do inquérito administrativo, bem como a existência da res judicata. Chamam a atenção para a delegação de competência em favor do Procurador-Geral do município de Florianópolis para a condução do processo administrativo, considerando que se trata de servidor demissível ad nutum e, por isso, incapacitado para agir. Por tratar-se de atos complexos, sustentam a incompetência do Procurador-Geral do Município, ante a inaplicabilidade do art. 23, II, c, e caput, da Lei Orgânica do Município de Florianópolis, ao caso em questão, mas sim o disposto no art. 244, § 2º, do Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Município de Florianópolis, que prevê a formação de comissão de inquérito composta por 3 (três) membros, designados pelo prefeito e selecionados dentre funcionários efetivos.

Relativamente à funcionária Nilza Selhorst Barbosa, afirmam que não poderia figurar no pólo litigioso, nem ser abrangida pela Portaria n. 2/96 e incluída no Processo Administrativo n. 26/96, bem como sofrer as consequências do Decreto n. 1.041/96, pois estava afastada do quadro de funcionários do Município, desde 30 de agosto de 1996. Portanto, não é lícito ao Poder Público rever possíveis defeitos ou falhas pretéritas.

Nomeiam como sendo o assunto principal do mandamus o fato de a

Portaria n. 2/96, que culminou com o Decreto n. 1.041/96 (ato complexo), contrariar o art. 246 da Lei Estatutária Municipal, e, mormente, “porque ditos provimentos repetem, ostensivamente, fundamentos usados no Mandado de Segurança n. 4.603, da Capital, onde, personae, res judicata e causa petendi se identificam e se transformam em fatos incontroversos” (fls. 418).

Frisam que o prazo para a impetração não se conta da publicação da lei ou do decreto normativo, mas do ato administrativo que, com base nesses, pratica a ofensa. Assim não houve decadência, eis que o prazo começa a fluir da data do Decreto n. 1.041/96, de 14 de novembro de 1996, findando em 14 de março de 1997.

No mérito, o acórdão proferido no Mandado de Segurança n. 4.603, da Capital, em nenhum momento afirma “a inexistência de afinidade entre as atividades exercidas pelos impetrantes/apelantes e a categoria para a qual acessaram. Apenas, fez referência à necessidade da elaboração de processo legal na apuração dos fatos alegados” (fls. 422). Informam, outrossim, que a Prefeitura Municipal de Florianópolis, diante da decisão que lhe foi desfavorável, interpôs dois recursos — Extraordinário e Especial —, porém sem sucesso, já que a ambos foi negado seguimento. Da mesma forma, foi negado provimento aos agravos de instrumento pelo Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

Novamente, sustentam que a decisão proferida no mandamus supra fez coisa julgada, não sendo possível a repetição do ato dito abusivo.

Por fim, mencionam que, não obstante as preliminares argüidas, falhas e defeitos na Portaria n. 2/96 e Decreto n. 1.041/96, “nada obsta seja, em primeiro plano, analisado o ponto crucial da demanda, isto é, a res judicata, conforme determina o § 2º do art. 249 do CPC”, e a tal título invocam a decisão prolatada no MS n. 4.603, diante da tríplice identidade — pessoas, causa e objeto.

Requereram o afastamento do pólo ativo da relação processual da ex-funcionária Nilza Selhorst Barbosa; o acolhimento da exceção de coisa julgada; considerar nula a Portaria n. 2, de 2 de outubro de 1996, bem como os atos subseqüentes — Processo Administrativo n. 26/96 e Decreto n. 1.041, de 14 de novembro de 1996; a desconstituição dos atos de reintegração funcional dos impetrantes/apelantes; o restabelecimento da situação anterior, com os direitos e vantagens inerentes ao cargo de Fiscal de Tributos, desde a data da impetração; a declaração de validade do concurso derivado de acesso funcional aos servidores do Poder Público; o reconhecimento da falha na elaboração da Portaria n. 2/96 e do Decreto n. 1.041/96, sendo que as nulidades apontadas não obstam o reconhecimento da coisa julgada nem impedem o julgamento do mérito (fls. 411/430).

Contra-arrazoando, o município de Florianópolis, por seu procurador, pugnou pela manutenção da decisão monocrática (fls. 439/442).

Manifestou-se o representante do Ministério Público pelo conhecimento e improvemento do recurso (fls. 444/446).

Nesse grau de jurisdição, o douto Procurador de Justiça Dr. Raul Schaefer Filho opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 452/454).

É o relatório.

Urge apreciar questão prejudicial ao desfecho do writ, relativamente ao prazo decadencial.

Sustentam os impetrantes, ora apelantes, que o prazo para a impetração não se conta da publicação da lei ou do decreto normativo, mas do ato administrativo que, com base neles, pratica a ofensa.

A r. sentença objurgada, considerando ultrapassado o lapso de tempo de 120 dias entre a publicação da Portaria n. 2/96, que deu ensejo ao processo administrativo, culminando com a anulação do concurso de acesso ao cargo de Fiscal de Tributos do quadro de pessoal da Prefeitura Municipal de Florianópolis, e a presente ordem, reconheceu a decadência quanto ao direito de impetração, relativamente àquela Portaria (n. 2/96).

A decadência haveria de ser reconhecida se, isoladamente, fosse considerado como sendo o ato violador do direito dos impetrantes. Ocorre que a referida Portaria n. 2/96 foi o instrumento de formação da revisão de sucessivos atos que culminaram com a edição do Decreto n. 1.041, de 14/11/96, este sim de efeitos concreto e imediato, apto a autorizar a utilização do remédio heróico.

Com efeito:

“Mandado de segurança. Servidor público municipal. Decadência. Inocorrência. Demissão. Procedimento administrativo encerrado após sua

exoneração por extinção do cargo. Direito líquido e certo. Segurança deferida. Recurso e remessa desprovidos.

“Em tema de mandado de segurança, não é o início do procedimento administrativo que dá ensejo ao termo a quo para a impetração mas o ato final, que define a lesão e que pode permitir a executoriedade da medida. O prazo de cento e vinte dias conta-se da ciência inequívoca do ato impugnado pelo interessado ou seu patrono nos termos do art. 18 da Lei n. 1.533/51.

“Encontrando-se o impetrante formalmente exonerado em razão da extinção do cargo por lei municipal, não pode a autoridade coatora demiti-lo do quadro com aplicação da lei estatutária pois não mais se encontra investido na função pública” (in Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 96.001130-7, de Balneário Camboriú, relator Nelson Schaefer Martins — grifei).

Enfim, a impetração é dirigida contra a Portaria n. 2/96, Processo Administrativo n. 26/96 e Decreto n. 1.041/96. Como este último data de 14/11/96 e a impetração sobreveio em 7 de março de 1997, dentro pois de cento e vinte dias, não há falar em decadência.

Sobre a Portaria n. 2/96, afirmam que a delegação de competência em favor do Procurador-Geral do município de Florianópolis para a condução do processo administrativo é ilegal, por isso que: trata-se de ato complexo, sendo inaplicável o art. 23, II, c, e caput, da Lei Orgânica do Município de Florianópolis; no caso em comento — prossegue — deve incidir o disposto no art. 244, § 2º, do Estatuto

dos Funcionários Públicos Cíveis do Município de Florianópolis, que prevê a formação de comissão de inquérito composta por 3 (três) membros, designados pelo prefeito e selecionados dentre funcionários efetivos. A par disso, o cargo de Procurador-Geral do município é demissível ad nutum.

Não procede a irresignação ainda desta feita:

Ato complexo “costuma ser entendido como todo ato administrativo que só se concretiza pela manifestação, concomitante ou sucessiva, de mais de um órgão do Estado, quer singular, quer coletivo (Tito Prates da Fonseca, Direito Administrativo, 1939, pág. 371, e Lições de Direito Administrativo, 1943, pág. 347), concluindo-se portanto, contrario sensu que não se desfaz pela manifestação de um só daqueles órgãos, por si só, mas tão-somente pela ação conjugada dos mesmos organismos que lhe deram existência e validade” (Dos Atos Administrativos Especiais, J. Cretella Júnior, Forense, RJ, 1995, pág. 147).

Não é o caso dos autos. É que se está diante de anulação pela Administração de atos anteriores, por conterem vícios que os tornam ilegais, dependendo sua formação ou revisão, única e exclusivamente, da autoridade dita coatora.

E quanto a isso sabe-se que “a administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos” (Súmula 473 do STF).

A sempre atual lição de Hely Lopes Meirelles esclarece que: “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". E continua: "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 confundir com ato inconveniente ou inoportuno, que rende ensejo a revogação, e não a anulação) não se exigem formalidades especiais, nem há prazo determinado para a invalidação, salvo quando norma legal o fixar expressamente" (in Direito Administrativo Brasileiro, 17ª edição, Malheiros Editores, págs. 190 e 191).

Além disso, na espécie, não se trata de processo administrativo disciplinar, indispensável para a apuração de falta do funcionário no serviço público, culminando, inclusive, com severas sanções.

Novamente o saudoso Hely Lopes Meirelles elucida:

"O processo de controle — também chamado de determinação ou de declaração — não se confunde com o processo punitivo, porque, enquanto neste se apura a falta e se aplica a penalidade cabível, naquele apenas se verifica a situação ou a conduta do agente e se proclama o resultado para efeitos futuros" (ob. cit., pág. 592).

Então, a rigor, não se fazia necessária a formação de processo administrativo com a nomeação de três funcionários efetivos. Bastava apenas a revisão do ato, por simples delibera-

ção do chefe do Poder Executivo local, assegurada, por óbvio, a ampla defesa.

No caso sub examen, a Portaria n. 2/96 — deflagradora do inquérito administrativo, acha-se motivada suficientemente (fls. 71/74), permitindo, como permitiu, regular e ampla defesa por parte dos servidores por ela alcançados.

Enfim, o fato de ter sido delegada ao Procurador-Geral do município a condução do inquérito administrativo, visando à revisão do ato tisdado de ilegal, não acarretou o vício almejado pelos impetrantes.

Tampouco se verificou cerceamento de defesa pela negativa do condutor do processo em não ouvir as testemunhas arroladas pelos servidores. O motivo ensejador do inquérito, ou seja, a anulação do concurso de acesso por não terem os nomeados ingressado no serviço público originariamente por concurso público, com violação ao art. 37, II, da CF, dispensava por óbvio a prova testemunhal, eis que suficiente a prova documental e a legislação aplicável à espécie.

Sobre a ocorrência da coisa julgada, diante da decisão proferida na Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 4.603, relatada pelo desembargador que este subscreve, e por isso impossível a repetição do ato dito abusivo, sem razão os apelantes.

O v. acórdão, após ressaltar ser possível, juridicamente, a ascensão do funcionário no âmbito de uma mesma carreira sem o crivo do concurso público, este essencial tão-só para investidura inicial no serviço público, e, por isso, válido o concurso de acesso, acabou por enfatizar, verbis: "o decre-

to de anulação do concurso emerge de todo imotivado e tampouco faz remissão à realização prévia de sindicância ou inquérito administrativo, como in casu se mostrava essencial, posto que os impetrantes, em meio a trinta e dois candidatos inscritos, lograram aprovação no concurso de acesso para o cargo de Fiscal de Tributos, após chamados para tanto pelo Edital n. 7/92, publicado no DOE de 23/4/92 e, nomeados, já se achavam no exercício do novo cargo quando veio a lume o ato anulatório”.

A seguir acrescenta: “Impugna-se, com efeito, que a Administração instaurasse o devido processo legal, de forma a apurar se o concurso se realizara ao arrepio da lei ou com infringência aos princípios que regem o concurso interno de acesso, com ampla defesa dos candidatos já ocupantes do cargo para o qual lograram ascender”.

Por fim concluiu:

“A vigorar a tese esposada pelo v. acórdão recorrido, fácil seria demitir o servidor sem a necessidade de processo administrativo. Bastaria a simples alegação de irregularidade de concurso, para, anulando-o, atingir o servidor.

“Sabe-se aqui que os impetrantes não eram estáveis, isto porém não invalida a presunção *juris tantum* de que o concurso realizou-se na forma estabelecida por atos do governo anterior cuja validade não lhes competia avaliar. Por isto, o desfazimento do concurso só se poderia operar pelo devido processo legal administrativo, porquanto dito concurso gerou direito adquirido que só poderá ser descons-

tituído se provada a ilegalidade de sua formação”.

Destarte, em momento algum o r. aresto impedia a revisão do ato administrativo, porque teria operado, em favor dos impetrantes, o direito adquirido de manterem-se nos cargos a que alude o concurso de acesso de Fiscal de Tributos do município de Florianópolis.

Portanto, imprescindível era a motivação para a revisão do ato administrativo, e essa motivação extrai-se da Portaria n. 2/96, fls. 177.

Enfim, não se está diante de coisa julgada, como querem ver os impetrantes.

A outra preliminar, relativamente à servidora Nilza Selhorst Barbosa, também imerece prosperar.

Não obstante tenha a referida servidora pedido exoneração do cargo que ocupava no quadro de pessoal da Prefeitura Municipal de Florianópolis, fê-lo com a seguinte ressalva: “Tendo sido reconduzida, mediante ordem judicial, à atividade funcional de Fiscal de Tributos do quadro de nível superior da Prefeitura Municipal de Florianópolis, conforme Decreto n. 660, de 21 de agosto de 1996, faço chegar ao conhecimento de Vossa Excelência o propósito de demitir-me do cargo, sem prejuízo, evidentemente, dos vencimentos e vantagens em atraso, que me cabem, até esta data, em decorrência da concessão do Mandado de Segurança n. 2396005966.2, cuja sentença transitou em julgado”, documento de fls. 93.

Além disso, “é de sabor bizantino a tese segundo a qual, como o passado é irreversível, não se revogam os atos, mas sim os seus efeitos, o que é

maneira abstrata de considerar-se o ato, com olvido de sua essencial temporalidade, como se, uma vez emanado, ficasse ele jungido ao instante de sua produção, quando, ao contrário, o ato abrange os seus efeitos, isto é, algo que concretamente evolui no tempo, razão pela qual é suscetível de ser invalidado cerce (*ex tunc*) na ocorrência de nulidade” (in *Revogação e Anulamento do Ato Administrativo*, Miguel Reale, Forense, Rio de Janeiro, 1980, pág. 77).

Valiosa a lição também do saudoso mestre Hely Lopes Meirelles, verbis:

“Os efeitos da anulação dos atos administrativos retroagem às suas origens, invalidando as conseqüências passadas, presentes e futuras do ato anulado. E assim é porque o ato nulo (ou o inexistente) não gera direitos ou obrigações para as partes; não cria situações jurídicas definitivas; não admite convalidação”. E arremata: “Reconhecida e declarada a nulidade do ato, pela Administração ou pelo Judiciário, o pronunciamento de invalidade opera *ex tunc*, desfazendo todos os vínculos entre as partes e obrigando-as à reposição das coisas ao status quo ante, como conseqüência natural e lógica da decisão anulatória” (in *Direito Administrativo Brasileiro*, 17ª edição, Malheiros Editores, pág. 189).

Portanto, de todo insustentável a tese de ilegitimidade da servidora Nilza Selhorst Barbosa para figurar na relação processual.

Afastadas as preliminares, enfrenta-se a questão de fundo, ou seja, a motivação do ato de invalidação do concurso.

O Decreto n. 1.041/96, na sua parte conclusiva, está assim fundamentado:

“Após o detido exame que a matéria de defesa reclamava por sua relevância, na espécie, verifica-se, sem sombra de dúvida, que os servidores ascensados ao cargo de fiscal de tributos não possuíam a condição primordial para terem homologadas suas inscrições ao concurso de acesso do Quadro Único do Pessoal Civil da Administração Direta Municipal, conforme ocorreu por meio da Portaria n. 805/92 (Doc. de fls. 14 dos autos), visto que pelos documentos funcionais anexados ao presente processo administrativo (fls. 28 a 132), todos, sem exceção, foram admitidos no serviço público municipal sem a prestação de concurso originário, mas, precariamente, mediante contrato de experiência com prazo determinado (90 dias), carecendo da condição essencial prevista no Acórdão da 4ª Câmara Civil (ACMS n. 4.603), qual seja, da primeira investidura obrigatória por concurso público, que implicaria no reconhecimento da legalidade da investidura derivada por concurso interno de acesso.

“Diante disso, como se vê, há motivação suficiente neste regular processo administrativo de anular a Portaria n. 805, de 22 de maio de 1992, assinada pelo ex-Secretário Municipal de Administração, homologando as inscrições dos servidores inscritos no concurso de acesso ao cargo de fiscal de tributos previsto no edital n. 007/92, em função dos candidatos ascensados não terem qualquer concurso público inicial, o que impossibilita a investidura derivada.

"Portanto, diante das provas existentes nos autos, impossível juridicamente a ascensão dos servidores mencionados na Portaria 002/96 ao cargo de fiscal de tributos em virtude dos mesmos não possuírem a condição básica elementar de primeira investidura, podendo Vossa Excelência anular a Portaria 805/92, que homologou as inscrições dos servidores inscritos no concurso de acesso ao cargo de fiscal por infringência ao artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, tornando nulos, em consequência, os atos subseqüentes" (fls. 93 e 94).

O acórdão proferido na Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 4.603, da Capital, envolvendo as mesmas partes deste writ, defendendo a legalidade do concurso de acesso, acabou por afirmar, com fulcro na lição sempre moderna do mestre Hely Lopes Meirelles:

"A obrigatoriedade de concurso público é somente para a primeira investidura em cargo ou emprego público, isto é, para o ingresso em cargo isolado ou no cargo inicial da carreira, nas entidades estatais, suas autarquias, suas fundações públicas e suas paraestatais". E destaca:

"A defeituosa redação do art. 37, II, da Constituição de 1988, pode parecer que ela exige concurso público para todas as investiduras em cargo público ou emprego. Mas não é assim. O que a Constituição impõe é o concurso público para a primeira investidura, pois que, havendo carreira, o acesso a seus vários degraus se faz por critérios internos de seleção, constantes do plano previsto no estatuto, podendo haver, até mesmo, promoção por antigüidade" (Direito Admi-

nistrativo Brasileiro, RT, 1988, pág. 370).

O v. aresto valeu-se, também, dos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, verbis:

"Embora o art. 37, II, estabeleça que a investidura em cargo público depende de aprovação prévia em concurso público, obviamente está a se referir, de modo exclusivo, ao provimento originário e autônomo, que tecnicamente se denomina nomeação. Isto é, ao provimento que independe de qualquer relação anterior que o eventual candidato à investidura tenha ou haja tido com o serviço público. Isto porque inúmeras outras formas de provimento prescindem de concurso público, pois a investidura no cargo procede de alguma anterior relação que o provido tem ou teve com o serviço público. Por isso é que não são investiduras autônomas, originárias, mas derivadas, já que promanam, derivam, de situação precedente, tudo conforme exposto no capítulo I, n. 21 a 24. É o caso da promoção, do acesso, da transferência, da reintegração, da readmissão, da reversão e do aproveitamento, todas elas formas pelas quais alguém vem a ser investido em dado cargo público e não necessita efetuar novo concurso" (Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta, Ed. RT, 1990, págs. 44/45) (grifei).

Além da doutrina, o v. acórdão citou os seguintes julgados desta Corte de Justiça:

"Magistério público estadual.

'Acesso. Legitimidade, dentro da mesma categoria funcional, de uma classe para outra, observados os requisitos legais.

'A exigência constitucional de aprovação em concurso público de provas e títulos é para o provimento originário, não para o derivado, no qual se insere o acesso, salutar instituto que permite alcance o funcionário progresso na carreira, atendidas prescrições legais específicas' (MS n. 7.110, Des. João José Schaefer, Segundo Grupo de Câmaras Cíveis).

"No mesmo sentido: MS n. 2.726, Des. Eder Graf; Ap. Cív. n. 39.352, Des. Wilson Guarany; e Ap. Cív. n. 39.943, Des. Amaral e Silva, os dois últimos julgados da douta Terceira Câmara Civil".

E acabou por concluir: "Possível, pois, juridicamente, a ascensão funcional do funcionário no âmbito de uma mesma carreira, sem o crivo do concurso público, este essencial tão-só para investidura no serviço público (...)" (ACMS n. 4.603, da Capital).

Os apelantes, na peça vestibular, sustentam que a primeira investidura dos funcionários por meio de acesso encontra eco no Decreto n. 121, de 13 de agosto de 1982, inclusive envolvendo 675 integrantes do quadro funcional municipal.

A autoridade coatora, por sua vez, enfatiza que os impetrantes não tinham condições de ter homologadas suas inscrições ao concurso de acesso porque foram admitidos no serviço público municipal sem a prestação de concurso originário.

Não resta a menor dúvida de que os impetrantes, consoante se vê dos documentos que integram o Processo n. 26/96, fls. 170 a 395, ingressaram no serviço público mediante

contrato de trabalho, regido pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Em 30 de julho de 1982, passou a vigor a Lei n. 1.854, cujo artigo 6º tem a seguinte redação:

"Os atuais titulares de cargos de provimento efetivo, de carreira e isolados, bem como os agregados e os empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, lotados e em efetivo exercício nos diversos órgãos da Administração Direta, cujas atribuições se identifiquem com as dos cargos criados por esta lei, serão enquadrados por ato do Prefeito Municipal".

E o artigo 11 dispõe:

"Concluído o enquadramento de que trata a presente lei, o ingresso no Quadro de Pessoal Civil da Administração Direta dependerá de aprovação prévia em concurso público de provas e títulos, na classe inicial da Carreira".

O Decreto n. 121/82, publicado no Diário Oficial n. 12.032, de 13/8/1982, nomeou, por opção, nos termos da Lei n. 1.854, para os cargos de provimento efetivo, os servidores ali relacionados, inclusive os imprevistos.

Como se verá a seguir não poderia a legislação municipal malferir princípios basilares de direito, e especialmente a Lei Maior.

Diante dos termos das normas supratranscritas, indubitável que os impetrantes ingressaram no serviço público municipal sem o devido concurso de provas e títulos a que aludem o art. 11 da Lei n. 1.854/82 e, mormente, o art. 37, inciso II, da atual Consti-

tuição da República, e art. 177 da Carta da República então vigente.

A controvérsia, na verdade, gira em torno da estabilidade e efetividade no serviço público.

Antonio José Miguel Feu Rosa, na obra "Direito Constitucional", 1998, Editora Saraiva, dissertando acerca da estabilidade dos funcionários públicos civis em face da nova Constituição, analisa os dois institutos, verbis:

"A efetividade é um atributo 'decorrente da natureza da nomeação (nomeação em caráter efetivo) vinculada ao tipo de cargo (cargo de provimento efetivo). Decorre a efetividade, pois, do tipo especial de nomeação que a introduz, qualificando o agente' (José Cretella Jr., Efetividade, in Enciclopédia Saraiva do Direito)" (págs. 547 e 548).

E continua: "Ou: ao ser nomeado, em caráter efetivo, o agente público adquire efetividade na mesma hora, cumpridas evidentemente as formalidades legais relativas à posse. 'Ninguém, portanto, é 'efetivado' no cargo, porque já se entra para o cargo com tal atributo que não depende de circunstâncias pessoais do agente, ligadas ao tempo de serviço prestado, mas sim de traço inerente ao modo de provimento do cargo, pelo ato de nomeação. Do mesmo modo, e paralelamente, não se adquire vitaliciedade, porque se entra vitalício em virtude da natureza do cargo. Vitaliciedade e efetividade ninguém adquire pelo decurso do tempo: entra-se vitalício e efetivo para o cargo, cuja índole requer titular dessa natureza' (José Cretella Júnior)".

A seguir destaca: "Em contrapartida, a estabilidade é atributo pes-

soal do funcionário; decorre do tempo, não do tipo de nomeação. Estável é o funcionário que, preenchidos os requisitos constantes de lei, não é compelido a deixar o serviço público a não ser em virtude de sentença ou processo administrativo" (ob. cit., pág. 548).

Sublinha o doutrinador que a estabilidade e a efetividade já foram objeto de exaustiva discussão nos tribunais:

"Assim, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário n. 74.326, firmou que: 'A estabilidade do funcionário se dá no serviço público e não no cargo'.

"Idêntico entendimento adotou o excelso Pretório quando do julgamento do Recurso Extraordinário n. 74.442, tendo o relator, Ministro Rodrigues Alckmin, em seu voto vencedor e unânime, acentuado que: 'Além disso, é tranqüilo o entendimento de que a estabilidade se dá no serviço público e a efetividade no cargo. Nesse sentido, além de preceito legal expresso (Lei n. 1.711/52, art. 82, § 2º), é uniforme a doutrina e pacífica a jurisprudência deste egrégio Supremo Tribunal Federal (RE 68.281, RTJ 56/456, RMS n. 18.32, RTJ 48/480, relator o eminente Min. Barros Monteiro)'.

"Também do excelso Pretório: 'O art. 177, § 2º, da Constituição, conferiu a estabilidade no serviço público e não no cargo ocupado pelo funcionário' (Ag. 55.802, rel. Min. Antonio Neder).

"E: 'A estabilidade conferida pelo art. 172, § 2º, da Constituição de 1967, aos servidores extranumerários e contratados não implica efetividade' (RE n. 75.121, rel. Min. Rodrigues Alckmin).

"Resumindo: não há confundir efetividade com estabilidade. Aquela se dá no cargo, pelo preenchimento de condições exigidas para o seu provimento; esta se dá no serviço público" (págs. 548 e 549).

Ainda sobre o assunto, esclarece que: "quando a nova Carta, no já citado art. 19 das Disposições Transitórias, repetindo o art. 177 da Constituição Federal de 1937, considera estáveis os servidores que contem mais de cinco anos de serviço público, até a data de sua promulgação, não quer dizer, apenas, simples e textualmente, que os considera estáveis no serviço público".

E finaliza: "A propósito, profundamente esclarecedor é o escólio do eminente Ministro Djaci Falcão, inserido em voto vencedor e unânime de sua lavra relativo ao Recurso em Mandado de Segurança n. 19.477—SP, qual seja:

'Razões políticas levaram nossas constituições, desde a de 1946, a considerar tais funcionários extranumerários, conforme seus anos de serviço, como estáveis o que significa que não poderiam ser demitidos por conveniência da Administração ou sem processo administrativo regular. Mas, implicou sempre a estabilidade no direito do servidor de continuar no serviço público, não em determinado cargo, no qual era conservado, enquanto bem servisse e conviesse à Administração'" (pág. 549).

Wolgran Junqueira Ferreira, comentando o art. 19 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal de 1988, é categórico:

"Interessante notar que a história se repete. A Constituição de 24 de

janeiro de 1967 que, no parágrafo 1º do artigo 97, estabelecia que a primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de prova ou de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei.

"Mas, ela mesma, no parágrafo 2º do artigo 177, dispunha: 'são estáveis os atuais servidores da União, dos Estados e dos Municípios, da administração centralizada ou autárquica, que, à data da promulgação desta Constituição, contem, pelo menos, cinco anos de serviço público'.

"Cria-se, assim, um círculo vicioso. Uma Constituição proíbe o ingresso no funcionalismo, a não ser pelo concurso, a proibição não é observada e a Constituição subsequente sacramenta a admissão feita ao arrepio da anterior" (in Comentários à Constituição de 1988, volume 3, 1ª edição, 1989, pág. 1.236).

E comentando o § 1º do artigo 19, sublinha:

"Não bastasse a obtenção da estabilidade no serviço público, o tempo de cinco anos ou mais é contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação.

"Não irão prestar concurso nunca. E se por distração o fizerem, o ingresso que ocorreu de forma engenhosa vale como título. Assim, num concurso de provas e títulos, se dois concursados forem aprovados nas provas, aquele que obteve a vantagem estabelecida no caput tem sobre o outro o título do tempo de serviço. A competência fica relegada a segundo plano. Mantém-se no Brasil a validade do Q.I., isto é, 'de quem indica'" (pág. 1.237).

Como se observa não pode favorecer aos autores o fato de terem-se tornado estáveis com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que, no artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, prescreveu:

“Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37 da Constituição, são considerados estáveis no serviço público”.

Mesmo estáveis não adquiriram efetivação, pois esta só advém do concurso público.

A propósito voltou a reiterar o considerando Supremo Tribunal Federal, no RE n. 111345, de SC, relator o eminente Min. Octávio Gallotti, ao apreciar a aplicabilidade do art. 19 supra do ADCT:

“...a par da estabilidade conferida, a nova Constituição subordinou a consecução da efetividade à prestação do concurso previsto no § 1º do citado art. 19 do ADCT:

“§ 1º — O tempo de serviço dos servidores referidos neste artigo será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei” (RTJ 142/931).

Ainda da mesma Corte Superior ressaltou recentemente igual posicionamento:

“1. O preceito do art. 19 do ADCT—CF/88, deferiu a estabilidade aos servidores que não foram admitidos no serviço público na forma do

art. 37, II, da Carta Federal, mas a efetividade somente se adquire mediante aprovação em concurso público.

“2. A Lei Estadual n. 11.171, de 10 de abril de 1986, que conferiu estabilidade provisória a agentes públicos, tinha como destinatários os servidores efetivos em exercício de cargo em comissão por oito anos completos, consecutivos ou não.

“3. Promulgada a Constituição Federal de 1988, aos servidores, a quem a lei local conferiu o direito excepcional, aplica-se o preceito do art. 19 do ADCT, sendo estáveis no cargo em que se encontravam se preenchidos os seus requisitos, mas tornar-se-ão efetivos somente após aprovação em concurso público” (RE n. 181883 — Ceará, rel. Min. Maurício Corrêa, j. de 25/11/1997).

Portanto, esses servidores, tornados estáveis no serviço público, em face da última Constituição, continuaram carentes de efetividade enquanto não submetidos a concurso público. Sem efetividade nos cargos que ocupavam, não reuniam condição legal de ascender, por concurso interno, a patamares funcionais superiores da Administração.

Diante dessas considerações, com acerto se houve a Administração, por isso que os impetrantes, embora estáveis no serviço público, porém não no cargo, posto que naquele ingressaram sem concurso originário, não estavam legitimados ao certame de acesso interno ao cargo de Fiscal de Tributos do município de Florianópolis. Afastadas, pois, as preliminares, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos.

Srs. Desembargadores Pedro Manoel Abreu e Trindade dos Santos. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Raul Schaefer Filho.

Florianópolis, 10 de fevereiro de 2000.

Alcides Aguiar;
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 99.016448-9, DE LEBON RÉGIS

Relator: Des. Anselmo Cerello

Funcionário público — Cargo comissionado em emprego temporário — Aposentadoria — Admissibilidade — Apelo desprovido.

A Constituição Federal de 1988 em seu art. 40, § 2º, acrescentou uma novidade: a possibilidade de aposentadoria em cargos de empregos temporários. Destarte, agora o servidor pode aposentar-se em cargos em comissão ou em seu regime especial. Isto porque, ademais, o instituto da aposentadoria é geralmente tipificado pelas notas distintas de permanência e estabilidade, o que não encontra óbice para que na legislação infraconstitucional se amplie o acesso à aposentadoria para os titulares de cargos comissionados, desde que preenchidos os requisitos legais.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 99.016448-9, da comarca de Lebon Régis, em que é apelante o município de Timbó Grande, sendo apelado Benedito Silveira Neto:

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

Custas legais.

Benedito Silveira Neto impetrou mandado de segurança contra Argemiro Guedes dos Santos, este o Prefeito Municipal de Timbó Grande,

aduzindo ter sido nomeado para cargo comissionado, função de Diretor do Departamento de Manutenção de Máquinas e Equipamentos Rodoviários, com jornada de quarenta horas. Contudo, por ser portador de graves problemas físicos, requereu, em 25/11/96, aposentadoria por invalidez, quando foi nomeada junta médica para constatar sua capacidade para o exercício das atividades profissionais. Por conseguinte, por meio da Portaria n. 375/96, foi concedida a aposentadoria por invalidez. No entanto, o impetrante ao dirigir-se à Prefeitura, no início de fevereiro de 1997, foi infor-

mado de que não lhe seria pago o benefício.

Alegou ofensa a direito líquido e certo requerendo a procedência do pedido em face da Lei n. 1.533/51, e do artigo 5º, LXIX, da CF/88.

Apresentando suas informações (fls. 31/46), a autoridade impetrada argüiu, em preliminar, a inexistência de direito líquido e certo, entendendo que “nunca ocupou, o impetrante, cargo efetivo, mas, sim, comissionado”; não se encontrar inválido para o trabalho em razão de laudo médico incompleto; a Portaria que lhe concedeu a aposentadoria é nula por inobservância da devida legislação pertinente; não possuir tempo suficiente para fazer jus ao benefício; e que as doenças ou moléstias apresentadas no laudo não estão relacionadas no rol das que dão azo ao benefício.

No mérito, argumentou que a concessão da aposentadoria não foi revestida pelos requisitos apresentados na Constituição Federal, na Lei Orgânica do Município e na Lei Complementar n. 04/91 (Estatuto dos Servidores Públicos), inexistindo, portanto, ilegalidade a ser reparada por este remédio jurídico.

Às fls. 177, deixou o MM. Juiz de conceder a liminar pretendida.

O representante do Ministério Público, em fls. 178/183, opinou pela procedência, para que seja concedida a segurança pleiteada para o fim de restabelecer o benefício adquirido pelo suplicante Benedito Silveira Neto.

O impetrado retornando aos autos juntou documentos às fls. 184/193.

Reforçando o pedido inicial, às fls. 200/202, o impetrante voltou aos autos.

Às fls. 205, determinou o MM. Juiz da comarca de Santa Cecília a remessa dos autos à comarca de Lebon Régis.

Conclusos os autos, a MMA. Juíza, em fls. 214/219, concedeu a segurança pleiteada por entender que o ocupante de cargo em comissão tem direito à aposentadoria desde que cumpridos os requisitos legais, hipótese ocorrida nos autos.

A autoridade impetrada apelou às fls. 227/249, ratificando o já alegado nas suas informações.

Contra-arrazoando (fls. 384/388), a apelada usou dos mesmos fundamentos da exordial.

O representante do Ministério Público de Primeiro Grau (fls. 390/395) manifestou-se pelo desprovinimento do apelo.

Instado a se manifestar, o representante do Ministério Público de Segundo Grau opinou (fls. 407/412) pelo conhecimento e desprovinimento do recurso.

É o relatório.

Em judiciosa sentença o MM. Juiz decidiu:

“É incontroverso o fato de que o impetrante pertencia ao quadro de funcionários da Prefeitura Municipal de Timbó Grande, ao qual ingressou através de nomeação pelo Chefe do Executivo Municipal, em data de 16 de março de 1992, através da Portaria n. 025/92, para cargo de provimento em comissão; e novamente em 11 de abril de 1994, através da Portaria n.067/94.

“Para concessão do benefício da aposentadoria, submeteu-se a exame, perante a junta médica nomeada pelo próprio Município, culminando com a concessão, através da Portaria n. 375/96.

“O impetrado, por sua vez, em suas informações, argumentou pela legalidade de seu ato, visto o impetrante não se enquadrar nas hipóteses da Lei n. 04/91, ou sequer cumprir o período de carência.

“Sem adentrar no mérito da legalidade da aposentadoria concedida ao impetrante, é imperioso descrever a Legislação a respeito do assunto, nestes termos:

‘Lei Municipal n. 73/91, artigo 3º, inciso II:

‘O quadro geral de Servidores Públicos Municipais de Timbó Grande será composto e integrado pelos seguintes quadros de pessoal: II — Quadro de Pessoal dos Servidores ocupantes de cargos e empregos e funções de Provimento em Comissão ou confiança.

‘Artigo 21, da mesma Lei:

‘Os Servidores Públicos Municipais serão aposentados: I — por invalidez permanente, sendo os proventos integrais, quando decorrentes de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei, e proporcionais nos demais casos’.

‘O artigo 30, dessa Lei:

‘Cargo é o conjunto de atribuições e responsabilidades, previstas na estrutura organizacional cometidas a um servidor público. Parágrafo único — Cargo público acessível a todos os brasileiros e criado por Lei Comple-

mentar, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos do Município provido em caráter efetivo ou em comissão’ (grifou-se).

‘E, por fim, o artigo 101:

‘O Servidor será aposentado: 1 — por invalidez permanente...’.

‘Conclui-se, portanto, que os ocupantes de cargo de provimento em comissão têm direito à aposentadoria, desde que atendidas as exigências legais.

‘Não obstante estes argumentos, trata-se da análise de Ato Administrativo eivado de vício, por faltar-lhe o requisito do devido processo legal, preconizado pela Carta Magna, para desconstituir relação jurídica consumada’.

‘No mérito, acolho como razões 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 ed., Malheiros Editores, pág. 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. 181).

‘Do escólio de Diógenes Gasparini extrai-se este ensinamento, in expressis verbis:

‘O ato administrativo praticado em desacordo com o ordenamento jurídico é inválido. Inválido, portanto, é o ato administrativo que, ao nascer, afrontou as prescrições jurídicas. É ato que carece de legalidade ou, de forma mais abrangente, que se resente de defeitos jurídicos’ (in “Direito Administrativo”, Editora Saraiva, 1993, pág. 103).

Acolho o parecer ministerial, onde aponta a jurisprudência de nosso colendo Tribunal Estadual, in verbis:

“Constitucional e administrativo — Servidor público — Anulação de enquadramento — Inobservância do

devido processo — Mandado de segurança — Ordem denegada — Recurso parcialmente provido — CF, art. 5º, LV. A garantia constitucional da ampla defesa é inerente a todo e qualquer processo que resulte na desconstituição de ato administrativo com reflexos negativos sobre direito de terceiros. O Estado pode e deve rever seus atos quando praticados com violação de dispositivos legais, mas, sendo escravo da lei, não pode desconstituí-los de maneira arbitrária. Impondo a Carta Magna observância do contraditório, é nulo o ato administrativo que desconstitui, sem processo, relação jurídica anteriormente consumada. ‘A garantia da defesa, como princípio de eficácia, no procedimento administrativo, constitui na ordem jurídica imperativo categórico de ordem constitucional. Não há incompatibilidade entre a Súmula 473 do colendo Supremo Tribunal Federal e a garantia do devido processo” (Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 4.752, de Tijuca, rel. Des. Amaral e Silva, DJ n. 8.966, de 13/4/94, pág. 11).

“Administrativo. Funcionário público. Agregação apostilada. Revisão de ato administrativo. Devido processo legal. Concessão da ordem. Sentença confirmada (...) A administração pública pode rever seus próprios atos e pode anulá-los à evidência de ilegalidade (STF, Súmula 473). Tal faculdade é ampla e pode ser exercida de ofício pela autoridade que os praticou ou por superior hierárquico, observado o devido processo legal...” (Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 3.641, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, DJ n. 9.192, pág. 11).

“Mandado de segurança — Vantagem concedida em processo administrativo que resultou em ato consumado — Cancelamento da vantagem — Necessidade da observância do devido processo — Reexame parcialmente provido — Apelação desprovida. Pacífica é, hoje, a tese de que, se a administração praticou ato ilegal, pode anulá-lo por seus próprios meios (STF, Súmula 473). O essencial é que a autoridade que o validar demonstre, no devido processo legal, a nulidade com que foi praticado” (Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 5.314, de Balneário Camboriú, rel. Des. Amaral e Silva, DJ n. 9.218, de 20/4/95, pág. 5).

E ainda:

“Constitucional e administrativo — Mandado de segurança — Ato consumado com apostila — Anulação que implicou em redução de proventos — Necessidade do devido processo legal — Ordem concedida — Precedentes jurisprudenciais. O Estado pode e deve rever seus atos quando entenda ilegais. Todavia, não pode desconstituí-los arbitrariamente, mas jungido ao processo contraditório. Os atos administrativos, principalmente consumados, presumem-se lícitos (Mandado de Segurança n. 8.482, da Capital, rel. Des. Amaral e Silva, DJ n. 9.315, de 11/9/95, pág. 23)” (fls. 1.249).

O apelo do impetrado nega o direito postulado fundado nos seguintes fatos:

1. Exercer o impetrante cargo em comissão, por estar desprovido de estabilidade;

2. Não estar incapacitado para o labor funcional, ser nulo ato aposen-

tatório, pois não devidamente previsto na Lei Orgânica do Município.

A estas questões o Dr. Procurador de Justiça obtemperou:

“O apelado, em razão de problemas de saúde, requereu em novembro de 1996 a aposentadoria por invalidez, sendo designada através do Dec. n. 169/96 uma junta médica, a qual concluiu que o mesmo se encontra definitivamente incapaz para o trabalho. Diante do resultado da perícia médica, o Prefeito, à época, através da Portaria n. 375/96, concedeu sua aposentadoria por invalidez.

“Como é sabido, os cargos em comissão, declarados em lei de livre nomeação e exoneração, instáveis, são de provimento temporário e seus ocupantes poderão se aposentar nos termos da respectiva lei complementar.

“A lei complementar acima referida no § 2º do art. 40. da CF/88 será federal, estadual ou municipal, dentro da esfera de cada atribuição legislativa, posto que serão tais entes que suportarão os ônus daí advindos.

‘Art. 40. O servidor será aposentado (...).

‘§ 2º — A lei disporá sobre a aposentadoria em cargos ou empregos temporários’.

“Dessa forma, é inquestionável que a nova redação do artigo citado inovou ao conceder ao servidor, ocupante de cargo de provimento em comissão, instável e de investidura temporária, o direito a aposentadoria.

“Nesse sentido, leciona Pinto Ferreira:

‘A CF de 1988 (art. 40, § 2º) acrescentou uma novidade realmente

absoluta: a possibilidade de aposentadoria em cargos ou empregos temporários. Destarte, agora o servidor pode aposentar-se em cargos em comissão ou no regime especial' (Comentários à Constituição Brasileira, 2º vol., Saraiva, 1990, pág. 416).

"E mais:

'No direito constitucional anterior, o ocupante do cargo público em comissão não tinha direito à aposentadoria, mesmo a de caráter compulsória, pois o cargo em comissão é de livre exoneração e, destarte, um cargo de provimento instável. O instituto da aposentadoria é geralmente tipificado pelas notas distintivas de permanência e estabilidade. Contudo, não havia impedimento a que a legislação infraconstitucional ampliasse o acesso à aposentadoria para os titulares dos cargos em comissão, desde que preenchidos os requisitos determinados em lei' (in ob. cit., pág. 415/416).

Além disso, dispõe a Lei Municipal n. 073/91:

"Art. 3º. O Quadro Geral dos Servidores Públicos Municipais de Timbó Grande será composto e integrado pelos seguintes Quadros de Pessoal:

'(...)

'II — Quadro de Pessoal dos Servidores ocupantes de cargos, empregos e funções de PROVIMENTO EM COMISSÃO OU CONFIANÇA';

"Por seu turno, a Lei Complementar n. 04/91, em seu art. 101, I, prevê:

'Art. 101 — O servidor será aposentado:

'I — por invalidez permanente, sendo os proventos iguais quando de-

correntes de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei, e proporcionais aos demais casos';

"Portanto, tendo em vista que a lei complementar considera os ocupantes de cargo em comissão como servidores públicos, e que a eles é dado o direito de se aposentar quando for declarada sua invalidez permanente, não há nenhuma irregularidade em conceder a aposentadoria ao apelado.

"O apelante afirma, ainda, que, além de o apelado não se encontrar inválido, o laudo é irregular, sob a alegação de que falta a assinatura de um dos médicos designados para compor a junta médica, de acordo com o Dec. n.0169/96.

"Entretanto, como se pode observar às fls. 17, consta a assinatura dos três médicos nomeados para a perícia, a de Antônio Mauro Rodrigues de Aguiar, logo após a descrição da doença; e a de Gilmar Kruker e Cláudio Luiz Olivio um pouco mais abaixo, os quais atestaram que Benedito Silveira Neto é inapto para o trabalho definitivamente e permanente.

"O apelante pretende, por outro lado, ver declarada nula a Portaria n. 375/96, que concedeu a aposentadoria por invalidez ao apelado, assim como o Dec. n. 0169/96, por não terem sido publicados na forma estabelecida pela Constituição do Estado de Santa Catarina em seu artigo 111, parágrafo único, pela Lei Orgânica do Município de Timbó Grande, e pela Lei Municipal n. 151/93.

"A Lei Orgânica do Município de Timbó Grande, em seu artigo 24, dispõe:

‘Art. 24 — A publicação das leis e atos municipais, será feita pelo Boletim Oficial do Município ou da Associação Microrregional e, na falta destes, no átrio da Prefeitura’.

“Verifica-se às fls. 16 e 18, onde consta o Dec. n. 0169/96 e a Portaria n. 375/96, que em ambos atos administrativos há no final a informação de que foram registrados e publicados na secretaria da Prefeitura, com as respectivas datas, sendo devidamente assinado pelo Secretário de Administração.

“Assim, não se pode falar em nulidade dos referidos atos, de acordo com a definição de Hely Lopes Meirelles:

“Ato nulo é o que nasce eivado de vício insanável por ausência ou defeito substancial em seus elementos constitutivos ou no procedimento formativo. A nulidade pode ser explícita ou virtual. É explícita quando a lei a comina expressamente, indicando os vícios que lhe dão origem; é virtual quando a invalidade decorre da infração de princípios específicos do Direito Público, reconhecidos por interpretação das normas concernentes ao ato. Em qualquer destes casos, porém, o ato é ilegítimo ou ilegal e não produz qualquer efeito válido entre as partes, pela evidente razão de que não se pode adquirir direitos contra a lei” (in *Direito Administrativo Brasileiro*, 24ª ed., São Paulo, Malheiros, 1999, pág. 156).

“Deste modo, considerando que a Lei Orgânica do Município prevê que a publicidade dos atos administrativos municipais poderá ser feita

no átrio da Prefeitura, e tendo em vista que o próprio Secretário de Administração certificou o registro e a publicação, inviável acatar a pretensão de ver declarada a nulidade dos atos em questão.

“Não há também como acatar a alegação de que o apelado não possui tempo de serviço suficiente para receber o benefício da aposentadoria por invalidez, pois embora tenha ocupado cargos comissionados, como dito acima, é perfeitamente possível a concessão da aposentadoria nos termos do art. 40, § 2º, da Constituição Federal, sendo considerado pela Lei Municipal n. 73/91 como integrante do quadro de pessoal dos servidores, não havendo nenhum dispositivo que trate de maneira especial a aposentadoria dos ocupantes de cargos em comissão. Além do mais, cabia ao apelante, no decorrer do processo, comprovar que o apelado não faz jus à concessão da aposentadoria”.

Nego provimento ao recurso e a remessa.

É o voto.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Gaspar Rubik. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira.

Florianópolis, 11 de maio de 2000.

João Martins,
Presidente com voto;
Anselmo Cerello,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 99.017424-7, DE BRUSQUE**Relator: Des. Cláudio Barreto Dutra**

Mandado de segurança — Taxa de renovação anual de licença de localização e funcionamento — Estabelecimentos comerciais — Legitimidade de sua cobrança — Aplicação da Súmula 157 do STJ — Cálculo elaborado com base no número de empregados — Art. 252 da LC n. 34/94 (Código Tributário do município de Brusque), modificado pelo art. 17 da Lei Complementar n. 65/97 — Aparente inconstitucionalidade — Desnecessidade, no entanto, de se instaurar o per saltum, diante da exegese do artigo 160 e parágrafo único do Regimento Interno da Corte — Sentença de concessão da segurança — Recurso interposto pelo Secretário de Finanças e pelo Município — Não conhecimento do primeiro, provendo-se parcialmente o segundo e a remessa.

— “É legítima a cobrança de taxa, pelo Município, na renovação de licença para localização de estabelecimento comercial ou industrial” (Súmula 157 do STJ).

— “Sendo a taxa uma contraprestação pela atividade estatal desenvolvida genericamente em prol do contribuinte, seu fato gerador é essa atividade, a este devendo corresponder a base de cálculo. A taxa de licença não pode ter por base de cálculo o valor do patrimônio, a renda, o volume da produção, o número de empregados ou outros elementos que não dizem respeito ao custo da atividade estatal, no exercício do poder de polícia (STF)” (apud ACMS n. 96.003784-5, de São José).

— “A decisão declaratória, ou denegatória da inconstitucionalidade, se unânime, torna-se, para o futuro, de aplicação obrigatória aos casos análogos, pelas Câmaras, salvo se qualquer destas, por motivo relevante, achar necessário provocar novo pronunciamento do Tribunal Pleno sobre a matéria. Poderá a Câmara dispensar a remessa dos autos ao Tribunal Pleno, quando este, embora sem unanimidade, houver firmado jurisprudência uniforme sobre a questão constitucional” (art. 160 do RI).

— “A legitimidade para recorrer é da pessoa jurídica de direito público, em nome de quem se executou o ato impugnado, e não da

autoridade coatora. Recurso não conhecido” (ACMS n. 3.446, de Piçarras).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 99.017424-7, remetidos pelo Juízo de Direito da 1ª Vara/Infância e Juventude e Registro Público da comarca de Brusque, em que são apelantes o município de Brusque e o Secretário Municipal de Finanças, sendo apeladas Confecções Favo Ltda. e Brumalhas Indústria e Comércio Ltda.:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, não conhecer do recurso do Secretário de Finanças do município de Brusque e prover parcialmente o recurso do Município e a remessa.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Mandado de segurança impetrado pelas empresas Confecções Favo Ltda. e Brumalhas Indústria e Comércio Ltda., contra ato do Secretário de Finanças do município de Brusque, objetivando, em síntese, a suspensão da cobrança da taxa de renovação anual de licença de localização e funcionamento de seus estabelecimentos comerciais referente ao exercício de 1999.

Aduzem a ilegalidade de tal cobrança, eis que, além da ausência efetiva de prestação de serviço, referida taxa tem como base de cálculo o número de empregados, o que é inadmissível. Após citar diversos precedentes em prol de suas assertivas re-

quereram a concessão de liminar, que não restou apreciada, juntando, para tanto, os documentos de fls. 15/34.

Notificada, a autoridade coatora prestou as informações, arguindo preliminares de ilegitimidade passiva; de falta de liquidez do direito pleiteado, bem como de intempestividade da impetração. No mérito, sustentou a legalidade da cobrança, ex vi do disposto no artigo 145, inciso II, da Constituição Federal e ainda dos artigos 77 e 79 do Código Tributário Nacional.

Réplica às fls. 239/241.

O Promotor de Justiça opinou favoravelmente à pretensão.

O Juiz de Direito concedeu a segurança.

Apelaram a autoridade coatora e o município de Brusque. Preliminarmente, repisaram a preliminar de ausência de liquidez do direito pleiteado, tendo, no mérito, sustentado os mesmos argumentos anteriores, pedindo, a final, o provimento do recurso.

Com as contra-razões e a manifestação do Ministério Público, os autos ascenderam a este Tribunal, e, aqui, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Raulino Jacó Brüning, opinou pelo provimento do recurso.

II — Voto

Inicialmente impende asseverar que o recurso interposto pelo Secretário de Finanças do Município não merece ser conhecido.

É cediço que a autoridade que pratica o ato ilegal tem legitimidade para prestar informações, mas, no entanto, não a possui para interpor recurso de apelação.

Nesse sentido, as decisões abaixo transcritas:

“A legitimidade para recorrer é da pessoa jurídica de direito público, em nome de quem se executou o ato impugnado, e não da autoridade coatora. Recurso não conhecido” (ACMS n. 3.446, de Piçarras, rel. Des. João Martins).

“A autoridade coatora não tem capacidade processual para recorrer da sentença concessiva de mandado de segurança, uma vez que sua atuação se limita em prestar as informações, ficando eventual recurso sob a responsabilidade da entidade pública a que pertence ou está subordinada” (ACMS n. 97.004884-0, de Criciúma, rel. Des. Carlos Prudêncio).

Feitas essas considerações, passa-se ao exame do recurso interposto pelo município de Brusque.

Argúi o recorrente “a falta de liquidez do direito pleiteado”. Tal preliminar, no entanto, se confunde com o mérito que adiante se analisa, senão vejamos:

A Constituição Federal, em seu art. 145, caput, e inciso II, permite aos municípios instituírem “taxas em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização efetiva ou potencial de serviços específicos e divisíveis, postadas ao contribuinte ou postos a sua disposição”.

Por sua vez, o Código Tributário Nacional, em seu art. 77, permite aos Municípios a cobrança de taxas

que tenham “como fato gerador o exercício regular do poder de polícia”.

E, finalmente, a Lei Complementar n. 34, de 20 de dezembro de 1994, que instituiu o Código Tributário (artigos 248 e 249), diz:

“Art. 248 — A taxa de licença é devida em decorrência de atividade da Administração pública, que, no exercício regular do poder de polícia do Município, regula a prática do ato ou abstenção de fato, em razão do interesse público concernente à segurança, à higiene, à saúde, à ordem, aos costumes, à localização de estabelecimentos comerciais, industriais e prestadores de serviço, ao exercício de atividades dependentes de concessão ou autorização do poder público, às disciplinas das construções e do desenvolvimento urbanístico, à estética da cidade, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos”.

E o artigo 249:

“Art. 249 — A taxa será exigida nos casos de concessão de licença para:

“I — Localização de estabelecimentos industriais, comerciais e de prestação de serviços”.

Como se vê, a existência de lei que regula a matéria tributária e que autoriza a cobrança da taxa de localização e funcionamento, demonstra a legitimidade e legalidade deste tributo, que passa a ser de interesse público.

Ao contrário do que sustentam as impetrantes, desnecessária a efetiva fiscalização do Município para que se dê por legitimada a cobrança da sobredita taxa.

Como bem salientou o Município, este “atua diuturnamente na verificação das instalações irregulares dos que estão no informalismo, que se não fiscalizados competiriam vantajosamente com os estabelecimentos de produção, comércio, indústria ou prestação de serviços — o exercício das atividades da fiscalização é essencial para o controle e perfeito funcionamento das atividades exercidas no Município, como quando da fiscalização de comerciantes ou prestadores de serviços que laboram na ilegalidade, exercendo, dessa forma, concorrência desleal com os contribuintes que honram com seus deveres — inesgotando, assim, a atuação dos fiscais com a concessão do alvará de funcionamento, sendo, portanto, perfeitamente cabível a renovação anual da taxa da competência do município de Brusque, mormente provado que o apelante não só cobra por cobrar e, sim, por dispor e proceder a fiscalização” (fls. 281/282).

A matéria, inclusive, já se encontra pacificada nos Tribunais, a par de reiterados julgamentos no sentido da legalidade da cobrança da referida taxa. Por amostragem, citam-se os seguintes precedentes:

“Exigível o tributo, ao invés, pela circunstância de o poder de polícia ser exercitado de forma constante e inespecífica, consistente, além do licenciamento primeiro, na fiscalização ou verificação da obediência às regras edilícias e administrativas no território municipal, enquanto perdurar a atividade no local” (STF, Ag. n. 126.938-3, de 12/4/91, rel. Min. Sepúlveda Pertence)”.
“(…) a cobrança não é apenas relativa à localização, compreendendo também o funcionamento, que exige um policiamento contínuo, permanente, que não se esgota com a concessão do alvará de funcionamento. Daí ser cabível a renovação anual da taxa” (STF, trecho do voto exarado pelo Ministro Ilmar Galvão, no RE n. 113.441-SP, j. 14/4/92, v. u.).

Tem-se, ainda, a Súmula 157 do Superior Tribunal de Justiça, vazada nos seguintes termos: “é legítima a cobrança de taxa, pelo Município, na renovação de licença para localização de estabelecimento comercial ou industrial”.

Nesta Corte, não poderia ser diferente, conforme se observa da seguinte passagem proferida na Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 96.010774-6, de Balneário Camboriú, em que foi relator o Juiz Nilton Machado:

“Recentemente ainda decidiu a Suprema Corte:

‘O Supremo Tribunal Federal tem sistematicamente reconhecido ‘a legalidade da exigência, anualmente renovável, pelas municipalidades, da taxa em referência, pelo exercício do poder de polícia, não podendo o contribuinte furtar-se à sua incidência sob alegação de que o ente público não exerce a fiscalização devida, não dispondo sequer de órgão incumbido desse mister. Recurso extraordinário conhecido e provido’ (RE n. 198904-1—RS — 1ª Turma — unân., rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 28/5/96, in DJU, de 27/9/96, pág. 36.171)’.

“Ora, o fundamento invocado pela impetrante cai por terra diante da constitucionalidade da exigência do

tributo, devido em face da renovação da licença, que não cede diante de eventual não exercício da fiscalização devida; o fato gerador é a renovação da licença e não a fiscalização permanente sobre se o contribuinte exerce ou não a atividade licenciada”.

O mesmo não se diz quanto à base de cálculo para a incidência. Segundo o disposto no artigo 252 da Lei Complementar n. 34/94, “os valores referentes à taxa serão cobrados conforme especifica a Tabela I, em anexo”.

Esta tabela, que se encontra a fls. 177, menciona que a aludida taxa está sendo cobrada com base no número de “empregados ativos”.

Assim é que: de 1 a 5, o número de empregados, a “metodologia de cálculo” seria “100% da UFM + 15% por empregado”, cujo resultado seria multiplicado “pelo fator determinado segundo o tipo de atividade conforme Tabela I. B. abaixo mencionada”.

A fls. 236 vê-se que o disposto por último mencionado foi modificado pelo artigo 17 da Lei Complementar n.

Tabela I — A	
N. de empregados ativos	Coeficiente (UFIRs)
0 — 5	38,0000 + 15% por empregado
6 — 10	46,0000 + 14% por empregado
11 — 15	53,0000 + 13% por empregado
16 — 20	61,0000 + 12% por empregado
21 — 25	76,0000 + 11% por empregado
26 — 30	99,0000 + 10% por empregado
31 — 50	167,0000 + 9% por empregado
51 — 75	213,0000 + 8% por empregado
76 — 100	274,0000 + 7% por empregado
101 — 200	358,0000 + 6% por empregado
201 — 500	532,0000 + 5% por empregado
Acima de 501	912,0000 + 4% por empregado”.

065, de 16 de dezembro de 1997, cuja redação passou a ser a seguinte:

“Art. 17 — A tabela I de que trata os arts. 252 e seguintes da Lei Complementar n. 34/94 passa a vigorar de acordo com a seguinte redação, pesos e coeficientes:

“Tabela 1

“Tabela de que trata os arts. 252 e seguintes deste Código:

“Taxa de Licença

“1 — Taxa de licença para localização e funcionamento dos estabelecimentos comerciais e industriais, prestadores de serviços e similares:

“— Para o cálculo do montante da obrigação principal referente à taxa devida pelo licenciamento utilizar-se-á a Tabela I — A. multiplicando-se o resultado pelo fator determinado segundo o tipo de atividade conforme Tabela I. B. abaixo mencionadas:

Note-se que tanto num como noutro artigo, a base de cálculo para a cobrança da referida taxa é a mesma, qual seja: a do número de empregados ativos.

A Corte, em inúmeros precedentes, tem se posicionado no sentido de que “tendo a referida taxa finalidades específicas, não poderá ter bases de cálculo diversas dos serviços cuja remuneração é visada, e muito menos inserir outros elementos para ensejar a cobrança. A base de cálculo, in casu, não pode corresponder às condições específicas de cada contribuinte” (ACMS n. 98.013673-3, de Xanxerê, rel. Des. Eder Graf).

E do corpo da v. decisão colhe-se a seguinte passagem:

“(…)”

“Como observa Alfredo Augusto Becker:

‘Em se tratando de taxa, unicamente o valor do serviço estatal poderá ser tomado como base de cálculo’ (Teoria Geral do Direito Tributário, pág. 348).

“Geraldo Ataliba leciona:

‘A taxa também tem limites que são naturais à sua própria conformação objetiva e que estão referidos ao seu montante. Estes limites devem partir da noção básica, segundo a qual a mesma é um tributo vinculado, sendo sua hipótese de incidência uma determinada atividade estatal suscetível de ser individualizada, relativamente a determinada pessoa. Daí por que a fixação do montante não pode levar em conta circunstâncias inerentes à pessoa ou aos bens do obrigado (que são hipóteses de incidência de imposto), mas só circunstâncias atinentes à atividade vinculante em si mesma, por ser ela, e não outra coisa, a hipótese de incidência da obrigação correspondente às taxas (Verdades e Ficções em torno do Tributo Denominado Taxa, Revista do Direito Público, vol. 17, pág. 337)’ (in Aspectos da Hipótese de Incidência Tributária).

“Rubens Gomes de Souza esclarece:

‘...a ordem normal das coisas é que o pressuposto material ou jurídico da incidência defina a natureza do tributo e determine a escolha de sua base de cálculo. Mas, quando a base de cálculo adotada pela lei fiscal seja incompatível com o pressuposto material ou jurídico da incidência, então a ordem normal das coisas se inverte, e a natureza jurídica do próprio tributo passa a ser determinada pela base de

cálculo, e não pela determinação legal da incidência. Esta última fica, assim, reduzida a uma simples afirmação vazia de sentido, porque desmentida pela determinação legal de se calcular o tributo sobre circunstâncias outras que com ela não tenham relação, que dela não decorram necessariamente' (RT 227/65 e 66).

"Bernardo Ribeiro de Moraes assinala:

'...manda a boa técnica que a taxa não seja calculada sobre qualquer circunstância alheia à atividade estatal específica em relação ao contribuinte ou a elemento ligado à mesma' (A Taxa no Sistema Tributário Brasileiro, pág. 118).

"A propósito:

'Taxa é retribuição por serviços específicos e divisíveis efetivamente prestados pelo ente estatal ao município, ou colocados à disposição deste.

'Adotar-se elementos indiferentes ao poder de polícia para, com respaldo neles, chegar-se ao quantum monetário de determinada taxa, implica em total desatrelamento do fato gerador, dando margem à criação de um verdadeiro imposto novo, não autorizado pela Lei Fundamental, com a apropriação, pelo legislador municipal, de uma competência constitucional que não lhe foi deferida.

'Não se concebe, então, que, a exemplo do que ocorre com a Taxa de Verificação do Cumprimento de Posturas e Normas Urbanísticas e com a Taxa de Licença e Localização, ambas do município de Florianópolis, incluam elas, nas respectivas bases de cálculo, elementos totalmente estranhos aos serviços objetivados de contraprestação' (ACMS n. 4.456, da Ca-

pital, rel. Des. Trindades dos Santos, j. 19/11/98).

"Ou mais:

'Sendo a taxa uma contraprestação da atividade estatal desenvolvida genericamente em prol do contribuinte, seu fato gerador é essa atividade, a este devendo corresponder a base de cálculo. A taxa de licença não pode ter por base de cálculo o valor do patrimônio, a renda, o valor da produção, o número de empregados ou outros elementos que não dizem respeito ao custo da atividade estatal, no exercício do poder de polícia' (RSTJ 116/647).

"Ou também:

'Taxa de licença e localização. Base de cálculo. Não podem servir de base de cálculo da taxa elementos que integram a base de cálculo de impostos, como, por exemplo, a área do imóvel onde se exerce a atividade sujeita ao poder de polícia. A taxa tem como único fato gerador a atividade estatal decorrente do poder de polícia' (RSTJ 132/861)".

Tem-se, ainda, o acórdão estampado na Arguição de Inconstitucionalidade n. 22, da Capital, da lavra do Desembargador Amaral e Silva, com a seguinte ementa:

"Constitucional e tributário.

"Taxa-base de cálculo própria de impostos. Inconstitucionalidade — Precedentes do Supremo Tribunal Federal — Artigo 9º da Lei n. 3.692/91 do município de Florianópolis — CF, 145, II e seu parágrafo 2º, e 77, do CTN.

"Vedando a Carta Política tenham as taxas-base de cálculo própria dos impostos, incide em inconstitucionalidade Lei Municipal que institui taxa

cujo cálculo tome por base o número de empregados, a área ou a importância do estabelecimento”.

De acordo com o artigo 160 e parágrafo único do Regimento Interno da Corte, “a decisão declaratória, ou denegatória da inconstitucionalidade, se unânime, torna-se, para o futuro, de aplicação obrigatória aos casos análogos, pelas Câmaras, salvo se qualquer destas, por motivo relevante, achar necessário provocar novo pronunciamento do Tribunal Pleno sobre a matéria. Poderá a Câmara dispensar a remessa dos autos ao Tribunal Pleno, quando este, embora sem unanimidade, houver firmado jurisprudência uniforme sobre a questão constitucional”.

É exatamente a hipótese dos autos, tendo em vista os reiterados precedentes acima colacionados, sendo, pois, desnecessário que a Câmara sobreste o julgamento do presente recurso, a fim de que seja instaurado o incidente de inconstitucionalidade do artigo 252 da LC n. 034/94, alterado pelo artigo 17 da LC n. 065/97, peran-

te o Órgão Especial do Tribunal Pleno (per saltum).

III — Decisão

Posta a questão nesses termos, não se conhece do recurso do Secretário de Finanças, provendo-se parcialmente a remessa e o recurso interposto pelo Município a fim de declarar legítima a cobrança da taxa de renovação anual de licença de localização e funcionamento das impetrantes, rechaçada a base de cálculo lastreada no número de empregados ativos.

Participou do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Sérgio Paladino e Nilton Macedo Machado. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Raulino Jacó Brüning.

Florianópolis, 13 de junho de 2000.

Silveira Lenzi,

Presidente;

Cláudio Barreto Dutra,

Relator.

APELAÇÕES CÍVEIS

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.016879-1, DE RIO DO SUL**Relator: Des. João José Schaefer**

— *Seguro. Pagamento da indenização em caso de sinistro, com perda total, estando o bem segurado alienado fiduciariamente em garantia.*

— *Aplicando-se à alienação fiduciária em garantia o disposto no § 1º do art. 762 do Código Civil (§ 7º do art. 66 da Lei n. 4.728/65, na redação do Dec.-Lei n. 911/69), a indenização do seguro sub-roga-se na garantia, devendo, assim, ser paga ao credor fiduciário.*

— *Irrelevante que o seguro tivesse sido contratado pelo autor como novo titular da posse direta do veículo, se persistia a garantia fiduciária averbada no certificado de registro do Detran.*

— *Pretensão indenizatória do seguro julgada improcedente.*

— *Apelo desprovido.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.016879-1, da comarca de Rio do Sul (2ª Vara), em que é apelante Orli Kock, sendo apelada Companhia de Seguros Marítimos e Terrestres “Phenix de Porto Alegre”:

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

Custas de lei.

Sentença da lavra do Dr. Saul Steil julgou improcedente pedido de indenização do seguro de automóvel que Orli Kock promoveu contra a Companhia de Seguros Phenix, julgando, conseqüentemente, extinto o processo na forma do art. 269, I, do CPC. Foi o autor condenado nas custas e nos honorários advocatícios de R\$ 300,00, na forma do art. 20, § 4º, do CPC.

Assim decidi porque embora o autor houvesse, ele próprio, contratado o seguro do veículo, o respectivo certificado de registro no Detran estava ainda em nome de terceira pessoa, Danilo Gehrke, que alienara fiduciariamente o automóvel à Regata Administradora de Consórcios Ltda., motivo pelo qual, em face da perda total do bem, por motivo de acidente, foi a indenização paga ao titular do registro no Detran, sendo imediatamente repassada à credora fiduciária.

A sentença invocou precedente desta Corte, da lavra do Des. Pedro Manoel Abreu, na Ap. Cív. n. 96.004961-9, bem como o magistério de Maria Helena Diniz sobre a alienação fiduciária, dizendo que embora não abordada pelos litigantes a matéria sobre a sub-rogação do credor fiduciário no valor da indenização do seguro, é ela, na verdade, que define a questão, de sorte que sendo proprie-

tário, ainda que sob condição resolúvel, é o credor fiduciário o credor da indenização de seguro na hipótese de sinistro.

Inconformado apelou o autor, dizendo que houve uma farsa para prejudicá-lo, tanto que Danilo nega ter pago qualquer importância à administradora de consórcios Regata; não obstante, os documentos de fls. 32 dão conta de um pagamento da Seguradora para a credora fiduciária e outro de Danilo Gerhke também em favor da administradora de Consórcio.

Diz ter agido de boa-fé ao contratar o seguro, para proteger seu patrimônio, adquirido com suor e sacrifício, vendo, afinal, negado seu direito, restando sem o veículo de que dependia para o trabalho.

A sentença, afirma, não tem amparo legal, doutrinário e jurisprudencial, devendo ser reformada por justiça e equidade.

A seguradora ofereceu contra-razões, dizendo que pagou a quem figurava no certificado de registro como o proprietário, do que estava plenamente ciente o autor que contratara o seguro e que emitiu declaração de ciência do propósito da seguradora de pagar a indenização ao titular do certificado de registro. Paga a indenização a este, foi ela repassada à credora fiduciária, não havendo dúvidas sobre o correto procedimento por ela adotado.

É o relatório.

A apólice de seguro, de fato, foi contratada pelo autor, dela constando como segurado o veículo Fiat Uno Mil-le, a que se refere a inicial.

Ocorre que o certificado de registro no Detran foi emitido em nome de Danilo Gehrke, constando ônus de alienação fiduciária em garantia em favor de Regata Administradora de Consórcios.

Em tais condições, e dispondo o § 7º do art. 66 da Lei n. 4.728/65, na redação que lhe deu o art. 1º do Dec.-Lei n. 911/69, que se aplica “à alienação fiduciária em garantia o disposto nos artigos 758, 762, 763 e 802, no que couber”, uma vez verificado o sinistro, não tinha a seguradora senão zelar pelo cumprimento do disposto no art. 762 do Código Civil, mais precisamente no seu § 1º, eis que, em caso de perecimento do objeto dado em garantia, estando ele segurado, a indenização se sub-rogará na coisa destruída, em benefício do credor.

Por isso, o cuidado que teve a seguradora de obter do contratante do seguro a declaração de fls. 34, de que a indenização seria paga a Danilo Gerhke, em cujo nome registrado o veículo no Detran, tendo sido a importância da indenização transferida à credora fiduciária, ou pela própria seguradora, como o indica o recibo de fls. 32, parte superior, ou pelo titular do certificado de registro, conforme o recibo, também de fls. 32, parte de baixo.

Precedente desta Câmara, da lavra do Des. Pedro Manoel Abreu, na Ap. Cív. n. 96.004961-4, transcrito na sentença, assim decidiu em caso análogo: “Sendo o credor proprietário, ainda que sob condição resolúvel do bem objeto da garantia fiduciária, em caso de perecimento do bem, tem direito à indenização do casco do automóvel segurado, até o limite do seu

crédito, por força de sub-rogação na coisa destruída, ainda que figure outro beneficiário na apólice do seguro, contratado pelo devedor”.

Hipótese semelhante enfrenta o 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, consoante acórdão constante da RT 720/152.

Fundado na lição de Maria Helena Diniz de que na alienação fiduciária o fiduciante transfere a propriedade de seu bem ao credor, que passa a ter direito real na própria coisa, concluiu o aresto do colendo Tribunal de Alçada Civil paulista:

“Desta forma, sendo proprietário, ainda que sob condição resolúvel, do bem, o credor fiduciário também é proprietário da indenização paga pela companhia seguradora em razão do furto daquele bem. Evidente a sub-rogação de seu direito no valor desta indenização, sendo de todo irrelevante a pessoa que figura como beneficiária na apólice de seguro. A indenização securitária, em última análise, destina-se à recomposição do patrimônio; importa em verdadeira substituição do bem segurado pelo valor indenizatório”.

Irrelevante que o seguro tivesse sido contratado pelo autor, como novo titular da posse direta do veículo, se persistia a garantia fiduciária, averbada no certificado de registro do Detran.

Assinale-se que cumprido que foi o disposto no § 1º do art. 762 do Código Civil, assistiria ao contratante do seguro o direito de pleitear a diferença entre o valor da indenização em caso de perda total do bem e o crédito do credor fiduciário, mas isso não é objeto do recurso, até porque se trata de valor ínfimo.

Ante o exposto, não se mostrando consistentes os argumentos do apelante, nega-se provimento ao apelo.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Alcides Aguiar e Solon d’Eça Neves.

Florianópolis, 26 de agosto de 1999.

João José Schaefer,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.002496-2, DA CAPITAL

Relator: Des. João José Schaefer

— *Sociedade anônima. Dissolução parcial com retirada de alguns acionistas minoritários e pagamento de seus haveres.*

— *Possibilidade jurídica do pedido, como admitido no despacho saneador, irrecorrido, e consoante precedente do TJMG (RF 286/281), tanto mais que, a em causa, se constitui em sociedade anônima fechada, de feitio familiar, na qual desapareceu de há muito a affectio societatis, com graves dissensões internas, com suas serrarias*

há muito desativadas e falta de realização de assembléias gerais, de recomposição de sua diretoria e distribuição de dividendos.

— Dissolução parcial que, já não fosse admitida por precedente jurisprudencial específico, encontraria amparo na teoria da descaracterização da personalidade jurídica da entidade que, por imperativo ético, faz com se veja a pessoa jurídica sob novo parâmetro hermenêutico, transcendendo-a a fim de, na busca da verdade real, atingir a pessoa de seus componentes ou controladores de má-fé, segundo magistério de Miguel Reale, apud Código de Defesa do Consumidor — Desconsideração da personalidade jurídica, de autoria do Dr. Antônio do Rego Monteiro Rocha.

— Apelos desprovidos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.002496-2, da comarca da Capital, em que são apelantes a Companhia Laminadora Catarinense Indústria e Comércio de Madeiras e outros, sendo apelados Afonso Ziesemer e outros:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento aos recursos.

Custas de lei.

Sentença da lavra da Dra. Sônia Schmitz, culta Juíza de Direito da Unidade de Justiça Intensiva (UJI), da Capital, julgou procedente ação de dissolução parcial de sociedade comercial que Afonso Ziesemer, Lenita Battistotti Bellani, José Antônio Bellani, Lauro Battistotti Filho, Renato Battistotti, Murilo Battistotti, Roberto Battistotti, Norival Francisco Piazza e Adair Seeman Thiesen propuseram contra a Companhia Laminadora Catarinense Indústria e Comércio de Madeiras e Luiz Battistotti, para declarar “a sociedade parcialmente dissolvida, para o fim de permitir a retirada dos requerentes, excluindo-os da mesma,

mantendo inalterada, entretanto, sua personalidade jurídica”.

Julgou a sentença, igualmente, procedente o pedido cautelar, mantendo o interventor na administração da companhia, cabendo-lhe doravante os poderes e deveres do liquidante, na forma dos arts. 210 e 211 da Lei n. 6.404/76, no que couber, confirmando seus estipêndios, já fixados, até o efetivo pagamento dos haveres dos dissidentes.

Por fim, condenou os vencidos nas custas e honorários advocatícios, arbitrados em R\$ 1.300,00, ex vi do art. 20, § 3º, do CPC.

Fundou-se a decisão, inicialmente, em que já decidida, às fls. 896/7, a preliminar de impossibilidade do pedido, matéria agora imutável, aditando que, “subsistindo abuso, prevaricação, violação ou falta de cumprimento das obrigações sociais da sociedade, bem como divergência grave entre os sócios, possível se faz que aqueles que se sintam prejudicados postulem do Estado providência no sentido de os excluir, fazendo, no en-

tanto, que a mesma subsista sem a perda de sua personalidade”.

Invocou, a seguir, lição de Fran Martins, em seu Curso de Direito Comercial, quanto à peculiaridade das sociedades anônimas, em que a retirada de sócios do organismo social “não tem influência sobre esse, pois a sociedade se constituiu em função do capital”, acrescentando, ainda, com base em lição do aludido comercialista, que “o acionista retirante tem direito à parcela desse patrimônio e não apenas à importância com que concorreu para a formação da companhia (A. e ob. cits., pág. 363), circunstância que justifica a propositura da actio para a apuração do ativo e a consequente distribuição equitativa aos dissidentes”.

Registra, ainda, que “a doutrina e a jurisprudência vêm se direcionando em admitir a dissolução parcial da empresa, sempre que entre o sócio retirante e os demais houver animosidade, discórdia ou divergência, mediante o pagamento de seus haveres”.

Invoca lição de Rubens Requião no que tange ao direito de rescesso do sócio na sociedade por prazo indeterminado (Curso de Direito Comercial, Saraiva, vol. 2, pág. 257), bem como o magistério de Cunha Peixoto, referido em julgado constante da Jurisprudência Catarinense, vol. 32/630, de que, pelo princípio da liberdade humana, o sócio não pode estar ligado por toda a vida à sociedade.

Teve a sentença como destituída de legitimidade passiva Pedro Paulo Battistotti, que não possui ações da empresa, excluindo-o do feito, a teor do art. 267, VI, do CPC.

A revelia de Luiz Battistotti “não macula o deslinde da quaestio”, porque existe litisconsórcio necessário, não importando em confissão ficta a falta de contestação do revel se outro acionado impugnou fato comum a ele e ao revel.

No mérito, merece acolhido o pedido, eis que o art. 206 da Lei n. 6.404/76 autoriza a dissolução da companhia por decisão judicial quando provado, em ação proposta por acionistas que representem 5% ou mais do capital social, não poder a sociedade preencher o seu fim. Ademais, vê-se do art. 2º da Lei das Sociedades por Ações que o objeto da sociedade é o fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública ou aos bons costumes, não preenchendo seus fins a sociedade que não dá lucros, não paga dividendos, como, aliás, o reconheceu venerando acórdão constante da RT 219/253, justificando-se a dissolução da sociedade quando ela fica impossibilitada de realizar o objetivo social (RT 256/454).

Refere a sentença, então, que, como comprovado pela perícia e mesmo pelo depoimento de seu presidente, a companhia não cumpre sua finalidade, tendo paralisado suas atividades, segundo depôs seu presidente: “...há uns três anos atrás, por conta de impedimento por parte do Ibama que decretou em todo o Estado ‘A Mata Atlântica’ (...) (omissis) que durante aquele período anterior como subsequente não houve distribuição dos dividendos entre os sócios” (fls. 1.386).

O perito, a seu turno, fez constar de seu laudo que visitas suas in loco constataram que “não há nenhuma

movimentação que indique qualquer tipo de atividade industrial ou comercial por parte da Requerida" (fls. 1.028), informando, quanto aos dividendos, que "os registros contábeis da Cia. disponibilizados à perícia não indicam nenhuma distribuição de dividendos" (fls. 1.029).

Do patrimônio da empresa — refere ainda a sentença — entre outros bens, destaca-se considerável área florestal, no valor de mais de três milhões de reais, ameaçada pela extração ilícita de madeira, ocasionando o empobrecimento dos sócios.

Há provas de várias condenações trabalhistas e de dívidas tributárias, tudo o que justifica o pedido para dissolução e apuração de haveres, não se cuidando de incapacidade financeira transitória, eis que desde 1944 a empresa vem desenvolvendo suas atividades, tempo suficiente para que resultasse em empreendimento lucrativo.

Se a empresa não levanta balanços e não distribui dividendos, não há outra alternativa para os sócios descontentes do que pleitearem sua retirada.

Por fim, quanto à ação cautelar, ela alcançou seu resultado útil, garantindo a efetividade do processo principal.

Afonso Ziesemer e outros interuseram Embargos Declaratórios a fls. 1.570/1.577 objetivando o suprimento de omissões, o mesmo fazendo, às fls. 1.588/1.593, a Cia. Laminadora Catarinense Indústria e Comércio de Madeiras, bem como o Dr. Urbano Vicente Gama Salles.

Esses dois últimos embargos foram rejeitados às fls. 1.599/1.601, por incorrentes quaisquer omissões.

Afonso Ziesemer e outros reiteraram seus embargos às fls. 1.603/1.609, decidindo-os a sentença declaratória de fls. 1.611/1.614, retificando para Adair Francisco Thiesen o nome do autor que constou na inicial como Adair Seeman Thiesen; Olga Gerent Battistotti, acrescentou a decisão declaratória, teve sua postulação decidida, "segundo se confere nos §§ 1º e 2º de fls. 1.564", não estando esta representada nos autos, sendo fixado para tanto o prazo de 5 dias; quanto ao pagamento do direito dos autores, a sentença determinou que a liquidação parcial se processe na forma dos artigos 210 e 211 da Lei n. 6.404/76, valendo realçar a disciplina do inciso IV do artigo 209 do mesmo Diploma Legal, devendo o reembolso aos dissidentes ser realizado com base em sua participação acionária (fls. 1.397), mas respeitado o passivo (art. 214, LSA), até em atenção ao disposto no art. 218, nada impedindo, havendo lastro financeiro, que o pagamento se faça em espécie e, se irrealizável, com a transferência de bens físicos que permanecem na sociedade, sempre levada em consideração aquela participação já referida.

Os autores, assinala ainda a sentença nos embargos declaratórios, são detentores de 22,85% das ações, conforme o quadro de fls. 1.397 não impugnado validamente.

Os trabalhos periciais foram aprovados expressamente na decisão e redundariam inócuos se não servissem de base à apuração do balanço e inventário do acervo patri-

monial e social, merecendo, é verdade, reavaliação do ativo para apuração da real situação da sociedade.

Omissa a sentença quanto à fixação de prazo para reavaliação patrimonial da companhia, fica desde logo marcado o prazo de 6 meses para tal fim, cumpridas as normas do art. 213 da Lei n. 6.404/76.

Os embargos oferecidos pelo Dr. Urbano Vicente Gama Salles não se mostram eficazes, já que este não é parte no feito, nem está demonstrado o seu interesse.

Inconformados, apelaram a Cia. Laminadora Catarinense e o Espólio de Luiz Battistotti, este representado por seu inventariante Benito Bruno Battistotti, alegando, em preliminar, quatro pontos, a saber:

1 — A existência de coisa julgada em face da sentença prolatada pelo brilhante Desembargador Anselmo Cerello em 5/6/91, nos autos n. 251/91, indeferindo liminar que inviabilizaria correta gestão, importando “na adoção de um contexto pior de que a sociedade se encontra”.

Negam-se os autores a discutir a solução pela via correta que é a assembleia-geral, impondo-se respeitar aquela decisão de 1991;

2 — A ilegitimidade passiva dos autores, eis que não demonstraram reunir 5% do capital da empresa. Pelas ações que indicaram, detêm apenas 2,7%, não tendo havido decisão do Juízo para que os autores comprovassem a titularidade mínima de ações exigida em lei para o pedido;

3 — O cerceamento de defesa dos réus, pois os autores, que se afastaram da empresa há mais de vin-

te anos, não demonstram nenhum interesse na administração, a não ser abocanhar os bens da empresa. Propuseram esta malfadada ação e na presidência da empresa estava o Sr. Luiz Battistotti, octogenário, vítima de pertinaz moléstia, de que faleceu em abril de 1997, e que, em virtude de seu precário estado de saúde, não teve condições de arrecadar os documentos para prova da insubsistência das alegações dos autores e, com o seu falecimento, não foi considerado pedido de suspensão do processo, na forma do art. 43 c/c o art. 265 do CPC;

4 — A existência de irregularidades processuais, consistentes: a) em que a responsabilidade pela representação da empresa já era do administrador provisório, nomeado pelo Juiz; a ele cabia a obrigação de contratar profissional que continuasse na defesa dos interesses da empresa (art. 44 da Lei 6.404/76), já estando em 9/7/96 designado o Dr. Lúcio José Rubik como administrador provisório da empresa; b) em que houve grave omissão da MMA. prolatora da sentença ao não realizar audiência de instrução e julgamento após a abertura da sucessão, quando se poderia chegar a um entendimento, pois os sucessores de Luiz Battistotti, empresários competentes e arejados, dispõem-se ao diálogo, consignando-se na audiência de 27/6/96 que, proposta a conciliação, esta “ficou de ser estudada”, não sendo propiciado à apelante apresentar suas razões; c) na não suspensão do processo com a morte de uma das autoras, Sra. Olga Gerent Battistotti, para que se desse a respectiva substituição processual; d) na falta de intimação do autor Luiz Battistotti do despacho de fls. 1.438, tendo sido fei-

ta a intimação apenas da Cia. Lamina-dora e, finalmente, e) na concessão da liminar na medida cautelar sem citação pessoal de Luiz Battistotti e Pedro Paulo Battistotti, este relacionado como diretor técnico na peça inicial.

No mérito, a ação constitui uma tentativa de enriquecimento ilícito dos autores, pois não existe na lei das sociedades anônimas a figura da dissolução parcial, cuidando o art. 206 de dissolução total da sociedade. Aos sócios descontentes, segundo o magistério de Rubens Requião, resta a solução de vender suas ações, não precisando eles fazer parte de uma sociedade se não o desejam. A solução foi apresentada na sentença do hoje Des. Anselmo Cerello que disse terem "os autores a sua salvaguarda legal no art. 159 da Lei das S/A". A dissolução somente poderá ser feita por deliberação da assembléia-geral.

A ação está baseada em laudo imprestável e nulo, com gritantes impropriedades.

Na petição inicial os autores pleitearam uma participação de 16%, mas o laudo lhes atribui um total de 22,6%, com um excesso (ultra petita) de 5,6%, sendo Adair Seeman com 6,33%; Lauro Battistotti Filho e irmãos, 2,20%; Afonso Ziesemer, 8,77% e Norival Francisco Piazza, 5,4% (fls. 1.630).

A sentença omitiu-se na apreciação do fato de que, a 27/10/95, se reuniu a A.G.E. da sociedade para proceder à troca das ações ao portador por nominativas, fato comunicado nos autos pela petição de fls. 1.293/4. Não obstante, a sentença continuou a tratar os acionistas como titulares de ações ao portador, sem que o laudo

informe haver contado as ações dos autores, pelo que, mais uma vez, se mostra imprestável o trabalho pericial.

Na verdade, os herdeiros de Luiz Battistotti, mais Benito Bruno Battistotti, detêm mais de 92% do capital da sociedade.

O laudo pericial contém erros como a atribuição de 6,33% de ações em favor de Adair Seeman Thiesen, que, na inicial, afirmou-se possuidor de apenas 55 ações, o correspondente a 0,0084% do capital social.

O laudo baseia-se em atas até 1969, mas, a fls. 1.029, o perito refere-se à última eleição de 31/1/78, cujo quadro de acionistas repete a lista da assembléia de 29/3/74, na qual nem Adair nem seu avô figuram sequer como acionistas.

Já o Sr. Afonso Ziesemer, conforme documento n. 8, figuraria no laudo com apenas 2,98% de ações.

O balanço constante do laudo é leviano e inconsistente, dele não consta discriminação do passivo, não havendo previsão para os impostos sobre a venda de imóveis e encargos sociais que pesam sobre a empresa. O laudo supervaloriza os pinheiros, bens hoje considerados fora do comércio, só podendo ser explorados com "plano de manejo sustentado" e somente 40% das árvores podem ser retiradas.

Incluiu a perícia bens que não pertencem à sociedade, como um terreno em Palhoça, às margens da BR 101, de que a sociedade só tem 50%; o reflorestamento de Alfredo Wagner pertence à Exportadora Lusabo e o da Rua Santos Saraiva já foi adjudicado por terceiro em ação trabalhista.

O laudo também não incluiu área de terras com 397.600m² localizada em Nova Trento, de propriedade da sociedade, conforme o doc. n. 12.

O laudo pericial considera válido documento assinado por Olibio Wagner, em 1969, em favor de Afonso Ziesemer, só que na resposta ao item 2.7 o perito diz não ter encontrado registro indicando que Olibio Wagner tenha sido acionista.

O laudo maldosamente afirma que somente Luiz Battistotti assinava e tomava deliberações pela empresa, quando todos os diretores tinham conta corrente na sociedade e Afonso Ziesemer assinava autorizações de depósitos (doc. 11), o mesmo ocorrendo com Pedro Paulo Battistotti que, conforme depoimento de Almerinda Neves e Carlos Wanderley, praticava atos de gestão isoladamente, como na penhora do imóvel da Rua Conselheiro Mafra.

Há um clamoroso lapso nas planilhas de atualização da venda de 5.226 pinheiros em 2/8/79, o mesmo ocorrendo em relação aos 1.800 pinheiros em 30/7/81, não esclarecendo o laudo que, se o Diretor Presidente vendeu 9.056 pinheiros a partir de 1979, adquiriu posteriormente 18.437, elevando substancialmente o patrimônio da empresa, fato não indicado pelo laudo.

O laudo é tendencioso ao afirmar que não existe documento contábil confiável, mas se vê dos autos do processo apenso n. 695/56 que os balanços foram apresentados com a contestação.

A empresa paralisou suas atividades em decorrência dos termos do Decreto n. 750/93 que proibiu o corte,

a exploração e a supressão de vegetação primária ou nos estágios avançados e médio de regeneração da Mata Atlântica, havendo, pois, motivo de força maior impedindo a consecução do fim social.

Se a administração nomeada judicialmente fosse eficiente já teria providenciado o plano de manejo sustentável no Ibama para que os pinheiros pudessem ser vendidos ou contabilizados, pois outros planos foram aprovados na região e, como alude a sentença, a sociedade tem uma reserva florestal no valor de R\$ 3.000.000,00. Sua exploração seria a única maneira de salvar a empresa.

Somente os verdadeiros donos, que detêm 92% das ações da companhia, ou seja, os herdeiros de Luiz Battistotti, têm interesse e condições de promover a referida industrialização, distribuindo, aí sim, dividendos.

Ante tantos defeitos, deve o laudo ser anulado.

Após destacar que a sentença atribui ao trabalho pericial o miraculoso poder de servir com instrumento, hábil para a transferência de ações, fazem os apelantes acusações generalizadas a Afonso Ziesemer, Pedro Paulo Battistotti e Lauro Battistotti Filho, poupando apenas Norival Piazza, requerem a anulação da sentença porque Luiz e Pedro Paulo Battistotti não foram citados pessoalmente; a Cia. Laminadora Catarinense teve cerceado seu direito de defesa ao não poder apresentar razões finais, mas se estas alegações não forem acolhidas, que seja julgado improcedente o pedido, uma vez que somente uma assembléia-geral regularmente convocada pode determinar a sua disso-

lução, como o determinam seus estatutos e a Lei n. 6.404/76.

Benito Bruno Battistotti endossa a apelação da Companhia Laminadora Catarinense e do Espólio de Luiz Battistotti, acrescentando que foi extremamente danosa a destituição da diretoria da sociedade, a par de nula, porque feita sem citação de Luiz Battistotti ou Pedro Paulo Battistotti, apontado como diretor técnico na peça inicial dos autores, sendo, conseqüentemente, nulos os atos praticados pelo administrador provisório.

O laudo pericial está viciado pela participação de perito legalmente impedido por consangüinidade com uma das autoras, a par de extremamente prejudicial ao apelante, ao incluir como de total propriedade da empresa terreno sito às margens da BR101, do qual 40% pertence ao apelante, não tendo, ademais, contado as ações ao portador de cada acionista.

O ora apelante Benito Bruno Battistotti possui mais que os 8,9% de ações que lhe atribui o laudo, detendo, na verdade, 8,966%, pois em 1961 possuía 1.614 ações de um capital de Cr\$ 18.000,00; outro documento de 1964 atribuíra-lhe 9.648 ações, tendo, nesse ano, adquirido grande número de ações, o que lhe assegura um total de 16%, conforme documento anexo sob n. 3.

Houve infração ao art. 265 do CPC pela morte de Luiz Battistotti, não tendo ele sido citado da emenda à inicial.

Por fim, a lei não autoriza a dissolução parcial de sociedade anônima.

Por isso, deve a sentença ser reformada, com a condenação dos

autores nas custas e honorários profissionais de advogado.

Os apelados ofereceram contra-razões, aplaudindo a decisão.

Não obstante as manobras desleais dos réus — dizem os apelados — usando e abusando de prerrogativas processuais, com substituição de advogados, participação de outros sem representação alguma, e até advogados representando simultaneamente autores e réus, tudo isso atrasou a marcha processual, que, apesar disso, culminou numa sentença que fez justiça às partes.

Três os apelantes: a Cia. Laminadora Catarinense, o Espólio de Luiz Battistotti e Benito Bruno Battistotti. A primeira não tem interesse processual para apelar. Com a intervenção judicial, nomeando o Dr. Lúcio Rubik para administrar o patrimônio da Companhia, tanto o Sr. Luiz Battistotti como o Sr. Benito Battistotti perderam legitimidade para agir em nome da Laminadora, não podendo os sócios majoritários, afastados da administração por ato cautelar, envergar os poderes de representação legal da Companhia.

Não podem os causídicos que os representam agir em nome da empresa, porque desprovidos de mandato legal.

O reexame dos fatos e fundamentos de direito, com a ampla prova documental e o minucioso e extenso laudo de fls. 1.021/1.203, bem como do Assistente Técnico de fls. 1.391/1.401 e 1.403/1.408 tudo comprovado pela confissão do Diretor Presidente da empresa, conduzem, por certo, à confirmação da sentença de Primeiro Grau.

Após considerações gerais, os apelados repelem as alegações de coisa julgada, de ilegitimidade de parte dos autores; de cerceamento de defesa dos réus, de irregularidades processuais, dizendo inconsistente, de outro lado, as razões de mérito, porque, embora o ideal fosse solucionar a dissidência pela assembléia-geral, a esmagadora maioria dos majoritários imporá sua vontade pela força numérica.

De resto, há vários anos a companhia não realiza assembléias-gerais, somente com a deflagração desta ação realizou uma, às pressas; está preclusa qualquer impugnação ao laudo pericial; tardio e inócuo é o inconformismo quanto ao balanço constante do laudo, a par de que, para fins de liquidação da sociedade e apuração de haveres dos sócios, será necessário um balanço especial, com o cômputo das obrigações da empresa que hão de compor necessariamente seu passivo; a dilapidação do patrimônio da sociedade, efetivada pelo diretor presidente e usufruída pelos filhos, netos e apaniguados, é inescondível e mesmo com a sociedade paralisada, a empresa continuou a pagar salários ao presidente e a alguns funcionários, havendo notícia de vendas subterfúgios para alienar bens da empresa, depois da venda de imóveis e pinheiros.

A empresa está paralisada e sem perspectivas de reativar-se, sem liderança ativa e sem alteração estatutária de seu objetivo social.

As alegações de irregularidades e defeitos processuais são despidas de relevância jurídica.

Das alegações de Benito Bruno Battistotti já foi objeto de análise a ale-

gada nulidade da destituição cautelar da presidência, desmerecendo maior rebate.

A remota consangüinidade de um dos auxiliares do perito, de resto, indemonstrada pelos apelantes, não é de molde a invalidar o laudo, pois este não foi o único embasamento da decisão da ilustre prolatora da sentença.

De resto, a colaboração do auxiliar de perito foi apenas uma vistoria de campo, objetivando arrolar bens da companhia.

Sem consistência o ataque dos apelantes ao quantum de ações apurado pelo laudo.

Não se impunha ao autor levantar com acuracidade o número de ações para fins de atribuição patrimonial, o que será objeto do balanço especial de liquidação.

O alegado descumprimento do art. 265, ante o passamento de Luiz Battistotti e Olga Gerent Battistotti, já foi respondido, não tendo ocorrido cerceamento de defesa. Se os réus não apresentaram alegações finais não foi por falta de oportunidade.

A figura da dissolução parcial é factível por criação jurisprudencial, e não exige previsão legal expressa. É possível dissolver parte do empreendimento, o que é menos pernicioso que destruir o todo.

Por fim, as contra-razões impugnaram os documentos trazidos com a apelação, porque não foram juntados na oportunidade própria dos arts. 396 e 397 do CPC, não sendo eles, de resto, úteis ao desfecho da lide, tratando-se, por fim, de documentos anteriores ao ajuizamento da ação.

A fls. 1.795 habilitou-se nos autos o espólio de Olga Gerent Battistotti.

É o relatório.

De coisa julgada não há que falar.

A decisão proferida pelo ínclito Magistrado Des. Anselmo Cerello, na ocasião julgando na 4ª Vara Cível, indeferiu apenas medida cautelar que então propuseram Afonso Ziesemer e outros, com vistas ao afastamento de seus diretores da empresa, providência que, à vista das provas então apresentadas, inclusive depoimentos em audiência, pareceu desaconselhável àquele ínclito Magistrado, “segundo, e por ora, a título de concessão de provisional se pode observar”, registrou aquele Magistrado (fls. 1.647).

O indeferimento se deu à luz dos fatos então existentes, não fazendo absolutamente coisa julgada tal decisão, se novos fatos ocorreram.

De resto, o que então se indeferiu foi a medida liminar proposta em ação cautelar e aqui se cogita de dissolução parcial da sociedade e em nenhum momento aquela decisão do Des. Anselmo Cerello referiu que a dissolução parcial só poderia ser feita pela assembléia-geral.

A ilegitimidade passiva dos autores também não ocorre.

Estes alegaram possuir, em conjunto, mais de 5% do capital social da ré, requisito que a perícia teve como comprovado, até em percentual superior, evidenciando que os autores atendem ao pressuposto legal para requerer a dissolução parcial da ré.

A arguição de cerceamento de defesa também não prospera.

A contestação de Luiz Battistotti foi apresentada fora do prazo, não houve recurso algum a respeito, e esse demandado restou revel.

A comunicação de seu falecimento veio aos autos a fls. 1.554, com o pedido expresso de suspensão do processo por 60 dias. Protocolada a petição a 2/7/97 (fls. 1.554), a Dra. Juíza só prolatou a sentença quando haviam decorrido aqueles 60 dias, trazendo-a aos autos a fls. 1.556 sem que fosse promovida a habilitação.

De resto, consoante julgado do TJPR publicado na RT 548/175 “O falecimento de um dos autores quando o feito estava para receber sentença não acarreta nulidade desse feito por falta de suspensão do mesmo para habilitação de herdeiros...”.

De outro lado, os autos estavam prontos para ser sentenciados e, em tal hipótese, assentou o TACivRJ (Código de Processo Civil Anotado, de Alexandre de Paula, vol. I, pág. 1.292) “A comunicação da morte da parte ao Juízo, após a conclusão dos autos para sentença, só acarreta a suspensão do processo após a publicação desta, não sendo o caso de extinção, posto que ao menos parte dos direitos reclamados são transmissíveis”.

Quanto às mencionadas irregularidades processuais alega-se que a representação da empresa já era do administrador provisório, a quem incumbia contratar profissional que atuasse na defesa dos interesses da sociedade e o descumprimento dessa obrigação teria causado prejuízos à empresa.

Na verdade, em relação a atos de terceiros contra os interesses da

sociedade, a responsabilidade é do administrador provisório.

No que tange ao pedido de dissolução parcial, contudo, os que haveriam de se opor, eram, de fato, os então diretores, bem como os acionistas majoritários, porque na defesa de direitos próprios de controle da empresa, não havendo como imputar tal responsabilidade ao administrador provisório, que assumiu a direção dos negócios da sociedade para evitar sua acefalia, ante o conflito de interesses entre os autores e os dirigentes de então que estariam praticando atos comprometedores dos objetivos sociais da companhia.

A não realização de audiência numa nova tentativa de conciliação das partes, após o falecimento do acionista majoritário, não há caracterizar como cerceamento de defesa, porque sem razão que a justificasse.

A conciliação já fora tentada em duas oportunidades.

A primeira vez em 24/5/95, oportunidade em que, por motivo de saúde, o principal acionista da empresa não pôde comparecer, decidindo as partes, então, manter "em aberto a possibilidade conciliatória, desde que apresentada por parte da empresa ré proposta satisfatória" (fls. 903).

Da segunda feita, em 27/5/96, quando o controlador da empresa prestou depoimento, ficando as partes de estudar a conciliação (fls. 1.385).

De resto, o falecimento foi comunicado quando os autos estavam prontos para sentença pelo que não cabia nova tentativa de conciliação.

Fixou-se o prazo de vinte dias após a apresentação dos esclareci-

mentos do perito para oferecimento das razões finais, prazo de que tinham ciência os então patronos dos réus e que foi renovado conforme despacho de fls. 1.409, publicado no Diário da Justiça de 15/8/96 (fls. 1.421v.).

O falecimento da autora Olga Gerent Battistotti não foi formalmente noticiado nos autos, havendo ligeira referência apenas nas razões de apelação a fls. 1.628.

De qualquer forma, não se verificou nenhum fato processual relevante que reclamasse a presença daquela litisconsorte, que aliás não estava regularmente representada nos autos, como o observou a sentença a fls. 1.612, e cuja citação, requerida a fls. 757, se realizou em 29/8/94 (fls. 767), não tendo contestado o feito, como se vê a fls. 824, vindo a requerer sua admissão como litisconsorte dos autores a fls. 949.

A fls. 1.795 foi requerida a habilitação dos respectivos herdeiros de Olga Gerent Battistotti.

Também não procede a afirmação dos apelantes Cia. Laminadora e Espólio de Luiz Battistotti de que o procurador deste não foi intimado do despacho de fls. 1.436.

O Dr. Renato Nunes de Oliveira foi intimado a apresentar as alegações finais em 14/8/96 (fls. 1.421v. e 1.437) e S. Exa. era procurador tanto da Cia. Laminadora Catarinense como de Luiz Battistotti, tanto que a fls. 1.246, em 26/3/96, requereu juntada do substabelecimento que lhe fez o Dr. Urbano Vicente Gama Salles, afirmando, enfaticamente, que estava credenciado para representar "tanto a pessoa jurídica da Laminadora Catarinense S/A, como a pessoa física do

acionista majoritário Luiz Battistotti, nos autos da ação de dissolução parcial n. 335/94...”.

Quando veio aos autos a renúncia do mandato, em 9/8/96 (fls. 1.427v.), ainda estava obrigado o Dr. Renato por mais 10 dias a representar o mandante, nos termos do art. 45 do CPC.

De outro lado, irregularidade alguma se vislumbra na circunstância de que a liminar na ação cautelar foi concedida sem a citação pessoal de Luiz Battistotti e Pedro Paulo Battistotti.

Em relação a este último nem há que cogitar da arguição, porque ele foi excluído da lide, conforme a sentença de fls. 1.556/1.568, mais precisamente a fls. 1.564 e, a fls. 1.578, por intermédio de seu ilustre advogado Dr. Anastácio Jorge Katsipis Neto, mostrou-se inteiramente de acordo com a decisão.

Quanto a Luiz Battistotti, veja-se que a cautelar foi requerida inaudita altera parte (fls. 13 dos autos apenas ao volume 5/5) e assim concedida (fls. 144).

Posteriormente (fls. 177v.) foi determinada a citação da Companhia Laminadora e de Luiz e Benito Battistotti.

O Oficial de Justiça certificou que cumpriu o mandado (fls. 180v. e 181), sendo que a fls. 181 expressamente quanto a Luiz Battistotti.

De resto, Luiz Battistotti assinou a citação a fls. 180 como Diretor Presidente da Cia. Laminadora, mas não há negar que ele ficou pessoalmente ciente do pedido na ação cautelar, até porque, anteriormente, fora

afastado das funções de Diretor Presidente, como se vê do mandado de fls. 154 e assinaturas e certidão de fls. 154v.

Pretender-se que ele, tendo assinado as intimações em nome da Cia. Laminadora, não ficasse ciente de seu afastamento, só por muito apego ao formalismo, inadmissível no processo que busca a verdade, é que se aceitaria.

Quanto à alegada falta de previsão legal para a dissolução parcial das sociedades anônimas, a questão já precluiu, desde que o despacho saneador a fls. 896 no item II, letra a, de que as partes foram regularmente intimadas (fls. 900v.), tanto que compareceram à audiência de fls. 903, foi expresso em que: “o pedido é juridicamente possível, já que a dissolução parcial da sociedade anônima é admitida pela jurisprudência (RF 286/281 e JB 64/263) e nada mais representa do que a busca do acionista retirante dos seus haveres. A retirada do sócio, é bem verdade, pode se fazer por várias formas, inclusive por postulação e deliberação assemblear, mas não se afasta a via judicial, nem o direito da ação de dissolução parcial, um minus em relação à dissolução total”.

Ainda assim, é de ver-se que a dissolução parcial das sociedades anônimas foi admitida por acórdão da colenda Segunda Turma do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, publicado na Revista Forense 286/281, relator o Des. Danilo Furtado, já à luz da nova lei das sociedades anônimas.

Decidiu-se, então, que:

“— A não distribuição de lucros, em empresa de natureza comercial,

justifica pedido de sua dissolução parcial, formulado por acionistas ainda que minoritários.

“— Decretada a dissolução parcial, apuram-se os haveres dos acionistas postulantes, mediante atualização dos valores do ativo”.

Cuidava-se, tal como nos autos, de “constituição familiar e fechada, composta de uma dezena de acionistas minoritários dissidentes e poucos menos majoritários que se opõem à dissolução decretada, em que desapareceu o affectus societatis, a caracterizar a dissidência daqueles com a administração da empresa, com a vontade manifestada de se afastar da sociedade”.

E acrescenta o acórdão:

“Diante de tais condições, inclusive sem benefício correspondente a um fim lucrativo satisfatório aos acionistas dissidentes, incogitável qualquer informe doutrinário, na definição jurídica de uma sociedade de pessoas e de capital, para em conclusão judiciousa como consagrado na jurisprudência a respeito da sociedade de cotas de responsabilidade limitada, admitir a dissolução parcial da sociedade sub judice, permitindo a retirada dos autores, acionistas dissidentes da mesma, na forma decretada na sentença impugnada”.

Já não houvesse esse precedente de admissão expressa da dissolução parcial da sociedade anônima fechada, invocável seria, no caso, a moderna teoria da descaracterização da personalidade jurídica.

Da obra Código de Defesa do Consumidor — Desconsideração da personalidade jurídica, do ilustre Magistrado catarinense Dr. Antônio do

Rego Monteiro Rocha, extrai-se, à página 42, este trecho de Miguel Reale em sua “Nova Fase do Direito Moderno”, páginas 128/129, em que o grande jusfilósofo diz que para impedir os abusos praticados à sombra das sociedades comerciais:

“O remédio foi optar-se, mais uma vez, pela verdade real, isto é, pelo valor real que se visara proteger mediante a modelagem ou a configuração da pessoa jurídica, que se teimava em respeitar como ente autônomo, tal como fora concebido pelas partes contratantes. Vê-se, por conseguinte, que a visão axiológica, pelo superamento do antigo individualismo, teve como resultado — mesmo sem necessidade de alteração legislativa, mas em razão de imperativos éticos — converter a pessoa jurídica em modelo jurídico suscetível de ser visto segundo novos parâmetros hermenêuticos para, tais fossem as circunstâncias, transcendê-la a fim de atingir a pessoa de seus componentes ou controladores de má-fé”.

Essa justificativa, para adoção da teoria da descaracterização da personalidade jurídica, também está presente em decisões judiciais.

Já admitida em relação às sociedades limitadas (RT 708/116 — 1º TACívSP e RT 754/271 — TJSP), foi a doutrina em apreço proclamada, expressamente, também em relação às sociedades anônimas, como se vê de venerando acórdão da 4ª Câmara Civil do TJSP publicado na RT 719/103:

“Incumbe ao Juiz o dever de indagar, examinar, perquirir as atividades empresariais, a forma e o modo pelo qual estão atuando as empresas, se o fazem para cumprir efetivamente

o objeto social ou se debaixo da capa de personalidade jurídica procedem em detrimento da lei. A disregard doctrine não visa anular a personalidade jurídica, mas somente objetiva desconsiderar, no caso concreto, dentro de seus limites, a pessoa jurídica em relação às pessoas ou bens que atrás delas se escondem. Na hipótese a pessoa jurídica e a pessoa física de seu único acionista e administrador, já que os demais se retiraram da empresa, misturam-se em negócios que dificultam a sobrevivência individual de cada um", proclamou o acórdão paulista, fundado em doutrina de Rubens Requião, a que, com justiça, credita o mérito de ser o pioneiro na discussão dessa matéria no País.

Tal doutrina, segundo Requião, "faz o Juiz buscar a verdade real dos fatos"!

Nesse afã, sustentava o grande comercialista, o juiz tem o direito de indagar "se há de consagrar a fraude e o abuso de direito, ou se deve desprezar a personalidade jurídica, para, penetrando em seu âmago, alcançar as pessoas e bens que dentro dela se escondem para fins ilícitos e abusivos" (Abuso de Direito e Fraude através da Personalidade Jurídica, RT 410/1.224 — apud RT 719/104 — TJSP).

No caso, não há dúvida, igualmente, que se está diante de uma sociedade fechada, de constituição familiar, com um pequeno grupo de sócios minoritários.

Luiz Battistotti sempre foi seu Diretor Presidente, embora com mandato há muito extinto e Lauro Battistotti, Pedro Paulo Battistotti e Benito

Battistotti alternaram-se e revezavam-se em outros postos de mando.

De resto, os motivos que decretaram a dissolução estão bem nítidos nos autos.

A empresa de há muito não dava lucros nem pagava dividendos, tendo paralisado suas atividades há vários anos.

O Diretor Presidente, depondo a fls. 1.386, em 27/5/96, confessou que a empresa paralisara suas atividades há uns três anos, atribuindo tal fato à proibição de corte de madeira na região da Mata Atlântica, objeto do Decreto n. 750 de 10/2/93, o que não é verdadeiro, por inteiro, porque as empresas madeireiras podem explorar suas reservas de pinus elliotti quando, previdentemente, as tenham formado.

Antes, entretanto, já cessara virtualmente suas atividades, tanto que, conforme a resposta ao quesito 5 da perícia (fls. 1.029), a penúltima eleição da Diretoria ocorreu em 20/11/76 (fls. 241/242 dos autos) e a última em 31/1/78, conforme certidão de fls. 834 (também a fls. 198 dos autos da cautelar) expedida pela Junta Comercial do Estado, quando eleitos Luiz Battistotti para Diretor Presidente e Bruno Battistotti para Diretor Gerente e ainda Pedro Paulo Battistotti para Diretor Técnico, com mandato até 31/1/80.

Desde então, não mais se realizaram eleições, como Pedro Paulo Battistotti declarou em petição a fls. 792-A.

A ata de fls. 789, firmada por Luiz Battistotti, embora sem prova de regular arquivamento e publicação, mas de qualquer forma oponível aos réus porque participantes da assem-

bléia, registra que a sociedade vinha sendo mantida por seu principal acionista "...nestes últimos anos que a mesma esteve com seu movimento semiparalisado, em conseqüência de sucessivas crises econômicas nacionais no setor de madeira e compensados".

A perícia registra a paralisação das atividades da empresa na resposta ao quesito 3 (fls. 1.028) e as fotografias juntadas à inicial (fls. 251/263) exibem um eloqüente e pungente quadro de penúria e abandono do que, outrora, como todos afirmam, e se pode deduzir de antigas atas (fls. 180/242), foi uma próspera indústria madeireira.

Ricardo de Deus Cardoso, chefe do DicoF — Ibama em Santa Catarina, dá conta de que as atividades da empresa estavam desativadas em São Joaquim/Urubici (fls. 909).

As notórias divergências entre os acionistas e mesmo entre antigos Diretores, como Lauro Battistotti (fls. 114) e Benito Bruno Battistotti (Diretor Gerente eleito em 20/11/76 para mandato por dois anos (fls. 241) e reeleito em 31/1/78 até 31/1/80 — fls. 834), divergências essas bem expressas, quanto a Benito Battistotti, pela pública manifestação de discordância em relação ao Diretor Presidente, seu pai, em 8/11/79 — fls. 454 e, quanto a Lauro Battistotti, pela petição de fls. 1.204/1.206 e documentos de fls. 1.209 (inclusive reclamatória trabalhista) e fls. 1.444 a 1.448, entre outras manifestações dos autos; as inúmeras execuções, inclusive fiscais, contra a empresa, documentadas às fls. 279/329, 330/335 e 336/8; as reclamações trabalhistas, até de antigo

Diretor e mesmo de um advogado de muitos anos de empresa (fls. 362/368), tudo, muito bem retratado nos autos e referido na sentença, leva ao desprovemento do apelo dos réus Cia. Laminadora e espólio de Luiz Battistotti.

No que tange ao laudo pericial de fls. 1.021/1.203 elaborado pelo Instituto Professor Rainoldo Uessler S/C Ltda., bem como o laudo de fls. 1.277/1.292 do Assistente Técnico dos autores, as partes foram intimadas pelo despacho de fls. 1.275, item V, a se manifestar a respeito e na audiência de fls. 1.385, presentes os patronos da Cia. Laminadora e de Luiz Battistotti, ficou deliberado que, de comum acordo, "após a complementação do laudo", as partes apresentariam as razões finais.

Os esclarecimentos complementares do perito foram apresentados às fls. 1.391/1.402 e os do Assistente Técnico às fls. 1.403/1.408, sendo as partes novamente intimadas a oferecer alegações finais e a falar sobre os laudos complementares conforme despacho de fls. 1.409 publicado em 14/8/96, consoante fls. 1.421v.

Em 12/2/97 (fls. 1.450/51) os Drs. Ernani Francisco Rosa e Renato Nunes de Oliveira manifestaram sua renúncia ao mandato, reiterando comunicação protocolada em 6/8/96.

Ocorre que, nos termos do art. 45 do CPC, nos dez dias seguintes, o advogado é obrigado a continuar representando o mandante, de sorte que a intimação de fls. 1.421v. alcançou aqueles causídicos ainda no prazo de representação de Luiz Battistotti e da Cia. Laminadora, pelo que eficaz a intimação para que se manifestassem

sobre a complementação do laudo, sem falar em que, dos laudos propriamente ditos, já tinham conhecimento inequívoco, como se deduz do termo da audiência de fls. 1.385.

Ora, quaisquer impugnações aos laudos haveriam os réus/apelantes de formular quando de sua apresentação, o que não fizeram, ao contrário, aceitaram-nos tacitamente, sendo de assinalar que as discordâncias que ora manifestam dizem respeito aos laudos propriamente ditos, não aos esclarecimentos complementares.

Despiciendo, pois, examinar uma a uma as impugnações que tardiamente fazem à perícia, se contra ela nada argüiram na oportunidade própria.

Quanto ao apelo de Benito Bruno Battistotti, já foram apreciadas e repelidas as alegações de nulidade da destituição do diretor, por força da decisão na ação cautelar e as críticas ao laudo.

Merece uma referência especial, contudo, sua alegação de nulidade do laudo porque as avaliações de imóveis foram subscritas não só pelo perito como pelo Eng. Civil José Tadeu Ge-

rent, sobrinho da litisconsorte Olga Gerent Battistotti.

O alegado impedimento não existe desde que o auxiliar do perito é parente em terceiro grau da aludida litisconsorte e o parentesco que gera o impedimento é o até o de segundo grau, sem contar que a parte não argüiu o impedimento antes do julgamento (RJTJESP 118/443), além do que sem influência alguma a avaliação dos bens na sentença ou no acórdão, pois se limitou aquele trabalho a apurar valores, quando estão sendo investigados fatos que autorizem a dissolução parcial.

Ante todo o exposto, nega-se provimento aos apelos para confirmar-se a bem-lançada sentença que julgou procedente o pedido de dissolução parcial da sociedade, bem como o pedido cautelar, com as condenações já enunciadas.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Alcides Aguiar e Pedro Manoel Abreu.

Florianópolis, 21 de outubro de 1999.

João José Schaefer,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.004754-7, DE BLUMENAU

Relator: Des. João Martins

Ação civil pública — Concurso público — Prefeitura Municipal de Blumenau — Anulação de edital de concurso para efetivação de servidores estáveis por força do art. 19 do ADCT — Concurso interno — Inadmissibilidade — Necessidade de concurso público — Tempo de serviço decorrente da estabilidade extraordinária do

ADCT válido apenas como título em eventual certame geral (art. 19, §1º, ADCT).

“O servidor que preencher as condições exigidas pelo art. 19 do ADCT-CF/88 é estável no cargo para o qual fora contratado pela Administração Pública, mas não é efetivo. Não é titular do cargo que ocupa, não integra a carreira e goza apenas de uma estabilidade especial no serviço público, que não se confunde com aquela estabilidade regular disciplinada pelo art. 41 da Constituição Federal. Não tem direito a efetivação, a não ser que se submeta a concurso público, quando, aprovado e nomeado, fará jus à contagem do tempo de serviço prestado no período de estabilidade excepcional, como título” (RE 167635/PA — STF).

Edital anulado — Sentença mantida.

Ministério Público — Percepção de honorários — Vedação constitucional.

“(…) Tendo em vista que a propositura da ação civil pública constitui função institucionalizada (do Ministério Público), uma das razões por que dispensa patrocínio por advogado, não cabe também o ônus do pagamento de honorários”.

Município — Custas — Isenção.

Recurso e remessa providos em parte.

I — Relatório

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.004754-7, da comarca de Blumenau (3ª Vara Cível e Feitos da Fazenda Pública), em que é apelante o município de Blumenau, sendo apelado o representante do Ministério Público:

ACORDAM, em Quinta Câmara Civil, por votação unânime, conhecer do recurso voluntário e da remessa e dar-lhes provimento parcial.

Custas na forma da lei.

O Ministério Público, por intermédio do Centro das Promotorias da Coletividade, ajuizou ação civil pública contra o município de Blumenau, todos devidamente qualificados nos autos, objetivando a anulação de edital de concurso público para investidura de cargos na Prefeitura Municipal.

Alegou que há ilegalidade no edital porque se destinava apenas aos servidores públicos municipais estáveis, amparando-se no art. 19 do ADCT da Constituição Federal, existindo, em verdade, mero concurso interno, lesando direitos de todos aque-

les cidadãos que tivessem interesse em candidatar-se a um cargo público.

Evocando lições de administrativistas de renome, disse haver afronta ao art. 37, II, da Constituição Federal, exigência de concurso público aberto a todos que preencherem os requisitos legais, sendo nulo o edital vergastado.

Requeru a concessão de medida liminar, e, ao final, a anulação do ato administrativo em comento, devendo os responsáveis pelo ato devolver ao erário os gastos decorrentes da realização do concurso.

O município de Blumenau contestou o feito às fls. 27/30.

Concedeu-se medida liminar para a paralisação do concurso (fls. 62).

Sentenciando o feito, o Dr. Juiz de Direito julgou parcialmente procedente o pedido, declarando nulo o procedimento administrativo voltado à realização de concurso para a efetivação de servidores da Prefeitura Municipal de Blumenau, condenando, ainda, o réu ao pagamento de honorários e demais despesas processuais.

O município de Blumenau apelou, defendendo a legitimidade do concurso, que apenas oportunizaria a efetivação aos servidores públicos que gozam de estabilidade, segundo o art. 19 do ADCT/CF. Por esta norma, diz que o concurso aberto apenas aos servidores já integrantes dos quadros da administração é lícito, não precisando ser aberto ao povo.

Insurgiu-se também contra a condenação em honorários, objetivando a sua exclusão ou redução.

Com as contra-razões ministeriais, os autos ascenderam a esta Corte, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de lavra do Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira, opinou pelo conhecimento e parcial provimento do apelo, tão-somente para excluir da condenação a verba honorária.

É o relatório.

II — Voto

1. A questão versa sobre a legalidade de edital de concurso público para diversos cargos da estrutura administrativa da Prefeitura Municipal — vários de nível superior, como advogado, médico e engenheiro civil — que restringiu a inscrição ao povo, haja vista que dentre os requisitos se encontra “ser servidor da Prefeitura Municipal de Blumenau e ter obtido estabilidade concedida pelo art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988”.

Prefacialmente, cumpre distinguir efetividade de estabilidade, e apontar que direito cabe aos servidores nas condições do art. 19 do ADCT.

Colhe-se do magistério de J. Cretella Júnior:

“A estabilidade, que é atributo pessoal adquirido pelo funcionário, não se confunde com a efetividade, que é característica do provimento de certos cargos públicos. Estabilidade é efeito do decurso do tempo. Decorrido o estágio probatório [ou, no caso, o lustro previsto no ADCT], o funcionário torna-se estável. ‘Efetividade’ é tipo de nomeação. No mesmo dia em que o funcionário é nomeado, já é efe-

tivo: é a nomeação em caráter efetivo. Não se confunda, pois, estabilidade com efetividade. O funcionário pode ser efetivo sem ser estável, como também ter chegado à condição de estável sem nunca ter sido efetivo. A estabilidade adquire-se. A efetividade nasce com o ato de nomeação” (Comentários à Constituição de 1988. Rio de Janeiro, Forense Universitária, vol. IX, 1ª ed., pág. 4.726).

E qual a extensão do direito concedido aos servidores públicos na situação do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias? Prescreve a CF:

“Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37 da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.

“§ 1º O tempo de serviço dos servidores referidos neste artigo será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei”.

Maria Sylvania Zanella di Pietro explicita:

“Excepcionalmente, a Constituição de 1988, a exemplo de Constituições anteriores, conferiu estabilidade a servidores que não foram nomeados por concurso, desde que estivessem em exercício na data da promulgação da Constituição há pelo menos cinco anos continuados (art. 19 das Disposições Transitórias). O benefício somente alcançou os servidores públi-

cos civis da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, da administração direta, autarquias e fundações públicas. Excluiu, portanto, os empregados das fundações de direito privado, empresas públicas e sociedades de economia mista. O reconhecimento de estabilidade a esses servidores não implicou efetividade, porque esta só existe com relação a cargos de provimento por concurso; a conclusão se confirma pela norma do §1º do mesmo dispositivo, que permite a contagem de serviço prestado pelos servidores que adquiriram essa estabilidade excepcional, ‘como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei’” (Direito Administrativo, São Paulo, Atlas, 11 ed., pág. 460).

Tem-se, à primeira vista, que o direito assegurado pela CF implica somente estabilidade no serviço público, sendo necessária, para a efetivação em cargo e direito à carreira, portanto, a aprovação em concurso público, valendo aquele tempo que assegurou a estabilidade como título.

Nesse norte, Celso Antônio Bandeira de Mello é ainda mais explícito ao tratar da indispensabilidade do concurso público aberto a todos como forma de adquirir a efetividade no cargo público:

“O que a Lei Maior pretende é assegurar a igualdade entre os cidadãos permitindo-lhes postular o cargo público e garantir-se de que obterá servidores competentes. Decorre disto que o concurso público de provas ou de provas e títulos, a que alude o inciso II do art. 37, para cumprir adequadamente tal função, demanda o atendimento de dois requisitos indis-

pensáveis, os quais, inobstante óbvios, devem ser encarecidamente referidos porque, sob pretextos pueris, muitas vezes têm sido desrespeitados.

“O primeiro destes requisitos é que se o concurso é público não pode ser restringido aos que já são titulares de algum cargo, contratados ou por qualquer modo vinculados ao serviço público. Segue daí que também não pode ser atribuída, a quem já dispõe de uma destas qualificações, posição privilegiada em relação aos demais, outorgando-se-lhes, à conta de títulos computáveis na classificação, uma soma de pontos que lhes permita disputar com vantagem o acesso aos cargos postos em certame.

“É certo que a prévia ocupação de lugares no serviço público pode ser havida como um indicador de ‘experiência’. Sê-lo-á em alguns casos, nos quais o cargo disputado guarde similitude de funções com as atividades dantes exercidas, mas, em tal hipótese, seria obrigatório também computar, como título demonstrativo de experiência, atividades correspondentes exercidas no setor privado pelos demais afluentes ao concurso.

“Além disso, o servidor não poderia auferir uma vantagem pelo fato de já ser beneficiário (ou havê-lo sido) de uma situação irregular, tendo-a computada em seu favor e em detrimento de outros que dela não dispuseram. Assim, se um candidato ocupa ou ocupou lugar no serviço público que obteve sem concurso, quando o acesso por este meio seria de rigor, descaberia atribuir-lhe pontos na classificação com base nesta situação anômala que o privilegiou indevida-

mente, sem que os demais candidatos recebam correspondente pontuação por experiência administrativa análoga. Isto é o lógico e o normal. Entretanto há uma situação anormal, prevista nas ‘Disposições Constitucionais Transitórias’, em que não prevalece o que foi dito.

“Com efeito, no §1º de seu art. 19, estabeleceu-se que o tempo de serviço dos beneficiados pela estabilidade excepcional, prevista no caput, será computado como título, quando se submeterem a concurso para fins de efetivação (que é um plus em relação à estabilidade, pois significa integração em cargo público e respectiva carreira). Tais beneficiários são os que à data da promulgação da Constituição estavam em exercício, há pelo menos cinco anos, na administração direta, autárquica, ou em fundações públicas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios embora houvessem ingressado sem o devido concurso público. Excluídos desta estabilidade foram apenas os ocupantes de cargo, função ou emprego de confiança, em comissão ou de que fossem livremente exoneráveis — salvo quando já fossem servidores — bem como os professores de nível superior (§§ 2º e 3º).

“Naturalmente, a outorga de pontuação pelo tempo de serviço atribuída como título no concurso teve por finalidade facilitar-lhes a definitiva regularização nos quadros do serviço público. Daí por que, em tal caso, não há cogitar de conferir aos demais concorrentes idêntico tratamento para o tempo de trabalho em atividades equivalentes prestadas à iniciativa privada, pois o pretendido foi, manifestamente, outorgar a estes estabilizados,

já de saída, uma vantagem no concurso. Esta circunstância, aliás, — como bem observou Márcio Cammarosano — torna perceptível que o concurso a que alude o §1º do art. 19 é concurso público e não concurso interno, circunscrito aos estabilizados, apesar do texto haver mencionado ‘concurso’, simplesmente, sem agregar o qualificativo público. Fê-lo porque o concurso que o texto constitucional contempla é unicamente o ‘público’ (Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta, São Paulo, RT, 2ª ed., págs. 64/65).

Elucidando por completo o tema, colhe-se de precedente do colégio Supremo Tribunal Federal que corrobora a opinião dos citados doutrinadores:

“O servidor que preencher as condições exigidas pelo art. 19 do ADCT—CF/88 é estável no cargo para o qual fora contratado pela Administração Pública, mas não é efetivo. Não é titular do cargo que ocupa, não integra a carreira e goza apenas de uma estabilidade especial no serviço público, que não se confunde com aquela estabilidade regular disciplinada pelo art. 41 da Constituição Federal. Não tem direito a efetivação, a não ser que se submeta a concurso público, quando, aprovado e nomeado, fará jus à contagem do tempo de serviço prestado no período de estabilidade excepcional, como título” (RE 167635—PA, rel. Min. Maurício Corrêa, 2ª Turma, j. em 17/9/96, publ. DJU 7/2/97, pág. 1.355).

E mais um aresto da Corte Suprema, de lavra do eminente Ministro Sydney Sanches:

“O próprio caput do art. 19 do ADCT apenas conferiu estabilidade no serviço público, e não enquadramento em cargos, e, ainda assim, para os que se encontravam em exercício na data da promulgação da Constituição (5/10/1988) ‘há pelo menos cinco anos continuados’ (...).

“Ademais, o § 1º do art. 19 deixou claro que ‘para fins de efetivação’ os servidores referidos no caput haveriam de se submeter a concurso” (RE n. 190364/DF, 1ª Turma, j. em 14/11/95, publ. DJU em 1º/3/96, pág. 5.030).

E do corpo do acórdão:

“E o ADCT da CF/1988 não lhes conferiu qualquer tratamento excepcional, privilegiado.

“Nem o próprio art. 19, segundo o qual:

‘Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37 da Constituição, são considerados estáveis no serviço público’.

“Vale dizer, só outorgou aos servidores, se se encontrassem nessa situação, o direito à estabilidade. Não o do enquadramento ou provimento em cargos públicos.

“E, ademais, apenas e tão-somente, aos que na data de promulgação da Constituição, 5 de outubro de 1988, já estivessem no respectivo exercício, há, pelo menos, cinco anos continuados.

“(…).

“Em suma, ficou bem claro que até os servidores beneficiados com a estabilização prevista no caput do art. 19 teriam, depois, de se submeter a concurso, para fins de efetivação”.

Por fim, à semelhança, de julgado deste Tribunal:

“Por outro lado, o concurso interno prestado pelos apelados, em 31/12/96, não possui o condão de lhes conferir a estabilidade prevista no art. 41 da Carta Magna, porquanto os requisitos do art. 37, II, do texto constitucional não foram observados: o concurso deveria ser aberto a todos os brasileiros que preenchessem os requisitos previstos no edital e na Lei Municipal n. 1.050/91 (estatuto do magistério municipal), nos termos do art. 37, I, da Constituição, e não apenas aos professores do município de Balneário Camboriú” (Ap. Cív. n. 97.001628-0, de Balneário Camboriú, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. em 20/10/98).

Não resta dúvida, portanto, escorada a decisão em julgados do Supremo Tribunal Federal e lições de insígnis juristas, que inexistente possibilidade de realização de concurso interno, para efetivação nos cargos públicos e respectivas carreiras, somente para os servidores estabilizados por força do art. 19 do ADCT, devendo o concurso ser aberto a todos, sendo correta a decisão de anular o edital de concurso que abraza certame restrito àqueles servidores, mantendo-se o decisum neste ponto.

2. Quanto aos honorários, razão assiste ao apelante, sendo estes incabíveis no caso em tela.

Dispõe a Constituição Federal, em seu art. 128, § 5º, II, a:

“§ 5º Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros:

“II — as seguintes vedações:

“a) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais”.

Nesse sentido leciona José dos Santos Carvalho Filho:

“No que respeita ao Ministério Público, porém, não incide tal disciplina. Como parte autora, não terá adiantado qualquer valor correspondente a despesas processuais; assim, o réu nada terá a reembolsar. Por outro lado, tendo em vista que a propositura da ação civil pública constitui função institucionalizada, uma das razões por que dispensa patrocínio por advogado, não cabe também o ônus do pagamento de honorários” (Ação Civil Pública. Comentários por Artigo da Lei 7.347, de 24/7/85, Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2ª ed., pág. 412).

O autor aponta ainda (ob. loc. cit.) precedente jurisprudencial sobre a matéria:

“No mesmo sentido, foi proferido acórdão pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, relator o Des. Felipe Ferreira (8ª C. Cível, em 23/11/94, Ap. n. 215.547-1/2, apud ADCOAS, n. 146199). A decisão afastou terminantemente a condenação do réu ao pagamento da verba honorária, com o argumento de que ‘o Ministério Públi-

co, assim como a Magistratura, não pode, sob nenhum pretexto, perceber qualquer remuneração nos processos em que exerce o munus público, segundo emerge do art. 127 (sic), § 5º, inc. II, letra a, da CF”.

3. Impende também salientar que o Município é isento do pagamento de custas judiciais, como se vê:

“A partir da entrada em vigor do novo Regimento de Custas do Estado (Lei Complementar n. 156—15/5/97), com as alterações decorrentes da Lei Complementar n. 161—23/12/97, tal como expresso no art. 35, letra i, as autoridades estaduais, desde que remuneradas pelos cofres públicos, estão isentas do pagamento em todos os processos, inclusive nos mandados de segurança, das custas processuais” (Ap. Cív. n. 99.000505-4, de Itajaí, rel. Des. Trindade dos Santos).

Dessa forma, merece parcial reforma o decisum objurgado, apenas para excluir da condenação a verba honorária e as custas processuais.

III — Decisão

Nos termos do voto do relator, decide a Câmara, à unanimidade, conhecer do recurso e da remessa e dar-lhes provimento parcial.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Gaspar Rubik e Volnei Carlin. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira.

Florianópolis, 8 de fevereiro de 2001.

João Martins,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 00.012444-3, DA CAPITAL

Relator: Des. João Martins

Apelação cível — Ação de reparação de danos em acidente de trânsito — Sinistro envolvendo veículos oficial e particular — Alegação de culpa concorrente — Inocorrência — Culpa exclusiva do motorista do Estado que, ao cruzar via preferencial sem as devidas cautelas, acabou abalroando o veículo da autora que trafegava naquele sentido — Responsabilidade objetiva do Estado — Obrigação de indenizar — Denúnciação da lide acolhida — Condenação do servidor a reembolsar o Estado no montante em que foi condenado — Sentença de procedência mantida — Recurso voluntário e remessa não providos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.012444-3, da comarca da Capital (Vara da Fazenda/Regime de

Exceção), em que é apelante o Estado de Santa Catarina, sendo apelada Carla Correa do Rio Apa:

ACORDAM, em Quinta Câmara Civil, por votação unânime, conhecer do recurso voluntário e da remessa e negar-lhes provimento.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Carla Correa do Rio Apa, qualificada nos autos, ajuizou ação de reparação de danos causados em acidente de veículo contra o Estado de Santa Catarina, devidamente qualificado, aduzindo, em síntese, que no dia 20/10/97, quando trafegava pela SC 404, km 3, sentido Lagoa—Centro, teve seu veículo abalroado pelo automóvel do requerido, na ocasião conduzido pelo servidor público Arlindo José Alves, igualmente qualificado, o qual adentrou na via preferencial sem as devidas cautelas, vindo a causar o evento danoso.

Afirmou trafegar em velocidade adequada e que o próprio condutor do veículo pertencente ao Estado prestou declarações após o acidente (Relatório de Acidente de Trânsito de fls. 11/14) assumindo a culpa pelo ocorrido. Requereu a condenação do Estado à composição dos danos causados no valor do menor orçamento, além das custas processuais e honorários advocatícios.

Citado o Estado para comparecer à audiência de conciliação designada, que restou inexitosa, apresentou resposta em forma de contestação (fls. 29/34).

O Promotor de Justiça, na audiência, opinou pelo indeferimento da denúncia à lide (fls. 26/28).

Em contestação, o Estado argüiu, em preliminar, a denúncia à

lide do servidor público Arlindo José Alves, condutor do veículo do Estado, e, no mérito, inexistir a responsabilidade pelo evento danoso, pois a autora dirigia de maneira imprudente e em velocidade incompatível com o local, sendo que se assim não fosse poderia ter evitado o acidente. Argumentou, ainda, que não é absoluta a preferência de veículo que transita em via preferencial, não se dispensando as cautelas do seu condutor.

Em réplica à contestação, manifestou-se a autora pelo não cabimento da denúncia à lide. Reafirmou trafegar em velocidade adequada, haja vista que poucos metros antes do local do sinistro existe um radar, o qual não assinalou nenhuma irregularidade, e que dirigia atrás de dois veículos que estavam parando no acostamento (fls. 35/38).

A denúncia da lide foi deferida pelo Magistrado à fl. 43.

Em audiência de instrução e julgamento (fl. 47), o denunciado compareceu desacompanhado de procurador, impossibilitando a apresentação de sua defesa. Apesar de ausente a testemunha da autora, esta assinalou que, não obstante a não-realização de prova testemunhal, há farta prova documental para condenação do réu e do denunciado, reafirmando as alegações dispostas na inicial. O Estado de Santa Catarina alegou ter existido culpa concorrente. O representante do Ministério Público opinou pelo acolhimento do pleito inicial.

A Magistrada a quo, entregando a prestação jurisdicional, julgou procedente o pedido, condenando o réu ao pagamento da importância declinada na inicial, acrescida de juros

legais a partir da citação e de correção monetária desde a data do orçamento, bem como ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Condenou também o denunciado a reembolsar o Estado nos valores em que foi condenado, além de custas processuais e honorários de sucumbência, bem como em 10% sobre o valor da condenação, a serem pagos ao Procurador do Estado (fls. 48/52).

A par do reexame necessário, inconformado, apelou o Estado, enfatizando a existência de culpa concorrente e reafirmando as alegações espostadas na contestação (fls. 55/60). Pugnou pela reforma da sentença, com a improcedência do pedido.

A apelada apresentou as contra-razões, pugnando pela manutenção da sentença recorrida (fls. 63/65).

Instado a manifestar-se, opinou o Ministério Público de primeiro grau pelo conhecimento e desprovemento do recurso voluntário (fl. 67).

Nesta Instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de lavra do Dr. Jobél Braga de Araújo, manifestou-se pelo conhecimento e desprovemento do apelo e da remessa (fls. 72/78).

II — Voto

Trata-se de reexame necessário e apelação cível interposta pelo Estado de Santa Catarina contra sentença que o condenou ao pagamento de danos causados no veículo de propriedade da apelada por outro pertencente à Secretaria de Educação, Agricultura e Desporto, conduzido, na

ocasião, pelo servidor Arlindo José Alves.

Alega o Estado, em suas razões de apelação, que a apelada não foi cautelosa o suficiente para evitar o evento danoso, pois “o veículo do Estado no momento do abalroamento já havia iniciado a manobra de travessia da via preferencial, sendo que a autora, se não trafegasse em velocidade incompatível com o local, poderia ter evitado o acidente” (fl. 57).

Entretanto, o elenco probatório constante dos autos não autoriza que se reconheça a tese sustentada pelo apelante, qual seja, de existência de culpa concorrente.

Com efeito, extrai-se do Relatório de Acidente de Trânsito de fl. 13:

“Declarou o condutor do V-1 que aguardava parado na saída do Córrego Grande para cruzar a pista, SC 404, Km 3, e seguir sentido Centro, foi quando avistou três veículos, o 1º e 2º deram sinal para encostar, foi quando o V-1 resolveu fazer a manobra, não observando a aproximação do V-2 que era o 3º veículo, vindo assim a ocorrer o acidente (...)”.

Constata-se, assim, que o próprio condutor do veículo do Estado, Arlindo José Alves, reconhece ter avançado a via preferencial sem as cautelas necessárias, ou seja, sem observar a aproximação do veículo da apelada que vinha trafegando normalmente por aquela via e logo atrás de outros dois veículos que se dirigiam para o acostamento.

Da lição de Rui Stoco, colhe-se:

“A questão se resume em verificar a causa eficiente do fato danoso e se resolve apenas e tão-somente no

plano da causalidade material, de modo que, ainda que a vítima tenha agido com culpa, dever-se-á verificar se sua atuação interferiu no resultado e contribuiu para sua ocorrência" (Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência, 2. ed. rev. e ampl., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1995, pág. 55).

Ademais "o fato de o condutor do veículo do autor estar em alta velocidade, se é que estava, não importa para o deslinde da questão. É que, na caracterização de culpa, para efeito de indenização, a invasão de preferencial prepondera sobre eventual excesso de velocidade" (Ap. Cível n. 46.562, rel. Des. Carlos Prudêncio, j. em 7/5/1996).

Nesse sentido, a jurisprudência:

"Acidente de trânsito. Invasão da via preferencial. Preponderância sobre outras infrações. Sentença de improcedência do pedido mantida.

'O ingresso em artéria indicada como preferencial exige a certeza, para o condutor de veículo automotor, de que não haverá interrupção do fluxo de tráfego, sob pena de restar caracterizada a invasão da via preferencial. E, para a determinação da culpa, essa invasão erige-se à condição de culpa autônoma e decisiva, preponderando sobre eventual excesso de velocidade e sobre qualquer infração que possa estar sendo cometida por veículo que tenha preferência de passagem' (ACV n. 49.574, rel. Des. Trindade dos Santos)" (Ap. Cível n. 96.004217-2, rel. Des. Sérgio Paladino, j. em 11/12/1997).

Conquanto não bastassem tais argumentos em desfavor da existência de culpa concorrente, colhe-se ainda, do parecer do ilustre Procurador de Justiça, Dr. Jobél Braga de Araújo, à fl. 77:

"Ora, dois são os fatos que afastam a tese do excesso de velocidade: inicialmente, convém que se deixe positivado que poucos metros antes do local do acidente existe um radar de controle, que não registrou qualquer irregularidade na velocidade por ela imprimida. De outra sorte, não nos parece crível que a apelada pudesse estar desenvolvendo velocidade superior à permitida, eis que, como o próprio agente público causador do evento lesivo deixou assente, aquela vinha atrás de dois outros veículos que pararam no acostamento da pista".

Assim, exsurge indubitável dos autos que a culpa pelo acidente foi exclusiva do condutor do veículo do Estado que, agindo imprudentemente, invadiu via preferencial, vindo a colidir com o veículo da apelada.

Por outro lado, a alegação de que a apelada conduzia seu veículo em velocidade incompatível com o local não restou demonstrada. E, não tendo o Estado apelante comprovado que a apelada concorreu com dolo ou culpa para o evento, subsiste a sua responsabilidade objetiva na reparação integral dos danos causados, a teor do disposto no § 6º do art. 37 da Constituição Federal:

"As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a tercei-

ros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

É da jurisprudência:

“Responsabilidade objetiva da administração pública — Acidente de tráfego — Veículo de propriedade do município — Obrigação de indenizar — Culpa exclusiva do preposto do réu — Artigos 37, parágrafo 6º, da CF/88, 15 e 159 do Código Civil — Sentença mantida em reexame” (Ap. Cív. n. 39.308, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Alcides Aguiar, in DJE de 7/4/93).

Na hipótese dos autos, além de restar caracterizada a responsabilidade objetiva do Estado, haja vista que a apelada demonstrou a existência denexo causal entre o fato lesivo ocasionado pelo Estado e o dano, bem como os valores devidos a este título, também apurou-se a culpa do servidor que conduziu o veículo do Estado, na modalidade de imprudência, o que levou a Magistrada a quo, na mesma decisão, a condená-lo ao ressarcimento dos valores aos quais o Estado foi condenado.

É da jurisprudência:

“Em sede de indenizatória o Estado responde objetivamente, ou seja, independente de culpa ou dolo,

mas, por economia processual, poder-se-á, em uma única decisão, reconhecer o direito de regresso, desde que o servidor, que causou o dano, tenha participado da lide” (Ap. Cív. n. 33.903, da Capital, rel. Des. Cid Pedroso, in DJE de 21/11/90).

A correção monetária dos valores e os juros foram corretamente fixados, bem como os honorários advocatícios.

Por todo o exposto, não merece qualquer reparo a sentença recorrida, razão pela qual se impõe a sua manutenção por seus próprios e jurídicos fundamentos.

III — Decisão

Nos termos do voto do relator, decide a Câmara, à unanimidade, conhecer do recurso voluntário e da remessa e negar-lhes provimento.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Gaspar Rubik e Volnei Carlin. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Jobél Braga de Araújo.

Florianópolis, 30 de novembro de 2000.

João Martins,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 96.000701-6, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ.

Relator: Des. Alcides Aguiar.

Ação de indenização por furto — Veículo estacionado nas dependências de condomínio-garagem pago para salvaguardar automóveis — Inexistência de prova em contrário — Conjunto probatório favorável ao autor — Falhas nas medidas de segurança

— *Onus probandi do réu* — *Violação do bem jurídico protegido* — *Dever de indenizar* — *Provimento parcial.*

Ao falharem as medidas de segurança ou sendo elas insuficientes à proteção do bem, e exsurgindo mais do conjunto probatório a convicção de que o veículo foi furtado do estacionamento do edifício (condomínio-garagem), impõe-se a este o dever de indenizar.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 96.000701-6, da comarca de Balneário Camboriú (2ª Vara), em que é apelante Condomínio Edifício Garagem Rigon, sendo apelado Ary Olímpio Zimmer:

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

Custas na forma da lei.

Trata-se de ação de indenização intentada por Ary Olímpio Zimmer em face de Condomínio Edifício Garagem Rigon, objetivando tutela jurisdicional positiva para se condenar o réu ao pagamento do valor do automóvel descrito na inicial, a ser arbitrado em liquidação de sentença, mediante reposição in natura, bem como em relação às custas processuais e honorários advocatícios, todos atualizados até a data do efetivo pagamento.

Aduz, o Condomínio Edifício Garagem Rigon, que inexplicavelmente os autos da ação de indenização desapareceram e, que, muito embora constar no livro de registro que ele estava em carga com a sua procuradora, não era verdade. Ressalta que tentou localizar o processo em todos os demais cartórios da comarca de Balneário Camboriú, sem sucesso.

Dessa forma, promove a restauração dos autos e informa que o último

ato praticado pelo réu foi a interposição de agravo de instrumento.

Na contestação, o réu alega que não é verdade que o veículo do autor tenha sido furtado na garagem do edifício.

Afirma que, em 23/2/89, o autor disse que iria a Florianópolis, não sendo mais visto no prédio, muito menos o seu carro, fato este confirmado pelos relatos ouvidos na fase policial, não existindo provas de que o veículo esteve guardado na garagem do edifício; logo, dali não poderia ser furtado.

Ressalta que não há nada que demonstre a relação de causalidade entre o comportamento do agente e o dano causado nem o dolo ou a culpa.

Sublinha que o Condomínio procurou agir de maneira irrepreensível, proporcionando aos condôminos toda a segurança possível mediante serviços de vigilância 24 (vinte e quatro) horas por dia.

Ademais, o Condomínio sempre alertou para não se deixar as chaves do carro com os seus prepostos, cumprindo, assim, toda a sua obrigação de vigiar, não merecendo qualquer repreensão. Saliencia que o autor não cumpriu a determinação de não deixar a chave do veículo com terceiros.

Alega, ainda, que o valor indenizatório não pode permanecer, uma

vez que os preços dos automóveis são variáveis, não se podendo exigir valor certo.

Portanto, requer a improcedência dos pedidos, condenando-se o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

Às fls. 16/16v., o Dr. Juiz de Direito manifestou-se sobre a preliminar argüida na folha 54, da intempestividade da resposta, repelindo-a, saneando o processo e designando audiência de instrução e julgamento.

Em 7/12/90, o réu apresentou suas alegações finais, aduzindo, em síntese, que entende que não há qualquer responsabilidade de indenização ao autor, posto que existe dúvida de que o veículo se encontrava realmente na garagem do edifício.

Assevera que a testemunha do autor — Dorival — esteve presente à reunião extraordinária realizada pelo Condomínio, sendo que nada declarou em favor daquele, restando claro que as testemunhas foram “montadas” pelo autor.

Reafirma que há provas de que o autor ter-se-ia deslocado a Florianópolis dois dias antes, com seu veículo, o que foi dito pelo próprio autor a uma das testemunhas, enquanto também ficou provado que ninguém mais o viu senão no dia 26 de fevereiro, quando foi reclamar o “furto” do veículo.

O Condomínio Edifício Garagem Rigon comprova a fls. 28 haver interposto recurso de agravo retido, na forma do art. 522, § 2º, do CPC, em razão da decisão do Magistrado que aceitou a impugnação das testemunhas arroladas pelo contestante, por serem deste empregados, quando nem a legislação nem a jurisprudência

prevê ou admite a suspeição por tal motivo.

Ary Olímpio Zimmer intentou ação de indenização em face do Condomínio Edifício Garagem Rigon, alegando na exordial, em síntese, que este é constituído de unidades autônomas destinadas a guarda de veículos, onde o autor possui a vaga n. 329, situada no 3º andar.

Salienta que no edifício existe vigilância 24 (vinte quatro) horas por dia, com sistema de segurança para os veículos, e que em 25/2/89, por volta das 18h30, deixou seu automóvel Opala Diplomata, ano 1988, cor prata, na garagem, tendo chaveado as portas e ligado o alarme para melhor segurança, o que no entanto não foi suficiente para evitar o furto, constatado no dia seguinte — 26/2/89.

Ao contactar o síndico, só obteve promessas, sendo que reiteradas vezes tentou acordos, todos inexitosos, não restando outra saída a não ser o Judiciário.

Afirma que em relação a edifícios-garagens a jurisprudência é pacífica no sentido de responsabilizar o condomínio por furtos de veículos havidos em seus domínios, devendo, por isso, indenizar.

Assim, requer a procedência da ação para se condenar o Condomínio ao pagamento de indenização no valor do automóvel, em liquidação de sentença.

O autor, às fls. 68/69, impugna as testemunhas arroladas, dizendo que não podem ser admitidos como testemunhas os que têm interesse na causa, como os vigias e o síndico (art. 142 do CC).

Na audiência de instrução e julgamento, sem êxito a proposta de conciliação, colheram-se os depoimentos pessoais das partes, de três testemunhas do autor e quatro do réu, determinando-se que em 10 (dez) dias fossem apresentadas as alegações finais por meio de memoriais.

Em memorial, o autor alegou que o Condomínio é responsável pelo ressarcimento, citando os depoimentos judiciais para se reportar à negligência deste e à sua responsabilidade de indenizar, renovando, ainda, os argumentos e os pedidos da inicial.

Em petição juntada às fls. 83, o autor solicitou a devolução do processo, uma vez que este se encontrava em carga com a procuradora do réu há bastante tempo, o que foi deferido.

Contudo, os autos não foram encontrados nem no escritório da procuradora nem nos cartórios das varas da comarca de Balneário Camboriú.

O Dr. Juiz de Direito julgou procedente a restauração dos autos, determinando a nova autuação do feito e a repetição das provas testemunhais. No que diz respeito ao agravo retido, disse que decidiria como seriam tomados os depoimentos, se sob compromisso ou não, em audiência.

Sobre as testemunhas de defesa manifesta-se novamente o autor, impugnando-as, principalmente Ailton Cláudio da Silva, dizendo que ele é responsável pelo dano, logo, com interesse na causa, devendo, assim, no máximo, ser ouvido como informante.

Renovada a audiência para a reinquirição de testemunhas, as partes e os procuradores optaram em reputar válidos os depoimentos já colhidos, abrindo mão o réu do agravo

retido, ficando o processo suspenso, ante a possibilidade de acordo, até janeiro de 1993.

O autor manifestou-se pela continuação do processo, em face do silêncio da parte sobre a possibilidade de acordo.

O réu juntou documento novo — ata da assembléia dos condôminos. O autor manifestou-se requerendo o devido impulsionamento do feito, já que não houve o ressarcimento desejado.

O Magistrado julgou procedente o pedido formulado pelo autor.

Irresignado, o réu apelou, aduzindo, em síntese, que a sentença deve ser reformada a começar pela inexacta definição do nome da ação e sua numeração e que o conjunto probatório não foi analisado corretamente.

Assevera que o Magistrado baseou sua decisão em prova produzida unilateralmente — boletim de ocorrência. Ademais, os condôminos decidiram pela não-indenização, posto não haver provas de que o veículo foi furtado no edifício garagem.

Ressalta que nessa reunião nem mesmo o amigo do autor — Dorival Bueno, que testemunhou a favor daquele, manifestou-se favorável à indenização. E que as testemunhas do autor foram elaboradas, sendo elas parentes ou amigos que não estavam próximos ao local onde se alega terem acontecido os fatos. Sublinha que nos depoimentos das testemunhas houve contradições, ensejando a dúvida.

Ademais, a responsabilidade de indenizar no caso de furto em seus domínios é aceita, no entanto não se provou que no dia 26/2/89 o veículo

furtado se encontrava guardado em suas dependências, não sendo devido, portanto, a indenização.

Salienta que o único documento que afirma que o veículo se encontrava no edifício-garagem é o boletim de ocorrência, produzido unilateralmente pelo autor, não podendo ser aceito como única prova. Assim, é de se valorar melhor as provas trazidas aos autos.

Diz que a sentença determinou que se pague o valor do veículo; contudo, o pedido falava em reposição in natura. Logo, em procedente o pedido deveria ser devolvido veículo idêntico e não o valor dele à época corrigido para a data atual.

Peticona o apelante dizendo que, em 17/11/95, interpôs apelação, sendo ela protocolada no final do expediente deste dia. Em relação ao preparo, ressalta que ao procurar o posto bancário não pôde pagá-lo, já que o banco estava em reforma, motivo pelo qual efetuou o pagamento no primeiro dia útil seguinte.

O Magistrado relevou a deserção, recebendo o recurso, determinando a intimação do autor para, querendo, oferecer contra-razões.

Em contra-razões rebate os argumentos do apelante, principalmente no tocante às testemunhas que prestaram depoimentos sob compromisso legal, isentos de quaisquer dúvidas; renovando, ainda, os argumentos já expostos, requer, por fim, a improcedência do recurso.

O apelado peticionou requerendo o julgamento do recurso.

É o relatório.

Trata-se de ação de indenização ajuizada por Ary Olímpio Zimmer em face de Condomínio Edifício Garagem Rigon, com restauração dos autos, objetivando, em síntese, tutela jurisdicional positiva para se condenar o réu no pagamento do valor do automóvel descrito na inicial, a ser arbitrado em liquidação de sentença, mediante reposição in natura, bem como em relação às custas processuais e honorários advocatícios, todos atualizados até a data do efetivo pagamento.

O Condomínio Edifício Garagem Rigon alega que não restou provado que o automóvel encontrava-se em suas dependências, por isso que, reunidos em assembléia, os condôminos consignaram em ata que não há provas evidentes do local em que foi furtado o veículo do apelado, sendo a indenização indevida (fls. 57/62).

Sobre os fatos colhe-se do depoimento pessoal do síndico no inquérito policial e em Juízo, fls. 39v. e 71, respectivamente:

“Que não viu quando o autor colocou o seu veículo na garagem na data mencionada na inicial; que também não viu quando o requerente foi à garagem no dia seguinte buscar seu veículo; que o depoente não conhecia pessoalmente o autor, mas apenas pelo nome; que no dia seguinte ao acontecido o depoente estava na praia e foi chamado pelo vigia; que o depoente acompanhou o autor até a delegacia onde foi registrada a ocorrência; que o vigia Ailton e os demais disseram ao depoente que o autor tinha ‘muito ciúme’ de seu veículo e não deixava ninguém chegar perto; que era proibida por circulares e cartas a entrega das chaves

dos veículos aos vigias; que no dia dos fatos, segundo afirmação do próprio autor, este não deixou as chaves do veículo com o vigia" (grifei).

Ato contínuo, ao responder as perguntas do procurador do autor, disse:

"Que o autor sempre pagou em dia as cotas do condomínio; que antes desse já houve outro furto de automóvel no condomínio, mas o automóvel foi encontrado em Passo Fundo; que a respeito desse veículo, a administração havia ficado com as chaves do veículo, e por isso se empenhou na procura do veículo; que nessa época o depoente já era síndico; que nenhum vigia viu quando foi furtado o outro veículo; que não se lembra quem era o vigia quando deu-se o furto; que há alguns fregueses que disseram que também sentiram falta de toca-fitas em seus veículos dentro da garagem; que houve o pagamento a Cláudio Muraro pelo furto de um toca-fitas; que esse toca-fitas foi pago porque foi visto o ladrão mas não deu para pegá-lo; que durante o dia até 21 horas a porta da garagem fica aberta, ficando fechada até as cinco da manhã; que não se lembra quem era o vigia quando foi furtado o toca-fitas" (grifei).

Ao responder à procuradora do réu, afirmou:

"Que um dos garagistas disse ao depoente que a última vez que o veículo do autor foi visto na garagem, foi no dia 23/2/89; que nenhum dos vigias disse ter visto alguma testemunha de ter o autor guardado o veículo na garagem; que não na reunião do Condomínio solicitada pelo autor, não foi aprovado o pagamento do veículo

porque o mesmo não estava na garagem; que Ailton disse que não viu o carro na garagem naquela noite" (fls. 39v.) (grifei).

A fls. 71, o síndico do condomínio — João de Marco — reafirmou o depoimento prestado perante a autoridade policial e em juízo.

O autor, por sua vez, também prestou depoimento pessoal tanto no inquérito policial como em juízo, dizendo que:

"Possui uma garagem no condomínio requerido; que os condôminos é que pagam os vigias; que a vigilância é de dia e de noite nessas garagens; que no dia 25 de fevereiro de 1989, por volta das 18 horas, o depoente estacionou seu veículo na sua garagem no edifício requerido; que na entrada do edifício existe porta não eletrônica; que durante o dia essa porta de acesso às garagens fica aberta, mas com vigia atento; que ouviu dizer que durante a noite, a partir das vinte e quatro horas essa porta fica fechada mas sempre com vigia; que no dia seguinte, por volta das onze horas, o depoente e sua esposa foram até a garagem e não encontraram o veículo; que o veículo do depoente estava com o alarme ligado; que chamou então o síndico João de Marco e contou-lhe o ocorrido; que o síndico prontificou-se a levar o depoente à delegacia e lá foi feita a queixa e a ocorrência; que soube que naquela noite o vigia havia trocado o seu horário com outro vigia, porque foi a Brusque; que o vigia da noite, daquela noite, era um tal Silva; que esclarece que os vigias que desempenhavam função no condomínio, três deles tinham o sobrenome Silva, e um desses Silva estava trabalhando

nessa noite; que o vigia disse ao depoente que nada viu de anormal enquanto trabalhava; que apesar de pedir ao síndico para indenizar o depoente, nada recebeu; que tanto o depoente como os outros condôminos pagavam trimestralmente as garagens e os vigias” (fls. 39 e 71v.) — grifei.

Nessa linha prestaram depoimentos Dorival Bueno — fls. 72 e 74 — e Izabela Sava Bueno — fls. 73v. —, que confirmaram em Juízo a versão do autor. Refere o primeiro:

“Que o depoente no dia mencionado na inicial desceu de seu apartamento e foi até o prédio do autor para convidá-lo para tomar um chimarrão e para participar do aniversário do depoente no dia seguinte; que o aniversário do depoente é dia 26 de fevereiro; que o depoente fazia-se acompanhar da esposa; que como o autor não estava, soube que ele voltaria no fim da tarde, e então ficou aguardando; que o autor chegou por volta das 18h30min e deixou a esposa e as duas crianças na entrada da garagem e subiu com o veículo; que retornando o depoente convidou o autor para o aniversário, e como não quis tomar chimarrão o depoente foi embora; que o autor ainda disse que não poderia ir ao aniversário no dia seguinte porque tinha que voltar a Canoinhas mas iria lhe dar um abraço na parte da manhã; que o autor passou no apartamento do depoente e dali foi buscar o veículo quando eram dez horas”.

Amaro Manoel da Silva, testemunha do réu, aduziu que “não viu se o autor colocou o carro na garagem; que o depoente chegou no condomínio às 22h30min do dia vinte e cinco”,

dizendo ainda que “o autor nunca deixou a chave do veículo com o depoente e seus colegas” (fls. 75). Já Gilberto Guilgen afirmou que iniciou o seu turno às 19 horas do dia 25/2/89, que se estendeu até a uma hora do dia seguinte (fls. 75v.).

Ailton Cláudio da Silva, também preposto do réu, ao ser inquirido informou que no dia dos fatos trabalhou até as 19h do dia 25/2/89, que o autor não aparecia no Condomínio fazia quinze dias, e que nunca manobrou o carro furtado, sendo que neste dia o movimento de pessoas e veículos foi intenso, reafirmando que naquele dia o autor não subiu com o veículo na garagem (fls. 76).

Ressalte-se que as provas colhidas nos autos são favoráveis ao autor, senão vejamos:

Em seu depoimento pessoal, o síndico do réu reconhece que outros furtos já tinham anteriormente ocorrido, como de alguns toca-fitas e mesmo de outro veículo, demonstrando que a garagem não era segura, mas sim vulnerável a atentados desse jaez.

As testemunhas Dorival Bueno e sua mulher, Izabela Sava Bueno, embora amigos do autor, em depoimentos uniformes confirmam a versão deste dos fatos.

O autor, colhe-se dos autos, é pessoa idônea, cumpridor dos seus deveres, correto, que nunca deixou as chaves do veículo com qualquer preposto do réu, que muito ciúme tinha do carro e que “sempre pagou em dia as cotas do condomínio” — fls. 71, tal como colacionado do depoimento do síndico em Juízo.

As provas, portanto, no conjunto são favoráveis ao autor, em que pese o

réu tentar, sem sucesso, demonstrar que o veículo não se encontrava na garagem na data do furto, baseado principalmente no depoimento de Ailton Cláudio da Silva — que trabalhou neste dia até as 19 horas. Contudo, o citado preposto, na fase policial (fls. 113/114), em 12/4/89, alegou que “não se recorda se neste dia e nesta hora o Sr. Ari deixou seu veículo Opla Diplomata em sua garagem” ou “que o declarante não sabe esclarecer se em data de 25/2/89, às 19h, quando deixou o serviço o carro do Sr. Ari estava em sua garagem”. Já em juízo afirmou que no dia 25/2/89 o movimento de pessoas e veículos foi intenso e que o autor não subiu com o veículo na garagem (fls. 76). Há contradição nesses depoimentos, por isso que o colhido, em Juízo, data de 20/11/90, ou seja, mais de um ano depois do prestado à Polícia Civil da comarca de Balneário Camboriú, que aconteceu menos de dois meses após o furto, presumindo-se que, quanto menor o lapso temporal, melhor seria a lembrança dos fatos.

Subtrai mais o valor probante dessa testemunha quando afirma que trabalhava para o condomínio fazia quatro anos e não sabia da existência ali de furtos anteriores, inclusive de veículo, quando o próprio síndico reconheceu ter isso já ocorrido.

Saliente-se, ainda, que, no depoimento prestado na fase policial, Ailton afirmou que após a entrada de João de Marco como síndico melhorou a administração do Condomínio.

Não obstante isso, é de se ressaltar que o apelante não tinha controle de entrada e saída dos veículos, uma vez que fazia a checagem apenas

visualmente, ou seja, tão-somente por meio de vigias, tanto que as portas durante o dia permaneciam abertas, permitindo o livre acesso de quem quer que fosse.

Sublinhe-se, ademais, que o Condomínio, após esses fatos trazidos à baila, introduziu uma nova forma de controle para a entrada e saída de veículos, mediante um tiquete numerado, no qual se imprimem o ano, o mês, o dia e a hora de entrada bem como a de saída do carro do edifício-garagem — item 10 e alíneas, fls. 57/62.

Nessa linha, salutar é transcrever da Ata da Assembléia-Geral Extraordinária em que se admite a falta de segurança do Condomínio Edifício Garagem Rigon — fls. 57/62 :

“2 – (...) o Conselho reuniu-se com o Síndico, acatando sugestões de vários condôminos, para procurar a melhor maneira de controlar a entrada e saída dos veículos da garagem, principalmente tendo em vista que as investidas criminosas contra o patrimônio alheio, estão se acentuando cada vez mais.

“3 — como o assunto foi abordado também nesta assembléia (embora sem ter sido registrado) e em todas as anteriores, com recomendações para as providências necessárias a uma melhor solução, optou-se pela aquisição de um relógio ‘Horodator’, visando aumentar ainda mais os controles de entrada e saída de cada veículo, do condomínio”.

O conjunto probatório, pois, oferece convicção bastante acerca da veracidade da versão apresentada pelo autor na exordial, não ilidida em face da oferecida pelo recorrente.

Sobre a responsabilidade civil do condomínio no caso de furto de veículo em garagem de morador de unidade autônoma, colaciona-se do insigne Rui Stoco:

“Os edifícios em condomínio não respondem, como regra, pelo furto de veículos, seus acessórios ou objetos neles deixados, quando estacionados na garagem do prédio.

“Ao estacionar seu veículo na vaga de garagem existente no prédio o condômino ou apenas morador ou usuário não transfere a sua guarda à administração do condomínio, nem entre eles se estabelece um contrato de depósito.

“Aliás, quase sempre as convenções de condomínio trazem disposição nesse sentido, pois, como ali está firmado, as vagas de garagem constituem unidades agregadas à própria unidade residencial ou comercial pertencente ao usuário. Com essa previsão expressa de inexistência de garantia, o condômino, locatário ou mero usuário já não poderá alegar ignorância, posto que alertado, de modo que lhe caberá tomar maiores providências no que pertine à segurança, mantendo seu veículo permanentemente trancado, com os vidros fechados; não deixando objetos de valor visíveis em seu interior; instalando alarme, trava de segurança, sistema de corte de combustível e mantendo seguro do veículo.

“A obrigação de guarda só pode prevalecer se estiver expressamente prevista na Convenção ou no Regulamento Interno do condomínio ou se este mantiver guarda ou vigilante para o fim específico de zelar pela

incolumidade dos veículos estacionados na garagem do prédio.

“Mas, agora, a obrigação de indenizar já não mais será corolário de um contrato de depósito mas em razão da obrigação do empregador em responder pelos atos culposos de seus prepostos.

“(…)

“Portanto, para que se possa responsabilizar o condomínio, seria necessário que, por deliberação dos condôminos, determinadas medidas de segurança devessem ser adotadas e houvessem falhado no caso concreto, por culpa do síndico ou de algum preposto (Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial, Doutrina e Jurisprudência, 4ª ed., RT, págs. 357-358).

O objetivo principal do apelante é a segurança dos bens pertencentes aos condôminos, fazendo parte do risco dessa atividade a violação do bem jurídico protegido; o condomínio é pago para isso, devendo, assim, indenizar quando faltar com tal dever.

O egrégio Superior Tribunal de Justiça já editou Súmula nesse sentido:

“A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento” (Súmula 130).

Vasta é a jurisprudência daquele alto Pretório:

“Responsabilidade civil — Furto de veículo — Estacionamento de supermercado — Dever de vigilância — Avisos de não-responsabilidade — Irrelevância.

“Responsabilidade civil. Furto de veículo em estacionamento de su-

permercado. Dever de guarda e vigilância. Avisos ostensivos. Precedentes. Recurso não conhecido — O estabelecimento comercial que, como fator de captação de clientela, oferece local presumivelmente seguro para estacionamento, ainda que diretamente nada cobre por isso, assume obrigação de guarda e vigilância sobre os veículos parquados, respondendo civilmente pela reparação devida em caso de furto ou danificação dos mesmos. — Simples avisos de não-responsabilidade não têm o condão de eximir o mantenedor do estacionamento do dever de conservação de bens confiados à sua guarda" (STJ — REsp n. 51.613-7, Rio de Janeiro — Ac. 4ª T. — unân. — rel. Min. Sálvio de Figueiredo — j. em 9/8/94 — Fonte: DJU I, 29/8/94, pág. 22.203).

E mais:

"Responsabilidade civil — Furto de veículo em estacionamento — Avisos ostensivos de não-responsabilização — Irrelevância — Responsabilidade do estabelecimento.

"Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o comerciante que propicia estacionamento para seus clientes responsabiliza-se pela guarda, cabendo-lhe indenizar, em caso de furto, ainda que existam avisos ostensivos, esclarecendo que não se propicia segurança. Ressalva do entendimento do Relator" (STJ, REsp n. 56.127-2 — Rio de Janeiro — Ac. 3ª T. unân. — rel. Min. Eduardo Ribeiro — j. em 15/12/94 — Fonte: DJU I, 13/3/95, pág. 5.293).

Ou, ainda, agora da relatoria do ilustre Min. Cláudio Santos:

"Responsabilidade civil — Furto de veículo — Estacionamento de

supermercado — Dever de vigilância caracterizado — Indenização devida.

"Responsabilidade civil. Furto de veículo. Estacionamento de empresa (supermercado). Consolidou-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que ante o interesse da empresa em dispor de estacionamento para angariar clientela é de presumir-se seu dever de guarda dos veículos ali estacionados, sendo indenizável o prejuízo decorrente de furto. Recurso conhecido, mas improvido" (STJ — REsp n. 50.154-7 — Rio de Janeiro — Ac. 3ª T. — unân. — rel. Min. Cláudio Santos — j. em 26/9/94 — Fonte: DJU, 28/11/94, págs. 32616/32617).

Já agora do egrégio Tribunal de Justiça do Paraná:

"Responsabilidade civil. Furto de veículo em estacionamento de supermercado. O local de estacionamento para veículos oferecido por supermercado atende a interesse econômico da empresa. Desde que haja utilização pelo cliente, cria-se uma ordenação jurídica própria, com obrigação de custódia pelo supermercado. Dever de indenizar em caso de furto. Recurso improvido" (TJPR — Ap. Cív. n. 0030718-6 — comarca de Curitiba — AC. 10.338 — unân. — 1ª Câm. Cív. — rel. Desembargador Francisco Muniz — j. em 9/8/94 — Fonte: DJPR, 12/9/94, pág. 9).

Não é diferente o entendimento deste Tribunal de Justiça:

"Responsabilidade civil. Furto de veículo em estacionamento de supermercado. Dever de vigilância. Ausência de pagamento direto e emprego de placas de advertência ao cliente

que não exoneram a obrigação de indenizar. Recurso provido.

“Segundo pacífica jurisprudência, inclusive com a edição da Súmula 130 do egrégio Superior Tribunal de Justiça, o supermercado responde pelo furto ocorrido em estacionamento anexo às suas dependências. Existe, em tais casos, contrato implícito de depósito, que torna a empresa responsável pela guarda e segurança do veículo.

“Não obstante a gratuidade do estacionamento, é interesse econômico indireto da empresa o angariamento de clientes mediante o conforto e a comodidade ofertados, sendo que a presença de placas advertindo a irresponsabilidade pelos possíveis furtos não isenta a responsabilidade advinda de um efetivo sinistro lá ocorrido” (TJSC, Ap. Cív. n. 97.008491-9, de Jaraguá do Sul, rel. Desembargador Carlos Prudêncio, j. em 7/10/97).

Ainda:

“Responsabilidade civil — Veículo furtado de estacionamento de supermercado.

“O supermercado que, como fator de captação de clientela, ainda que gratuitamente, oferece estacionamento, assume a obrigação de guarda e vigilância, respondendo civilmente caso ocorra furto de veículo parqueado” (TJSC, Ap. Cív. n. 96.010397-0, de Joinville, rel. Desembargador Eder Graf, j. em 10/12/96).

Por fim:

“Responsabilidade civil — Furto de automóvel em estacionamento de supermercado — Contrato de depósito implícito.

“Embora não havendo pagamento direto, a empresa tem interesse econômico em dispor do local para estacionamento de carros no intuito de angariar e atrair mais clientes. Presumível, assim, a responsabilidade do estabelecimento comercial sobre os veículos ali guardados” (TJSC, Ap. Cív. n. 41.084, de Blumenau, rel. Desembargador Napoleão Amarante, j. em 31/5/94).

Nesta Quarta Câmara já se decidiu:

“Responsabilidade civil. Furto de veículo. Estacionamento de shopping center. Gratuidade do serviço. Dever de vigilância. Obrigação de indenizar.

“Ainda que o serviço de estacionamento seja gratuito, não havendo controle de entrada e saída de veículos, com entrega de chaves, ou outro meio, e mesmo que o automotor seja manobrado pelo próprio usuário, é indescartável o dever do shopping center de indenizar o furto do automóvel verificado no local, pois é presumido o dever de guarda e vigilância, remunerado de maneira indireta, no próprio custo das mercadorias. Não há negar que o estacionamento constitui-se em serviço de inegável interesse econômico para o empreendimento comercial atrair clientela” (Ap. Cív. n. 96.005412-0, rel. Desembargador Pedro Manoel Abreu, j. 26/9/96).

Da egrégia Terceira Câmara Civil desta Corte e da lavra do eminente Desembargador Amaral e Silva, desponta mais este julgado:

“Empresa que por simples conveniência econômica oferece espaço próprio para o estacionamento de veículos, assume dever de custódia por-

que não se trata de manifestação de gentileza, mas de serviço complementar, remunerado de maneira indireta" (Ap. Cív. n. 48.969, DJE 17/8/95).

No tocante ao pedido de condenação do Condomínio à reposição in natura do veículo Opala Diplomata, ano 1988, cor prata, à evidência que tal remanesce praticamente impossível, diante da inexistência de um veículo, hoje, com tais características. Logo, o ressarcimento deve dar-se em dinheiro, correspondente ao valor do bem apurado em liquidação de sentença.

Ante o exposto, dá-se provimento em parte ao recurso, a fim de que seja o autor ressarcido devida-

mente, em pecúnia, correspondente ao valor do veículo descrito, isso na data do furto, com as características enunciadas, corrigido desde então, monetariamente e acrescido dos juros legais da citação, custas e verba honorária fixada em 20% sobre o quantum condenatório.

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

Florianópolis, 13 de abril de 2000.

Alcides Aguiar,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.001195-7, DA CAPITAL

Relator: Des. Anselmo Cerello

Apelação cível — Fornecimento de medicamento pelo Estado — Portador de HIV — Remédio destinado à contenção do progresso da patologia — Dispensa de licitação e de previsão orçamentária para sua aquisição — Ação procedente — Recurso desprovido.

O fornecimento de medicação destinada a conter a progressão da patologia conhecida por AIDS ou SIDA (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) pelo Sistema Único de Saúde (SUS) aos portadores do vírus HIV é direito assegurado pelo disposto nos arts. 1º e 2º da Lei Federal n. 9.313/96. A plausível probabilidade de êxito letal, caso o tratamento venha a ser negado ou suspenso, autoriza a dispensa de licitação e de previsão orçamentária para a sua aquisição.

A probabilidade mais ou menos certa de êxito letal caso haja suspensão ou interrupção do fornecimento da droga ao paciente justifica a dispensa do processo licitatório e de prévia autorização orçamentária.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.001195-7, da comarca da Capital, em que é autor M. A. F., sendo réu o Estado de Santa Catarina:

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

Custas legais.

Perante a Vara da Fazenda da comarca da Capital, M. A. F. ajuizou ação ordinária para reconhecimento de direito cumulada com obrigação de fornecimento de medicamento contra o Estado de Santa Catarina.

Alegou necessitar dos medicamentos CRIXIVAN (INDINAVIR) e EPIVIR (3TC), inibidores de protease, ou outras substâncias que a eles se assemelhem, pois no atual estágio da doença, os medicamentos AZT e DDI não se aplicam mais ao autor/apelado, em virtude do atual estágio da doença.

Requeru a prestação destes medicamentos, pela ré/apelante, como, também, pela manutenção da liminar já concedida nos autos da ação cautelar apenas.

Em contestação, o réu/apelante, às fls. 17/24, alegou, preliminarmente, a inépcia da inicial e, no mérito, o caráter experimental da medicação e a falta de autonomia do SUS para a compra dos medicamentos e a necessidade de verificação da condição do paciente para tal.

O autor se manifestou sobre a contestação, impugnando os argumentos do réu.

O Ministério Público se manifestou pela procedência do pedido.

O MM. Juiz a quo julgou procedente, na mesma sentença (fls. 49/60), a ação cautelar e o processo principal.

Irresignado, o réu apelou às fls. 63/85 alegando a nulidade da r. sentença, em face de ser esta única para os autos da ação principal e da cautelar; não ser devidamente fundamentada, frisando os demais fundamentos da contestação.

O apelado contra-arrazoou (fls. 88/104) rechaçando o afirmado pelo apelante.

O Ministério Público de primeiro grau e a douta Procuradoria de Justiça manifestaram-se pelo conhecimento e improvemento do recurso.

É o relatório.

Trata-se de ação de reconhecimento de direito cumulada com fornecimento de medicamentos, objetivando o recebimento gratuito de medicamentos necessários ao tratamento da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS/SIDA).

Irresignado, o Estado de Santa Catarina interpôs recurso alegando em síntese: a nulidade da sentença, pois esta decidiu num único julgamento duas ações de procedimentos distintos (cautelar e ordinário); a nulidade da sentença por falta de fundamento específico; o malferimento dos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.666/93; o equívoco na decisão, baseada no art. 153 da CE, mas que discutiu o art. 196 da CF; o descumprimento do tratamento ao demandante por intermédio do SUS; o caráter experimental da medicação pleiteada; e a indicação restrita da medicação, confrontando com a obrigatoriedade irrestrita do Estado de fornecê-la.

Com efeito, coerente é a decisão impugnada. Tem ela suporte na prova que consta do processo, nem mais nem menos. Fez o MM. Juiz a quo uma aferição contundente e metódica, avaliando os elementos probantes, enquadrando os fatos nas normas jurídicas respectivas e interpretando o texto de lei até criar sua convicção sobre o pedido. Não foi além o Magistrado que aplicar no feito o sistema de livre convencimento ou persuasão racional, consagrado pelo artigo 131 do CPC.

Senão vejamos:

A afirmação de a r. decisão nula — pois decidiu num único julgamento duas ações de procedimentos próprios e distintos — não encontra eco nos pretórios pátrios (DJMS, AI n. 1.780; RJTJSP 100/206; JTA 38/115, 40/60, 61/52, 96/123), pois cedo que quando os processos (cautelar e principal) estiverem prontos para decisão, nada impede que sejam julgados simultaneamente e em única sentença.

Ademais, todas as restantes alegações, suscitadas pela ré apelante, foram devidamente avaliadas em aresto de minha lavra, referente ao AI n. 97.001044-3:

“O judicioso decisum, submetido à manifestação do colendo Pretório Excelso, mereceu monocrática reiteração, em também judiciosa decisão da lavra do eminente Min. Celso de Mello:

‘O acolhimento da postulação cautelar deduzida pelo Estado de Santa Catarina certamente conduziria a um desfecho trágico, pois impediria, ante a irreversibilidade da situação, que o ora requerido merecesse o tra-

tamento inadiável a que tem direito e que se revela essencial à preservação de sua própria vida.

‘Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendendo — uma vez configurado esse dilema —, que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida”.

Acresce-se ainda o argumento de que a Lei n. 9.139 é geral e não derroga a disposição do art. 4º da Lei n. 8.437/92, direcionando-se o primeiro diploma a litígio envolvendo pessoa jurídica de direito privado.

Como se não bastasse, recente diploma legal veio a autorizar a prestação de tal serviço, segundo se apanha dos claros termos da Lei n. 9.313, de 13/11/96:

“Lei n. 9.313, de 13 de novembro de 1996.

“Dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS.

“O Presidente da República.

“Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

“Art. 1º — Os portadores do HIV (vírus da imunodeficiência humana) e doentes de AIDS (síndrome da imunodeficiência adquirida) receberão, gratuitamente, do Sistema Único de Saúde, toda a medicação necessária a seu tratamento.

“§ 1º — O Poder Executivo, através do Ministério da Saúde, padronizará os medicamentos a serem utilizados em cada estágio evolutivo da infecção e da doença, com vistas a orientar a aquisição dos mesmos pelos gestores do Sistema Único de Saúde.

“§ 2º — A padronização de terapias deverá ser revista e republicada anualmente ou sempre que se fizer necessário, para se adequar ao conhecimento científico atualizado e à disponibilidade de novos medicamentos no mercado.

“Art. 2º — As despesas decorrentes da implementação desta Lei serão financiadas com recursos do orçamento da Seguridade Social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme regulamento.

“Art. 3º — Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

“Art. 4º — Revogam-se as disposições em contrário.

“Brasília, 13 de novembro de 1996; 175º da Independência e 108º da República”.

É entendimento confortado pelas manifestações contestantes:

AI ns. 96.012549-3; 96.007056-7; 96.010806-8; 96.0100050-3; 97.002945-4; 97.001041-9 e 96.010059-8, todos do TJSC, dentre outros.

A probabilidade mais ou menos certa de êxito letal caso haja suspensão ou interrupção do fornecimento da droga ao paciente justifica a dispensa do processo licitatório e de prévia autorização orçamentária.

Nego provimento ao apelo, para manter a r. decisão, em todos os seus termos, para que o Estado preste a assistência pleiteada.

É o voto.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Anselmo Cerello, e dele participaram, também com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Gaspar Rubik e Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 11 de novembro de 1999.

Xavier Vieira,
Presidente para o acórdão;
Anselmo Cerello,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 00.004035-5, DE JOINVILLE

Relator: Des. Anselmo Cerello

Responsabilidade civil — Danos morais — Contrato de transporte de passageiros — Danificação das bagagens pelo rompimento do sistema de esgoto do coletivo transportador — Comprovação da causa dos danos não imputável à empresa transportadora — Responsabilidade objetiva — Dano moral caracterizado — Indenização

devida — Fixação do quantum segundo os critérios admitidos — Apelo do autor parcialmente provido.

É inarredável a ocorrência de dano moral aos passageiros de coletivo que durante uma viagem têm os seus pertences inutilizados em razão do rompimento do sistema de esgoto do veículo transportador, se a empresa transportadora de pronto não tomou as providências cabíveis para aliviar o padecimento dos passageiros, não obstante ter arcado com a reparação dos danos materiais — o dever de indenizar repousa na responsabilidade objetiva.

Contudo, na fixação do valor do dano moral deve ser levado em conta a intensidade do dolo ou grau de culpa no caso bastante reduzido, uma vez que a empresa não ensejara a causa do incidente, inadmitindo-se estimativa em quantias elevadas desproporcionais à intensidade do dano causado, o que caracterizaria um enriquecimento sem causa por parte do ofendido.

Não é sucumbente o autor em obter indenização inferior ao montante postulado na inicial por representar mera estimativa do valor do ressarcimento a ser equacionado pelo julgador.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.004035-5, da comarca de Joinville (4ª Vara), em que são apelantes e apelados Alcides Delamure Hess e Transporte e Turismo Gidion Ltda.:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, à unanimidade, desprover o recurso da ré e, por maioria de votos, prover em parte o apelo do autor para excluir os ônus da sucumbência.

Custas legais.

Alcides Delamure Hess aforou ação de ressarcimento de danos morais contra Transportes e Turismo Gidion Ltda. pleiteando uma indenização pelo abalo moral sofrido durante uma viagem em decorrência de defeito no sistema hidráulico do banheiro do ônibus do requerido.

Contestando, às fls. 35/37, o requerido apresentou motivos a fim de eximir-se da responsabilidade alegada pelo autor. Sustentou a inoccorrência de qualquer dano moral, uma vez que entendeu terem os fatos ocorridos por causa dos próprios usuários.

Sustentou a improcedência do pedido, insurgindo-se ainda contra o benefício da assistência judiciária.

Impugnando a contestação, às fls. 48/52, o autor reiterou o pedido exposto na inicial.

O MM. Juiz de Direito, às fls. 97/112, julgou parcialmente procedente o pedido formulado, condenando o requerido ao pagamento de 20 salários mínimos a título de danos morais e sucumbência recíproca.

Irresignado com a decisão monocrática, o requerido interpôs recur-

so de apelação, às fls. 114/119, visando à decretação da improcedência da ação com a condenação do autor nas custas e honorários.

Também apelando, às fls. 120/130, o autor repisou todo o alegado na inicial acrescentando que, em situações idênticas à dos autos, este egregio Sodalício tem arbitrado o valor das reparações por danos morais em 200 salários mínimos, cabendo a si, portanto, indenização de tal monta.

Requeru, por fim, a condenação por danos morais fixada em 200 salários mínimos e a condenação do apelante no pagamento de honorários advocatícios em 20%.

Contra-arrazoando, o apelante réu, em fls. 137/141, e o apelante autor, em fls. 145/150, rebateram o que fora alegado nos recursos apresentados, pugnando pela sua improcedência.

É o relatório.

Prefacialmente, ressalte-se que a responsabilidade civil reclama três requisitos: o dano, a culpa e o nexo causal.

As empresas de transporte, como prestadoras de serviço público, respondem pelos danos causados — por seus prepostos — a integridade física do transportado ou de seus pertences, consoante ocorre com o disposto no § 6º do art. 37 da Constituição Federal, aplicado analogamente.

Por outro lado, como fornecedoras do serviço de transporte de passageiros, respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação do dano causado aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços conforme estabelece o art. 14 do Código de Defe-

sa do Consumidor — o contrato de transporte de passageiros tem insita a cláusula de incolumidade —, equiparando-se aos consumidores todas as vítimas do evento, como expressa o art. 17 do mesmo diploma legal. Em ambos os textos legais está consignada a responsabilidade objetiva — as relações de transporte ainda são regidas pelo antigo decreto das estradas de ferro —, e a obrigação de indenizar só é afastada se provada a culpa exclusiva da vítima.

Na senda de tornar factível a concretização principiológica por meio da inteligência comedida dos diplomas em apreço, arrole-se, de plano e desde logo, uma série de asserções sedimentando referida assertiva:

1. o juiz, com firmeza de ânimo e espírito de moderação, deve considerar, com extrema acuidade, a “extensão do dano” e o “proveito patrimonial do agente”, motivo pelo qual, em especiais circunstâncias, pode e precisa determinar a aplicação, de modo parcelar, das penalidades retributivas, desde que tal postura brote do intuito fundamentado de robustecer o princípio, cuja concreção é o desiderato normativo (art. 5º, LICC);

2. em rigor, aconselha-se não cogitar de inversão do ônus da prova em face da situação descrita, a qual deve ser entendida como simples exigência de que determinada prova seja vista como suficiente para o enquadramento do agente no tipo descrito;

3. a figura do dano moral precisa ter os seus contornos melhor definidos e objetivados;

4. tais e outras soluções, a serem lançadas para resolver os embargos deste diploma de pronunciados

reflexos em termos doutrinários e empíricos, fazem, de imediato, recomendável ressaltar que se empresta uma função decisiva à interpretação sistemática do Direito, sobretudo quando se pretende cominar sanções justas e ponderadas, diversas das penalizações ortodoxas (raras vezes, aliás, aplicadas contra os grandes infratores). Acresce a tudo isso que, em se tratando de evitar ou de coibir a prática reiterada do dano moral, impõe-se, por todos os motivos, fazê-lo de modo ético e juridicamente irretocável.

5. o propósito exegético: almejando cumpri-lo, sempre sem olvidar a eleição da premissa maior de que a má-fé jamais se presume, em paralelo com a de que não se deve considerar o transportador objetivamente responsável em nosso sistema, passar-se-á, doravante, a enfrentar o plexo de assuntos mais relevantes do transporte de passageiros, cujo advento brotou da incontornável determinação do art. 37, § 6º, do Estatuto Fundamental e do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Observava Orlando Gomes que a responsabilidade extracontratual, entre nós, baseia-se na teoria do ato ilícito, mas se inclina a fundá-la na noção de dano injusto. Considera-se dano injusto toda alteração in concreto de qualquer bem jurídico do qual o sujeito é titular e abrange não só os direitos subjetivos, mas também alguns bens-interesses, tais como os direitos de crédito e os interesses legítimos. O juiz tem a tarefa de comprovar (e neste caso sub *judice*, o fez com primazia) que no caso concreto se produziriam as condições necessárias à configuração do ilícito civil. O que se exige é que o agente tenha deixado

de cumprir uma obrigação, de agir ou abster-se, cometendo ato reprovável contrário à lei. Em suma, a tese é de que o dano é ressarcível, seja qual for o ato danoso praticado, com culpa, no sentido de descumprimento de um dever *in eligendo* ou *in vigilando*.

É preciso ter em conta, nesse passo, conforme nos ensina Planiol (*Études sur responsabilité civile*, *Revue Critique*, 195, pág. 80), a teoria do abuso do direito. Existe em volta de cada direito um duplo círculo. O primeiro é traçado com firmeza pelo legislador. Aquele que transpõe esse círculo não tem escusas: comete um ato ilícito. O segundo, de desenho mais pálido, é o círculo de traço menos regular. É o juiz que o delineia e aquele que o ultrapassa pode sustentar que usou de um direito, mas seu ato não é julgado, por isso menos culpável. Vem assim a idéia do abuso de direito.

O fortuito caracteriza-se pela imprevisibilidade e inevitabilidade de seus efeitos, e pela ausência de culpa do agente. No caso colocado à apreciação judicial, não se discute sobre se ter admitido o embarque de passageiro e bagagens sem uma prévia averiguação da situação hidrossanitária do veículo *supra*, mas sim os danos apurados sofridos pelo autor e seus companheiros, na ocasião.

Ressalto que se está diante de um típico caso de responsabilidade objetiva, em que ocorre inversão do ônus da prova. Por isso, a partir do momento em que foi constatado vazamento no embarque, este poderia ser decorrente já da lata de cerveja na tubulação, ou seja, a partir do momento em que a empresa transportadora foi contratada, ela deverá comprovar que

fez todo o possível para cumprir o avençado, e, assim, os sinistros serem enquadrados como hipóteses de caso fortuito ou de força maior. Portanto, ao deixar de efetuar manutenção do vazamento apresentado, e posteriormente vindo a afirmar que foi dado causa pelos passageiros, a ré não se desonera da responsabilidade de indenizar.

Omissão de diligência dos empregados em fiscalizar e exercer vigilância, no sistema hidrossanitário do ônibus, também, quando da constatação do problema, associado às providências efetuadas pela empresa apelante/ré demonstra o desrespeito com seus clientes, porquanto, em momento algum, a apelante/ré buscou esclarecer o que realmente ocorreu em seu veículo — não há prova de que os motoristas da requerida tenham fiscalizado o banheiro durante a viagem ou nas paradas, o que deveria acontecer em viagens de longa duração — tampouco, aliviar seus sofrimentos em Nova Fraiburgo, posto que estes ficaram sem roupas e sem colchonetes, sendo alvos de chacotas.

Não obstante todo o ocorrido, ainda assim, a apelante/ré providenciou que o retorno fosse realizado no mesmo veículo, sem a realização de qualquer reparo no sistema hidrossanitário durante todo o percurso com o banheiro sujo e lacrado.

Portanto, evidenciado o nexo de causalidade, a responsabilidade da empresa/ré é censurada, devendo arcar com os ônus da sua condição de transportadora.

O entendimento sumular n. 161 do STF diz:

“Em contrato de transporte, é inoperante a cláusula de não indenizar”.

E da jurisprudência se depreende:

“A responsabilidade do transportador é objetiva. No direito brasileiro, a fonte dessa responsabilidade encontra-se no Dec. n. 2.681, de 7 de dezembro de 1912, que regula a responsabilidade civil das estradas de ferro” (Gonçalves, Carlos Roberto, in Responsabilidade Civil, 6ª ed., Saraiva, 1995, pág. 215).

Também aduz:

“Pode-se considerar, pois, que o transportador assume uma obrigação de resultado: transportar o passageiro são e salvo, e a mercadoria sem avarias, ao seu destino. A não obtenção desse resultado importa no inadimplemento das obrigações assumidas e a responsabilidade pelo dano ocasionado. Não se eximirá da responsabilidade provando apenas ausência de culpa. Incumbe-lhe o ônus de demonstrar que o evento danoso se verificou por caso fortuito, força maior ou por culpa exclusiva da vítima” (op. cit., págs. 217/218).

Da jurisprudência deste egrégio Tribunal de Justiça:

“Apelação cível — Reparação de danos — Preliminar de nulidade da sentença rejeitada para adequação dos valores aos argüidos na exordial — Diminuição do quantum indenizatório efetuada na readequação do decimum — Pensão alimentícia mantida nos valores indispensáveis e suficientes para manutenção do padrão de vida da menor — Necessidade de constituição de capital para satisfação das obrigações alimentares — Honorários

devem referir-se à condenação aplicada — Recursos parcialmente providos.

“Se for possível a adequação da condenação constante da sentença ao fundamento do pedido, não deve o decisum ser acoimado de ultra petita.

“À luz do art. 1.056 do CC, a responsabilidade do transportador em relação a os passageiros é objetiva, não obstante a lei falar em culpa presumida.

“Portanto, ocorrido o acidente que vitimou o viajante, subsistirá a responsabilidade do transportador a respeito da ausência de culpa, porque esta é despcienda, em face da teoria do risco, a única compatível com o contrato de transporte.

“Assentando que a responsabilidade do transportador é objetiva, e que, em face da cláusula de incolumidade tem uma obrigação de resultado, qual seja, levar o transportado, são e salvo ao seu destino. O passageiro, para fazer jus à indenização, terá apenas que provar que a incolumidade não foi assegurada, que o acidente se deu no curso do transporte e que dele adveio o dano. O transportador só se exonera do dever de indenizar provando uma daquelas causas taxativamente enumeradas em lei” (de minha modesta lavra).

Sérgio Cavalieri Filho a respeito assim se manifestou:

“Tenha-se em mente, todavia, que para configurar essa exonerativa de responsabilidade é preciso que a conduta do passageiro tenha sido a causa única e determinante do evento” (§ 3º, II, do art. 14, doc., pág. 99”).

Aguiar Dias desenha a equação da responsabilidade civil da seguinte forma:

- a) ato contra o direito;
- b) resultado danoso;
- c) relação causal entre ato e dano;
- d) imputabilidade do agente;
- e) culpa do agente.

Pontes de Miranda, mais esquematicamente ainda, escreve a seguinte equação configurativa da responsabilidade:

- a) agente — causa o ato;
- b) ato — causa o dano;
- c) dano — causa o dever indenizatório do agente.

Embora longe de perfilhar as noções solidaristas de Leon Duguit, entendemos que o Direito do Século XX caminhou necessariamente ao encontro do sentido de solidariedade, entendida esta como fraternidade social, compreendida tal expressão, que é o terceiro componente do trinômio dos lemas da Grande Revolução Francesa, como, no mínimo, o direito à igualdade de oportunidade de todos os, sem discriminação, cidadãos.

A responsabilidade civil representa a primeira aproximação do Direito a esta acepção de Justiça. Sólon, legislador que alicerçou a notável democracia ateniense da antiguidade, segundo Plutarco, dizia que a cidade realmente civilizada é aquela em que todos os cidadãos sentem a injúria feita a um só e em que todos exigem sua reparação, tão vivamente como aquele que a recebeu.

In casu, inarredável a ocorrência de dano moral aos passageiros de

coletivo que durante uma viagem têm seus pertences inutilizados em razão do rompimento do sistema de esgoto do veículo transportador, se a empresa transportadora de pronto não tomou as providências cabíveis para aliviar o padecimento dos passageiros, não obstante ter arcado com a reparação dos danos materiais — o dever de conduzir repousa na responsabilidade objetiva.

Admite-se que a empresa transportadora não deu causa ao evento, uma vez que a lata de cerveja que obstruiu o sistema de esgoto, segundo o mais provável, fora colocada por um passageiro, mas qualquer deles. Ou seja, ignora-se se tal ocorreu após os autores ocuparem o coletivo ou anteriormente.

Portanto, é de se ponderar a culpa da empresa que:

- não providenciou outro ônibus após o ocorrido;
- não efetuou os reparos necessários;
- não providenciou alojamento.

Contudo, a fixação do valor do dano moral deve levar em conta a intensidade do dolo ou grau de culpa no caso bastante reduzido, uma vez que a empresa não ensejara a causa do incidente, inadmitindo-se a fixação em quantias elevadas desproporcionais à intensidade do dano causado, o que caracterizaria um enriquecimento sem causa por parte do ofendido.

Ademais, em relação ao apelo do autor, este não é sucumbente ao obter indenização inferior ao montante postulado na inicial, que evidencia mera estimativa do valor do ressarcimento

a ser equacionado pelo julgador.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso da apelante ré, providendo o recurso do apelante autor tão-somente para excluir os ônus da sucumbência, a fim de que a empresa arque com os ônus processuais.

É o voto.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Des. Anselmo Cerello, e dele participaram, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Gaspar Rubik, vencido tão-somente quanto ao pedido do autor para excluir os ônus da sucumbência, e Cesar Abreu.

Florianópolis, 27 de abril de 2000.

João Martins,
Presidente para o acórdão;
Anselmo Cerello,
Relator.

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

Votei vencido, em parte, ousando dissentir do entendimento sufragado pela douta maioria, por entender que, em sede de indenização por danos morais, o autor só não sucumbirá se pedir que a verba respectiva seja fixada segundo o prudente arbítrio do juiz. De outra forma, se pedir, por exemplo, 200 salários mínimos e o sentenciante lhe conceder 100, terá decaído de parte do pedido e, portanto, haverá sucumbência recíproca, como se registra na hipótese.

Outro não é o entendimento doutrinário, verbis:

“Poder-se-á dizer que um pedido certo poderá acarretar em acolhi-

mento parcial. O autor pede o equivalente a 200 salários mínimos e o juiz concede 100. Ficará o advogado do autor sem receber a verba honorária e seu cliente ainda arcará com a meta-de das custas do processo. Para evitar esse inconveniente, o pedido poderá ter um valor certo, com a ressalva de que o juiz, segundo as pautas da jurisprudência e porque é fluído e incerto o valor da condenação, deve fixar a importância que entender conveniente. Esse critério de pedir, impedirá que, no futuro, o autor não tenha tolhido o direito de recorrer da decisão visando a elevar a soma em dinheiro da condenação, nem arcará com parte do ônus da sucumbência”

(Antônio Jeová Santos, Aspectos processuais do dano moral, 2ª ed., São Paulo, Lejus, 1999, pág. 509).

A respeito, tem decidido o Superior Sodalício:

“(…) Sendo certo o valor indicado na inicial, a fixação de valor inferior pelo juiz, repercute nos ônus da sucumbência” (3ª Turma, REsp n. 109470/PR, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 21/6/99, pág. 00149).

Estas, pois, as razões de meu dissenso.

Florianópolis 25 de setembro de 2000.

Gaspar Rubik.

APELAÇÃO CÍVEL N. 00.006380-0, DE ARARANGUÁ

Relator: Des. Carlos Prudêncio

Execução. Embargos do devedor. Penhora incidente sobre bem de família. Insubsistência desta. Nulidade absoluta. Construção a ser efetuada em outro bem desobrigado. Recurso provido.

Certificado pelo oficial de justiça, no próprio auto de penhora, que sobre o terreno constritado está edificada a moradia do devedor e sua esposa, e não tendo o exequente produzido qualquer prova contrária, impõe-se o reconhecimento da impenhorabilidade do bem, nos termos da Lei n 8.009/90, em face da fé pública que milita em favor de tal certificação.

A impenhorabilidade de bem é matéria de ordem pública, podendo ser declarada de ofício ou a requerimento da parte em qualquer grau de jurisdição, desde a construção até o prazo dos embargos à arrematação. Reconhecida a nulidade da penhora existente nos autos, impõe-se a realização de nova construção, a incidir sobre bem desobrigado, reabrindo-se, após garantido o juízo, o prazo para a interposição de embargos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.006380-0, da comarca de Araranguá (2ª Vara), em que é apelante Gilberto de Souza Medeiros, sendo apelada Amplicred Factoring Fomento Mercantil Ltda.:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso de apelação para anular a sentença.

Custas legais.

I — Relatório

Gilberto de Souza Medeiros embargou a execução que lhe é movida por Amplicred Factoring Fomento Mercantil Ltda. suscitando, em proemial, a nulidade da constrição, posto penhorado bem de família. No mérito, aduziu que firmou diretamente com a exeqüente um contrato de mútuo, apesar de ela exercer a atividade de factoring, o que termina por descaracterizar o ajuste. Asseverou, ainda, que a nota promissória executada, no valor de R\$ 4.919,02, teve origem em cinco cheques, na quantia total de R\$ 3.820,00, aos quais foram inseridos juros acima do legalmente permitido. Sustentou que a diferença abusiva exigida caracteriza plenamente a agiotagem, prática repelida pela doutrina e jurisprudência pátrias. Requereu, ao final, a condenação da exeqüente ao pagamento do dobro do valor indevidamente pleiteado, e a extinção da execução.

Deferido o benefício da assistência judiciária gratuita, sentenciou o MM. Juiz de Direito rejeitando liminarmente os embargos interpostos, por

considerá-los manifestamente intempestivos.

Dessa decisão apela o embargante Gilberto de Souza Medeiros argüindo, preliminarmente, o cerceamento de defesa. Afirma que o Magistrado a quo laborou em equívoco na contagem do prazo. Aduz que o prazo para embargar sequer havia iniciado, pois sua esposa não restou intimada da penhora, que recaiu em bem imóvel. Repisa, ainda, a preliminar de nulidade da constrição afirmando que, por tratar-se de questão de ordem pública, deveria ser conhecida de ofício. Requer, assim, seja declarada nula a penhora, bem como todos os atos posteriores à juntada do mandado.

Em contra-razões, a apelada Amplicred Factoring Fomento Mercantil Ltda. pleiteia o não conhecimento do recurso e conseqüente manutenção integral da decisão objurgada.

Após, os autos alçaram a este egrégio Tribunal de Justiça.

II — Voto

Trata-se de apelação interposta contra decisão que rejeitou liminarmente os embargos por intempestivos, cujas preliminares delineadas dizem respeito ao cerceamento de defesa e nulidade da penhora.

1) Preliminar de nulidade da penhora

Ainda que caracterizada a intempestividade dos embargos, nada impede que a questão suscitada acerca da nulidade da penhora seja analisada. A impenhorabilidade do bem de família envolve matéria de nulidade absoluta e, portanto, pode ser alegada a qualquer momento, inclusive em pe-

tição avulsa nos próprios autos da execucional, até o prazo dos embargos à arrematação, podendo ser conhecida até mesmo de ofício.

Nesse sentido, observe-se precedente de minha lavra, na Ap. Cív. n. 99.001900-4, de Timbó, publicada no DJE de 16/6/99:

“É possível a alegação de nulidade da penhora decorrente da impenhorabilidade do bem em embargos do devedor, ainda mais quando resta assente a notória impossibilidade de construção do imóvel”.

E, no mesmo diapasão, a Apelação Cível n 41.851, de Campo Erê, relator: Des. Trindade dos Santos:

“De regra, os embargos do devedor não se evidenciam como a via processual própria para o reconhecimento da impenhorabilidade do bem constritado.

“Entretanto, em hipóteses flagrantes, quando já constituída a prova a respeito, nada está a impedir o reconhecimento da propalada impenhorabilidade, ainda que em sede de embargos à execução”.

Depreende-se da execucional que a penhora recaiu sobre um terreno urbano, sito no bairro Coloninha, no loteamento denominado Jardim Lindóia, com área de 661,44m². O autor apelante Gilberto de Souza Medeiros e sua esposa Elvira Coronel Medeiros, casados pelo regime de comunhão universal de bens, adquiriram o imóvel em 22/8/98, pela quantia de R\$ 2.813,37, conforme consta da averbação efetuada no Registro Geral de Matrícula n. 53.770, do Ofício de Registro de Imóveis da comarca de Araranguá, carreado em fotocópia au-

tenticada a fls. 12 dos autos em apenso.

Os elementos constantes dos autos não deixam qualquer dúvida de que sobre este imóvel foi edificada construção, utilizada como moradia permanente pelo casal.

Reza o art. 1º da Lei n. 8.009/90 que:

“O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta Lei.

“A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados”.

Rainer Cazajkowski, in A impenhorabilidade do bem de família, Ed. Juruá, 1998, págs. 151/152, preleciona que:

“Tratando-se de bem imóvel, exigível, no mínimo alguma evidência de se tratar do único, ou o de menor valor, no patrimônio do devedor. Tais evidências podem decorrer do próprio pedido do exequente, da defesa mesmo mal elaborada, ou dos embargos de terceiro apresentados pela esposa ou companheira. As condições econômicas do executado, extraíveis de sua qualificação, de onde mora (de onde foi citado e é intimado) e que profissão exerce, são também indicativos de

quando a impenhorabilidade pode ser reconhecida de ofício”.

Nesse passo, observe-se que a ré apelada Amplicred Factoring Fomento Mercantil Ltda. declinou, na exordial da execução, endereço diverso daquele onde está situado o imóvel para a citação do autor apelante.

Entretanto, o Oficial de Justiça certificou que deixou de citar o recorrente por este “não mais residir naquele endereço” (fls. 15 verso).

A fls. 17, a própria recorrida informou que o atual endereço do autor apelante Gilberto de Souza Medeiros é aquele onde está situado o imóvel constritado. Deferida a expedição de novo mandado, a citação perfectibilizou-se no referido local (fls. 20 verso).

Não bastasse isso, o meirinho consignou, em ambos os autos de penhora lavrados, que a residência do recorrente e sua esposa está construída sobre o imóvel penhorado. Naquele, juntado a fls. 21, consta a informação de que se trata de bem residencial. No auto de fls. 27, observou o Oficial de Justiça que: “Encontra-se edificada sobre o terreno uma residência onde residem os devedores da ação”.

E os Oficiais de Justiça, como é de lei, gozam de fé pública referente ao que certificam nos autos, salvo se comprovadamente falsas ou equivocadas em seus teores as certidões exaradas.

Por outro lado, a afirmação da ré apelada Amplicred Factoring Fo-

mento Mercantil Ltda. de que o recorrente é proprietário de diversos bens imóveis não está respaldada em qualquer documento.

Nesse prisma, certificando o meirinho que no imóvel reside o executado, e não tendo a exequente se insurgido especificamente quanto a esta certidão ou produzido qualquer prova inequívoca em contrário, subsistente são as informações contidas no auto.

Assim, penhora válida não houve nos autos. E sem penhora válida, sustente-se, não corre prazo para a interposição dos embargos.

Pelas razões expostas, em presta-se provimento ao recurso para anular o processo a partir da sentença de fls. 16, inclusive, e, em consequência, permitir que se promova nova penhora a incidir em bem desobrigado, reabrindo-se, após garantido o juízo, o prazo para a interposição de embargos.

III — Decisão

Por votação unânime, dar provimento ao recurso de apelação para anular a sentença.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Orli Rodrigues e Cesar Abreu.

Florianópolis, 5 de dezembro de 2000.

*Carlos Prudêncio,
Presidente e Relator.*

APELAÇÃO CÍVEL N. 00.019956-7, DE BLUMENAU**Relator: Des. Carlos Prudêncio**

Ação de resolução de contrato de prestação de serviços e empreitada. Bilateralidade da avença. Inadimplência de uma das contratantes. Exegese do artigo 1.092 do Código Civil. Pedido acolhido. Apelo provido.

Consoante reza o artigo 1.092 do Código Civil, nos contratos bilaterais nenhum dos contraentes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

A reciprocidade de prestações é da essência dos contratos bilaterais. Dela resulta a exceção non adimpleti contractus, em virtude da qual se uma das partes, sem ter cumprido a sua prestação, exigir o cumprimento da outra, esta se defende, alegando que não pode ser coagida, porque o outro contraente também não cumpriu o prometido. In casu, se atrasados os pagamentos à empresa prestadora de serviços sem que esta estivesse descumprindo qualquer cláusula contratual, havendo ainda disposição expressa na avença permitindo a esta escolher a quantidade e condições profissionais exigidas para a execução dos serviços, não há falar em inadimplemento da contratada, mas sim da contratante que deixou de pagar o serviço nas datas avençadas. Inegável, pois, a possibilidade de rescindir o contrato por culpa desta última.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.019956-7, da comarca de Blumenau (4ª Vara), em que é apelante Empreiteira de Mão de Obra Arz Ltda., sendo apelada Construtora Apoio Ltda.:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso para declarar rescindido o contrato por inadimplemento da ré apelada Construtora Apoio Ltda., invertidos os ônus sucumbenciais.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Empreiteira de Mão de Obra Arz Ltda. ajuizou ação de rescisão contratual c/c perdas e danos contra Construtora Apoio Ltda., dizendo ter sido contratada pela ré para executar a construção de diversos blocos de apartamentos e garagens em residencial localizado na Rua Divinópolis, n. 445, no bairro Velha, em Blumenau. Argumentou que a ré não lhe está oferecendo as condições necessárias ao bom andamento da obra, tanto pela falta de fornecimento de materiais como pela não remuneração de seus serviços de acordo com o que fora

ajustado entre as partes, razão pela qual requereu a rescisão da avença e a condenação da requerida ao pagamento das parcelas contratualmente previstas que estivessem vencidas e não pagas, descontados os pagamentos parciais realizados, mais perdas e danos e pagamento proporcional das obras até então executadas.

Pugnou, ainda, pelo deferimento de medida antecipatória dos efeitos da tutela pretendida, a fim de embargar provisoriamente a obra em questão, até que fossem apuradas as edificações por ela concretizadas, pedido que foi indeferido nos termos da decisão irrecorrida de fls. 27.

Citada, a ré contestou, suscitando, preliminarmente, a inépcia da petição inicial, por cumular os pedidos de rescisão contratual e condenação em perdas e danos. No mérito, disse serem inverídicas as afirmações da autora, dizendo ter realizado diversos pagamentos, mas que a ré teria descumprido sua parte no pactuado, executando tão-somente 18% do total das obras contratadas.

Instruído o feito e apresentadas as alegações finais, o Meritíssimo Juiz de Direito julgou improcedente o pedido, condenando a autora ao pagamento dos ônus sucumbenciais, arbitrados os honorários advocatícios da parte ré em R\$ 1.000,00.

Irresignada, apela a autora, argüindo estar comprovado nos autos que a ré lesou seus direitos. Tece considerações sobre as cláusulas n. 2 e 4 da avença e diz que a apelada descumpriu com as obrigações anteriormente pactuadas, pois pagou várias parcelas com atraso, o que culminou na paralisação dos serviços da

apelante que não tem mais condições de pagar seus funcionários. Argumenta, ao final, que a cláusula 3ª do contrato permitia à apelada, caso não estivesse satisfeita com a qualidade do serviço, rescindir o contrato e acertar a quantidade total da obra realizada até o momento. Entretanto, diz que a apelada nunca reclamou dos seus serviços e preferiu atrasar os pagamentos para forçar a propositura da presente ação de rescisão de contrato. Derradeiramente, diz ser incabível sua condenação em honorários por não ter condições de arcar com o pagamento das custas processuais.

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

II — Voto

A ré Construtora Apoio Ltda. realmente firmou contrato de prestação de serviços com a autora Empreiteira Mão de Obra Arz Ltda.—ME, esta denominada como “contratada” nas cláusulas da avença em questão. Tudo se subsome no brocardo latino da exceptio non adimplecti contractus, ou seja, da exceção do contrato não cumprido — a quem incumbia cumprir, por primeiro, a avença, e quem inadimpliu, indevidamente, o contrato sub judice.

O objeto do contrato é a prestação de mão-de-obra necessária da autora Empreiteira Arz Ltda. para execução dos blocos n. 07, 13, 23, 24 e 27, garagens dos blocos 04 e 12 e término da garagem bloco 11, casa de gás dos blocos 13, 23 e 27 do Residencial Tordasilhas.

A avença paira às fls. 14/16. Pela prestação de serviços de mão-de-obra, a contratante Construtora Apoio comprometeu-se a pagar o valor total de

R\$ 76.700,00 em três parcelas no valor de R\$ 5.500,00 cada uma com vencimento para os dias 12/11/1997, 12/12/1997 e 12/1/1998; oito parcelas de R\$ 7.525,00 com o vencimento da primeira para o dia 12/2/1998 e assim sucessivamente. Obrigou-se a ré Construtora Apoio, ainda, a fornecer refeições, transporte e equipamentos de segurança individual, descontando da contratada Empreiteira Mão de Obra Arz o valor correspondente ao total dessas despesas.

A cláusula terceira do contrato (fls. 15) expõe as obrigações da contratada Empreiteira Arz, nos seguintes termos: “3.1. — Fica a critério da contratada a quantidade e condições dos profissionais, exigidos para execução dos serviços. 3.2. Executar os serviços de maneira expedita e hábil, superintendendo e dirigindo os trabalhos de zelo, diligência e proficiência, possibilitando assim a sua aprovação pela contratante. 3.3. Caso, a critério da contratante, os serviços da contratada, não estejam correspondendo com a qualidade o contrato poderá ser rescindido e conforme medição será acertado a quantidade total realizada até o momento. 3.4. Refazer as suas custas quaisquer serviços que por má execução ou em desacordo com as boas normas sejam recusadas pela contratante” (grifos meus).

As demais cláusulas versam sobre as obrigações da contratante ré Construtora Apoio e demais disposições finais e foro contratual. Uma cláusula de relevo é a de número n. 4.4, in verbis: “Será de responsabilidade da contratante o fornecimento de todos os materiais envolvidos na execução dos serviços descritos na Cláusula Primeira”.

Ressalva-se que não há, no contrato, nenhuma cláusula resolutiva expressa acerca do descumprimento de quaisquer das obrigações das partes. Também não há, expressamente, cláusulas que determinem a quem compete cumprir, inicialmente, a obrigação que lhe incumbe. Apenas se dессome, pela leitura da avença, que a contratante ré Construtora Apoio deveria fornecer os materiais para o início da execução dos trabalhos por parte dos funcionários da contratada autora Empreiteira Arz. Segundo consta na petição inicial da presente ação de rescisão contratual, a ré deixou de fornecer o referido material e exigia que a autora efetuasse serviços alheios aos pactuados, tendo atrasado os pagamentos da forma pactuada.

Importante salientar que as partes mantêm outro contrato entre si, qual seja, uma compra e venda, conforme cópia do instrumento de fls. 17, segundo o qual a ré Construtora Apoio comprometeu-se a dar à autora Empreiteira Arz dois apartamentos no referido Residencial Tordesilhas em contrapartida dos serviços de mão-de-obra referidos no contrato de prestação de serviços suprarreferido. Ambos os contratos são datados de 28 de outubro de 1997.

Na avença de compra e venda não há nenhuma cláusula que vincule as obrigações pecuniárias constantes do contrato de prestação de serviços como embutidas no preço dos dois apartamentos. Destarte, presume-se que o valor dos serviços seria global, ou seja, os dois imóveis mais o quantum referido no contrato de prestação de serviços.

Na contestação de fls. 38, a ré Construtora Apoio afirma: “As afirmações inadvertidas do autor, em descompasso com a verdade, beiram à mentira, pois, considerando que estamos diante de contrato bilateral, onde constam obrigações recíprocas, vemos que o réu vinha cumprindo rigorosamente o pactuado, tendo entregue 2 (dois) imóveis pela contraprestação de serviços do autor, os quais inclusive já foram vendidos por ele a terceiros, porém, sem a anuência do réu, bem como, vinha, também, o réu, realizando os pagamentos avençados, entretanto, diante do enorme atraso na obra provocado pelo autor, o qual mantinha apenas em média 6 (seis) funcionários no empreendimento, impossível dar continuidade no acordado”. E conclui, a fls. 39: “É que o réu, insatisfeito com o andamento das obras, considerando seu atraso em virtude do pequeno número de pessoas dispostas pelo autor para lá trabalharem, passou a pleitear o aceleração dos trabalhos em contrapartida ao cumprimento das obrigações assumidas, considerando que estava tendo enorme prejuízo, uma vez que inúmeras eram as reclamações dos adquirentes de seus imóveis, chegando alguns a suspenderem seus pagamentos pelo enorme atraso em que encontrava-se o empreendimento”.

A afirmação da ré de que transferiu o imóvel para a autora Empreiteira Arz não encontra guarida nos autos, porquanto não trouxe prova documental para tanto e, ademais, pouco provável que assim procedesse, pois a cláusula oitava, parágrafo único, do contrato de compra e venda do apartamento reza: “O vendedor se obriga a outorgar a escritura definitiva

do apartamento ao comprador no momento em que estiver cumprida integralmente, a obrigação do serviço, após a obtenção do habite-se”.

É notório que a ré Construtora Apoio se descontentou com os serviços prestados pela autora Empreiteira Mão de Obra. Entretanto, em vez de propor a competente ação de rescisão contratual, a qual estava a sua disposição conforme cláusula 3.3 do contrato de prestação de serviços (fls. 15), já mencionado, atrasou o pagamento das prestações sob o argumento de que a autora trabalhava com poucos empregados e não dava o devido seguimento aos serviços. Ora, conforme a cláusula n. 3.1. da mesma avença (fls. 15), “fica a critério da contratada a quantidade e condições dos profissionais exigidos para execução dos serviços”.

Destarte, a única medida cabível para a ré Construtora Apoio, caso estivesse descontente com a prestação de serviços da autora Empreiteira Arz, seria a propositura de ação judicial a fim de resolver a avença. Ao contrário, agiu opostamente ao previsto no contrato. A autora até poderia estar cumprindo com defeito o contrato segundo o entendimento da ré, mas certamente estava cumprindo com suas obrigações segundo o que lhe foi oportunizado pela cláusula 3.1 respectiva.

A hipótese rege-se pelo artigo 1.092 do Código Civil: “Nos contratos bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”.

E esta é, irrecusavelmente, a hipótese enfocada, dado que, por inadimplente quanto ao cumprimento de

sua parte na avença, à ré Construtora Apoio não era devido exigir, da autora apelante Empreiteira Arz, o cumprimento da sua parte. A exceção de inadimplemento contratual, como é lógico, somente poderá ser invocada, como causa de rescisão contratual, pela parte a quem incumbia solver a obrigação subseqüentemente e, portanto, contra aquele a quem incumbia atender primeiramente a sua parte na tratativa formalizada. É como procedeu, corretamente, a autora apelante Empreiteira Arz.

Incide, na hipótese, a prelação do douto Carvalho de Mendonça, quando ensina:

“...a parte que tiver cumprido a sua prestação pode exigir a da outra. É uma das alternativas que tem o credor adimplente, nos bilaterais: fazer executar o contrato. Entretanto, a parte prejudicada pelo não cumprimento do contrato pode também requerer a sua rescisão com perdas e danos. Em uma palavra, a execução do contrato refere-se só ao que está in obligatione, a resolução está in facultate solutionis. Ninguém jamais pôs em dúvida que só tenha direito de requerer rescisão dos bilaterais a parte que, tendo cumprido a sua obrigação, não recebeu a contraprestação. Esse direito, porém, não decorre só da inexecução da outra parte. É essencial que aquele que pretenda exercê-lo, não tenha dado causa ao inadimplemento. Embora sua omissão tenha sido secundária e parcial, ela neutraliza o direito de pedir rescisão. O inadimplente por outro lado não pode pedir rescisão por inadimplemento” (Doutrina e Prática das Obrigações, vol. 2, págs. 327 e 328).

Destarte, se à ré apelada Construtora Apoio incumbia pagar formalmente as parcelas do serviço e à autora apelante Empreiteira Arz cumprir com o serviço segundo seus critérios funcionais, não poderia aquela, em hipótese alguma, invocar como condição abonatória do não cumprimento do contrato o fato de esta estar seguindo a avença com poucos funcionários, já que existia cláusula expressa permitindo à prestadora de serviços agir como bem dispusesse neste sentido. In casu, se atrasados os pagamentos à empresa prestadora de serviços sem que esta estivesse descumprindo qualquer cláusula contratual, havendo ainda disposição expressa na avença permitindo a esta escolher a quantidade e condições profissionais exigidos para a execução dos serviços, não há falar em inadimplemento da contratada, mas sim da contratante que deixou de pagar o serviço nas datas avençadas.

Nesse sentido, a Apelação Cível n. 96.001988-0, de Xanxerê, Relator Desembargador Orli Rodrigues, publicada no DJE de 31/3/97:

“Aquele que, firmando acordo bilateral, não cumpre a sua prestação no termo e modo pactuados, não pode exigir o inadimplemento do outro celebrante, nem reclamar a cláusula penal avençada”.

Destarte, o recurso é provido para declarar rescindido o contrato por inadimplemento da ré, invertido o ônus da sucumbência.

III — Decisão

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para declarar res-

cindido o contrato por inadimplemento da ré apelada Construtora Apoio Ltda., invertidos os ônus sucumbenciais.

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

Florianópolis, 6 de fevereiro de 2001.

Carlos Prudêncio,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.010441-9, DE GUARAMIRIM

Relator: Des. Gaspar Rubik

Ação civil pública. Prefeito municipal. Determinação de pagamento a si próprio, e efetivo recebimento de 13º salário. Ausência de prévia autorização legislativa. Infringência ao princípio da legalidade. Inteligência dos arts. 29, V, da Carta Magna, e 111 da Constituição Estadual. Ato de improbidade administrativa perfeitamente delineado. Sentença de procedência do pedido confirmada. Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos, estes autos de Apelação Cível n. 99.010441-9, da comarca de Guaramirim, em que é apelante Odenir Deretti, sendo apelado o representante do Ministério Público:

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

Custas legais.

Na comarca de Guaramirim, o Ministério Público Estadual, pelo seu representante, aforou ação civil pública, com pedido de liminar, em face de Odenir Deretti, ex-Prefeito Municipal de Massaranduba, alegando, em síntese, que este retirou para si dos cofres públicos, além dos valores destinados à sua remuneração e verba de representação, a quantia de R\$ 11.746,58 (onze mil, setecentos e

quarenta e seis reais e cinquenta e oito centavos) que, conforme especificado nas notas de empenho ns. 1.793/96 e 2.206/96, é originária de pagamento de 13º salário referente aos exercícios 93/94 e 94/95.

Sustentou que, a teor da norma inculpada no art. 1º da Lei n. 4.090/62, a gratificação natalina é devida somente àqueles que possuem relação empregatícia, denominados empregados, e não aos agentes políticos, que não têm os mesmos direitos assegurados aos trabalhadores pela Carta Constitucional.

Ressaltou, ainda, que referido pagamento fora efetuado sem autorização legislativa, em dissonância com as normas financeiras inseridas na referida Constituição, razão pela qual, em decorrência do ato de improbidade administrativa praticado pelo deman-

dado, requereu "a perda dos valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do requerido, ressarcimento integral do dano, com juros e correção monetária, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 3 (três) a 10 (dez) anos, pagamento de multa civil de até 3 (três) vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de até 10 (dez) anos". Postulou, igualmente, a citação do município de Massaranduba, na qualidade de litisconsorte ativo necessário.

Devidamente citado, o réu apresentou resposta, em forma de contestação, aduzindo, em suma, que efetivamente recebeu as verbas relativas ao 13º salário, porém sob orientação do Tribunal de Contas do Estado, em reunião realizada na cidade de Joinville, no ano de 1992. Ressaltou, ainda, que, muito embora tenha permanecido a restrição em relação ao recebimento de tal verba, aquela Casa de Contas, em decisão datada de 17/12/97, recomendou a aprovação das contas relativas ao exercício de 1996.

O município de Massaranduba interveio nos autos, postulando a sua intimação acerca de todos os atos que viessem a ser praticados.

O demandado, por sua vez, trouxe cópia do Decreto Legislativo n. 4/98, que aprovou a prestação de contas do executivo do exercício de 1996, tendo o Município concordado com tal documento e o Ministério Público não se manifestado sobre este.

Em sentença que exarou em seguida, a MMA. Juíza de Direito julgou procedente o pedido exordial, e, via de consequência, condenou o réu a ressarcir aos cofres municipais o valor de R\$ 11.746,58 (onze mil, setecentos e quarenta e seis reais e cinquenta e oito centavos), devidamente corrigido e acrescido de juros legais, a contar de seu irregular vencimento, bem como ao pagamento de multa civil no percentual de 50% (cinquenta por cento) do valor principal, suspendendo seus direitos políticos pelo prazo de 3 (três) anos, a partir do trânsito em julgado da decisão e proibindo-o de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário. Responsabilizou-o, outrossim, pelo pagamento das custas processuais.

Irresignado com a prestação jurisdicional entregue, apelou o vencido na pugna pela sua reforma, aduzindo, em síntese, que também os agentes políticos têm direito à percepção do 13º salário. Enfatizou que o alegado ato de improbidade não passou de mera irregularidade, que não implicou em desonestidade de sua parte, tanto que o próprio Ministério Público ao se manifestar sobre a possível ocorrência de crime concluiu pela ausência de tipicidade penal. Ressaltou, igualmente, que o Tribunal de Contas do Estado, embora com restrições, recomendou a aprovação das contas municipais, não determinando, em momento algum, a devolução da verba presumida ilegal. Por fim, salientou que a condenação que lhe foi imposta apresenta-se deveras exacerbada, porquanto é praxe nas administrações

municipais o pagamento do 13º salário a todos os servidores e, inclusive, aos agentes públicos, sob pena de violação aos princípios da equidade e da proporcionalidade.

Contra-arrazoado o apelo, os autos ascenderam a este Sodalício, tendo, aqui, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Fernando Q. Borrelli, se manifestado pelo seu desprovemento.

É o relatório.

O recurso é desprovido, mantendo-se hígida a douta sentença objugada que bem apreciou a espécie, ministrando-lhe a mais correta terapia jurídica.

É certo que o prefeito municipal, que não é funcionário público, mas agente político, pode receber 13º salário, mas desde que previamente aprovado pela Câmara de Vereadores, aprovação esta que só vigora a partir da legislatura subsequente, porquanto assim o estabelecem os arts. 165 e seguintes da Constituição Federal.

A respeito leciona o renomado administrativista Hely Lopes Meirelles, verbis:

“A remuneração do cargo de prefeito compõe-se de subsídio (vencimento) e verba de representação, fixados pela Câmara anterior para vigorar durante a legislatura seguinte, salvo para os Municípios novos, em que a primeira Câmara estabelece a remuneração própria e a do chefe do Executivo para o mesmo período. Essa remuneração é inalterável durante a legislatura, ou seja, os critérios para a sua fixação deverão ser mantidos no período de acordo com o previsto na legislatura imediatamente anterior, como garantia de inde-

pendência do Executivo perante o Legislativo local. Na verdade, ficaria o prefeito em situação de dependência da Câmara se esta pudesse, a seu talante e a qualquer tempo, aumentar-lhe ou reduzir-lhe a remuneração do cargo. A regra da inalterabilidade é constitucional e de alta finalidade moral e administrativa, razão pela qual o Judiciário tem anulado sistematicamente as deliberações das Câmaras que alteram o subsídio ou a verba de representação do prefeito (e também dos vereadores) na legislatura em curso” (Direito Municipal Brasileiro, 6ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1993).

Com efeito, pois assim é que a Carta Magna dispõe em seu art. 29, V, que à Câmara Municipal compete a fixação dos subsídios do Prefeito e de seu vice, e a Constituição Estadual, atentando ao consagrado princípio da legalidade, dispõe, a seu turno, na parte referente à organização político-administrativas municipais, que “o Município rege-se por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos aos princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição, e os seguintes preceitos: (...) V — remuneração do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Vereadores fixada pela Câmara Municipal até seis meses antes do término da legislatura, para a subsequente, observados os limites estabelecidos em lei complementar” (art. 111).

E, em atendimento a tal norma constitucional, a Lei Orgânica do município de Massaranduba assim dispôs em seu art. 16, estabelecendo, outrossim, no art. 77 que “nenhuma

despesa será realizada, sem a devida cobertura orçamentária ou de créditos adicionais”.

A Câmara, por sua vez, na faculdade que lhe foi conferida pela Carta Magna e leis inferiores, pelo Decreto Legislativo n. 11/92, com vigência para a legislatura de 93 a 96, fixou os subsídios e respectivos reajustes dos vencimentos do Prefeito e Vice-Prefeito, mas em momento algum aprovou qualquer verba a título de gratificação natalina, razão pela qual a determinação do apelante, na condição de Prefeito Municipal, de que lhe fosse feito o pagamento de referida verba, importou em verdadeira afronta às orientações legislativas e em manifesta ilegalidade.

Ressalte-se, por oportuno, que, contrariamente ao insistentemente alegado em suas razões recursais, o Tribunal de Contas recomendou a aprovação das contas municipais relativas ao exercício de 1996, porém com restrições, dentre elas o pagamento indevido de 13º salário a agente político, tendo sido consignado no relatório de referido órgão fiscalizador que “o que leva o Tribunal de Contas a considerar o pagamento indevido de 13º salário ao agente político e exigir o ressarcimento aos cofres públicos municipais, no valor de R\$ 23.493,16, recebido irregularmente é o fato de o Decreto Legislativo 11/92 de 29/6/92 não autorizar em momento algum o pagamento de 13º salário ao Chefe do Poder Executivo Municipal, por ser o documento que determina as bases de cálculo da Representação e subsídios do Administrador Público” (fls. 65), e concluído, ao final, pela recomendação à Câmara de Vereadores de anotação e verificação de acata-

mento, pelo Poder Executivo, das observações constantes de tal relatório, ou seja, manifestou-se pela aprovação das contas, mas desde que o Executivo ressarcisse aos cofres públicos o dinheiro indevidamente retirado.

Não resta a menor dúvida, pois, que o apelante praticou ato de improbidade administrativa, consistente na prática de “ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência” (art. 11 da Lei n. 8.429/92), razão pela qual impunha-se a sua condenação, aliás muito bem mensurada, não havendo motivos para que sofra minoração, porque já fixada no mínimo legal.

Isso porque, a teor da norma inculpada no art. 12 da Lei n. 8.429/92, a condenação com base no seu art. 11 implica na imposição do ressarcimento do dano, na perda da função pública, no pagamento de multa civil de até 100 (cem) vezes o valor recebido pelo agente, na proibição de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 (três) anos.

In casu, o apelante foi condenado ao ressarcimento integral do dano nos estritos limites traçados pela legislação pertinente. De igual modo, a suspensão de seus direitos políticos foi fixada no mínimo de 3 (três) anos, como também o foi o prazo de proibição de contratação com o Poder Público. Por fim, a multa civil foi estabelecida em 50% do montante principal, ou seja, apenas 0,5% do que a legislação permite.

Em face do exposto, conheceu-se do recurso, porém nega-se-lhe provimento.

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

douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Fernando Q. Borrelli.

Florianópolis, 2 de março de 2000.

Gaspar Rubik,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.017576-6, DE CHAPECÓ

Relator: Des. Gaspar Rubik

Investigação de paternidade cumulada com alimentos. Perícia hematológica não realizada. Condenação lastreada exclusivamente em prova testemunhal. Existência de contradições. Necessidade de busca da verdade real. Determinação, de ofício, da realização do exame de DNA. Conversão do julgamento em diligência.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.017576-6, da comarca de Chapecó, em que é apelante V. P. S., sendo apelada T. W.:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, de ofício, converter o julgamento em diligência.

Custas legais.

Cuida-se de apelação cível interposta por V.P.S., porque inconformado com a sentença proferida pelo Dr. Juiz de Direito da comarca de Chapecó que julgou procedente o pedido exordial formulado nos autos da ação de investigação de paternidade ajuizada por T.W.

Na pugna pela reforma do decisorio combatido, enfatizou que o fato de as testemunhas inicialmente arrola-

das pela apelada, que compareceriam independentemente de intimação, terem sido substituídas por outras três, a serem intimadas pelo oficial de justiça, demonstra que aquelas em nada beneficiariam a apelada, ao contrário destas que prestaram depoimentos "parciais e mentirosos". Salientou que apesar de ter requerido a feitura de exame hematológico e de ter o Ministério Público, em sua primeira manifestação, opinado pela realização do exame de DNA, este não foi determinado pelo douto sentenciante, que embasou o decreto condenatório com base única e exclusiva na prova testemunhal colacionada.

Em contra-razões, a recorrida aplaudiu a sentença guerreada, clamando por sua manutenção.

Após, os autos ascenderam a este Sodalício, tendo, aqui, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por

intermédio da Dra. Hercília Regina Lemke, contrariamente ao seu representante de Primeiro Grau, se manifestado pela conversão do julgamento em diligência para a realização do exame de DNA.

É o relatório.

Em sede de investigação de paternidade, segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial, sempre faz-se necessária excepcional prudência do Magistrado, porquanto lhe é conferida grande liberdade na valoração da prova, que é quase que essencialmente indiciária e circunstancial, porque, no mais das vezes, ela só é apta a lhe gerar, não uma verdade absoluta, mas uma certeza relativa que resulta de um estado subjetivo de convicção. Naturalmente que se não lhe fosse conferida esta liberdade, se estivesse adstrito a regras rígidas como em outras espécies de ações, a estrita observância dos princípios que regulam a prova certamente impediria o reconhecimento da paternidade, mesmo quando dela emergissem elementos que gerassem a sua certeza.

Mas justamente porque se admite o reconhecimento da filiação com base nesses indícios e circunstâncias, é que o processo investigatório, porque nele também está em jogo o direito da personalidade e do nome a que tem direito todo cidadão, faz por merecer do Juiz aquele tratamento cauteloso no tocante à produção mais ampla possível de provas, como, aliás, deflui cristalino de aresto da lavra do eminente Des. Napoleão Amarante, assim ementado:

“A paternidade como laço de parentesco, que une imediatamente a pessoa a um ascendente, constitui,

sem sombra de dúvida, núcleo fundamental da origem de direitos a se agregarem ao patrimônio do filho, sejam eles direitos da personalidade, ou até mesmo direitos de natureza real. Como direito da personalidade a paternidade não pode deixar de ser investigada da forma mais ampla possível” (Agravo de Instrumento n. 8.137, de Chapecó, in DJ n. 9.309, de 30/8/95, pág. 5).

Ainda, deste Tribunal, colhe-se:

“Se a paternidade não foi afastada pelo exame sangüíneo, subsistindo dúvidas a respeito e havendo provas, mesmo subsidiárias, ainda a produzir, deve a fase probatória prosseguir até a sua complementação” (Apelação Cível n. 29.724, da Capital, rel. Des. Hélio Mosimann, in DJ de 17/8/89).

Por sinal, tem excelente aplicação os arts. 125 e 130 do Codex Instrumental ao atribuir ao Juiz, expressamente, para direção do processo, o poder para “de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo (...)”.

Atualmente, diante da incrível evolução da ciência, com a descoberta de novos e mais capazes meios que se permitem atingir, agora não mais a certeza relativa, mas sim e praticamente a verdade objetiva e real da paternidade, possibilitando ao julgador uma decisão firme e segura, é que deverá o julgador usar daquela cautela extraordinária, fazendo valer esse poder que lhe é conferido.

Na hipótese sub examen, os elementos de prova em que se ancorou o digno Togado a quo para julgar

procedente o pedido são indiscutivelmente contraditórios e estavam, de certa forma, a ensejar maior esclarecimento para se chegar à conclusão de paternidade, com a realização dos exames DNA ou HLA, que se constituirão em provas que inelutavelmente não só tornarão inócuas, mas esvaziarão a necessidade da produção das demais reclamadas para dar resposta adequada, positiva ou negativa, às teses defensivas.

Daí por que faz-se conveniente a conversão do julgamento em diligência, para o que não há impedimento, mas expressa previsão legal, mesmo neste Grau de Recurso.

Com efeito, pois é entendimento pacífico:

“Investigação de paternidade. Devendo ser segura a prova de filiação, não deve ser desprezado exame pericial, pelo menos o hematológico simples, a ‘voz do sangue’ que deve ser sempre ‘chamada a depor’ (Afrânio Peixoto, apud Artur Marques da Silva Filho, RT 655/54), capaz de excluir a paternidade, embora o ideal seja a realização de exame pelo sistema HLA (de histocompatibilidade) que se constitui ‘numa eficaz prova 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. Conversão em diligência, que pode e deve ser feita em Segundo Grau quando, como no caso, de todo conveniente para lastrear julgamento seguro, a fim de que, no juízo de origem, seja providenciada a realização da perícia, de preferência pelo sistema HLA” (Apelação Cível n. 43.370,

de Itajaí, rel. Des. João José Schaefer, j. em 4/11/93, in JC 73/218).

E mais:

“Investigação de paternidade. Provas oral e hematológica simples. Dúvida emergente da paternidade. Exame técnico qualitativamente superior (DNA ou HLA) hábil a fornecer elemento seguro probatório, como convém à solução da espécie. Conversão do julgamento em diligência (art. 130, CPC). É de se converter o julgamento de ação de investigação de paternidade em diligência, faculdade conferida também à Turma em Segundo Grau para realização de exame hematológico tecnicamente superior DNA ou HLA, com o fim de recolher elemento probante seguro ao desate da causa, esta de relevante valor social, moral e econômico” (Apelação Cível n. 44.232, de Dionísio Cerqueira, rel. Des. Alcides Aguiar, in DJ de 13/4/94).

“Apelação cível. Investigação de paternidade. Prova que deve ser segura e indubitável. Diligência. A prova do procedimento de investigação de paternidade, por suas conseqüências, deve ser segura e indubitável, não podendo prescindir, ante sua necessidade, da prova pericial, que deve ir além do exame hematológico simples, apenas excludente. Assim, para a certeza, imprescindível a realização de exame pelo sistema HLA (de histocompatibilidade), ou, em última análise, o teste pelo sistema de DNA, que, não obstante ainda muito oneroso, fornece quase que certeza absoluta. Conversão do processo em diligência, possível em Segunda Instância, para melhor lastrear a sentença declaratória condenatória de paternidade” (Apelação Cível n. 47.120, de Itajaí,

rel. Des. Solon D'Eça Neves, in DJ n. 9.313, de 5/9/95).

Esta, aliás, é a orientação doutrinária e jurisprudencial sobre o tema:

“O julgador de Segunda Instância, assim como o de Primeira, em todas as questões que lhe são postas, tem o direito de formar sua livre convicção, tendo não só o direito como o dever de converter o julgamento em diligência sempre que assim entender necessário para uma apreciação perfeita, justa e equânime da questão que lhe é posta” (Lex, JTA 141/257).

“Quaisquer provas, inclusive depoimentos, requisições de documentos, perícias etc., podem ser determinadas pelo juiz, a requerimento da parte ou ex officio, em qualquer fase do processo, até a prolação da sentença final. Isso não importa dizer que se está retirando das partes o ônus de trazerem aos autos do processo os elementos de prova que julguem oportunos. O que se quer, com o art. 130, é não excluir a faculdade que tem o juiz de tomar as providências que lhe parecem necessárias ou úteis à decisão da causa e à formação livre de sua convicção. Em verdade, o interesse público melhor está preservado se os juízes proferirem sentenças fundadas em verdades verdadeiras, mesmo que contra a vontade de uma ou de ambas as partes, do que em meias verdades, encobertas pelo silêncio intencional ou pelo engodo consentido do litigante aproveitador” (Sérgio Sahione Fadel, Código de Processo Civil Comentado, vol. I, 5ª ed., pág. 265).

“Lícito é ao magistrado, após encerrada a instrução, converter o julgamento em diligência, mediante des-

pacho motivado, se, ante as provas já produzidas, estiver em dúvida que possibilite a formação de seu convencimento” (Theotonio Negrão, Código de Processo Civil, 17ª ed., nota 3 ao art. 130; RT 430/57; RTJESP 105/319 e 108/335).

“A prova dos fatos que servem de fundamento à ação de paternidade pode ser feita com maior amplitude (RT 393/249), estando autorizado o juiz a determinar de ofício, a realização de provas úteis à descoberta da verdade” (RTJESP 55/115 e 66/224).

Imperiosa, pois, a realização de exame de DNA, que poderá ser realizado gratuitamente, se o apelado demonstrar que não tem condições de custeá-lo, pois o Estado de Santa Catarina, mediante termo de compromisso de ajustamento de conduta firmado entre a Secretaria de Estado da Saúde e o Ministério Público, pela Coordenadoria do Centro das Promotorias da Infância, comprometeu-se nos casos em que fique comprovada a hipossuficiência de recursos à realização de referido exame.

A coleta do material necessário ao exame deverá ser feita por profissional local, nomeado e compromissado pelo juízo singular, para posterior remessa, e com as cautelas inerentes à espécie, ao Laboratório Central da Secretaria Estadual da Saúde em Florianópolis — LACEN, procedimento este que, segundo informações do Centro de Promotoria da Infância, já é de conhecimento dos senhores Promotores de Justiça com atuação na área.

Por outro lado, se não demonstrada essa ausência de recursos por parte do apelante, o exame deverá ser

feito às suas custas, devendo ficar ciente de que a negativa, em tal circunstância, porque importará em verdadeiro ato protelatório do feito, será interpretada em seu desfavor, por se constituir em mais um indício a depor contra a negativa de paternidade na qual está a insistir.

Destarte, com fundamento no art. 116, § 1º, do Regimento Interno deste Sodalício, converte-se o julgamento em diligência, para que seja realizado o exame de DNA.

Uma vez efetuada a perícia, e aberta vista às partes e ao Ministério Público sobre as conclusões, ou aca-

so se furte o acionado a ela, os autos deverão ser remetidos de pronto a este Tribunal.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Mazoni Ferreira. Lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, a Exma. Sra. Dra. Hercília Regina Lemke.

Florianópolis, 18 de maio de 2000.

João Martins,
Presidente com voto;
Gaspar Rubik,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.012353-4, DE ITAJAÍ

Relator: Des. Pedro Manoel Abreu

Adoção. Consentimento materno. Dispensa em face das peculiaridades do caso concreto. Inobservância de formalidade do Estatuto da Criança e do Adolescente. Vantagens para o adotando. Mitigação do rigorismo formal da lei.

O instituto da adoção tem por escopo propiciar ao infante família substituta que lhe possa ofertar vantagens, morais, intelectuais, afetivas, sociais e até econômicas, que não teria acesso na família biológica.

Se a mãe, em situação social e moral flagrantemente impróprias para o desenvolvimento do adotando, nega o consentimento para adoção à família substituta onde a criança já se encontra integrada afetivamente, ao juiz é dado deferir a adoção sem sua anuência.

Uma interpretação teleológica do ECA permite que, ante a doutrina da proteção integral, se dê lugar secundário às expressões formais do seu regulamento, prescindindo do consentimento materno em caso de manifesta vantagem para o adotando.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.012353-4, da comarca de Itajaí, em que é apelante I. B. X., sendo apelados J. S. e O. M. L. S.:

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

Custas legais.

1. J. S. e O. M. L. S. requereram perante o Juízo a adoção de K. X. Z., ao argumento de que a criança, por falta de condições materiais dos pais, vive em sua companhia desde o dia 26 de janeiro de 1997. Alegaram que tanto os pais biológicos quanto a avó paterna concordam com a adoção.

Requereram a dispensa do estágio de convivência e demais medidas necessárias.

Realizada audiência de ouvida dos pais biológicos, o varão concordou de plano com a adoção, tendo a mãe solicitado prazo de dez dias para decidir-se.

Transcorrido o prazo in albis, procedeu-se à juntada do estudo social, no qual a Sra. Assistente Social considerou o casal apto para adotar a criança.

Foi nomeada curadora especial à mãe biológica, tendo apresentado contestação onde esclareceu não estar de acordo com o pedido formulado pelos autores, por não querer entregar sua filha em adoção, sustentando estar em plenas condições de reaver a guarda da filha. Fundamentou a resposta nos artigos 19 e 23 do ECA, pugnando pela improcedência do pedido.

O pai biológico, de igual sorte, por meio de curador especial, apresentou contestação. Em sua defesa disse não mais concordar com a adoção, eis que possui condições materiais para prover a educação e sustento da filha.

Foi determinado o sobrestamento do feito por três meses, período em que foi realizado estudo sócio-familiar.

A Assistente Social manifestou-se no sentido de não haver qualquer óbice à adoção.

Atendendo a requerimento dos autores, foi expedido termo de guarda e responsabilidade provisória em seu favor.

Em nova oitiva, a mãe biológica reiterou seu desinteresse na consumação da adoção. A avó materna, na mesma oportunidade, asseverou, em seu depoimento, que o interesse da mãe é momentâneo e que se deve a uma suposta pensão de um cunhado. Reiterou que a mãe biológica viria a abandonar a criança novamente.

Em novo parecer, a Assistente Social manifestou-se favoravelmente à adoção pelos requerentes.

Pelo parecer de fls. 90 o representante do Ministério Público opinou pela procedência do pedido, argumentando que o interesse da criança deve sobrepor-se a qualquer outro.

A Dra. Juíza de Direito, ao final, julgou procedente o pedido, com fundamento no art. 43 do ECA, formalizando a adoção como pretendida.

Irresignada com a prestação jurisdicional entregue, a mãe biológica interpõe recurso de apelação visando à reforma do decisum, ao argumento

de que foi preterido o consentimento materno exigido pelo art. 45 do ECA.

Sustenta que a criança estava informalmente sob a guarda da avó materna e que esta, após ver-se sem condições materiais para o sustento da neta, entregou-a ao casal adotante, sem o seu consentimento. Pede a reforma da sentença.

Em contra-razões, os apelados aduzem a mens legis do Estatuto da Criança e do Adolescente, ressaltando que deve ser preservado o bem-estar do adotando. Aduzem a existência de laço familiar entre adotantes e adotando.

O Órgão do Ministério Público, em ambos os graus, opinou pelo desprovimento do recurso.

2. De fato, é de ser desprovido o reclamo.

Em que pesem as alegações da apelante, não é provida a insurgência para firmar-se o direito da criança de viver num lar saudável, onde efetivamente tenha laços familiares, ainda que não seja a família biológica. Diga-se que o simples fato de ter sido preterido requisito formal, não autoriza, em tese, a modificação do julgamento.

Nesse sentido, dispõe o art. 227 da Constituição Federal de 1988:

“É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, rompendo de vez com a doutrina da situação irregular, consagra, em seu art. 1º, a doutrina da proteção integral, em perfeita consonância com o texto da Carta Política de 1988. É que a criança e o adolescente, como seres humanos em desenvolvimento que são, merecem total amparo da sociedade, tendo seus direitos assegurados sempre com absoluta prioridade.

Aliás, a adoção, como é sabido, sempre existiu na sociedade ocidental, sobretudo nos países de tradição jurídica romana. Como anota Valdir Sznick:

“Em Roma foi onde — em todos os tempos até o presente, inclusive — o instituto não só teve sua amplitude, como seu uso mais difundido. A grande evolução do instituto em Roma adveio da necessidade da perpetuação do culto doméstico — fato já notado pelos gregos — dos deuses familiares e do lar (que tinham a denominação de Lares)” (Sznick, Valdir. *Adoção*. 3ª ed., São Paulo, LEUD, 1999, págs. 27/28).

A adoção, portanto, estava ligada à idéia de sucessão da família. Tanto é verdade, que, como lembra Marliete Maldonado Vargas, Otávio, “adotado por Júlio César, reinou por mais de um século no império romano através de seus descendentes adotivos, Tibério, Calígula, Nero, Trajano, os Antônio e Marco Aurélio” (*Adoção Tardia*, São Paulo, Casa do Psicólogo, 1998, pág. 19). Também Napoleão Bonaparte, preocupado com a esterilidade da esposa, garantiu, pelo Código Civil, todos os direitos aos filhos adotivos, até mesmo os sucessórios.

Como salienta Sznick, até mesmo o remoto Código de Hamurabi, nos idos de 2.250 a.C., previa o instituto; seus artigos 185 a 193 regulamentavam o chamado mârûtu.

O direito contemporâneo, notadamente entre nós o Direito da Criança e do Adolescente, como é sabido, não mais se prende à idéia do culto aos mortos ou, simplesmente, às sucessões entre nobres. A adoção hodierna enfatiza o social, preservando, acima de tudo, a proteção da criança e do adolescente. Em outras palavras, o instituto da adoção visa a solucionar o problema das crianças sem pais, das crianças sem carinho, das crianças sem ninguém. Ademais, ao se conjugar os artigos 1º e 43 do ECA, límpida está a intenção, posto que, como seres humanos em formação, fazem por merecer todo o resguardo do sistema jurídico.

No caso sub judice, o consentimento materno foi desconsiderado, tendo-se em vista as peculiaridades do caso. E o foi corretamente.

É que, realizada a leitura dos artigos 45 e 43 do ECA, há, para a circunstância sob enfoque, uma antinomia. Enquanto o primeiro requer a anuência dos pais, em qualquer ocasião, o segundo pugna pelo deferimento da adoção quando apresente reais vantagens para o adotando.

Para superar tal contradição, urge invocar a Lei de Introdução ao Código Civil que em seu art. 5º dispõe que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Fundamental importância, por demarcar um princípio exegético, tal preceito mereceu acurado exame dos

juristas Eduardo Espinola e Eduardo Espinola Filho, destacando-se:

“Fixadas a existência e a eficácia da norma jurídica, antes de decidir se tem ela aplicação ao caso concreto, há de ser determinado o seu sentido” (A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1995, pág. 127).

“Seja o juiz, que tenha uma questão a decidir e se proponha a resolvê-la, seja o jurisconsulto, chamado a emitir parecer sobre a aplicação da norma a regular certa hipótese e que vai responder à consulta, seja o doutrinador, expondo no seu livro os princípios norteadores da matéria, sobre que verse, numa construção científica do direito — uns e outros, como primeiro passo a dar, têm de investigar qual a norma chamada para solução da espécie de fato, que examinam” (op. cit., pág. 143).

“Por aí se vê que a razão está com Ferrara, quando, reportando-se aos ensinamentos de Kraus, Radbruch e Wach, instrui que ‘a interpretação é atividade científica livre, investigação racional do sentido da lei, por obra dos juristas teóricos ou práticos’” (op. cit., pág. 144).

Nessa perspectiva, depreende-se que o julgador deve, primeiramente, determinar o sentido da norma, verificando qual dos preceitos em questão solucionam o conflito; tudo isso numa investigação racional do sentido da lei.

Para tal investigação, é mister atender para o método teleológico, concebido por Ihering em sua obra *Der Zweck im Recht*. Nas palavras de Eduardo Espinola e Espinola Filho:

"Na verdade, segundo essa orientação, não se deve ter como ponto essencial a *occasio legis*, pois é um fenômeno meramente transitório e acidental.

"Também, não deve se dedicar uma atenção maior à intenção, ou vontade do autor da norma, eis que esse elemento, puramente subjetivo, pode não se ajustar com o fim prático do preceito.

"Ao que se atende é à natureza da relação, que o preceito rege, em confronto com as exigências sociais, que este tende a satisfazer, é à natureza positiva das coisas.

"Entendendo-se que tais elementos, de ordem objetiva, poderão explicar a norma jurídica, com muito maior precisão, que os critérios subjetivos e a desvaliosa vontade do legislador, permite-se, naturalmente, ao aplicador modificar a interpretação, que ao preceito vinha sendo dada, e adaptá-la ao fim, que se apresenta como verdadeiro e real, toda a vez que a vida, no seu evoluir constante, demonstrar que uma desarmonia existe entre o fim, que o intérprete vinha considerando ser o da lei, e o que lhe atribui a natureza das coisas" (op. cit., pág. 165).

Diante de tais ensinamentos, a lei deve ser interpretada tendo em mira seus fins práticos, deixando em segundo plano as expressões formais que regula.

Aliás, o Min. Ruy Rosado de Aguiar explica que "o intérprete não é um ser solto no espaço, liberto de todas as peias, capaz de pôr a ordem jurídica entre parênteses. Ele atua com a ordem jurídica, fazendo-a viva no caso concreto. Inserido no ambiente

social onde vive, tem o dever de perceber e preservar os valores sociais iminentes dessa comunidade, tratando de realizá-los". E linhas adiante assevera: "não lhe cabe sobrepor-se aos sentimentos médios da sociedade em geral e da comunidade jurídica em particular, que mais o fiscalizam nas suas decisões quanto mais democrático o regime" (grifou-se) (Ajuris 45/17).

Nesse contexto, o juiz deve submeter-se à lógica do razoável, ou seja, ponderar, quando da criação da norma para o caso concreto (sentença), sobre as conseqüências reais que decorrerão da decisão. Novamente Ruy Rosado de Aguiar ensina:

"Recaséns Siches sustenta que o Juiz deve submeter-se à lógica do razoável. Explica as fases por que passa o julgador para chegar à decisão: filtra os fatos, avalia a prova, confronta com a lei, faz aportes de circunstâncias extra legais, pondera as conseqüências de sua decisão e, depois de passar e repassar por esse complexo de fatores, chega finalmente à sua conclusão por intuição intelectual, momento em que a questão se esclarece e é fixada uma posição" (grifou-se) (Ajuris 45/13).

Nessa senda, considerando os fins práticos do Estatuto da Criança e do Adolescente, fins estes, aliás, insitos em seu art. 1º (doutrina da proteção integral), deve-se, parafraseando Espinola, "dar lugar secundário às expressões formais do seu regulamento" (op. cit., pág. 167).

Por esse enfoque, numa interpretação teleológica, deve-se relativizar, no caso concreto, a formalidade do art. 45 do ECA, para possibilitar à criança que não tem família, uma vida

mais digna, num ambiente social adequado à sua formação como pessoa.

José Luiz Mônaco da Silva, em comentário ao Estatuto da Criança e do Adolescente, assevera:

“A adoção foi instituída primordialmente em benefício do adotando e, secundariamente, em prol do adotante. Portanto, urge acentuar que a medida somente será deferida se apresentar reais vantagens para aquele. Essas vantagens, é bom lembrar, não se referem exclusivamente às condições socioeconômicas do adotante, mas, como é natural, dizem respeito também a outros aspectos que convergem para um único objetivo: propiciar ao adotando um lar digno e feliz. Nem sempre uma família abastada estará apta a adotar uma criança; é que, às vezes, uma outra família, não tão bem aquinhoad economicamente, poderá reunir melhores condições de ver deferida sua pretensão, por congregar em seu âmago uma estrutura familiar sólida e voltada aos princípios humanitários e morais” (Estatuto da Criança e do Adolescente: comentários. São Paulo, RT, 1994, págs. 69/70).

Ora, afastada a formalidade do consentimento materno, o caso é de se examinar qual das duas famílias, nos termos do artigo 43 do ECA, apresenta “reais vantagens para o adotando”.

O primeiro estudo social trazido aos autos, a fls. 20, destaca:

“Ao que nos consta, o casal relaciona-se a bom nível. Em relação aos filhos é de afeto e atenção. Se mostram preocupados com o ‘futuro da menina’.

“A criança K. encontra-se plenamente adaptada à família”.

Finalizando, a Sra. Assistente Social acentua em seu parecer que a família “tem vida regrada, relacionamento baseado no diálogo e conceitos pré-concebidos na família”. E conclui: “por tudo, podemos considerar o casal apto para adotar a criança K. X. Z., que passará a chamar-se K. L. S.”.

O segundo parecer é o de fls. 30. Nele pode-se colher:

“A criança está saudável, plenamente adaptada e correspondente à afetividade e costume da família que considera sua. Identifica o casal como pai e mãe e o filho deles como mano. Exige ser chamada de ‘minha filha’. (...) Sob o ponto de vista técnico, o casal S. se mostra, no momento, apto e em nada obsta a adoção da criança K”.

Não há negar, dessarte, o bom ambiente da família requerente, como reiteradamente afirmado nos estudos sociais enfocados, tendo amplas condições de beneficiar-se da adoção postulada.

Em contraposição, a apelante, em sua contestação, deixa clara a precária situação em que vive, tanto pela carência de recursos materiais, quanto pelo ambiente desfavorável.

Do simples exame da peça, de fls. 42, pode-se averiguar a situação da moradia da apelante, com toda certeza imprópria para a educação de qualquer ser humano:

“Conseguiu um terreno na ‘favela do matadouro’, e lá mandou que o casal construísse uma ‘meia-água’, para onde a Contestante e seus filhos

foram colocados (...) no 'acesso pela escadaria ao lado do Bar da Valda'.

"O cônjuge varão, de insuportável passou a vadiagem, bem próprio do ambiente em que foi viver, 'rota do crime', 'estrada do cadeião', e ali o vício, as drogas e a prostituição eram sua escola, ao ponto de trazer para dentro do barraco prostitutas e homossexuais" (grifou-se).

Tal ambiência, certamente imprópria para criar um filho, ensejaria até mesmo a destituição do pátrio-poder, nos termos do art. 33 do ECA: "a guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente".

Em contraposição, trouxeram os requerentes aos autos fotografias (fls. 77/81), revelando o ambiente saudável e confortável em que vive atualmente a adotanda.

Por derradeiro, o parecer de fls. 87 da assistente social não deixa margem à dúvida quanto ao acerto da decisão impugnada:

"A criança K. teve pouca convivência com a mãe biológica;

"A família onde a criança se encontra a tem como membro nato.

"A família que a criança conhece é a dos guardiões".

Não há olvidar que o art. 43 do ECA, interpretado teleologicamente em consonância com a doutrina da proteção integral, exige que as adoções sejam realizadas sempre no interesse da criança, jamais sendo sobrepujado pelo interesse de outrem, mesmo que estes sejam os próprios pais. Tanto é assim que o próprio Estatuto requer, nas adoções de pes-

soas maiores de 12 anos, o seu consentimento.

Maria Josefina Becker, com toda a propriedade, enfatiza:

"Não se pode perder de vista que 'a adoção é uma medida de proteção aos direitos da criança e do adolescente, e não um mecanismo de satisfação de interesses de adultos. Trata-se, sempre, de encontrar uma família adequada a uma determinada criança, e não de buscar uma criança para aqueles que querem adotar" (Becker, Maria Josefina, in Cury, Munir. Et alli. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, São Paulo, Malheiros Editores, 1992, pág. 148).

Embora a matéria ainda não se tenha sedimentado na jurisprudência, sendo escassos os precedentes sobre o assunto, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais averbou:

"Se a adoção é vantajosa para o menor, é de ser deferido seu pedido, ainda que não ocorrente a diferença etária entre adotante e adotando, requisito constante do § 3º do art. 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo em vista que, diante da finalidade precípua da adoção, que é o bem-estar do adotando, deve ser atenuado o rigorismo formal da lei" (Apelação Cível n. 4.779/5 — comarca de Ponte Nova, em 26/8/1993).

3. Por todo o exposto, nega-se provimento ao apelo, mantendo-se por seus próprios fundamentos a doutra sentença objurgada.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Trindade dos Santos e Solon d'Eça Neves. Lavrou parecer, pela doutra Procuradoria-Geral de Justiça, a Exma. Sra. Dra. Rosa Maria Garcia.

Florianópolis, 17 de fevereiro de 2000.

*Pedro Manoel Abreu,
Presidente e Relator.*

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.012548-0, DA CAPITAL

Relator: Des. Pedro Manoel Abreu

Cobrança de comissão de corretagem. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Contrato de compra e venda. Intermediação demonstrada. Direito à comissão. Arbitramento. Inteligência do artigo 1.218 do Código Civil.

À parte que alega em audiência inexistência de provas a ser produzidas, é defeso suscitar o cerceamento de defesa em decorrência do encerramento da fase instrutória.

“A celebração de contrato de corretagem sob a forma verbal, à falta de documento atestando o concerto, não infirma sua existência, porquanto independe de forma ou solenidade expressa, podendo tanto ser manifestada a contratação por escrito quanto verbalmente e até por aceitação tácita, quando o corretor ou o comitente admitem a interferência recíproca nos seus negócios, sem que haja objetivamente qualquer contrato entre eles, nem prévio entendimento escrito ou verbal” (Antônio Carlos Mathias Coltro).

Sendo o contrato de corretagem essencialmente bilateral, não havendo comprovação quanto à percentagem ajustada como comissão do corretor, é razoável arbitrá-la em 3% sobre o valor do negócio.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.012548-0, da comarca da Capital, em que é apelante Osmar Espíndola, sendo apelado Altino Marques Filho:

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

Custas de lei.

1. Osmar Espíndola ajuizou ação de cobrança contra Altino Marques Filho, sustentando ser técnico em transações imobiliárias e responsável pela intermediação que resultou na venda de imóvel pertencente ao réu, tendo direito à obtenção da comissão pelos serviços prestados.

Elucidou que seu trabalho consistiu na aproximação das partes interessadas na negociação e destacou a

existência de contrato verbal de mediação entre ele e o acionado, sendo-lhe devida a cifra de R\$ 14.400,00, correspondente a 6% do valor do bem, como estabelece a tabela de honorários estipulada pelo Sindicato dos Corretores de Imóveis, tendo recebido apenas R\$ 1.000,00, montante que entende insuficiente.

Contestando, o acionado aduziu preliminarmente carência de ação, por não ser o autor corretor de imóveis.

No mérito, assinalou não ter firmado contrato de exclusividade com o demandante, reservando-se o direito de transacionar o imóvel, tendo efetuado a negociação sem qualquer colaboração.

Esclareceu jamais ter contratado com o acionante, apenas tendo ofertado R\$ 1.000,00 como forma de pagamento pela publicidade por ele levada aos jornais locais, assim também por estar penalizado com sua decepção, vez que não conseguiu vender o bem.

Atacou a pretensão do autor e requereu sua condenação às penas por litigância de má-fé.

Na impugnação à contestação foram rebatidas as teses do réu e despendidos esforços para a demonstração da intervenção do autor no negócio, apontando este para a participação de sua esposa como testemunha instrumentária do contrato de compra e venda.

Após audiência de instrução e julgamento, sentenciou a Dra. Juíza de Direito, julgando improcedente o pedido, entendendo não estar devidamente comprovada a exigibilidade do crédito reclamado.

Irresignado, apelou o sucumbente, arguindo, preliminarmente, cerceamento de defesa, porquanto acreditava que a audiência realizada fosse de conciliação, razão pela qual deixou de providenciar prova testemunhal. No mérito ratificou as teses esposadas na inicial e solicitou melhor análise das provas.

Contra-arrazoado o recurso, alçaram os autos a esta Corte de Justiça.

2. Dá-se provimento parcial ao recurso.

2.1. Não se observa o cerceamento de defesa alegado.

Saneado o processo e deferidas as provas requeridas, foi designada audiência de instrução e julgamento da qual as partes foram intimadas por relação publicada no Diário da Justiça (fls. 46), ambas estando cientes do objetivo ao qual aquela se destinava, bem como que deveriam produzir as provas desejadas, não sendo plausível a alegação de desconhecimento da natureza do ato.

Como demonstra a ata lavrada na ocasião, frustrada a tentativa de conciliação, não foi requerida a produção de outras provas, atendo-se a defensora do apelante a tecer considerações remissivas.

Ora, se pretendia produzir prova testemunhal, não deveria ter declarado a desnecessidade da produção de outras provas.

Também, se realmente foi prejudicado ao constatar que a audiência que presumia ser de conciliação tratava-se na verdade de audiência de instrução e julgamento, deveria ter feito constar em ata o equívoco em que in-

correu, evitando que a Magistrada proferisse decisão interlocutória encerrando a fase probatória, determinando a conclusão dos autos para sentença.

Não se manifestando, tampouco interpondo agravo da decisão, assentiu com o encerramento da instrução, fazendo com que o ato fosse alcançado pela preclusão, não podendo o debate ser reaberto, como estabelece o artigo 473 do Código de Processo Civil.

Humberto Theodoro Júnior leciona sobre o tema:

“Dispõe o art. 473 que ‘é defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão’.

“Embora não se submetam as decisões interlocutórias ao fenômeno da coisa julgada material, ocorre frente a elas a preclusão, de que defluem conseqüências semelhantes às da coisa julgada formal.

“Dessa forma, as questões incidentalmente discutidas e apreciadas ao longo do curso processual não podem, após a respectiva decisão, voltar a ser tratadas em fases posteriores do processo.

“Não se conformando a parte com a decisão interlocutória proferida pelo juiz (art. 162, § 2º), cabe-lhe o direito de recurso através do agravo de instrumento (art. 522). Mas se não interpõe o recurso no prazo legal, ou se é ele rejeitado pelo Tribunal, opera-se a preclusão, não sendo mais lícito à parte reabrir discussão, no mesmo processo, sobre a questão” (Curso de Direito Processual Civil, 28ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999, vol. I, pág. 533).

Em sentido análogo se assentiu:

“A decisão de saneamento tem eficácia preclusiva. Como é interlocutória, as questões nela decididas e não impugnadas oportunamente por recurso de agravo ficam cobertas pela preclusão” (TJSC, AI n. 98.000219-2, de Tubarão, de relatoria do signatário, j. 25/2/1999).

2.2. Quanto ao mérito da questão, para dirimir eventuais dúvidas, destaca-se não haver empecilho à obtenção de comissão de corretagem por Corretor de Imóveis que, embora detentor do título de técnico em transações imobiliárias, não disponha de inscrição no órgão de classe a que pertence. Extrai-se da obra de Wilson Bussada:

“Comissão. Cobrança. Procedência. Falta de inscrição no Conselho Regional de Corretores de Imóvel. Irrelevância.

“Intermediário de negócio. Mediação consumada. Cobrança. Direito à comissão. Recurso improvido. Faz jus à remuneração o intermediário do negócio que não se encontre inscrito no Conselho Regional de Corretores de Imóveis.

“Na intermediação de negócio, o direito do mediador à percepção da corretagem emerge do instante do acordo de vontades expresso pelos contratantes (2ª CC do TJMT, Ap. n. 10.179, v. un. em 30/6/1981, rel. Des. Benedito Pereira do Nascimento, RT 554/184)” (Corretagem: interpretado pelos Tribunais, 1ª ed., Bauru, Editora Jalovi Ltda., 1985, pág. 44).

Na mesma esteira:

“Não se faz necessária a inscrição do corretor no Conselho Regional de Corretores de Imóveis para fazer jus à comissão que lhe for devida” (TJSC, Ap. Cív. n. 48.168, de Porto União, rel. Des. Anselmo Cerello, j. 21/3/1995).

Feita essa consideração, observa-se a presença de elementos que apontam a contribuição do corretor na negociação do imóvel descrito na inicial. O primeiro, e talvez mais importante, é o pagamento de R\$ 1.000,00 que lhe foi feito.

O apelado defendeu em sua contestação a inexistência de autorização para que outrem efetuasse a transação imobiliária, atribuindo ao seu próprio esforço a venda da casa, e justificou o pagamento de R\$ 1.000,00 ao apelante dizendo tê-lo feito ante a sua insistência, bem como por estar penalizado com a decepção do autor por não ter conseguido vender o imóvel.

Supõe-se ao intérprete, no exame da prova, um mínimo de razoabilidade. Ora, se o corretor realmente não tivesse contribuído para a efetivação do negócio, certamente nada teria recebido a título de pagamento.

Um segundo fator que aponta para a interferência do corretor na compra e venda é a presença de sua esposa, Denise Pfüzenreuter Espíndola, como testemunha instrumentária.

Ao depois, extrai-se da contestação (fls. 26) que o comprador do imóvel compareceu à negociação acompanhado do apelante, tornando inequívoca a participação de tal profissional.

Mesmo sem dispor de subsídios para atestar a prévia contratação verbal entre vendedor e corretor, pode-se constatar que a pactuação, ao menos, teria sido estipulada por aceitação tácita.

A falta de um documento atestando o ajuste não infirma sua existência, porquanto independe “de forma ou solenidade expressa, podendo tanto ser manifestada a contratação por escrito quanto verbalmente e até por aceitação tácita, ocorrente ‘quando o corretor ou o comitente admitem a interferência recíproca nos seus negócios, sem que haja objetivamente qualquer contrato entre eles, nem prévio entendimento escrito ou verbal,’ na lição de Carvalho Neto” (Antônio Carlos Mathias Coltro, *Contratos Nominados*, São Paulo, Saraiva, 1995, pág. 51) (grifou-se).

Para Carvalho Neto, a função do corretor muito se assemelha a de um intermediário, que “não é parte, por isso não contrata, não negocia, não realiza operação. Não fica nem de um lado nem de outro de qualquer dos contratantes. Não representa nem este nem aquele. Não fala nem por um nem por outro. Permanece no meio. Transmite à oferta a procura. Diligência para que a segunda se enquadre na primeira” (*Contrato de Mediação*, 3ª ed., São Paulo, Jalovi, 1991, pág. 88).

Dissertando sobre o tema, assinala Orlando Gomes:

“Consiste a atividade do corretor em aproximar pessoas que desejam contratar, pondo-as em contato.

“Cumprir sua função aconselhando a conclusão do contrato, informando as condições do negócio e pro-

curando conciliar os interesses das pessoas que aproxima.

“A relação jurídica entre as partes e o corretor não surge exclusivamente do negócio contratual de mediação, pois direitos e obrigações nascem também do simples fato de que o intermediário haja concorrido de modo eficaz para a aproximação das partes na conclusão do negócio. Trava-se a relação jurídica independentemente, nesse caso, de declaração de vontade emitida para a formação do contrato de corretagem, produzindo, entretanto, efeitos idênticos aos que se originariam de contrato formal, pois a atividade do mediador se interpreta como se houvesse sido contratado para executá-la” (Contratos, 20^a ed., Rio de Janeiro, Saraiva, 2000, pág. 380) (grifou-se).

E finaliza:

“Pelo serviço que presta, pondo em relação duas ou mais pessoas para a conclusão de um negócio, tem o corretor direito à remuneração” (op. cit., pág. 381).

Considerado perfeito o contrato de corretagem, parte-se para a fixação da comissão do profissional.

Caio Mário comenta que a comissão, afora o caso de vigorar quantia determinada, “é fixada sob modalidade percentual (1% a 5%), computada sobre o valor do contrato agenciado, ou sobre a vantagem ou proveito do comitente. Na corretagem livre, prevalece o ajuste, ou, na sua falta, o costume; na oficial, obedecer-se-á à tabela organizada pela Câmara Sindical e aprovada pelo Ministro da Fazenda (Decreto n. 2.475, de 1897, artigo 73, alínea c), ou à já constante do diploma legal (Decreto n. 19.009, de 1929, artigo

34). A lei especial que dispõe sobre a regulamentação do exercício da profissão de corretor de imóveis não fixa a remuneração, que é, assim, deixada ao ajuste ou aos costumes (Lei n. 4.116, de 27 de agosto de 1962, modificada pela Lei n. 6.530, de 12 de maio de 1978, que deu nova regulamentação às atividades do corretor de imóveis)” (Instituições de Direito Civil, 2^a ed., Rio de Janeiro, 1990, págs. 268/269).

Tratando-se de corretagem livre, entendida como aquela desempenhada por profissional sem designação oficial, e ausentes quaisquer provas a respeito do percentual da comissão, deve-se recorrer aos costumes e a analogia para sua a fixação, ante a omissão da lei, como faculta o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Nos moldes do artigo 1.218 do Código Civil, que disciplina a remuneração da locação de serviços, não se tendo estipulado valores, nem chegado a acordo as partes, a fixação será feita por arbitramento, respeitados os costumes do local, o tempo de serviço e sua qualidade.

Comentando o preceito em questão, anota Maria Helena Diniz:

“O quantum a ser pago a título da remuneração do serviço prestado poderá ser livremente estipulado pelas partes contratantes. Se o contrato foi omissivo a respeito, executado o serviço, entender-se-á que os contraentes se sujeitaram ao costume local, tendo em vista a natureza do serviço e o tempo de duração. Se houver discordância entre os contratantes, recorrer-se-á ao arbitramento, para que a fixação do valor do salário seja feita

por peritos no curso da ação da cobrança ou diretamente pelo Juiz (RT 178/246, 180/183 e 136/762; AJ 113/575, 88/235; RF 120/433) (Código de Processo Civil Anotado, São Paulo, Saraiva, 1995, pág. 759).

Usualmente os honorários por serviços dessa natureza são fixados em 6% do valor negociado, percentual também adotado pelo Sindimóveis — Sindicato dos Corretores de Imóveis de Santa Catarina, sediado nesta Capital. Apontando esta tendência, cita-se:

“A comissão devida pelo vendedor de imóvel ao corretor ou intermediário é de 6% sobre o preço da transação, quando não haja diversa estipulação no contrato” (Julgados do TARS 55/231).

A hipótese sub studio é peculiar, pois se tratando de imóvel de elevado valor, bem provável que se tenha estipulado percentual inferior. Ademais, à falta de contrato que o estabeleça, é razoável o arbitramento em 3% sobre o montante da transação.

Em caso análogo trazido à liça judiciária esta Corte de Justiça averbou:

“Intermediário de negócio — Pessoa que habitualmente age nesse sentido — Intermediação levada a efeito sem opção — Direito à corretagem na base de 3% sobre o valor do negócio — Ação de cobrança proce-

dente — Sentença confirmada — Inteligência do art. 1.218 do Código Civil.

“Aquele que habitualmente age como intermediário de negócio tem direito à comissão que, sem contrato que a fixe, é arbitrada comumente em 3%” (RT 465/166).

Do mesmo modo:

“Sendo o contrato de corretagem essencialmente bilateral, havendo discordância das partes quanto ao preço, não ajustado convencionalmente, é razoável arbitrar o percentual de 3% sobre o valor do negócio” (TJSC, Ap. Cív. n. 49.125, de Brusque, de relatoria do signatário, j. 28/9/1995).

3. Por todo o exposto, dá-se provimento parcial ao recurso, condenando-se o apelado ao pagamento de 3% do valor de venda do bem, deduzindo-se os R\$ 1.000,00 já adimplidos, mais despesas processuais e honorários arbitrados em 10% sobre o valor da condenação.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Trindade dos Santos.

Florianópolis, 7 de dezembro de 2000.

Alcides Aguiar,
Presidente com voto;
Pedro Manoel Abreu,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.015073-9, DA CAPITAL

Relator : Des. Pedro Manoel Abreu

Rescisão contratual. Incorporação imobiliária. Aplicabilidade do Código do Consumidor. Legitimidade passiva da contratante.

Prazo de entrega. Cláusula necessária. Excesso de prazo injustificado. Desnecessidade de prévia notificação para constituição em mora. Devolução integral das parcelas pagas. Excesso de garantia não caracterizado.

“Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Da inteligência do art. 2º do CDC colhe-se que a associação que adquire apartamento a ser construído por incorporadora, para uso de seus sócios, enquadra-se nesse conceito.

O consumidor que eventualmente não seja hipossuficiente em relação ao fornecedor não deixa de estar protegido pelo CDC.

A prática das construtoras e incorporadoras de deixar de estipular prazo de entrega para os imóveis é considerada prática abusiva pela legislação consumerista, em disposição que abriga os consumidores e os equiparados a estes.

Excedendo injustificadamente o prazo de entrega, perfeitamente cabível o pedido de rescisão contratual por parte do consumidor, não havendo necessidade de prévia notificação para a constituição em mora. Nesse caso, a devolução das parcelas pagas deve ser integral, com os acréscimos legais e contratuais.

Não se caracteriza excesso de garantia quando o bem garantido tem valor claramente inferior ou equivalente à obrigação a ser satisfeita.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.015073-9, da comarca da Capital, em que é apelante Top Residência Ltda. e Construtora Predilar Ltda., sendo apelada a Associação Nacional de Delegados da Polícia Federal (ADPF):

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por unanimidade de votos, negar provimento ao apelo.

Custas legais.

1. A Associação Nacional de Delegados da Polícia Federal (ADPF) aforou ação de rescisão contratual, pelo rito comum ordinário, em face de Top Residência Ltda. e Construtora Predilar Ltda., aduzindo o inadimplemento destas, consistente no atraso na entrega de obra objeto de promessa de compra e venda.

Relatou ter contratado com a segunda requerida em Brasília (DF), à vista de folders, apenas. Já pagou mais da metade do preço e, no entanto, exaurido o prazo de entrega, houve inadimplência total, violando-se o con-

trato em sua forma, modo e condições, notadamente em seu tempo regular de cumprimento. Demonstrou também a desilusão com o negócio, afirmando que foi um completo engodo engendrado para ludibriar sua boa-fé.

Sustentou não haver sequer vestígios da construção de quadras esportivas, piscinas, playground, churrasqueiras, salão de festas, restaurante ou mesmo trapiche para apoio náutico e de lazer. Quanto a este último, duvida de sua futura existência, já que se constatou in loco que o imóvel sequer fica próximo ao mar.

Por fim, fundamentou e requereu: a) o reconhecimento da inadimplência do contrato por parte das requeridas, decretando-se sua resolução com restituição integral dos valores pagos, corrigidos monetariamente de acordo com a variação do Cub-Sindiccon-SC, acrescidos de juros de doze por cento, a contar do vencimento de cada parcela, ou, subsidiariamente, a estipulação de juros legais de seis por cento, bem como ônus da sucumbência, cujo percentual indicado pelo contrato é 20%, procedendo-se, após, à liquidação da sentença por cálculos; b) a estipulação de hipoteca legal, convertendo a liminar concedida de constrição do imóvel, objeto do negócio, como forma de garantia à futura execução de sentença, oficiando-se o 2º Cartório de Registro de Imóveis; c) a confirmação da liminar na ação incidental, reconhecendo-se o direito à sustação do pagamento, ante a inadimplência das requeridas, declarando, ainda, a nulidade dos títulos emitidos ante a resolução do pacto; d) subsidiariamente, em não sendo acolhido o pedido "a", seja decretada a re-

solução do negócio jurídico, determinando a restituição integral dos valores pagos, corrigidos monetariamente de acordo com a variação do Cub-Sindiccon-SC, acrescidos de juros e ônus de sucumbência.

Contestou a ação apenas a demandada Top Residência Ltda., alegando que as fotografias que instruíram a cautelar não condiziam com a situação de então dos imóveis e que o empreendimento, ao contrário da argumentação inicial, localiza-se próximo ao mar. Por outro lado, afirmou que não havia prazo de entrega estipulado, mas, mera previsão. Ponderou, outrossim, que em caso de excessivo e injustificado atraso, seria necessária, por expressa disposição legal, a prévia notificação a que alude o art. 43, inc. IV, da Lei n. 4.591/64.

Obtemperou, ainda, que se havia atraso, devia-se exclusivamente aos atos da requerente, que frustrou a obtenção de financiamento bancário ou qualquer outra operação para obtenção de capital de giro, já que não devolveu cópia devidamente assinada do contrato que lhe fora enviado.

Argumentou a inviabilidade jurídica da constrição efetuada sobre o imóvel e questionou seu excesso, por ter abrangido todo o empreendimento.

Por fim, sustentou que a proprietária do empreendimento é a empresa Top Residência Ltda. e não mais a Construtora Predilar Ltda. e que, negando-se a requerente a assinar a alteração contratual, acabou por prejudicar o andamento normal do negócio.

Requereu, ao final, a improcedência do pedido. Alternativamente, que se mantivesse a constrição apenas sobre o bloco 6 que fora negocia-

do com a requerente. Formulou, ainda, pedido de extinção do processo por falta de interesse de agir, considerando inexistente a mora, já que o estágio da obra estaria dentro do prazo de previsão de entrega.

Em sua manifestação, a requerente destacou a revelia da demandada Construtora Predilar Ltda., que, mesmo regularmente citada, deixou de apresentar a defesa no prazo legal. Defendeu a legitimidade passiva da revel.

No mérito, reafirmou os fundamentos da exordial salientando que, passados mais cinco meses da inicial, nenhum avanço houve no estágio da obra.

Sem requerimento de novas provas pelas partes, o feito foi julgado antecipadamente. O Magistrado a quo julgou procedente o pedido, declarando rescindido o contrato e condenando as empresas requeridas à devolução das parcelas pagas pela requerente, corrigidas pela variação do Cub-Sindiscon-SC, acrescidas de juros de 12% ao ano, a partir do vencimento de cada parcela. Converteu, ainda, em definitiva a constrição requerida na inicial.

Irresignadas, as requeridas apelaram, destacando os efeitos da alteração contratual que tornou Top Residência Ltda. proprietária do empreendimento, transformando a Construtora Predilar Ltda. em parte ilegítima para a causa; no mérito, aduziu a não violação da previsão de entrega; a falta de notificação judicial; o prejuízo decorrente da não obtenção de financiamento para o empreendimento, tendo em vista a não assinatura do adendo ao contrato; o excesso na

constrição patrimonial; o não cumprimento da obrigação da requerente; e a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Postulou a reforma do julgado, tendo por improcedente o pedido, considerando-se justificado o atraso na entrega da obra ou, alternativamente, o provimento parcial do recurso, alterando a sentença no tocante à devolução integral das parcelas pagas ao arripio do estipulado contratualmente.

Contra-arrazoado o recurso, os autos alçaram a esta Corte de Justiça.

2. O apelo não merece provimento.

2.1 Como consumidor há que se considerar aquele que contrata prestação de serviço ou fornecimento de produto como destinatário final, pressupondo-se que age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade negocial (cf. José Geraldo Brito Filomeno).

No caso, embora possível o uso dos apartamentos adquiridos para locação a terceiros, o fim principal e imediato é para uso dos próprios associados, com o que resta plenamente caracterizada a relação de consumo. A Associação é a destinatária final dos imóveis. Nesse sentido:

"Destinatário final é aquela pessoa, física ou jurídica, que adquire ou se utiliza de produtos ou serviços em benefício próprio, ou seja, é aquele que busca a satisfação de suas necessidades através de um produto ou serviço, sem ter o interesse de repassar este serviço ou esse produto a terceiros. Caso este produto ou serviço seja repassado a terceiros, mediante remuneração, inexistente a figura do con-

sumidor e surge imediatamente a do fornecedor” (Daniel Diniz Manucci, Como identificar uma relação de consumo, in O Neófito — <http://neofito.matrix.com.br/>).

Frise-se que há que se considerar a destinação principal, do contrário praticamente ninguém que comprasse um imóvel poderia ser considerado consumidor, estando sempre presente a possibilidade de não ir residir nele, mas, sim, locá-lo a terceiros (não associados).

Nessa linha, assim se manifestou o Magistrado a quo :

“...a autora contratou a empresa Construtora Predilar para o fornecimento do serviço de obras de engenharia que tinham como objeto a construção do empreendimento de lazer em favor da requerente. Se a empresa requerente é a consumidora, a Construtora Predilar Ltda. é fornecedora, estando aquela no pólo ativo e esta no pólo passivo da relação processual.

“Configurado o contrato de consumo entre as partes contratantes (aliás, cada vez é maior o número de fontes doutrinárias e jurisprudenciais com o entendimento de que numa sociedade de consumo, todas as relações jurídicas, excetuando algumas, são de consumo), é lógica a afirmação de que nesta relação processual deve incidir o Código de Proteção e Defesa do Consumidor”.

O argumento das apelantes de que não haveria desigualdade econômica entre as partes contratantes, considerando-se até mesmo menos “poderosas” do que a requerida, não descaracteriza a relação afeta ao direito consumerista. Não é da essência

do conceito de consumidor a hipossuficiência econômica em relação ao fornecedor.

2.2 Nenhum reparo merece a decisão do Dr. Juiz de Direito, Antônio do Rêgo Monteiro Rocha, Magistrado a quo que considerou parte legítima a requerida Construtora Predilar Ltda., já que foi com ela que o contrato em questão foi celebrado.

Não se pode deixar de considerar que o único contrato firmado entre as partes é aquele levado a efeito entre a requerente/apelada e a requerida/segunda apelante, Construtora Predilar Ltda.

Em que pese o fato de alguns depósitos terem sido efetuados em conta de titularidade da primeira apelante, não há fundamento algum para que a segunda apelante tente esquivar-se à obrigação assumida, mesmo porque, se cessão contratual houve, e se eventualmente foi com a concordância da apelada, nenhum instrumento nesse sentido foi firmado, havendo aparente ajuste verbal, donde mostra-se necessário o exame do mérito para apurar-se eventual responsabilidade.

Uma vez mais, destaca-se o seguinte excerto da sentença objurada:

“Independentemente de as duas empresas requeridas serem integrantes do mesmo grupo societário, ou serem sociedades consorciadas ou coligadas, possuem ambas as empresas, como fornecedoras de produtos e serviços, responsabilidade pelas obrigações decorrentes das relações de consumo previstas no Código de Defesa do Consumidor”.

2.3 Sobre o fato motor do pedido de rescisão contratual, que seria o inadimplemento das requeridas, que não teriam entregado a obra no prazo assinalado, argumentaram estas que não havia prazo determinado, mas, sim mera previsão.

Ora, considera-se prática abusiva deixar de estipular prazo para o cumprimento da obrigação a cargo do fornecedor (CDC, art. 39, inc. IX), e mesmo que a apelada não fosse considerada consumidora, no capítulo em que se encontra inserida tal disposição legal há o seguinte texto: "Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas" (CDC, art. 29). Ou seja, mesmo que não se considerasse consumidora, seria, por equiparação, beneficiada pelo diploma.

Considerando-se que as apelantes lançaram mão de prática abusiva, sem indicar prazo para o cumprimento de sua obrigação, pode ser perfeitamente utilizado como parâmetro o que elas mesmas previram para a entrega da obra.

O atraso, muito ao contrário do alegado, não se deu nem por fato do príncipe, por força maior, caso fortuito ou qualquer outra causa justificável. Essas razões, segundo a jurisprudência, têm de ser "involuntárias ou debilitáveis ao outro figurante do negócio jurídico" (TARS, Ap. Cív. n. 192.150.969, 9ª C. Civ., rel. Juiz Antônio Janyr Dall'Agnol Júnior, j. 9/9/1992).

Consideram as requeridas que o atraso se deve ao fato de ter-se, a apelada, negado a assinar novo con-

trato com a suposta sucessora contratual.

Trata-se de exercício regular de direito. Não se pode obrigar, em casos tais, a contratação. Se foi a apelada Construtora Predilar quem negociou, deve cumprir com suas obrigações ou distratar e não coagir o outro contratante a assumir pacto com terceira pessoa.

Tampouco se pode considerar o argumento de que este agir da apelada prejudicou a busca de financiamento por parte das requeridas, já que, como se percebe, houve uma injeção inicial de capital da monta de R\$ 295.629,09 (valor das arras) e as parcelas vinham sendo pagas pela apelada em seus respectivos vencimentos. Por outro lado, em momento algum a apelada obrigou-se a novo pacto ou a auxiliar as requeridas na obtenção de financiamento bancário.

Gize-se que "a tentativa de utilizar cláusula contratual abusiva para tentar justificar o inadimplemento da obrigação viola as normas de proteção ao consumidor, devendo ser desconsiderada" (TJRJ, Ap. Cív. n. 16.170/98, (Reg. 170.399), 15ª C. Cív., rel. p/o Ac. Des. Bernardo Garcez, j. 3/2/1999).

E ainda:

"A cláusula aleatória de entrega de imóvel, quando a construção total terminar não é hipótese prevista na teoria da imprevisão e viola o Código do Consumidor, ensejando a rescisão contratual. Viola também o art. 115 do Código Civil, deixando o comprador ao arbítrio da Construtora" (TJDF, Proc. n. 47.296/97, 1ª T., rel. Des. Eduardo de Moraes Oliveira, DJU 10/6/1998).

A interrupção nos pagamentos, por sua vez, deu-se ao tempo do ajuizamento da lide e, a esse tempo, a obra já deveria estar concluída.

Por fim, pelas fotografias trazidas pela apelada, e por aquelas apresentadas pela própria apelante, em comparação com o folder do empreendimento, verifica-se claramente que o prazo não foi cumprido e tampouco o dobro dele seria suficiente para atingir as metas estabelecidas, considerando-se o estágio atual da obra.

Destaque-se, ainda, que o conjunto prevê a existência de oito blocos (ou setores), sendo que aquele que se encontra “semi-pronto” (como se constata da foto de fls. 174 da cautelar, mais perto da rodovia, setor 8), sequer é o que a apelada adquiriu, ou seja, mesmo tendo pago mais da metade da obrigação, os apartamentos que lhe são devidos sequer saíram da planta (setores 4 e 5). O inadimplemento total é patente.

Ainda que fosse esse único bloco “de pé” o destinado à apelada, seria inexplicável estarem já sendo habitados por terceiros, como sugerem as fotos trazidas pelas apelantes na cautelar apensa.

2.4 O dispositivo legal invocado pelas apelantes, com que entendem apontar a necessidade de prévia notificação judicial, não regula, em verdade, a relação em foco.

O inc. VI do art. 43 da Lei n. 4.591/64 refere-se à notificação com vistas à destituição do incorporador, questão que não guarda parentesco com aquela em exame.

Ademais, a jurisprudência tem reiterado entendimento no sentido da

desnecessidade de prévia notificação em casos como este:

“Empreitada — Unidade autônoma de condomínio — Obrigação de entrega em prazo certo — Inadimplência — Mora — Interpelação desnecessária — Ação de indenização — Procedência.

“Apelação cível. Ação de rescisão de contrato cumulada com perdas e danos. Construção. Prazo previsto para conclusão. Obrigação não cumprida. Ocorrência de prejuízos. Direito de ser ressarcido pelo construtor. Preliminar de cerceamento de defesa. Desnecessidade de produção de provas em audiência. Aplicação do n. I do art. 330 do CPC. Rejeitada. Havendo prazo previsto para a conclusão da obra, sem que a mesma tenha sido adimplida, o decurso desse prazo, por si só, constitui, de pleno direito, em mora o construtor, nos termos do art. 960 do CC, tornando-se desnecessária qualquer interpelação, além de não haver incidência do Dec.-Lei n. 745/69 quando se trata do promitente vendedor.

“O não cumprimento da obrigação por parte do construtor, sem que para isto tenha concorrido o compromissário comprador, resultou em perdas e danos para este, que será, por obrigação, indenizado por aquele, que se tornou inadimplente” (RT 584/215) (grifou-se).

E mais:

“Agravio de instrumento — Rescisão contratual — Construção e incorporação de condomínio — Notificação — Art. 43 da Lei n. 4.591/64 — Audiência de conciliação — Nulidade — Ausência de prejuízo.

“Por evidente ausência de prejuízo (CPC, art. 244), não se anula o

processo só porque não realizada a audiência de conciliação.

“A notificação de que trata o inciso VII do art. 43 da Lei n. 4.591/64 constitui-se pressuposto da ação em que se pretende a destituição do incorporador; não o é para a de rescisão do contrato de promessa de compra e venda” (TJSC, AI n. 10.188, de Itajaí, rel. Des. Newton Trisotto).

No corpo do venerando acórdão assevera-se:

“Dispõe o inciso VI do artigo 43 da Lei n. 4.591/64 que ‘se o incorporador, sem justa causa devidamente comprovada, paralisar as obras por mais de 30 dias, ou retardar-lhes excessivamente o andamento, poderá o juiz notificá-lo para que no prazo mínimo de 30 dias as reinicie ou torne a dar-lhes o andamento normal. Desatendida a notificação, poderá o incorporador ser destituído pela maioria absoluta dos votos dos adquirentes, sem prejuízo da responsabilidade civil ou penal que couber, sujeito à cobrança executiva das importâncias comprovadamente devidas, facultando-se aos interessados prosseguir na obra’.

“Está claro que a notificação é necessária para a ‘destituição’ do incorporador e não para o pedido de rescisão do contrato de promessa de compra e venda, por atraso na entrega da obra, formulado pelo promissário comprador.

“Também quanto a este aspecto da questão há na jurisprudência diversos precedentes:

‘Construção e incorporação de edifício. Contrato descumprido pela empresa. Desnecessidade de notificação. Pedido julgado procedente. Perdas e danos indevidos. Recurso

parcialmente provido” (Ap. Cív. n. 30.546, Des. Nestor Silveira).

“Havendo data prevista para a conclusão da obra, sua inocorrência, ipso facto, configura mora por parte do construtor, nos termos do art. 960 do CC, tornando-se desnecessária qualquer interpelação” (RT 529/126).

“Do corpo do acórdão da Apelação Cível n. 46.535, relator o Desembargador Alcides Aguiar, colhe-se:

‘Destarte, em existindo prazo certo para o cumprimento da obrigação pela vendedora incorporadora, não há falar de necessidade de interpelação ou notificação desta para sua constituição em mora’.

Afasta-se, portanto, tal arguição.

2.5 A devolução da totalidade das parcelas pagas, com os acréscimos legais e contratuais é consequência natural da rescisão contratual.

A perda de parte dos pagamentos só é admitida em caráter de pré-fixação de perdas e danos, que, no caso, são indevidos pela apelada, pois quem deu causa ao descumprimento da obrigação foram as próprias requeridas. E frise-se que a apelada jamais se utilizou do imóvel por jamais ter saído da planta.

De qualquer forma, a cláusula contratual de decaimento é abusiva, a teor do art. 53 do Código de Defesa do Consumidor que é de ordem pública e interesse social, não prevalecendo estipulação privada em contrário.

No caso, não há justificativa para a perda de qualquer valor por parte da apelada, porque acarretaria em enriquecimento sem causa.

Acerca do tema, encontra-se na jurisprudência:

"Promessa de venda e compra. Impossibilidade de aperfeiçoar-se o negócio jurídico. Devolução das quantias pagas, corrigidas desde o desembolso.

"A restituição das importâncias pagas pelos compromissários compradores deve operar-se de modo integral, com correção monetária desde a data do desembolso, sob pena de enriquecimento sem causa" (STJ, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 10.601-SP, rel. Min. Barros Monteiro, DJU n. 213, de 4/11/91, pág. 15.690).

E ainda:

"Compromisso de compra e venda — Rescisão — Inadimplemento contratual de ambas as partes — Restituição da importância paga ou perdas e danos — Admissibilidade — Retorno ao statu quo ante, com determinação de devolução da quantia efetivamente paga.

"Quando o contrato de compra e venda não se aperfeiçoa por inadimplemento da obrigação de qualquer das partes ou de ambas, tudo deve retornar ao estado anterior, mediante indenização por perdas e danos ou devolução, se for o caso, da importância efetivamente paga" (RT 624/174).

Também:

"Compromisso de compra e venda — Contrato de adesão — Rescisão — Prefixação de perdas e danos — Cláusula penal estabelecendo perda das importâncias pagas — Violação do disposto no art. 53, caput, do Código de Defesa do Consumidor — Prejuízo, ademais, inexistente, vez que poderá a construtora vender o imóvel novamente — Devolução das quantias pagas corrigidas determina-

da — Embargos infringentes acolhidos — Voto vencido.

"É evidente que o adquirente não teve a oportunidade de discutir as cláusulas que foram colocadas no instrumento da avença, materializado em contrato de adesão, e restou provado que a cláusula penal se tornou extremamente rigorosa, diante das circunstâncias, ou seja, do pagamento de parcela substancial do preço que deverá permanecer com a construtora, a despeito da rescisão contratual. É inquestionável, no caso, que a cláusula penal traduzindo perdas e danos não pode ser exigida, pelo simples fato de que não houve qualquer prejuízo à construtora; antes disso, até lucro. Ressalte-se, ainda, que a perda das prestações pagas ofende o disposto no art. 53, caput, do Código de Defesa do Consumidor" (EI n. 176.513-2/0-01, 11ª C., j. 10/9/92, rel. Des. Pinheiro Franco, RT 690/85).

2.6 Iguamente destituído de fundamento o alegado excesso de garantia, com a constrição sobre todo o imóvel, como segurança da execução.

As avaliações trazidas aos autos são documentos unilaterais. Além disso, e principalmente, não refletem a realidade. É até uma questão de lógica entender que um único bloco, inacabado, e um terreno sem outras benfeitorias podem até mesmo não ser suficientes para cobrir a devolução dos valores já pagos, que representavam mais da metade do preço de dois blocos praticamente inteiros de apartamentos (e uma cobertura), completamente mobiliados, com todo o aparato de lazer que estava previsto, mais eventuais perdas e danos que não são objeto de demanda no momento.

Como visto e fundamentado, a sentença não merece reparo algum.

3. Nesse contexto, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Trindade dos Santos e Solon d'Eça Neves.

Florianópolis, 8 de junho de 2000.

Alcides Aguiar;

Presidente para o acórdão;

Pedro Manoel Abreu,

Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.004219-7, DA CAPITAL

Relator: Des. Cláudio Barreto Dutra

Indenização – Acidente com morte.

Vara Cível ou Feitos da Fazenda – Matéria afeta ao direito comum (Código Civil, artigo 159) – Inocorrência da hipótese do artigo 107, § 2º, do CDOJESC – Argüição, ademais, preclusa.

Impossibilidade jurídica do pedido – Percepção de benefício previdenciário e indenização securitária – Irrelevância, dada a diversidade da fonte de custeio – Compensação, no entanto, dos valores repassados pela seguradora, porque contratados para este fim – Prefaciais repelidas.

Plataforma – Queda de uma altura de 17 metros – Madeira de má qualidade – Fortes chuvas no período – Fatores irrelevantes à isenção da responsabilidade – Solidariedade passiva (artigos 1.521, inciso III, e 1.518 do Código Civil) – Aferição da culpa – Pensão – Adequação aos termos do pedido – Danos morais – Critérios bem sopesados – Constituição de capital na forma do artigo 602 do CPC – Imposição normativa expressa – Verba honorária fixada de acordo com o artigo 20, § 5º, do Código de Processo Civil, observado o limite do artigo 11, § 1º, da Lei n. 1.060/50 – Provimento parcial dos recursos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.004219-7, da comarca da Capital (2ª Vara Cível e Registros Públicos), em que são apelantes Sotepa –

Sociedade Técnica de Estudos, Projetos e Assessoria Ltda. e JS – Empreiteira de Mão-de-Obra Ltda., sendo apelados Otília de Oliveira, por si e assistindo e representando seus

filhos José Luiz Pereira de Oliveira, Kátia Pereira de Oliveira e outros:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, rejeitar as preliminares e prover parcialmente os recursos.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Na 2ª Vara Cível e Registros Públicos da comarca da Capital, Otilia de Oliveira, por si, assistindo seus filhos José Luiz Pereira de Oliveira e Kátia Pereira de Oliveira, e representando os filhos Paula Pereira de Oliveira, Leonardo Pereira de Oliveira, Gabriela Pereira de Oliveira e Graziela Pereira de Oliveira, qualificados a fls. 3, ajuizaram ação indenizatória contra as empresas Sotepa – Sociedade Técnica de Estudos, Projetos e Assessoria Ltda. e JS – Empreiteira de Mão-de-Obra Ltda., buscando, em síntese, ser indenizados pelo falecimento de José Pereira de Oliveira, marido e pai, respectivamente, ocorrido no dia 27 de setembro de 1993 em razão de acidente laboral em uma obra de propriedade da primeira, mas que estava sendo edificada pela segunda ré, a empregadora do falecido.

A inicial foi instruída com procurações e documentos e as requeridas foram citadas por “AR” (fls. 49).

JS – Empreiteira de Mão-de-Obra Ltda. ofereceu contestação onde levantou preliminares de incompetência do Juízo e ilegitimidade passiva, refutando, no mérito, os fatos que embasaram o pedido.

A empresa Sotepa também ofereceu defesa escrita, quando ar-

güiu sua ilegitimidade passiva, referindo-se, no mérito, às cláusulas do contrato firmado com a empreiteira. Colacionou entendimentos jurisprudenciais favoráveis às teses que defende, juntando os documentos de fls. 94/123.

Réplica às fls. 125/134.

O Ministério Público se manifestou, sendo designada audiência de conciliação que, inexitosa, deu lugar ao saneador de fls. 176 e à audiência de instrução e julgamento, que foi transferida ante a possibilidade de composição entre as partes.

Sem sucesso a conciliação, procedeu-se à coleta da prova oral em audiência (fls. 321/324 e 333/334), seguindo-se os memoriais das partes e do Ministério Público (fls. 335/340 e 343/348).

Vencida a questão relativa à competência (fls. 348v. e 375), sobreveio a sentença que acolheu, em parte, o pedido inicial.

Os embargos declaratórios formulados pelos autores foram acolhidos pela decisão de fls. 405 e a ré Sotepa, não se conformando, recorreu levantando, preliminarmente, a incompetência do Juízo e a impossibilidade jurídica do pedido em razão de a apelada ser beneficiária da previdência social e ter recebido indenização do seguro. No mérito, asseverou que no contrato firmado com a empreiteira existe cláusula que a exonera de qualquer responsabilidade; que esta deve ser proporcional ao grau de culpa e não nos moldes estabelecidos pela sentença; insurgiu-se contra a duração do pensionamento; os danos morais, porquanto exorbitantes; e, também, contra a imposição da

constituição de capital, além dos honorários advocatícios, que devem ser reduzidos.

Pediu, por fim, a reforma do julgado, fazendo a prova do preparo (fls. 427).

A empresa JS — Empreiteira de Mão-de-Obra Ltda. igualmente ofereceu recurso, defendendo, em resumo, teses idênticas às da outra ré, que por brevidade deixam de ser mencionadas. O preparo consta a fls. 434.

Após a resposta e a manifestação do Ministério Público, os autos foram remetidos a esta Corte, oportunidade em que a Procuradoria-Geral de Justiça opinou no sentido da reforma parcial da sentença, relativamente à data-limite do pensionamento.

É o relatório.

II – Voto

O marido e pai dos autores era empregado da segunda ré e trabalhava em uma obra de propriedade da primeira quando ocorreu o acidente que motivou sua morte.

As apelantes, valendo-se do disposto nos artigos 107, § 2º, e 100, inciso I, do CDOJESC, visam ao reconhecimento da incompetência da Vara Cível a fim de que os autos sejam instruídos e decididos pelo Juiz da Vara dos Feitos da Fazenda, em razão da índole acidentária do pedido.

Todavia, além de a indenização ser de natureza comum, prevista na Lei Civil (artigo 159), os sucessores do falecido não estão pleiteando nenhum benefício de índole infortunistica, esta, sim, regida por normas específicas e afetas à competência da Vara da Fazenda Pública, de acordo

com o ordenamento suso mencionado.

Por outro lado, as apelantes tiveram ciência do despacho de fls. 372 e silenciaram quando poderiam agravar, incidindo, portanto, nas consequências do artigo 183 do Código de Processo Civil.

Quanto à prefacial de impossibilidade jurídica do pedido porque a Lei n. 8.113/91 (sic), que regula os benefícios previdenciários, admite a cumulação de indenização e esta já foi repassada aos apelados pela Icatu Seguros S.A. (fls. 185), igualmente não merece prosperar, pois, enquanto a responsabilidade da seguradora para com a segurada decorreu de vínculo contratual, a desta para com os parentes da vítima é de natureza aquiliana (ou extracontratual), onde o que importa é a verificação do dano, do nexo entre ele e a lesão, e da culpa do agente.

Além disso, é princípio cogente que “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXVIII – Seguro contra acidentes do trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa” (Constituição Federal, artigo 7º, inciso XXVIII).

As preliminares não têm consistência e devem ser repelidas.

No mérito, as apelantes repudiam a responsabilidade solidária, e a empresa Sotepa defende a assertiva de que esta deve ser proporcional ao grau de culpa vez que o falecido era subordinado ao mestre-de-obras que, por seu turno, era empregado da empreiteira.

A responsabilidade atribuída à Sotepa é a que decorre da culpa in eligendo enquanto a JS — Empreiteira agiu com culpa in vigilando. A da primeira, sem dúvida, pelo fato de não obstante haver contratado uma empreiteira para a realização do empreendimento, cumpria-lhe, antes de tudo, atestar as condições em que a obra estava sendo realizada. Aliás, como responsável que era pelo projeto, não é crível que o transferisse, simplesmente, à empreiteira e não mais comparecesse na obra a fim de certificar-se da execução; e, se o fez, maior a responsabilidade, já que era sua a obrigação de saber com quem havia contratado. Quanto à segunda, diga-se de passagem que a Constituição Federal de 1988, a teor de seu artigo 7º, XXVIII, parte final, consagrou o dever do empregador de indenizar o trabalhador em qualquer modalidade de culpa, seja esta levíssima, leve ou grave.

A jurisprudência dos Tribunais Pátrios e também desta Corte decidiram a respeito:

“Como a responsabilidade objetiva é só da Administração Pública e, por isso, intransferível ao executor da obra, este só responde dentro da responsabilidade subjetiva. Pode, entretanto, o prejudicado acionar a ambos, em litisconsórcio passivo, a demanda indenizatória, devendo, neste caso, provar a culpa de um e de outro. Acionados em conjunto, com fundamento na culpa, a responsabilidade é solidária, porquanto, no âmbito do direito civil, a responsabilidade do construtor e do proprietário da obra é sempre solidária” (TAPR, Ap. Cív. n. 77348400, Juiz Airvaldo Stela Alves) (grifo).

“Ação de indenização — Acidente no trabalho — Morte.

“Preliminar de ilegitimidade passiva — Contrato de empreitada — Vítima que trabalhava para a empreiteira, e não para a firma contratante dos serviços — Legitimidade da contratante para figurar no pólo passivo ao lado da empresa contratada e empregadora do trabalhador acidentado — Preliminar rejeitada — Voto vencido.

“O envolvimento da empresa contratante é questão que se resolve no âmbito da apuração da sua conduta, de modo a se saber se contribuiu culposamente ou não para o evento lesivo. Em tese, não há por que não possa haver ação contra ela” (Ap. Cív. n. 40.783, de Videira, rel. Des. João Martins).

E, nos termos do artigo 904 do Código Civil, “o credor tem direito a exigir e receber de um ou alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum”, mantendo-se, pois, a condenação solidária nos moldes fixados pela sentença.

O dano moral, no dizer de Carlos Alberto Bittar, “existe no próprio fato violador, impondo a necessidade de resposta, que na reparação se efetiva. Surge ex facto, ao atingir a esfera do lesado, provocando-lhe as reações negativas já apontadas. Nesse sentido é que se fala em *damnum in re ipsa*” (Reparação por Danos Morais, RT, págs. 202/204, apud Ap. Cív. n. 98.001644-4, de Canoinhas, rel. Des. Newton Trisotto). Já a reparação não pode ter como parâmetro uma equivalência entre a lesão moral e a quantia em dinheiro, vez que não se pode quantificar materialmente a dor do es-

pírito, 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, sendo confiado ao juiz o critério do arbitramento.

Em que pesem as referências da apelante a fls. 417, relativamente à extensão do valor arbitrado na sentença, vê-se que os autores são sete e, à exceção da mãe e de José Luiz, todos estudantes e menores, o que aumenta a presunção da dependência econômica, posto que a dor pela perda do marido e pai é, sem dúvida, incomensurável e não deve ser confundida com o que a indenização representa na sua globalidade, pois nem mesmo com ela serão, efetivamente, compensados.

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).

É possível, no entanto, que se abata da indenização os valores do seguro, comprovadamente recebidos pela viúva e mãe dos autores (fls. 185), tendo em vista que ambas as verbas decorrem da mesma causa. Este o entendimento jurisprudencial aplicável ao caso, *mutatis mutandis*:

“(…)

“— O valor do seguro obrigatório deve ser deduzido do montante da indenização, por aplicação da regra *compensatio lucri cum damno*, já que ambos os pagamentos têm a mesma causa” (RT 516/215).

E ainda:

“(…)

“O seguro obrigatório é passível de abatimento da indenização desde que comprovado o seu recebimento pelos familiares da vítima. Afirmado na contestação esse pagamento e desde que não contrariada a assertiva, deve a parcela do DPVAT ser deduzida da quantia indenizatória” (Ap. Cív. n. 98.006281-0, de Biguaçu, rel. Des. Alcides Aguiar).

A sentença deve ser modificada neste aspecto e também em relação ao termo final do pensionamento, pois “para o efeito de cálculo da pensão, a esperança de vida da vítima há de ser fixada em 65 anos” (REsp n. 97.667, rel. Min. Waldemar Zveiter).

Sobre o tema, esta Corte já consignou:

“Pensão — Viúva e filhos menores — Termo final da obrigação.

“A pensão devida à viúva do falecido terá como termo final o período de vida provável da vítima, ou seja, 65 (sessenta e cinco anos). Já com relação aos filhos menores, esta cessará quando estes completarem 25 (vinte e cinco anos), data que presumivelmente exercerão atividade laboral própria e constituirão família, assegurado o direito de crescer ao beneficiário remanescente” (Ap. Cív. n. 96.002930-3, de Içara, rel. Des. Carlos Prudêncio).

Ou ainda:

“A pensão devida pela morte de chefe de família à mulher e ao filho menor deve corresponder a dois terços dos rendimentos da vítima, tendo como termo final a idade em que completaria sessenta e cinco anos para a

mulher, cessando, em relação ao filho menor, ao completar este vinte e cinco anos, quando presumivelmente exercerá atividade laboral própria e constituirá família, assegurado o direito de crescer ao beneficiário remanescente” (Ap. Cív. n. 46.568, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Paulo Galotti).

Quanto à constituição de capital, o art. 602, caput, do Código de Processo Civil é claro ao dispor que “Toda vez que a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, o juiz, quanto a esta parte, condenará o devedor a constituir um capital, cuja renda assegure o seu cabal cumprimento”.

O capital em questão não precisa necessariamente ser constituído por moeda corrente, poderá sê-lo, a critério das apelantes, e como prevê o § 1º, mediante o oferecimento de garantia real, a fim de assegurar o cabal cumprimento da obrigação, justamente para evitar que as devedoras, em situação de crise, venham a não honrar seu débito.

Neste Tribunal a orientação sobre o tema é clara:

“As empresas privadas não podem ser dispensadas da constituição de capital para assegurar o cumprimento da obrigação” (Ap. Cív. n. 34.348, de Xanxerê, rel. Des. Nestor Silveira).

Relativamente aos honorários advocatícios, se houve com acerto o Magistrado ao fixá-los no patamar de 15%, porém, é necessário que sejam adequadas as bases sobre as quais deverão incidir, visto que da indenização por danos morais será deduzido o que foi pago a título de seguro e limi-

tado o pensionamento até a idade de 65 anos da vítima. A este resultado deverá ser acrescida uma anuidade da pensão e sobre a soma global é que incidirá o percentual dos honorários, conforme o disposto no artigo 20, § 5º, do CPC e precedentes jurisprudenciais.

A respeito:

“(…)”

“O fato de a autora ser beneficiária da Assistência Judiciária Gratuita não impede a fixação da verba honorária, segundo inteligência do art. 11 da Lei n. 1.060/50, obedecido o limite de 15%” (Ap. Cív. n. 97.014124-6, de Turvo, rel. Des. Anselmo Cerello).

“Os honorários de advogado, em ação indenizatória, devem ser calculados, segundo a taxa estabelecida, sobre a soma do vencimento e de doze das prestações vincendas” (STJ, 3ª Turma, REsp n. 12.482-SP, rel. Min. Dias Trindade, apud Theotônio Negrão. Código de Processo Civil e legislação processual civil em vigor, 28ª ed., São Paulo, Saraiva, 1997, pág. 99).

Assim, a sentença deve ser reformada em parte.

III — Decisão

Pelo exposto, a câmara rejeitou as preliminares e proveu parcialmente os recursos, para determinar: sejam compensados do total da indenização a importância relativa ao seguro, após as devidas conversões monetárias; que o pensionamento seja limitado até a data em que a vítima completaria 65 anos de idade; que os honorários advocatícios, no mesmo percentual da

sentença, incidam sobre os danos morais e sobre as parcelas vencidas e mais doze vincendas da pensão a que as apelantes foram condenadas.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Sérgio Paladino e Nilton Macedo Machado, lavrando parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justi-

ça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Roberto Speck.

Florianópolis, 13 de junho de 2000.

Silveira Lenzi,

Presidente;

Cláudio Barreto Dutra,

Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.020766-8, DE BLUMENAU

Relator: Des. Cláudio Barreto Dutra

Ação de reconhecimento de paternidade cumulada com anulação e retificação parcial de registro civil aforada pelo suposto pai contra a suposta filha, sua mãe e o marido desta — Exame de DNA atribuindo ao autor a probabilidade em 99,98% — Sentença de procedência do pedido — Recurso objetivando a reforma — Alegação de nulidade do processo diante da ausência de nomeação de curador especial à menor — Inadmissibilidade — Conflito de interesses inexistente na espécie — Insurgimento apenas quanto ao procedimento adotado com relação ao direito de visita, com a situação emocional e financeira da menor, quanto ao valor fixado a título de alimentos, bem como na condenação em honorários advocatícios — Desproviemento.

— Não há falar em nomeação de curador especial à menor (art. 9º, inc. I, in fine, do CPC), e portanto em nulidade processual, se os interesses desta não colidem com os de seus representantes.

— “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” (RE n. 80.805-PR, rel. Min. Xavier de Albuquerque, apud AI n. 96.012406-3, da Capital).

— “Atendido, quando da fixação dos alimentos, o binômio ‘necessidade dos alimentários’ e ‘possibilidades financeiras’ do prestador de alimentos, a verba a tal título estabelecida impõe-se mantida” (Ap. Cív. n. 51.385, de Timbó).

— “A concessão do benefício, conforme iterativa jurisprudência, inclusive desta Corte, não exige o juiz da aplicação do princípio da sucumbência, apenas suspende a exigibilidade das despesas processuais e honorários até a fluência de cinco anos, contados da sentença final. Se em tal prazo não se modificar a condição de fortuna do assistido, a obrigação será extinta ex vi dos arts. 11, § 2º, e 12 da Lei n. 1.060/50” (Ap. Cív. n. 45.620, de Itajaí).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.020766-8, da comarca de Blumenau (Vara da Família e Órfãos), em que são apelantes O. G., T. R. P. G. e R. L. G., sendo apelado A. S. L.:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Ação de reconhecimento de paternidade cumulada com anulação e retificação parcial de registro civil aforada por A. S. L., qualificado a fls. 3, contra O. G., T. R. P. G. e R. L. G.

Alega, em síntese, que “no período de agosto de 1995 a dezembro de 1996, manteve com a requerida T. R. P. G. um namoro, que resultou na concepção e gravidez de R. L. G., em 22 de fevereiro de 1997”; que tais fatos se encontram devidamente demonstrados, por uma fita de videocassete, constando exames de ultrassonografia realizados na demandada, e ainda,

cartas e cartões, que foram entregues ao autor, sendo pois “falsa” a declaração feita pelo requerido O. G. perante o titular do Registro Civil “de que é o pai da menor, R. L. G.”, pelo que a procedência do pedido é medida que se impõe. Juntou os documentos de fls. 12/27.

Determinado o desentranhamento da aludida fita (fls. 28), os demandados foram citados, ocasião em que requereram a concessão do benefício da justiça gratuita. Preliminarmente, argüiram a inépcia da inicial, por ser o autor parte ilegítima no feito, e litigância de má-fé deste, por abusar da “ingenuidade da requerida, usando contra ela documentos obtidos em segredo e em confiança”, incidindo, pois, nas disposições do artigo 18 do Código de Processo Civil. No mérito, aduziram que o réu O. G. é o verdadeiro e legítimo pai da menor, que a registrou como filha, fato inclusive reconhecido por sua esposa, a demandada T. R. P. G. Ademais, “a contestação da paternidade há de se processar em ação judicial sujeita a pressupostos de direito material, tais como: na impossibilidade física de coabitação nos primeiros

121 dias ou mais dos 300 que houverem precedido ao nascimento do filho; na separação e na impotência absoluta. Nem a confissão da mulher, nem o adultério comprovado ilidem a presunção". Ao final, repisando que o direito de negar a paternidade pertence exclusivamente ao pai, requereram a improcedência do pedido.

Réplica a fls. 50.

O Promotor de Justiça manifestou-se pela rejeição da preliminar argüida, "prossequindo-se o processo nos seus ulteriores termos".

Na audiência de conciliação, que restou inexitosa, o Magistrado saneou o processo, ocasião em que deferiu a realização de prova testemunhal e pericial, esta concernente em exame de DNA a ser procedido no autor; na menor e na requerida T. R. P. G., cujo laudo se encontra às fls. 76/78, tendo se manifestado sobre ele apenas o autor (fls. 82).

Na audiência de instrução e julgamento, não havendo provas a serem produzidas, finda a instrução, as partes ofereceram alegações finais em forma de memorial.

O Promotor de Justiça manifestou-se favorável à pretensão.

O Juiz de Direito julgou procedente o pedido.

Apelaram os vencidos, dizendo ser nulo o processo, tendo em vista a ausência de nomeação de curador especial à menor R. L. G. Salientaram haver dúvida quanto ao procedimento adotado em relação ao direito de visita: se esta seria feita na casa da menor ou "retirada do colo de sua mãe", terminando por asseverar que, se mantido o decisum, a menor será afe-

tada tanto emocional como financeiramente por não lhe ser permitido o uso do patronímico paterno e materno, bem como do plano de saúde a que o demandado tem direito (GEAP), por ser funcionário da Justiça do Trabalho. Quanto ao valor fixado a título de alimentos, disseram não ser suficiente para o sustento da menor, por não proporcionar "condições mínimas de sobrevivência", e no que diz respeito à concessão de assistência judiciária, esta deve abranger, também, a verba honorária advocatícia.

Com as contra-razões e a manifestação do Ministério Público, os autos ascenderam a este Tribunal, e, aqui, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Jobél Braga de Araújo, opinou pelo provimento do recurso.

II — VOTO

A aventada nulidade do processo imerece prosperar. Segundo o disposto no artigo 9º, inc. I, in fine, do Código de Processo Civil: "o juiz dará curador especial ao incapaz, se não tiver representante legal, ou se os interesses deste colidirem com os daquele".

No caso dos autos tal não se verificou, já que R. L. G. foi registrada como filha legítima de O. G., que durante todo o processo, juntamente com a sua mulher, a demandada T. R. P. G., confirmaram ser este o pai da referida menor.

Feitas estas considerações, melhor sorte não socorre aos apelantes.

Compulsando a petição recursal, observa-se que o insurgimento diz

respeito a questões outras que não à declaração da paternidade do autor sobre a menor R. L. G., reconhecida pelo Magistrado, diante da farta prova documental existente nos autos, bem como pela realização de exame de DNA, cujo resultado concluiu em 99,98% a probabilidade de o requerente ser o pai da aludida menor.

Quanto às “dúvidas” dos apelantes no que se refere ao procedimento adotado com relação ao direito de visitas, impende asseverar que o caminho a atingir tal desiderato seria o de oferecimento de embargos de declaração. Não obstante isso, nada há que ser esclarecido, porquanto bem definida na sentença a forma como será cumprido o período de adaptação entre o autor e a sua filha R. L. G., valendo a pena repisar a seguinte passagem:

“Nos primeiros seis meses, o pai poderá passar com a filha 2 horas por semana — das 14 às 16 horas do dia de cada sábado — sendo que nas 5 primeiras visitas contará com a companhia de uma assistente social; transcorrido o período acima descrito, o pai poderá passar com a filha 4 horas por semana — das 14 às 18 horas do 1º e 3º sábado de cada mês — até a criança atingir a idade de 5 anos. A partir desta data, o horário de visitas passará a compreender o 1º e 3º finais de semana de cada mês, das 9 horas de sábado às 19 horas de domingo” (fls. 122).

No que diz respeito ao “abalo moral” e à “repercussão financeira”, por que passará a menor caso mantida a sentença, tem-se despropositada tal alegação.

No Agravo de Instrumento n. 96.012406-3, da Capital, da lavra do Desembargador Anselmo Cerello, cuja hipótese é semelhante à dos autos, Sua Excelência fez inserir excerto publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência, volume 78, pág. 534, proferido por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.805-PR, no qual foi relator o Ministro Xavier de Albuquerque, que vale a pena mencionar:

“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 nonchalance. Mas, em qual-

quer 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 de 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 e os pais da criança lhe impuseram.

“Ficou devidamente comprovada e reconhecida (fls. 104/106) a divergência jurisprudencial. Tomo a liberdade de fazer minhas as palavras transcritas dos dois acórdãos invocados como paradigmas, às fls. 117/120. E, na esteira do parecer do Curador de Família, Dr. Francisco Antônio Souto e Faria, constante de fls. 34/36, opino pelo conhecimento e provimento do recurso para prosseguimento do feito, realização das provas genéticas e sanguínea, e depoimentos pessoais do autor e da ré, esta na pessoa de seu representante legal e, mais, depoimento pessoal da mãe da ré (STJ, REsp n. 4.987, RJ, registro n. 90.0008966-2).

“Outro, aliás, não era o que dispunha o art. 5º do anterior Código de Menores, que consagrava a denominada regra de ouro do menorismo, verbis:

‘Na aplicação desta lei, a proteção aos interesses do menor sobrelevará qualquer outro interesse juridicamente tutelado’ (cf. Notas Interpretativas ao Código de Menores, Forense, 1980)”.

Com relação aos alimentos, sequer contestados, a fixação em ½ (meio) salário mínimo, mostra-se adequada à realidade fáctica das partes envolvidas, e atendem o binômio estampado no artigo 400, do Código Civil: necessidade do alimentado e a possibilidade do alimentante, senão vejamos:

A alimentada conta atualmente com pouco mais de 3 (três) anos (fls. 13). O pai é motorista, e a mãe dona de casa, sendo também responsável pela sua manutenção. Não fosse isto, a decisão que fixa alimentos não transitaria em julgado, podendo ser revista a qualquer momento, desde que evidenciadas as hipóteses do artigo 401, do Código Civil.

A propósito, decidiu a Corte que “a proporcionalidade dos alimentos é maleável e circunstancial, mas atém-se às necessidades do alimentário e às possibilidades do alimentante. Se este é menor, a verba é fixada com moderação, atento o juiz à circunstância” (Ap. Cív. n. 50.128, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Amaral e Silva).

E ainda:

“Atendido, quando da fixação dos alimentos, o binômio ‘necessidade dos alimentários’ e ‘possibilidades financeiras’ do prestador de alimentos, a verba a tal título estabelecida impõe-se mantida” (Ap. Cív. n. 51.385, de Timbó, rel. Des. Trindade dos Santos).

Por fim, quanto à condenação dos requeridos à verba honorária advocatícia, saliente-se, como bem ponderou o Desembargador Pedro Manoel Abreu (in *Apelação Cível n. 45.620, de Itajaí*), que “a concessão do benefício, conforme iterativa jurisprudência, inclusive desta Corte, não exime o juiz da aplicação do princípio da sucumbência, apenas suspende a exigibilidade das despesas processuais e honorários até a fluência de cinco anos, contados da sentença final. Se em tal prazo não se modificar a condição de fortuna do assistido, a obrigação será extinta ex vi dos arts. 11, § 2º, e 12 da Lei n. 1.060/50”.

Esclareça-se, ainda, quando da retificação do registro da menor, seja observado pelo oficial do cartório, a substituição do nome do apelante pelo do autor A. S. L., já que esta providência não foi declinada na senten-

ça. Neste sentido, veja-se o asseverado pelo Promotor de Justiça a fls. 153.

III — Decisão

Isto posto, nega-se provimento ao recurso.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Eder Graf, participando também, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Jobél Braga de Araújo.

Florianópolis, 25 de abril de 2000.

Silveira Lenzi,
Presidente para o acórdão;
Cláudio Barreto Dutra,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 00.003545-9, DE PIÇARRAS

Relator: Des. Cláudio Barreto Dutra

Execução – Exceção de pré-executividade acolhida – Exclusão de dois executados – Decisão terminativa em relação a estes – Recurso cabível – Apelação – Precedente do Supremo Tribunal Federal.

“A decisão que exclui parte do feito, por ilegitimidade, é, em relação a ela, terminativa, embora não tenha julgado o mérito.

“Pela sistemática do Código de Processo Civil vigente, dessa decisão cabe o recurso de apelação, e não agravo” (STF).

Honorários advocatícios cabíveis – Fixação equitativa pelo juiz, na forma do § 4º do art. 20 do CPC – Recurso provido para tal fim.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.003545-9, da comarca de Piçarras, em que são apelantes Ivo Pinto dos Santos e Maria Rosana Ribeiro, sendo apelado Banco do Brasil S.A.:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, prover o recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Exceção de pré-executividade oposta por Ivo Pinto dos Santos e sua esposa Maria Rosana Ribeiro, em face de Banco do Brasil S/A, sustentando serem partes ilegítimas na execucional, vez que conforme o documento de fls. 25/26 estes foram afastados da novação realizada entre os demais executados e o excepto.

Intimado o exequente a fim de que se manifestasse sobre a petição, quedou silente.

Sobreveio decisão que julgou procedente a exceção de pré-executividade, para declarar os excipientes como partes ilegítimas no processo de execução.

Irresignados, apelaram os excipientes, postulando a fixação da verba honorária devida.

Contra-arrazoado o recurso, suspensa a execução, os autos ascenderam a esta Corte.

II — Voto

Inicialmente vale traçar algumas considerações acerca do cabimento do presente recurso. A questão

tem suscitado celeuma nos tribunais. No caso, em que pese o aspecto interlocutório da decisão, para as partes excluídas trata-se de verdadeira decisão terminativa, muito embora não tenha julgado o mérito, cabendo, assim, o recurso de apelação.

Na lição de Araken de Assis:

“Deduzindo a exceção de executividade (nomen juris adotado pelo autor), o devedor cria o incidente, cuja rejeição enseja agravo; do acolhimento, porque ato extintivo da execução, cabe apelação” (in Manual do Processo de Execução, RT, 1998, pág. 446).

O Supremo Tribunal Federal assim já decidiu:

“Despacho saneador. Exclusão da parte.

“A decisão que exclui parte do feito, por ilegitimidade, é, em relação a ela, terminativa, embora não tenha julgado o mérito.

“Pela sistemática do Código de Processo Civil vigente, dessa decisão cabe o recurso de apelação, e não agravo” (RE n. 88.748-9/BA, rel. Min. Cunha Peixoto).

A contrario sensu, ou seja, quando o autor recorre da decisão que exclui determinado réu, cabe agravo de instrumento, pois não se trata para ele de decisão terminativa, consoante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“Processo civil. Despacho saneador. Não extinção do processo. Recurso cabível. A decisão que exclue (sic) determinados réus da lide pode ser atacada pela autora com recurso de agravo de instrumento, posto que em relação a ela trata-se de decisão interlocutória, não extinguindo o

processo. Recurso conhecido e provido” (REsp n. 34309/PR, rel. Min. Cláudio Santos, in DJU de 2/8/1993, pág. 14.244, grifei).

O nó górdio, no caso, todavia, cinge-se no cabimento da verba advocatícia quando extinta, em relação a dois co-réus, execução não embargada, obtida por meio da exceção ou objeção de pré-executividade.

A jurisprudência tem criado parâmetros fáticos aptos a fundamentar a condenação em honorários:

participação efetiva do patrono do executado no processo de execução;

formação de incidente, ou seja, exceção de pré-executividade.

Na hipótese, os apelantes opuseram a exceção (fls. 18 a 23), e interuseram o recurso deduzido (fls. 41 a 46), demonstrando, à saciedade, a efetiva participação do causídico.

Da doutrina:

“Para ter direito aos honorários advocatícios resultantes da sucumbência, não é necessário que a defesa oposta pelo devedor em execução contra si proposta seja necessariamente articulada por via de embargos. São eles também devidos quando, em determinadas situações — como aquelas em que se discutem questões atinentes à admissibilidade do processo de execução e que se relacionam com os pressupostos processuais e as condições da ação — essa mesma defesa prévia é feita via de exceção de pré-executividade nos próprios autos da ação” (Moreira, Alberto Caminã. Defesa sem embargos do executado: Exceção de

Pré-Executividade, São Paulo, Sarai-va, 1998, pág. 198).

Portanto, uma vez reconhecida a formação de um incidente litigioso entre o credor e os devedores, existente efetiva participação do procurador no curso da relação processual estabelecida, entende-se cabível o arbitramento dos honorários advocatícios.

Sobre honorários na exceção de pré-executividade, o magistério de Yussef Said Cahali:

“Conforme foi assinalado anteriormente, tratando-se de exceção de pré-executividade, com que o devedor antecipa a sua defesa antes de estar seguro o juízo, postulando a nulidade da execução nos termos do art. 618 do CPC, tem-se que a sua pretensão se equipara à do embargante sem depósito da coisa devida, no seu confronto com o credor exequente; instaura-se entre eles incidente caracteristicamente litigioso, de modo a autorizar a imposição aos vencidos dos encargos advocatícios da sucumbência” (in Honorários Advocatícios, RT, 3ª ed., 1997, pág. 992).

É a orientação do Superior Tribunal de Justiça:

“O executado pode alegar pagamento nos próprios autos da execução, antes de efetivada a penhora. Nesse caso, deve o magistrado abrir vista dos autos ao exequente e, reconhecido o pagamento, declara extinto o processo, condenando aquele a pagar honorários módicos ao executado” (REsp n. 105.944/MG, rel. Min. Pádua Ribeiro, j. 14/5/86, in DJU de 12/5/86, pág. 10.335).

A jurisprudência desta Corte não destoa:

“Execução. Contrato de abertura de crédito em conta corrente. Demonstração do débito através de extrato unilateral da instituição financeira. Título sem eficácia executiva. Execução anulada. Exceção de pré-executividade. Honorários advocatícios. Incidência.

“Se a defesa ocorrer por meio de exceção de pré-executividade, com o ônus de contratar advogado para defender-se, acolhida essa forma de defesa, a extinção da execução ensejará a condenação do exequente ao pagamento dos honorários” (Ap. Cív. n. 98.008399-0, de Canoinhas, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

“Execução. Exceção de pré-executividade acolhida. Execucional extinta. Honorários advocatícios incidentes. Princípios de equitatividade, entretanto, não observados. Verba reduzida. Apelo, para tanto, parcialmente provido (Ap. Cív. n. 99.015093-3, de Concórdia, rel. Des. Trindade dos Santos).

Desta Câmara, *mutatis mutandis*:

“Honorários. Cabimento. Participação do patrono dos executados. Arguição de exceção de pré-executividade nos autos da própria executacional.

“Tendo o patrono dos executados efetivamente intervindo no processo de execução, é correta a imposição à exequente da verba honorária” (Ap. Cív. n. 98.007314-6, de Coronel Freitas, rel. Des. Silveira Lenzi, julgada em 20/10/98).

Do corpo do paradigma colhe-se:

“Com relação aos honorários advocatícios, melhor sorte não assiste ao apelante. Tendo ocorrido a efetiva participação do causídico contratado pelos executados, através de preliminar de exceção de pré-executividade nos próprios autos da execução, é correta a fixação de verba honorária”.

Destarte, a fixação da verba honorária é medida que se impõe.

A fixação dos honorários nas execuções embargadas, ou não, segue os critérios do § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil.

Da lição de Araken de Assis:

“No caso de extinção, o juiz condenará o credor nas despesas do processo e em honorários, observado, em relação à última verba, a diretriz do art. 20, § 4º. Nesse sentido, já se manifestou a 3ª Turma do STJ: ‘Embora não apresentados embargos à execução, limitando-se o executado a petição, nos autos da execução, denunciando vício formal do título, são os honorários devidos’” (ob. cit., pág. 446).

No caso, sopesados a singeleza da lide e o vultoso valor atribuído à causa (R\$ 2.088.289,09), bem como o zelo profissional do procurador dos executados e sua atuação condigna, que se resumiu na elaboração da exceção de pré-executividade e da petição recursal, tem-se razoável o valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais) a título de honorários advocatícios.

III — Decisão

Diante do contexto, dá-se provimento ao recurso, para, considerando o valor do débito em execução, mais o zelo do profissional, a importância e

dificuldade da causa, mormente o trabalho desenvolvido pelo mesmo procurador, fixar o valor dos honorários em R\$ 3.000,00.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino.

Florianópolis, 2 de maio de 2000.

Silveira Lenzi,
Presidente com voto;
Cláudio Barreto Dutra,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.016648-9, DE CRICIÚMA

Relator: Des. Newton Trisotto

Ação cautelar — Ação principal — Procedência do pedido — Interesse de agir — Recurso — Perda do objeto — Tributário — Depósito — CTN, art. 151, II — Sucumbência.

1. Julgado procedente o pleito formulado na demanda principal — de anulação de lançamento fiscal —, impõe-se a confirmação da sentença que deferiu medida cautelar aforada para suspender a exigibilidade do crédito tributário questionado.

2. Nas demandas cautelares, o interesse de agir consiste na “necessidade de recorrer, o titular de alguma pretensão, à tutela cautelar, sob pena de se ver despojado do amparo da futura eficácia da tutela jurisdicional definitiva, já que esta se tornaria inócua pelo perigo de mutação iminente e grave na situação das partes em litígio” (Humberto Theodoro Júnior).

3. O depósito de que trata o inciso II do art. 151 do Código Tributário Nacional pode ser realizado administrativamente ou nos autos do processo principal.

Tendo o contribuinte optado pelo processo cautelar, evidentemente desnecessário, não responde o credor pelo ônus da sucumbência (REsp n. 122.466, Min. Ari Pargendler).

que é apelante o município de Criciúma e apelado Banco Real S.A.:

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.016648-9, da comarca de Criciúma (Vara da Fazenda Pública, Acidentes de Trabalho e Registros Públicos), em

Acordam, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, desprover o recurso e prover parcialmente o reexa-

me necessário para isentar o réu dos ônus sucumbenciais.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Banco Real S.A. ajuizou ação declaratória e medida cautelar incidental inominada contra o município de Criciúma.

O litígio tem origem no Auto de Infração n. 223/92, pelo qual o autor foi notificado para recolher Imposto Sobre Serviços.

Na lide principal, requereu a nulidade da cobrança do ISS; na cautelar, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Esclarecendo que ajuizou ação visando à declaração da nulidade do lançamento e dizendo que “tem fundados receios de vir a ser lesado e sofrer graves e irreparáveis prejuízos em sua imagem”, requereu “a decretação, com fundamento no artigo (151, II, do CTN), da suspensão a exigibilidade do Crédito Tributário, através do depósito provisório, que ora é juntado”.

Apresentada a defesa (fls. 7/12), o Dr. Hélio do Valle Pereira julgou procedente o pedido. Deferiu o “depósito, com isto suspendendo a exigibilidade do crédito fiscal”, e condenou o réu a pagar custas judiciais e honorários advocatícios, arbitrados em R\$ 100,00 (cem reais).

O vencido interpôs apelação, dizendo:

“Afirma o apelado que apenas com o ajuizamento da ação judicial afasta por completo a exigibilidade do crédito tributário. Ao nosso modo de ver é um procedimento viável, que

busca a tutela jurisdicional para determinada solução, mas não elide que o ente público venha a cobrar os valores devidos, ressalvas feitas, caso haja um depósito judicial ou ainda a concessão da medida liminar em mandado de segurança. E, conforme se observa dos presentes autos, até o momento em que o apelante realizava notificações dos valores de débito ao apelado, não estava caracterizada nenhuma das duas condições legais preceituadas no art. 151, incisos II e IV, do Código Tributário Nacional.

“Ora, Excelência, é muito tranquilo para o apelado (contribuinte) discutir a aplicação de determinados tributos, em conseqüência não pagá-los, e esperar a decisão judicial final, para aí sim desembolsar tais valores. Realmente é uma situação muito cômoda. Podemos inclusive ir mais além, argumentando que se 30% (trinta por cento) da população viesse a buscar a tutela jurisdicional, sem efetuar depósitos dos valores discordantes, seria com certeza 30% (trinta por cento) a menos que o município deixaria de arrecadar. E que tais valores seriam recebidos, quem sabe dali a 4 (quatro), 5 (cinco) e 6 (seis) anos. Com certeza ajudaria a inviabilizar qualquer administração pública, pois como é cediço, o repasse de verbas da União para os Municípios através do Fundo de Participação dos Municípios foi reduzido com a prorrogação do Fundo de Estabilização Fiscal, o repasse do ICMS também diminuiu, o que torna a saúde financeira dos municípios cada vez mais preocupante.

“Acrescenta-se a tudo isto afirmação advinda do próprio apelado, que ressalta que ‘é sabido que não se

considera coação a ameaça ao exercício normal de um direito’.

“Assevera-se que sendo um exercício normal de um direito os procedimentos adotados pelo apelante, dentro dos ditames da lei, não há falar em lesões ou prejuízos que poderá sofrer a apelado”.

Ao final, requereu que “seja provido o recurso quanto ao mérito, merecendo a reforma da v. sentença eis que não ocorreu lesão ou danos irreparáveis ao apelado, pois o apelante estava apenas realizando um exercício normal de direito, nos termos da legislação vigente, com a conseqüente improcedência dos pedidos do apelado, por ser de direito e de justiça”.

O apelado e o Ministério Público, nas duas instâncias, manifestaram-se pela confirmação do decisum.

Anoto que a sentença prolatada na lide principal, que julgou improcedente o pedido, foi reformada pela Câmara (Ap. Cív. n. 98.016640-3), decisão já transitada em julgado.

II — Voto

1. Nas cautelares, o interesse de agir consiste na “necessidade de recorrer, o titular de alguma pretensão, à tutela cautelar, sob pena de se ver despojado do amparo da futura eficácia da tutela jurisdicional definitiva, já que esta se tornaria inócua pelo perigo de mutação iminente e grave na situação das partes em litígio” (Theodoro Jr., Humberto. *Processo Cautelar*, Leud, 4ª ed., pág. 72).

Adiante, anota o processualista: “Para obtenção da tutela cautelar, a parte deverá demonstrar fundado temor de que, enquanto aguarda a tute-

la definitiva, venham a faltar as circunstâncias de fato favoráveis à própria tutela. E isto pode ocorrer quando haja o risco de perecimento, desvio, deterioração, ou de qualquer mutação das pessoas, bens ou provas necessárias para a perfeita e eficaz atuação do provimento final do processo principal. (...) O perigo de dano refere-se, portanto, ao interesse processual em obter uma justa composição do litígio, seja em favor de uma ou de outra parte, o que não poderá ser alcançado caso se concretize o dano temido. Esse dano corresponde, assim, a uma alteração na situação de fato existente ao tempo do estabelecimento da controvérsia — ou seja do surgimento da lide — que é ocorrência anterior ao processo” (pág. 77).

Em torno desse tema, há consenso doutrinário (SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*, Saraiva, 3ª ed., 1993, vol. 3, pág. 279; GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*, Saraiva, 1985, vol. 3, pág. 153; NERY Jr., Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*, RT, 3ª ed., 1997, pág. 910) e jurisprudencial:

“A medida cautelar tem em vista ‘a tutela do processo’, cujo resultado visa garantir” (Al n. 8.339, Des. Amaral e Silva).

“Não têm as medidas cautelares a função de proteger o direito da parte, mas, tão-só, de garantir a eficácia e a utilidade do processo principal ante a iminência de situação de perigo ou risco da parte que venha a sair vitoriosa no julgamento da lide” (in *Código de Processo Civil anotado*, de Sálvio de Figueiredo Teixeira, Saraiva, 1996, 6ª ed., pág. 542).

“O art. 796 do CPC estabelece que o procedimento cautelar é sempre dependente do processo principal. O processo cautelar se destina a servir ao processo principal e sua eficácia depende do resultado deste. A medida não deve transpor os limites que definem a sua natureza provisória” (RJTJESP 100/309).

Como se verá, essa introdução tem pertinência com o caso sub examen.

2. O depósito integral do crédito tributário suspende a sua exigibilidade (CTN, art. 151, II). Antiga lição de Aliomar Baleeiro entendia ser possível o depósito apenas na esfera administrativa (Direito Tributário Brasileiro, Forense, 10ª ed., 1981, pág. 525). Modernamente, quase a unanimidade da doutrina admite que seja feito tanto administrativa quanto judicialmente (CONTIPELLI, Ernani de Paula. A suspensão da exigibilidade do crédito tributário e o depósito consignatório, Revista Dialética de Direito Tributário 48/45; CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário, Saraiva, 4ª ed., 1991, pág. 294; SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. A suspensão da exigibilidade do crédito tributário pelo depósito do montante integral, RIL 135/120). Para Alberto Xavier, é permitido o depósito judicial desde que em sede de processo de conhecimento ou em ação cautelar inominada preparatória ou incidental a ação declaratória de inexistência de obrigação tributária ou de anulação de débito fiscal (Do lançamento — teoria geral do ato, do procedimento e do processo tributário, Forense, 2ª ed., 1997, pág. 433).

Os tribunais admitem o depósito em sede de ação cautelar. Na ementa do acórdão relativo ao Agravo de Instrumento n. 98.002898-1, anotou o Desembargador Silveira Lenzi:

“Ao contribuinte é assegurada a faculdade legal de depositar em juízo o valor do crédito tributário em discussão judicial, podendo fazê-lo por qualquer via, seja nos autos da ação declaratória ou anulatória, seja em processo cautelar, seja em sede de mandado de segurança”.

Há precedente do Superior Tribunal de Justiça no mesmo sentido:

“A jurisprudência da Corte é firme em admitir o depósito via cautelar se presentes os pressupostos concessivos” (REsp n. 42.084, Min. Adhemar Maciel).

Julgado procedente o pleito formulado na lide principal e suspensa a exigibilidade do crédito fiscal, a toda evidência impõe-se a confirmação da sentença que acolheu aquele deduzido na ação cautelar.

Tendo o contribuinte optado pelo processo cautelar, procedimento desnecessário para assegurar a eficácia da tutela reclamada na lide principal, não responde o demandado pelo ônus da sucumbência.

A respeito da questão, vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça:

“Processo civil. Ação cautelar. Hipótese em que os honorários de advogado são indevidos. A suspensão da exigibilidade de crédito tributário mediante o depósito judicial do respectivo montante independe de ação cautelar; o depósito pode ser feito nos próprios autos da ação ordinária, a requerimento do autor. Se a ação caute-

lar for processada, sua procedência não implicaria a condenação da fazenda pública ao pagamento de honorários de advogado, porque o depósito previsto no art. 151, II, do Código Tributário Nacional, constitui direito que a parte pode exercer sem ação” (REsps ns. 122.466/SP e 52.379/RS, Min. Ari Pargendler).

3. Pelas razões expostas, nego provimento ao recurso e dou provimento parcial ao reexame necessário para isentar o réu do ônus da sucumbência.

III — Decisão

Nos termos do voto do relator, negaram provimento ao recurso e de-

ram provimento parcial ao reexame necessário para isentar o réu dos ônus sucumbenciais.

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. Carlos Prudêncio. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira.

Florianópolis, 2 de maio de 2000.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente com voto;
Newton Trisotto,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.010078-2, DE SÃO JOSÉ

Relator: Des. Newton Trisotto

Responsabilidade civil — Acidente de trânsito — Reparação de danos — Multiplicidade e causas determinantes.

Havendo encadeamento de circunstâncias determinantes do acidente de trânsito, pela reparação dos danos responde tão-somente o causador direto quando verificado que a ação de terceiro, por si só, não o teria provocado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.010078-2, da comarca de São José (2ª Vara Cível e Registros Públicos), em que são apelantes e apelados Cassol Materiais de Construção Ltda., Bradesco Seguros S.A. e Elieuzza Ida Quintino, e apelado Vilmar Fuck:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, dar provi-

mento parcial ao recurso da ré denunciante Elieuzza Ida Quintino, para fixar o quantum da indenização em R\$ 1.800,00 (mil e oitocentos reais), e dar provimento parcial ao recurso das litisdenunciadas Cassol e Bradesco, para excluí-las do processo, condenando as denunciadas a pagar honorários advocatícios de R\$ 200,00 (duzentos reais) cada.

Custas na forma da lei.

I — RELATÓRIO

Vilmar Fuck ajuizou ação de reparação de danos contra Elieuzza Ida Quintino.

O litígio tem origem em acidente de trânsito ocorrido por volta das 10h30min. do dia 15/7/96, na Ponte Pedro Ivo Campos, nesta Capital.

Relata o autor que a roda dianteira do veículo que conduzia travou ao se prender a um saco que caíra de um caminhão da empresa Cassol Materiais de Construção Ltda. Por isso, parou o automóvel sobre a pista, vindo a ser atingido por aquele conduzido pela demandada, que trafegava logo atrás, desatenta e sem guardar distância segura.

Com a ação aforada, pretende que seja a ré condenada a ressarcir os danos (R\$ 4.595,00).

A demandada ofereceu defesa e, concomitantemente, requereu que fosse a lide denunciada à empresa Cassol Materiais de Construção Ltda., que, por seu turno, formulou idêntico pedido em relação a Bradesco Seguros S.A. Completada a relação processual (fls. 24/28, 34/37 e 61/66), foi realizada a audiência de instrução e julgamento, com a inquirição das testemunhas arroladas (fls. 91/94 e 97). Apresentados os memoriais, o Dr. Jaime Luiz Vicari proferiu sentença, registrando na parte dispositiva:

"Isto posto e considerando o mais que destes autos consta:

"a) Julgo procedente o pedido formulado por Vilmar Fuck contra Elieuzza Ida Quintino.

"a.1) Em decorrência, condeno a ré ao pagamento de quantia suficiente para recuperar os prejuízos sofridos pelo autor, a ser apurado em liquidação de sentença por artigos.

"a.2) Condeno a parte vencida ao pagamento das despesas do processo, excetuado o disposto nos itens 'b.1' e 'c.1', e verba honorária do ex adverso que com base no art. 20, § 3º e suas alíneas, do Código de Processo Civil, fixo em 15% sobre o valor da responsabilidade de Cassol Materiais de Construção Ltda. frente a ré denunciante Elieuzza Quintino, pelas perdas e danos havidos pelo autor, limitando a 50% do quantum a ser apurado, como referido no item 'a'.

"b. (...)

"b.1) Condeno a litisdenunciada ao pagamento das despesas havidas com a denunciação e verba honorária ao advogado da litisdenunciante, que com base no art. 20, § 3º e suas alíneas, do Código de Processo Civil, fixo em 20% sobre o valor da condenação obtida no item 'b'.

"c) Declaro a responsabilidade de Bradesco Seguros S.A. frente a ré litisdenunciante Cassol Materiais de Construção Ltda., pelas perdas e danos referidas no item 'b.1', e até o limite da apólice.

"c.1) Condeno o litisdenunciado ao pagamento das despesas havidas com a denunciação e verba honorária do advogado da litisdenunciante, que com base no art. 20, § 3º e suas alíneas, do Código de Processo Civil, fixo em 20% sobre o valor do item 'c'."

As rés não se conformam com o decism.

Elieuzza Ida Quintino insiste que deve ser excluída da lide porque o acidente ocorreu por culpa exclusiva do motorista da Cassol Materiais de Construção Ltda. Esta reafirma que aquela causou o sinistro, pois trafegava em velocidade incompatível para o local e sem guardar a distância necessária do veículo do autor. Alternativamente, pede a reforma da sentença no que se refere aos ônus da sucumbência. Bradesco Seguros S.A. insurge-se, inicialmente, quanto “à forma de liquidação imposta pela sentença, que ao final será mais onerosa às partes vencidas, pois a liquidação por artigos reveste-se das formalidades de uma quase nova ação”. No tocante ao mérito, ratificou os argumentos da seguradora denunciante. Pede que, “em relação à Cassol, seja considerado para indenização o valor do menor orçamento apresentado e que a responsabilidade — se houver por parte da Cassol — seja estabelecida em 25% e que qualquer valor em relação à seguradora respeite o limite da apólice”.

Vilmar Fuck pugna a confirmação da sentença.

Elieuzza Ida Quintino, em resposta ao recurso da Bradesco Seguros S.A., pede a reforma da sentença “apenas para afastar a forma de liquidação imposta, quantificando-se o quantum da recuperação do exato valor de mercado do bem de vida declarando o juiz pelo próprio autor, qual seja, R\$ 1.800,00 (mil e oitocentos reais), obrigação que deverá ser mantida na forma fixada na r. sentença somente na hipótese de não vir a ser imposta com exclusividade à cliente da recorrente, cabendo a esta, de qualquer sorte, responder até o limite de cobertura da apólice”.

II — VOTO

1. A responsabilidade civil subjetiva tem como pressupostos: a) ação ou omissão culposa; b) dano; c) relação de causalidade.

Discorrendo sobre o último requisito e destacando a dificuldade que não raro surge em torno da determinação da causa eficiente do dano, Caio Mário da Silva Pereira menciona as duas principais teorias em torno das quais gravitam os debates acerca da matéria: a) equivalência das condições, tendo como origem os tribunais belgas; e b) causalidade adequada, que frutificou entre os doutrinadores franceses. Para os defensores daquela, “toda condição que contribuiu para o resultado constitui causa, ‘de forma que ele não se teria produzido se a condição não houvesse ocorrido (conditio sine qua non). A causa, portanto, insere-se em cada uma das condições, já que sem concurso de todas o resultado não se teria verificado’ (Jaime Santos Briz, *La Responsabilidad Civil*, pág. 227)”, escreve o renomado civilista. Em relação à segunda, observa que “em linhas gerais, e sucintas, a teoria pode ser assim resumida: o problema da relação de causalidade é uma questão científica de probabilidade. Dentre os antecedentes do dano, há que se destacar aquele que está em condições de necessariamente tê-lo produzido” (*Responsabilidade Civil, Forense*, 2ª ed., pág. 86/7). Não se prende ele a uma ou outra teoria; faz reparos a ambas e conclui:

“A determinação do nexu causal, em última análise, é uma *quaestio facti*. Leonardo A. Colombo, em pesquisa comparatista no direito argenti-

no, francês, inglês e alemão, considera não ser proveitoso enunciar uma regra absoluta. Cabe ao julgador examinar cada caso. 'Somente a valoração de todos e cada um dos aspectos que ofereça aquele que se encontra sub iudice permitirá enfocá-lo com maior ou menor exatidão' (Culpa Aquiliana (Cuasidelitos), n. 58, pág. 162). O que em verdade importa, depois desta incursão pelas doutrinas expostas, é estabelecer, em face do direito positivo, que houve uma violação de direito alheio e um dano, e que existe umnexo causal, ainda que presumido, entre uma e outro. Ao Juiz cumpre decidir com base nas provas que ao demandante incumbe produzir" (ob. cit., pág. 90).

O Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, filiando-se à segunda corrente, decidiu:

"A responsabilidade pelo evento danoso há de ser carreada unicamente ao motorista do veículo que não guarda distância assecuratória na corrente normal de tráfego, dando causa a abalroamento" (RT 607/117).

Por oportuno, desse acórdão, relatado pelo eminente Juiz Luiz de Azevedo, transcrevo o excerto que segue:

"Somente pode ser considerado como causa do prejuízo, o fato que a ele se adequar como seu antecedente lógico e não qualquer fato que acidentalmente tenha ocorrido antes da consumação do dano".

Estou inteiramente de acordo com esse entender.

Fixada essa premissa, analiso as questões postas no recurso.

2. No caso sub examen, narrou Vilmar Fuck que um caminhão da Cassol transitava pela Ponte Pedro Ivo Campos quando parte da carga transportada se desprende. Um saco ficou preso sob o seu veículo (Passat), que seguia na retaguarda do caminhão. Aproximadamente 150m (cento e cinquenta metros) adiante, atendendo sinalização de um policial militar, teve de parar sobre uma das pistas da ponte. Elieuzza Ida Quintino, que transitava logo atrás, não conseguiu controlar o automóvel (Monza) que conduzia, vindo a colidir na traseira. No essencial, o relato é confirmado por Ilson Soares, motorista do caminhão da Cassol.

Elieuzza contou que "dirigia a uma distância de 1 a 2 metros do veículo do autor; que isso era ditado pelas circunstâncias porque se deixasse maior um outro carro se interpunha entre eles".

É forçoso concluir que o acidente ocorreu porque Elieuzza Ida Quintino não guardava a necessária distância do automóvel que seguia à sua frente, de propriedade de Vilmar Fuck, não havendo relação direta e imediata do sinistro com o fato de ter-se desprendido parte da carga do caminhão da Cassol.

3. Em relação ao quantum do prejuízo, anoto que Vilmar Fuck admite ter havido perda total do seu veículo e que "um Passat 78 hoje vale em torno de R\$ 1.800,00 a R\$ 2.000,00". O valor da condenação não pode exceder o do dano suportado pela vítima, segundo sua própria estimativa, contando da data do seu depoimento o termo inicial de incidência da correção monetária.

4. Pelas razões expostas, dou provimento parcial ao recurso de Elieuzza Ida Quintino para fixar o quantum da indenização em R\$ 1.800,00 (mil e oitocentos reais), acrescidos de juros legais, contados da citação, e correção monetária, como acima referido, bem como condenar a pagar honorários advocatícios, arbitrados em 15% (quinze por cento) sobre aquela quantia; dou provimento parcial ao recurso da ré Cassol Materiais de Construção Ltda. e de Bradesco Seguros S.A. para excluí-las do processo, condenando as denunciadas (Elieuzza Ida Quintino e Cassol Materiais de Construção Ltda.) a pagar honorários advocatícios às denunciadas (Cassol Materiais de Construção Ltda. e Bradesco Seguros S.A.), fixados em R\$ 200,00 (duzentos reais) para cada uma delas.

III — Decisão

Nos termos do voto do relator, deram provimento parcial ao recurso

da ré denunciante Elieuzza Ida Quintino, para fixar o quantum da indenização em R\$ 1.800,00 (mil e oitocentos reais) e dar provimento parcial ao recurso das litisdenunciadas Cassol e Bradesco, para excluí-las do processo, condenando as denunciadas a pagar honorários advocatícios de R\$ 200,00 (duzentos reais) cada.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Carlos Prudêncio e dele participou, também com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues.

Florianópolis, 4 de novembro de 1999.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente para o Acórdão;
Newton Trisotto,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.011078-8, DE CRICIÚMA

Relator: Des. Newton Trisotto

Ação monitória — Títulos de crédito — Cheque prescrito — Liquidez — Certeza — Exigibilidade — Processual — Julgamento antecipado — Cerceamento de defesa.

1. O cheque, ainda que prescrito o direito do portador à ação executiva, constitui documento representativo de obrigação líquida, certa e exigível. Ao emitente cumpre provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do credor (CPC, art. 333, II).

2. “Inexiste cerceamento de defesa se os fatos alegados haveriam de ser provados por documentos, não se justificando a designação de audiência” (REsp n. 1.344—RS, Min. Eduardo Ribeiro).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.011078-8, da comarca de Criciúma (3ª Vara), em que é apelante Marygê Confecções Ltda. e apelada Irma Igino Serafim:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso, honorários fixados em 15% (quinze por cento).

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Marygê Confecções Ltda. ajuizou ação monitória contra Irma Igino Serafim, de quem afirma ser credora da obrigação consubstanciada em três cheques por ela sacados contra o Banco Real S.A., no valor total de R\$ 2.240,00 (dois mil, duzentos e quarenta reais), parcialmente liquidada.

O Dr. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva acolheu os embargos ofertados pela requerida, registrando na sentença:

“Na hipótese específica, é perfeitamente possível a discussão da causa debendi dos cheques, que estavam vinculados a uma compra e venda celebrada entre as partes.

“A ré disse que adquiriu mercadorias da autora no valor de R\$ 2.240,00 e que por isso deu os cheques para pagamento.

“Ocorre que somente recebeu produtos que totalizaram R\$ 1.006,00, razão pela qual pagou-os e deu contra-ordem quanto aos cheques que ficaram como garantia da dívida, a qual, de fato, não se formou no valor originariamente previsto.

“Como se tratava de operação comercial, a autora poderia perfeitamente desconstituir a alegação da ré e, para tal, bastava apresentar a nota fiscal que demonstrasse a remessa do total das mercadorias, mas disso não cuidou.

“Foi apenas a ré que trouxe prova verossímil de uma operação de compra nos moldes por ela descritos, ou seja, de que só recebeu mercadorias no total de R\$ 1.006,00 e por elas pagou.

“A autora deveria fazer a contraprova, e somente ela poderia demonstrar que vendeu produtos que atingiram R\$ 2.240,00, já que a ré não lograria provar fatos negativos.

“(…)

“Como a autora silenciou quanto à causa da dívida e não demonstrou que efetivamente entregou mercadorias no total afirmado, merece acolhimento a ponderação da devedora”.

A vencida interpôs apelação. Preliminarmente, afirma que o processo é nulo, por cerceamento de defesa. No tocante ao mérito, sustenta que os cheques têm origem na compra e venda de mercadorias e que não é verdadeira que parte delas foi restituída.

A apelada propugna a confirmação do decisum.

II — Voto

1. O cheque, ainda que prescrito o direito do portador à ação executiva, constitui documento representativo de obrigação líquida, certa e exigível. Ao emitente compete provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do credor (CPC, art. 333, II).

Na ação de cobrança de cheque, é dispensável a indicação da causa subjacente da dívida.

Anota Humberto Theodoro Júnior: "Diante da literalidade e autonomia do cheque, o portador nada tem que provar a respeito de sua origem. Ao devedor é que, suscitada a discussão do negócio subjacente, cumpre o encargo de provar que o título não tem causa ou que sua causa é ilegítima, devendo, outrossim, fazê-lo por meio de prova robusta, cabal e convincente, porquanto, ainda na dúvida, o que prevalece é a presunção legal de legitimidade do título cambiário" (Títulos de crédito e outros títulos executivos, Saraiva, 1ª ed., 1988, pág. 137).

Da jurisprudência colaciono julgados que corroboram essas asserções:

"Ainda que afetada por força da prescrição a função executiva do cheque, não tem tal título, só por isso, suprimidas a literalidade e a autonomia que lhe são inerentes, bem como a sua principal característica: a de ordem de pagamento à vista. Assim, o emitente de cheque que pretende desconstituí-lo, ao argumento de ter sido ele emitido como mera garantia da solução de cheques de terceiros descontados junto à credora, deve produzir prova robusta e hábil a respeito e não se valer das ilações contidas no depoimento de uma única testemunha" (Ap. Cív. n. 97.005060-7, Des. Trindade dos Santos).

"Diante da literalidade e autonomia do cheque, o portador nada tem que provar a respeito de sua origem; uma vez suscitada discussão sobre o negócio subjacente, ao deve-

dor incumbe o encargo de provar que o título não tem causa ou que sua causa é ilegítima, porquanto, ausente prova robusta, cabal e convincente, ainda que possa remanescer dúvida, prevalece a presunção legal da legitimidade do título" (Ap. Cív. n. 96.003331-9, Des. Nilton Macedo Machado).

"Cheque cuja ação executiva está prescrita é documento hábil à propositura de ação condenatória, sem necessidade de invocar-se, na inicial, o negócio jurídico correspondente" (RT 645/124).

"A circunstância de o cheque estar prescrito não retira sua força obrigacional como documento para provar a existência de relação contratual entre as partes, e cujo crédito representativo pode ser exigido em ação ordinária.

"Mesmo que não tenha sido parte do contrato de compra e venda de mercadorias, obriga-se, pessoalmente, o emitente dos cheques pelo pagamento do negócio" (1º TACivSP, Ap. Cív. n. 674.466-7, Juiz Luiz Carlos de Barros).

Desse acórdão, transcrevo o excerto que segue:

"A juntada do cheque é prova suficiente da existência da dívida referida na inicial e reconhecida pela ré ao emitir a cártula.

"O negócio de compra e venda dos materiais pode ter sido celebrado com o marido da apelante. Todavia a última, ao emitir o cheque, assumiu a obrigação de efetivar o pagamento. A emissão do cheque representa a existência de uma relação contratual entre a apelante e o autor.

“A existência do negócio subjacente está atestada inequivocamente através dos documentos de fls. que inclusive mencionam o cheque referido na inicial.

“Portanto, a legitimidade passiva da ré decorre do ato da emissão do cheque. E o autor é parte legítima ativa, pois como portador pessoalmente do cheque posiciona-se como o titular do crédito que deu margem à emissão do título.

“Se houve falta da entrega de parte das mercadorias, seria ônus da própria ré provar claramente que o valor faltante seria superior à quantia objeto da presente cobrança, mesmo porque não há prova nos autos de que os outros cheques dados em pagamento do negócio subjacente (fls.) foram efetivamente liquidados.

“O relacionamento do autor com terceiros que receberam o cheque posto em circulação é alheio à requerida. Portanto, nada cabia ao autor demonstrar a respeito do tema. O fato é que o autor, sendo portador do título, como dito, tem legitimidade para exigir da ré o crédito por ele representado.

“A circunstância de estar o título prescrito não retira sua força obrigacional como documento que prova a existência de relação contratual entre as partes, e cujo crédito representativo pode ser exigido em ação ordinária. Como dito, na espécie, não obstante não ter sido a ré parte no contrato de venda e compra de mercadorias, acabou por obrigar-se pessoalmente, pois no momento em que emitiu os cheques assumiu a responsabilidade de efetivar o pagamento da transação.

“Pode-se dizer que, consoante as palavras de Pontes de Miranda, cuidou-se de ‘co-assunção de dívida ou assunção de dívida alheia’ (Tratado de direito privado, t. 14, pág. 124, citado em EDcl n. 371.414-5-0, do eg. Primeiro TACivSP). Tem-se situação semelhante ao do avalista de título de crédito que também assina do contrato de financiamento concedido pelo Banco a terceira pessoa, e que assumiu também os encargos contratuais”.

2. Conforme o Código Civil, “a entrega do título ao devedor firma a presunção do pagamento” (art. 945). Mutatis mutandis, a posse do título com o credor conduz à presunção de não ter sido pago, conforme remansosa jurisprudência:

“Incumbe ao devedor o ônus da prova do fato extintivo do direito do credor, e, tratando-se de execução aparelhada com título executivo extrajudicial, a regra deve ser aplicada com maior rigor, uma vez que o simples fato da posse da cártula pelo credor indica o inadimplemento” (Ap. Cív. n. 98.014187-7, Des. Silveira Lenzi).

“A posse do cheque em mãos do credor faz presumir o não-pagamento do que ele representa. Tal presunção é juris tantum, podendo ser elidida por convincente prova em sentido contrário. In casu inexistente sequer prova indiciária de que o título em referência tenha sido pago, de sorte que a improcedência dos embargos, evidentemente, tinha de ser decretada” (JC 49/132).

“Explicitando a inicial a origem dos cheques prescritos e encontrando-se os mesmos na posse do portador, o que faz presumir o prejuízo por este sofrido, incumbe ao devedor o

ônus da prova elisiva dessa presunção. Não feita tal prova, a demanda de cobrança merece procedência" (Ap. Cív. n. 97.006938-3, Des. Trindade dos Santos).

"A posse do título cambial em mãos do credor faz presumir o não-pagamento do que ele representa. Tal presunção é *juris tantum*, podendo ser elidida por convincente prova em contrário, o que não ocorreu" (Ap. Cív. n. 38.550, Des. Wilson Guarany).

"A posse da cártula tem fundamental importância na teoria de títulos de crédito representado por promissórias. Uniformemente admite-se a presunção de pagamento se o título está em mãos do devedor e a presunção de falta de pagamento se em mãos do credor. Esta última presunção somente desaparece mediante a prova capaz de convencer que realmente tenha havido o pagamento. Para que se admita o pagamento e abusiva a retenção, por parte do credor é necessário que a prova seja robusta, gerando certeza plena, do contrário a decisão deve ser em favor da cártula, que merece resguardo, dada a sua própria natureza" (ADV. Jur, pág. 650, v. 35.324).

3. No caso sub judice, sustenta a apelada que os cheques têm origem na compra e venda de mercadorias e que parte delas não foi entregue. Para comprovar a versão, juntou as notas fiscais relativas àquelas efetivamente entregues.

Data venia dos argumentos do ilustre Magistrado, tenho que a alegação e as notas fiscais apresentadas não isentam a apelada da obrigação de pagar a totalidade da dívida.

Impende observar que os cheques foram emitidos em julho/98, que a emitente não tomou qualquer providência para sustar o pagamento deles, e que a duplicata emitida em decorrência da nota fiscal n. 1.292, acostada aos embargos, foi liquidada em cartório. Tivesse emitido os cheques para o pagamento das mercadorias a serem entregues, a apelada certamente não liquidaria a duplicata e sustaria o pagamento dos cheques.

Ademais, dispõe o Código de Processo Civil que deve o juiz indeferir as diligências e provas inúteis ou meramente protelatórias (art. 130) e conhecer diretamente do pedido "quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência" (art. 330, I). Não há cerceamento de defesa quando o magistrado, deparando-se com qualquer das duas hipóteses previstas na lei processual, dispensa a realização de audiência e julga antecipadamente a lide. Os tribunais recomendam essa solução:

"A necessidade da produção de prova em audiência há de ficar evidenciada para que o julgamento antecipado da lide implique cerceamento de defesa. A antecipação é legítima se os aspectos decisivos da causa estão suficientemente líquidos para embasar o convencimento do magistrado" (RE n. 101.171/SP, Min. Francisco Rezek, RTJ 115/789).

"Inexiste cerceamento de defesa se os fatos alegados haveriam de ser provados por documentos, não se justificando a designação de audiência" (REsp n. 1.344/RS, Min. Eduardo Ribeiro, DJU de 4/12/89, pág. 17.884).

No caso sub judice, a matéria é exclusivamente de direito, recomendando a solução emanada dos julgados acima reproduzidos.

4. Pelas razões acima expostas, dou provimento ao recurso, constituindo, “de pleno direito, o título executivo judicial, intimando-se o devedor e prosseguindo-se na forma prevista no Livro II, Título II, Capítulo II e IV” a ação (CPC, art. 1.102c, § 3º), mais juros legais, contados da citação, e correção monetária (INPC), desde a data dos cheques. Condeno a demandada a pagar as custas judiciais e os honorários advocatícios, estes arbitrados em 15% (quinze por cento) sobre o valor que vier a ser apurado.

III — Decisão

Nos termos do voto do relator, deram provimento ao recurso, fixando os honorários advocatícios em 15% (quinze por cento).

Participaram do julgamento os Exmos. Senhores Des. Carlos Prudêncio (Presidente) e Orli Rodrigues.

Florianópolis, 19 de agosto de 1999.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente para o acórdão;
Newton Trisotto,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.011188-1, DE CRICIÚMA

Relator: Des. Newton Trisotto

Execução — Cédula de crédito industrial — Exigibilidade — Protesto — Contrato — Revisão — Cerceamento de defesa — Juros — Taxa — Capitalização — Cláusula — Comissão de permanência — Multa moratória — Honorários advocatícios — CC, art. 1.531.

1. A exigibilidade da cédula de crédito industrial prescinde do prévio protesto do título (CC, art. 960).

2. Não há cerceamento de defesa, resultante do julgamento antecipado da lide, quando os pedidos da parte versarem exclusivamente a respeito da nulidade de cláusulas de contrato de mútuo. A prova pericial poderá ser necessária, posteriormente ao trânsito em julgado da sentença, se procedente o pedido, para determinação do quantum debeatur à vista do que restar nela decidido.

3. “O § 3º do art. 192 da CF é norma auto-aplicável e de incidência imediata, não dependendo de regulamentação por lei complementar. Trata-se de norma autônoma, não condicionada à lei prevista no caput do artigo” (Ap. Cív. n. 96.006262-9, Des. Carlos

Prudêncio). Vencido o relator.

4. *Conforme a Súmula 93 do Superior Tribunal de Justiça, “a legislação sobre cédula de crédito rural, comercial e industrial admite o pacto de capitalização de juros”. Não menciona a periodicidade.*

Consolidada jurisprudência daquela Corte (REsp n. 149.638, Terceira Turma; REsp n. 152.950, Quarta Turma) consagra que nas operações regidas pelos DL n. 167/67 (título de crédito rural) e n. 413/69 (título de crédito industrial) e pela Lei n. 6.840/80 (título de crédito comercial), à falta de expressa autorização do Conselho Monetário Nacional, os juros não podem exceder de 12% a.a. Juros mensais de 1%, se capitalizados, ultrapassam esse limite: equívalem a 12,68% a.a. Verificada a hipótese, deve ser declarada ilícita a cláusula que autoriza a capitalização mensal dos juros, impondo-se ressaltar que a “circunstância de o título ter sido emitido pelo devedor, voluntariamente, com os seus requisitos formais, não elide a ilegalidade da cobrança abusiva de juros” (REsp n. 5, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira), nela compreendida a capitalização ilícita.

5. *Se “é nula a cláusula contratual que sujeita o devedor à taxa de juros divulgada pela ANBID/CETIP” (STJ, Súmula 176), também o é aquela que autoriza a cobrança da comissão de permanência.*

O Superior Tribunal de Justiça “fixou entendimento de que cláusula acerca de inadimplemento de nota de crédito rural deve observar o Decreto-Lei n. 167/67, que prevê a incidência, no máximo, de juros moratórios à taxa de 1% a.a. (art. 5º, parágrafo único), sendo ilegal a previsão de aplicação de qualquer outra taxa, comissão de permanência ou encargo, tendente a burlar o referido diploma legal” (REsp n. 115.765—GO, Min. César Asfor Rocha). O mesmo princípio aplica-se aos títulos de crédito industrial (Decreto-Lei n. 413/69) e comercial (Lei n. 6.840/80).

6. *A Lei n. 9.298/96, que reduziu o percentual da multa moratória, é aplicável ao contrato de mútuo bancário celebrado com pessoa jurídica quando os recursos sejam destinados à atividade da empresa. Vencido o relator.*

7. *Nas execuções, embargadas ou não, os honorários advocatícios devem ser arbitrados “consoante apreciação equitativa do*

juiz”, considerados, ainda, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado e o tempo despendido (CPC, art. 20, § 4º).

8. “A aplicação da ‘pena privada’ do artigo 1.531 do Código Civil pressupõe o ajuizamento de demanda com malicioso pedido de pagamento de dívida já paga, ou de quantia maior do que a realmente devida. Não se caracteriza se a afirmação do crédito é feita extrajudicialmente, ou em defesa em demanda pendente” (REsp n. 14.016—SP, Min. Athos Carneiro).

EMENTA ADITIVA

1. Não é auto-aplicável a norma do § 3º do art. 192 da Constituição Federal, que limita a “taxa de juros reais” (STF, ADIn n. 4).

2. O contrato de mútuo bancário não se submete às normas do Código de Defesa do Consumidor quando o mutuário não se amolda ao conceito, expresso no art. 2º da Lei n. 8.078/90, de “destinatário final” do produto ou serviço (REsp n. 218.505, Min. Barros Monteiro; Ap. Cív. n. 97.006882-4, Des. Sérgio Paladino).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.011188-1, da comarca de Criciúma (2ª Vara), em que são apelantes De Lucca Revestimentos Cerâmicos Ltda. e outros, e apelado Banco de Desenvolvimento do Estado de Santa Catarina S.A — Badesc:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso para limitar os juros a 12% a.a. (doze por cento ao ano), afastar a capitalização mensal dos juros, reduzir os honorários advocatícios para 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa e, tendo o apelado decaído de parte significativa do pedido, para condená-lo a pagar honorários advocatícios em favor dos apelantes, também fixados em 5% (cinco por cento), incidentes sobre a parte do pedido de que decaiu;

por maioria de votos, prover o recurso para reduzir a multa para 2% (dois por cento), vencido o relator.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

O Banco de Desenvolvimento do Estado de Santa Catarina S.A. ajuizou ação de execução, fundada em cédula de crédito industrial, contra De Lucca Revestimentos Cerâmicos Ltda., Paulo Roberto de Lucca (avalista), João Batista de Lucca (avalista) e sua esposa Adriana Darós de Lucca (avalista), Jorge Luiz de Lucca (avalista e interveniente hipotecante) e sua esposa Cristina Cardoso Freitas de Lucca (avalista e interveniente hipotecante), Constril — Construtora Imobiliária de Lucca Ltda. (avalista), Crível — Criciúma Automóveis Ltda. (avalis-

ta) e Copisa — Comércio de Pisos e Azulejos Ltda. (avalista).

O exeqüente requereu a intimação da interveniente garantidora, Zulma Cechinel de Lucca.

Foram opostos dois embargos. Os primeiros, autuados sob n. 020.98.022098-0, por De Lucca Revestimentos Cerâmicos Ltda., João Batista de Lucca, Adriana Darós Gomes de Lucca, Jorge Luiz de Lucca, Cristina Cardoso Freitas de Lucca, Paulo Roberto de Lucca, Copisa — Comércio de Pisos e Azulejos Ltda., Constril — Construtora Imobiliária de Lucca Ltda., Crivel — Criciúma Automóveis Ltda. e Zulma Cechinel de Lucca; os segundos, sob n. 020.99.001097-0, por De Lucca Revestimentos Cerâmicos Ltda., Jorge Luiz de Lucca e Cristina Cardoso Freitas de Lucca.

A Dra. Janice Goulart Garcia Ubiali reuniu os processos e julgou parcialmente procedentes os pedidos, registrando na parte dispositiva da sentença:

“Ante o exposto, julgam-se procedentes em parte os presentes Embargos ns. 020.98.022098-0 e 020.99.001097-0, opostos por De Lucca Revestimentos Cerâmicos Ltda., João Batista de Lucca, Adriana Darós Gomes de Lucca, Jorge Luiz de Lucca, Cristina Cardoso Freitas de Lucca, Paulo Roberto de Lucca, Copisa — Comércio de Pisos e Azulejos Ltda., Constril — Construtora Imobiliária de Lucca Ltda., Crivel — Criciúma Automóveis Ltda. e Zulma Cechinel de Lucca em face do Banco de Desenvolvimento de Santa Catarina S.A. — Badesc, tão-somente para declarar a impossibilidade de o embargante

utilizar a taxa de mercado praticada durante o período de inadimplência, prevalecendo como índice de atualização monetária IPC.

“Condenam-se os embargantes, em cada um dos processos, nas custas, despesas judiciais e honorários advocatícios, que arbitro em 10% sobre o valor da causa a teor do disposto no art. 20, § 4º, do CPC, atendidas as alíneas a, b e c do § 3º do mesmo artigo c/c o parágrafo único do artigo 21 do mesmo diploma processual, ressaltando que ‘nas causas em que não há condenação, a apreciação equitativa do juiz para determinação dos honorários do advogado não afasta a possibilidade de que os mesmos sejam arbitrados em percentual sobre o valor da causa’ (STJ — 3ª Turma, REsp n. 9.382-0—SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 30/5/93)”.

Os embargantes opuseram apelações, processadas e autuadas separadamente. Reeditando argumentos expendidos na inicial, alegam que: a) nulo é o processo, por cerceamento de defesa, pois não lhes foi permitido produzir prova pericial; b) a execução deve ser suspensa em virtude do ajuizamento da “ação de revisão contratual, com pedido de nulidade das cláusulas contratuais ilegais, c/c repetição de indébito”, pleito que compreende empréstimos contratados anteriormente, os quais deram origem à emissão da cédula de crédito industrial objeto da execução; c) o protesto do título é pressuposto de sua exigibilidade; d) o título não é líquido, certo nem exigível; e) há excesso de execução; f) é auto-aplicável a norma contida no art. 192, § 3º, da Constituição Federal; g) não é lícita a capitalização mensal dos juros e a cumulação da correção

monetária com a comissão de permanência; h) o contrato submete-se às normas do Código de Defesa do Consumidor; i) a multa não pode ser superior a 2% (dois por cento) do valor da prestação; j) deve o apelado restituir em dobro a importância que tenta cobrar indevidamente (CC, art. 1.531); l) não é correto o critério utilizado na fixação dos honorários advocatícios.

O apelado propugna a confirmação do decisum.

II — Voto do Des. Newton Trisotto (Relator)

1. A cédula de crédito industrial constitui título executivo extrajudicial (Decreto-Lei n. 413/69, art. 10).

O documento que instrui a execução preenche todos os requisitos legais. Foi subscrito pela devedora e pelos avalistas e consta dele a obrigação de pagar quantia previamente determinada, certa. Eventual excesso de execução não lhe retira a liquidez:

“Ademais, o excesso de execução não acarreta o trancamento desta, mas o seu prosseguimento pelo que seja devido” (Ap. Cív. n. 43.942, Des. Francisco Borges).

“O excesso de execução não leva à nulidade do processo, mas à redução do débito” (JB 136/103).

“O excesso de execução não se erige como causa de nulidade do processo” (RT 710/127).

2. A exigibilidade das cédulas de crédito rural, industrial e comercial prescinde do prévio protesto. A mora decorre do simples vencimento da obrigação: “O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo constitui de pleno direito em mora o

devedor” (CC, art. 960). Sobre o tema, decidiu o Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul:

“Protesto extrajudicial — Não é exigível para execução ou cobrança de cédula de crédito industrial. Sentença confirmada, com improvimento da apelação. Decisão: negado provimento. Unânime” (Ap. Cív. n. 184061380, Juiz Ernani Graeff).

“A exigência da multa, legalmente prevista, não está condicionada, como a própria execução, a protesto prévio do título exequendo. Apelo improvido” (TARS, Ap. Cív. n. 192152254, Juiz Leo Lima).

3. Dispõe o Código que deve o juiz indeferir as diligências e provas inúteis ou meramente protelatórias (art. 130). Não há cerceamento de defesa quando o magistrado, deparando-se com qualquer das duas hipóteses previstas na lei processual (arts. 130 e 330, I), dispensa a realização de audiência e julga antecipadamente a lide. Os tribunais recomendam essa solução:

“A necessidade da produção de prova em audiência há de ficar evidenciada para que o julgamento antecipado da lide implique cerceamento de defesa. A antecipação é legítima se os aspectos decisivos da causa estão suficientemente líquidos para embasar o convencimento do magistrado” (RE n. 101.171, Min. Francisco Rezek, RTJ 115/789).

“Inexiste cerceamento de defesa se os fatos alegados haveriam de ser provados por documentos, não se justificando a designação de audiência” (REsp n. 1.344, Min. Eduardo Ribeiro, DJU de 4/12/89, pág. 17.884).

“Presentes as condições que ensejam o julgamento antecipado da causa, é dever do juiz, e não mera faculdade, assim proceder” (REsp n. 2.823, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

Conforme já referido, as questões suscitadas pelos embargantes versam exclusivamente sobre matéria de direito. Destarte, impunha-se o julgamento antecipado da lide. Não há falar em cerceamento de defesa.

4. A jurisprudência — juntamente com a doutrina — constitui fonte mediata do Direito (Monteiro, Washington de Barros. Curso de direito civil, Saraiva, 1977, vol. I, pág. 12). Entretanto, deve ser edificada na interpretação da lei e não contra legem, respeitado o ordenamento jurídico, para não se transformar em “construção legislativa”, no expressivo dizer do Ministro Carlos Velloso (RT 658/202).

Para Serpa Lopes, “a jurisprudência, como bem o explicou Geny, é uma propulsora do Direito e só num caso excepcional pode ser elevada à categoria de fonte do Direito: quando, pela reiteração de um julgado, se estabelece um costume, embora não se admita uma jurisprudência contra legem, tal como também sucede em relação aos costumes”. Em seguida, aduz que “o nosso sistema jurídico-constitucional não permite considerar-se a jurisprudência como elemento criador do Direito. No máximo, tudo quanto ao juiz se pode considerar lícito, consiste em poder ele escrever nos livres espaços da lei, como propôs Geny. Perigoso na verdade é conceder-se à magistratura competência para legislar. Com esta se

construiria um plano inclinado para a ditadura judiciária, tão nociva quanto a de qualquer outro poder, embora isso não prive o juiz de se utilizar de uma interpretação sociológica, critério aplaudido por Bulhões Carvalho” (Curso de direito civil, Freitas Bastos, 1988, vol. I, pág. 93).

Igualmente Vicente Ráo limita o alcance da jurisprudência como fonte geratriz de direito: “Mas, o que é certo é que ao juiz nenhuma outra função incumbe além da de aplicar as leis existentes, que ele não pode alterar nem substituir. E se a lei apresenta lacunas ou omissões, não lhe é lícito criar novas normas, bastando socorrer-se da analogia e dos princípios gerais de direito, o que significa, em última análise, que a norma assim extraída já se achava subentendida ou admitida nas normas expressas, legislativas, não se podendo qualificar, por isso, como norma jurídica” (O direito e a vida dos direitos, RT, 1991, 3ª ed., vol. I, pág. 232).

A preocupação com a questão pode ser sintetizada na indagação formulada pelo Desembargador Alves Braga, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “Onde irá a certeza do direito se cada Juiz se arvorar de legislador?” (RT 604/43).

Sebastião Soler, referido por Celso Delmanto, adverte que “sem segurança jurídica não se pode viver”. Por ela, os tribunais são co-responsáveis; cumpre-lhes solucionar uniformemente os litígios que se identificam, juridicamente, entre si. Segundo Soler, “uma coisa é a lei, outra a nossa opinião; quando ambas não coincidem, ninguém impedirá de dizer o que pensamos a respeito. Todavia, preci-

samos saber distinguir o que é a lei daquilo que desejávamos que ela fosse" (RT 549/448).

A necessidade da harmonização da jurisprudência levou o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro a afirmar: "O Direito deve emitir solução uniforme para relações jurídicas iguais. Entendimento pessoal não deve ser óbice à harmonia da jurisprudência quando o tema, porque matéria constitucional, foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal" (AI n. 152.888).

Com ele concorda o Juiz Heitor Assis Remonti, do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul: "É preciso que se confira uma certa segurança aos negócios jurídicos, e esta não se verificará enquanto os tribunais e Juizes inferiores não se submeterem às decisões da Corte constitucionalmente competente para dizer da aplicabilidade das normas constitucionais, especialmente quando decidem em face de orientação manifestada em ação direta de inconstitucionalidade. Pelo que, ainda que não convencido do acerto da orientação seguida pela mais alta Corte de Justiça do País, impõe-se a sua adoção" (EI n. 194066106, JTARS 98/171).

Essa introdução tem pertinência com temas suscitados no recurso: a) auto-aplicabilidade da norma contida no § 3º do art. 192 da Constituição Federal, que trata de "taxas de juros reais"; b) capitalização mensal dos juros.

4.1. A Corte constitucional já se manifestou a respeito da norma do § 3º do art. 192 da Constituição Federal:

"Tendo a Constituição Federal, no único artigo em que trata do Sistema Financeiro Nacional (art. 192), es-

tabelecido que este será regulado por lei complementar, com observância do que determinou no caput, nos seus incisos e parágrafos, não é de se admitir a eficácia imediata e isolada do disposto em seu parágrafo 3º, sobre taxas de juros reais (12% ao ano), até porque estes não foram conceituados. Só o tratamento global do Sistema Financeiro Nacional na futura lei complementar, com a observância de todas as normas do caput, dos incisos e parágrafos do art. 192, é que permitirá a incidência da referida norma sobre juros reais e desde que estes também sejam conceituados em tal diploma" (ADIn n. 4, Min. Sydney Sanches).

Os demais integrantes da Câmara, Desembargadores Carlos Prudêncio, Orli Rodrigues (Ap. Cív. n. 97.011441-9) e Trindade dos Santos (Ap. Cív. n. 98.014185-0), proclamam que a norma constitucional em referência é auto-aplicável. Na ementa do acórdão relativo à Ap. Cív. n. 96.006262-9, registrou o Des. Carlos Prudêncio:

"O § 3º do art. 192 da CF é norma auto-aplicável e de incidência imediata, não dependendo de regulamentação por lei complementar. Trata-se de norma autônoma, não condicionada à lei prevista no caput do artigo.

"Estabelecida a regra da taxa de juros reais de 12% ao ano, com ou sem lei complementar, os juros não poderão ser superiores a esse limite. A lei a ser elaborada é que estará subordinada ao § 3º do art. 192, e não este subordinado àquela; tudo que prescreverá a lei complementar deverá estar de acordo com a norma constitucional, ou então será inconstitucional.

“O limite de juros de 12% ao ano, previsto na Constituição, chega a ser elevado diante do atual quadro econômico do país. Não se pode permitir a cobrança de juros excessivos e de forma em que todos são obrigados a aceitar. Fica muito difícil suportar as taxas de juros da maneira em que são praticadas, não podendo o Judiciário ficar omissivo, devendo intervir ainda que se trate de contrato firmado ‘livremente’ entre as partes”.

4.2. Prescreve o artigo 4º do Decreto n. 22.626/33 que “é proibido contar juros dos juros; esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano”.

Tenho afirmado que a capitalização mensal dos juros é lícita nos títulos de crédito industrial (Decreto-Lei n. 413/69) e comercial (Lei n. 6.840/80). Porém, nos títulos de crédito rural (Decreto-Lei n. 167/67) é permitida tão-somente a capitalização semestral (Ap. Cív. n. 98.003677-1). Esse entender não encontra respaldo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Na Súmula 93, proclamou:

“A legislação sobre cédulas de crédito rural, comercial e industrial admite o pacto de capitalização dos juros”.

A Súmula é silente no tocante à periodicidade da capitalização. Diversos julgados posteriores à sua edição têm afirmado que nos contratos aludidos é lícita a capitalização mensal dos juros (REsp ns. 180.940—RS, Min. Waldemar Zveiter; 184.197—RS, Min. Aldir Passarinho; 196.875—RS, Min. Barros Monteiro) e, ainda, que não podem exceder de 12% ao ano:

“Firmou-se a jurisprudência do STJ no sentido de que, tratando-se de operação rural, cumpre observar, em relação aos juros, o limite da Lei de Usura (12%), inexistindo autorização do Conselho Monetário Nacional para a estipulação da taxa superior” (REsp n. 173.382—RS, Min. Costa Leite).

“Entendimento da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a exigência de taxa de juros superiores a doze por cento ao ano condiciona-se a autorização do Conselho Monetário Nacional” (REsp n. 131.835—RS, Min. Eduardo Ribeiro).

“O Decreto-Lei n. 167/67, art. 5º, posterior à Lei n. 4.595/64 e específico para as cédulas de crédito rural, confere ao Conselho Monetário Nacional o dever de fixar os juros a serem praticados.

“Ante a eventual omissão desse órgão governamental, incide a limitação de 12% ao ano prevista na Lei de Usura (Decreto n. 22.626/33), não alcançando a cédula de crédito rural o entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula 596—STF” (REsp n. 111.881—RS, Min. Carlos Alberto Menezes Direito; REsp n. 145.991—RS, Min. Waldemar Zveiter).

“Cabe ao exequente provar a existência de autorização do Conselho Monetário Nacional para a cobrança de juros acima de 12% ao ano em cédula de crédito comercial” (REsp n. 149.638—RS, Min. Carlos Alberto Menezes Direito; REsp n. 160.796—RS, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

“Não demonstrado que o Conselho Monetário Nacional tenha autorizado ou fixado taxa de juros acima de 12% ao ano em crédito rural, incide a

limitação prevista na Lei de Usura” (REsps ns. 164.362—RS e 153.094—RS, Min. Barros Monteiro).

Juros mensais de 1%, se capitalizados, ultrapassam esse limite: correspondem a 12,68% a.a. Destarte, é forçoso concluir que, nesses casos, os juros não podem ser capitalizados mensalmente.

4.3. Conclusão:

a) quanto à tese da auto-aplicabilidade da norma inserida no § 3º do art. 192 da Constituição Federal, estou inteiramente de acordo com a decisão do Supremo Tribunal Federal;

b) no tocante ao limite e à capitalização dos juros nos títulos de crédito industrial, comercial e rural, pela razão inicialmente declinada — harmonização da jurisprudência —, curvo-me às decisões do Superior Tribunal de Justiça.

No caso sub examen, pactuaram as partes juros de 6,0% ao ano acima da TJLP, sendo que “o montante correspondente à parcela da TJLP que vier a exceder 6% (seis por cento) ao ano, será capitalizado no dia 15 (quinze) de cada mês”. Desse modo, ainda que admitida a legalidade da capitalização mensal dos juros, no caso concreto não pode ser admitida.

5. A circunstância de o executado ter ajuizado ação declaratória, visando desconstituir o título, não impede o prosseguimento da execucional. Dispensa a apresentação de embargos do devedor, os quais são substituídos pelos declaratórios, se idênticos os fundamentos, conforme remansosa jurisprudência:

“Ajuizada ação tendente a desconstituir o título em que veio a se fun-

dar a execução, não se pode exigir sejam apresentados embargos com o mesmo objetivo o que, aliás, sequer seria possível, pois haveria litispendência. A solução está em, garantido o juízo, tratar-se a ação em curso como embargos, com as consequências daí decorrentes” (REsp n. 33.000-6. Min. Eduardo Ribeiro).

“Execução fundada em título extrajudicial. Contrato de confissão de dívida. Pendência de ação revisional paralela visando à desconstituição do título. Garantia do juízo. Suspensão. Orientação da Corte. Recurso desacolinado.

“I — Os embargos de devedor constituem meio hábil a sobrestar os atos do processo executivo, para que primeiro se decida acerca da validade do título exequendo, sobre os critérios utilizados na atualização dos valores nele contidos ou a respeito da regularidade formal da execução.

“II — O ajuizamento de ação declaratória, por seu turno, não retira a força executiva dos títulos extrajudiciais a que visa desconstituir ou alterar, que se presumem líquidos e certos.

“III — Segundo tem decidido este Tribunal, estando seguro o juízo da execução pela penhora de bens do devedor, não há razão para exigir-se a oposição de embargos sob iguais fundamentos da ação de conhecimento anteriormente ajuizada” (REsp n. 181.052, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

“Suspensão do processo — Execução por título extrajudicial — Contrato de mútuo — Pretensão a suspensão até julgamento da ação declaratória em que objetiva a nulida-

de da referida avença — Descabimento, por ofender a segurança e a credibilidade do negócio jurídico ao buscar criar litispendência não desejada pela lei processual — Artigo 791 do Código de Processo Civil, ante ausência de previsão legal nos seus incisos — Recurso improvido” (1º TACSP, AI n. 751.629-8, Juiz Ariovaldo Santini Teodoro).

“Processo civil. Execução fundada em título extrajudicial. Cédula rural pignoratória. Pendência de ação declaratória paralela visando a desconstituição do título. Suspensão. Orientação da Corte. Recurso desacolhido.

“I — O ajuizamento de ação declaratória, a princípio, não retira a força executiva dos títulos extrajudiciais a que visa desconstituir ou alterar, que se presumem líquidos e certos. Os embargos de devedor, por sua vez, constituem meio hábil a sobrestar os atos do processo executivo, para que o primeiro se decida acerca da validade do título exequendo, sobre os critérios utilizados na atualização dos valores nele contidos ou a respeito da regularidade formal da execução.

“II — Estando seguro o juízo da execução pela penhora de bens do devedor, não há razão para exigir-se a oposição de embargos sob iguais fundamentos da ação de conhecimento anteriormente ajuizada” (REsp n. 55.040, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

6. Sempre defendi ser válida a cláusula que estabelece a comissão de permanência como parâmetro substitutivo dos juros remuneratórios, havendo mora. Na Ap. Cív. n. 96.003988-0, anotei:

“A Lei n. 4.595 de 31/12/64 delegou ao Conselho Monetário Nacional poderes para ‘...limitar, sempre que necessário, as taxas de juros, descontos, comissões e qualquer outra forma de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros...’ (art. 4º, inc. IX).

“O Banco Central do Brasil, que substitui o Conselho Monetário Nacional em algumas funções, pela Resolução n. 1.129 de 15/05/86 facultou aos estabelecimentos bancários ‘cobrar de seus devedores por dia de atraso no pagamento ou na liquidação de seus débitos, além dos juros de mora na forma da legislação em vigor, a comissão de permanência, que será calculada às mesmas taxas pactuadas no contrato original ou à taxa de mercado no dia do pagamento’.

“Pelo conceito emitido na Resolução, a comissão de permanência constitui taxa de remuneração do empréstimo concedido, cumulável, portanto, com a correção monetária e com os juros moratórios.

“Todavia, não raro surge com dupla função: atualizar a dívida e remunerar o capital. Ocorrendo a hipótese, evidentemente deve ser afastada a cumulação com a correção monetária.

“A jurisprudência respalda esse entendimento:

‘A aplicação da correção monetária do débito ajuizado, nos termos da Lei n. 6.899/81, incide sobre a parcela resultante da comissão de permanência, autorizada em norma competente do Sistema Financeiro Nacional’ (RE n. 103.051-8—SP, Min. Rafael Mayer, RTJ 112/454; RE n. 97.579, Min. Néri da Silveira, RTJ

123/1.046; RE n. 95.277, Min. Néri da Silveira, RTJ 122/434; RE n. 108.398, Min. Francisco Rezek, RTJ 118/353).

‘A comissão de permanência, quando equivalente aos juros e a este título cobrada na forma de contrato, pode ser cumulada com a correção monetária’ (REsp n. 35.082—SP, Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU de 13/2/95, pág. 2.242).

‘Execução. Correção monetária e comissão de permanência. Cumulatividade em tese. Demonstração de inoccorrência de bis in idem. Ônus do credor. Orientação da Turma, por maioria. Precedentes. Recurso conhecido por unanimidade mas, por maioria, desprovido.

‘Considerando os objetivos distintos, admite-se em tese a cumulação da comissão de permanência com a correção monetária, cumprindo ao credor, porém, demonstrar, nas instâncias ordinárias, que na comissão não se encontra embutida, em bis in idem, a correção monetária’ (REsp n. 2.001/SP, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, RT 674/203).

‘Considerando os objetivos distintos, são cumuláveis a correção monetária e a comissão de permanência, salvo se nesta já estiver compreendida a parcela correspondente à desvalorização da moeda’ (REsp n. 5.983—MG, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, RT n. 677/210).

‘O STF decidiu que a cobrança da correção monetária e da taxa de permanência não são incompatíveis’ (Ap. Cív. n. 32.256, Des. May Filho, JC 65/93).

‘Há possibilidade na cobrança da comissão de permanência com a correção monetária, desde que a inci-

dência de uma e outra ocorra em momentos distintos; aquela até o vencimento do contrato; esta a partir daí’ (Ap. Cív. n. 38.883, Des. Eder Graf, DJSC n. 9.244, de 30/5/95, pág. 10).

‘Na maioria das vezes, essa distinção, que me parece de fundamental importância, não é observada, principalmente desde que foi editada a Súmula 30 do Superior Tribunal de Justiça (‘A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis’).

‘Anoto que em julgados do Superior Tribunal de Justiça muitos Ministros ressalvam suas posições no tocante à matéria (REsp n. 7.008, voto vencido do Min. Dias Trindade e ressalva do Min. Waldemar Zveiter, in RT 670/194; REsp n. 8.927, ressalvas dos Ministros Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro, in RT 679/207).

‘Não havendo no contrato elementos que permitam distinguir as duas situações antes mencionadas, deve-se entender que a comissão de permanência é remuneração do capital, nas mesmas taxas dos juros convencionados, podendo, repito, ser cumulada com a correção monetária.

‘A comissão de permanência, variável de acordo com a taxa de mercado, tem sua justificativa.

‘Os juros remuneratórios flutuam de acordo com o mercado financeiro, que sofre os reflexos da política econômica do Governo, notadamente da denominada ‘política monetária’. Se para o período da mora forem mantidos os juros remuneratórios fixados no contrato, com o passar de meses ou anos do vencimento do empréstimo, os contraentes — tanto o credor

quanto o devedor — poderão ser excessivamente onerados, penalizados.

“A situação pela qual atravessa a economia nacional serve de exemplo para justificar a inserção da comissão de permanência nos contratos de mútuo.

“Há pouco mais de um ano, o credor cobrava juros superiores a 10% (dez por cento) ao mês, além da correção monetária; atualmente, oscilam em torno de 6% (seis por cento), o que ainda é um verdadeiro absurdo considerados os níveis atuais da inflação (1,5% ao mês).

“Por certo, essa situação não perdurará e a taxa de juros deverá decrescer e, junto com ela, a comissão de permanência. Todavia, se os contraentes, para o período da mora, não optaram pela comissão de permanência, mas pelos juros remuneratórios fixados no contrato, invariáveis ao longo do tempo, o devedor sofrerá vultosos prejuízos.

“Por isso, tenho que a comissão de permanência, constituindo encargo fluante, variável de acordo com o mercado, sem dúvida assegura maior equilíbrio às partes”.

Não há falar em cláusula potestativa, conforme expus no voto, vencido, proferido na Apelação Cível n. 42.968:

“Dispõe o artigo 115 do Código Civil: ‘São lícitas, em geral, todas as condições que a lei não vedar expressamente. Entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o ato, ou o sujeitarem ao arbítrio de uma das partes’.

“Na parte final desse artigo, temos as denominadas condições po-

testativas, que, segundo magistério de Washington de Barros Monteiro, são aquelas subordinadas à vontade de um dos contraentes (‘Curso de Direito Civil’, Saraiva, 1985, 24ª ed., I/228).

“Assinala o renomado tratadista:

‘De feito, é mister distinguir as condições puramente potestativas das meramente ou simplesmente potestativas. As primeiras são as de mero capricho: se eu levantar o braço, se for à cidade, se vestir tal roupa. As segundas dependem de prática de algum ato por parte do contraente, na dependência, porém, do exame de circunstâncias que escapam ao controle dele.

‘Só as primeiras são defesas; as segundas escapam à proibição legal. Coerente com esse ponto de vista, sustentada na melhor doutrina, vem a jurisprudência admitindo a validade das seguintes estipulações: a) pagarei a coisa adquirida quando a revender; b) da cláusula que subordina à conveniência do locatário prorrogação do contrato de locação, ao seu término, pelo mesmo prazo e aluguel; c) não se pode considerar como potestativa cláusula que, em compromisso de compra e venda, estabelece o direito de arrependimento e sujeita o promitente-vendedor à devolução em dobro do preço recebido; d) a cláusula ‘pagarei quando estiver ao meu alcance ou quando vender meu estabelecimento’ equipara-se a termo incerto e não a condição potestativa; e) não é potestativa a cláusula ‘quando puder’ ou ‘quando possível’; não se vislumbra aí o merum arbitrium, mas o arbitrium boni viri’.

“Ensina Vicente Ráo:

‘Entre as condições vedadas figura a que subordina os efeitos do ato jurídico ao mero arbítrio de uma das partes (Código Civil, art. 115): *sub hac conditione, si volam, nulla fit obligatio*, rezam as fontes (D. 44, 7, 8: 45, 1, 17).

‘Segundo o Código Civil francês diz-se potestativa a condição qui fait dependre l’exécution de la convention d’un événement qui est au pouvoir de l’une ou de l’autre des parties contractantes de faire arriver ou d’empêcher (art. 1.170). Mas nem toda condição potestativa é vedada. De fato, uma condição dessa espécie pode sujeitar os efeitos do ato jurídico à vontade de quem, por força do mesmo ato, adquire direitos, como pode fazê-los depender da vontade da parte que obrigações assume e, conforme se verifique esta ou aquela hipótese, diversas serão as conseqüências.

‘Se alguém declarar que se obriga sob a condição de cumprir a sua obrigação ‘se quiser’ (ou usando expressão equivalente), ou sob a condição de se verificar certo ato que só de seu mero arbítrio dependa, nulo será o ato jurídico por faltar, a quem contrai, a vontade atual de se obrigar e, conseqüentemente, por ausência de vínculo de direito.

‘Entretanto, porém, não sucede quando a verificação ou não verificação do evento é deixada à vontade de uma das partes em circunstâncias tais que permitam pressupor venha sua deliberação futura a ser determinada por motivos sérios dentro da ordem normal das coisas e não por mero arbítrio.

‘Válidas também se consideram as condições nas quais a verificação do evento depende em parte do contraente e em parte do acaso ou da vontade de terceiro.

‘Estas últimas condições, que condições mistas se chamam, bem como as anteriormente citadas, que se denominam simplesmente potestativas (em contraste com as puramente potestativas ou arbitrarias) não causam nulidade do ato que, assim sendo, produz todos os seus efeitos de direito segundo as normas que disciplinam as condições permitidas’ (Ato jurídico, Saraiva, 3ª ed., 1981, págs. 324-6).

‘Alternativamente a outros índices de atualização monetária, as partes convencionaram que sobre o principal da dívida poderia incidir ‘taxa de juros aplicada a maior entre as sete últimas taxas médias de captação pós-fixada divulgadas pela ANBID, durante...’.

‘Não há nos autos prova de que o Banco do Brasil S.A. integre a ANBID (Associação Nacional de Bancos de Investimento e de Desenvolvimento) e, menos ainda, de que participe diretamente da fixação da ‘taxa média de captação’.

‘É o mercado financeiro, diretamente influenciado pela ação do Governo Federal, que dita a taxa de captação.

‘Destarte, não há falar em nulidade da cláusula aludida, pois que não pode ser caracterizada como condição puramente potestativa’.

Contudo, se “é nula a cláusula contratual que sujeita o devedor à taxa de juros divulgada pela ANBID/CETIP” (Súmula 176 do STJ), também o é

aquela que autoriza a cobrança da comissão de permanência, porquanto, como aquela, é formada pela instituição financeira credora, unilateralmente.

Também a Lei n. 8.953/94 fez-me acolher a tese. Dando nova redação ao artigo 614 do Código de Processo Civil, dispõe que “cumpre ao credor, ao requerer a execução, pedir a citação do devedor e instruir a petição inicial (...) com o demonstrativo do débito atualizado até a data da propositura da ação, quando se tratar de execução por quantia certa”. A alteração foi bem recebida, como é assinado por Ernane Fidélis dos Santos: “A inovação foi salutar, pois juros e rendimentos de capital, valores de gênero, ações e obrigações, devidamente cotados em bolsa, bem como os títulos da dívida pública não dependem de capacidade técnica especial para serem conhecidos, bastando que a própria parte proceda aos cálculos, sendo certo também, por outro lado, que qualquer pessoa de nível médio, ou até primário, esteja apta a entendê-los, permitindo-se ao devedor a oposição de embargos contra qualquer excesso cometido. Requisito essencial do pedido é que ele se instrua com a memória do cálculo, isto é, da conclusão fundamentada com os índices ou termos comparativos que permitiram chegar ao resultado, sob pena de inépcia que conduz ao indeferimento liminar da execução, mormente quando não há parte do valor conhecido” (Manual de direito processual civil, Saraiva, 5ª ed., 1997, vol. II, pág. 68).

Apresentada a memória do cálculo, transfere-se ao devedor o ônus de apontar quais os índices de atualização monetária incorretamente apli-

cados e indicar, objetivamente, onde se localiza o erro de cálculo. Não será mais admitida impugnação genérica (TARGS, Ap. Cív. n. 192048882, Juiz Juracy Vilela de Sousa; TAPR, Ap. Cív. n. 94845200, Juiz Ronald Moro). Acerca desse aspecto da matéria, assinala Edson Ubaldo: “O executado, por seu turno, se quiser embargar a execução alegando erro ou excesso, deverá apresentar a sua própria memória, demonstrando com clareza, com base em dados sólidos, onde está o erro ou excesso” (As modificações no processo de execução, Obra Jurídica, 1995, pág. 36).

Se a comissão de permanência é fixada pela instituição financeira credora com base na “taxa de mercado no dia do pagamento” (Resolução Bacen n. 1.129/86), não terá o devedor, que ignora a sua composição, como impugnar os índices aplicados no cálculo dos encargos da dívida.

Excluída do cálculo a comissão de permanência, devem prevalecer, no período posterior ao vencimento da obrigação, os juros remuneratórios convencionados para o anterior, denominado de “normalidade” da operação.

Faço o registro, conquanto desnecessário no caso sub examen. O MM. Juiz excluiu a comissão de permanência relativamente ao contrato objeto da execução, determinando fosse substituída pelo INPC. Parte do valor do empréstimo foi aproveitado para liquidação de anterior contrato de abertura de crédito. Na hipótese, ocorreu transação, caracterizadora de novação. Não é admissível discutir cláusulas do contrato liquidado (CC, art.

999, I), conforme se colhe da jurisprudência:

“Até por questão de segurança do comércio jurídico, não é cabível a revisão de contrato já extinto. Possibilidade de revisão do contrato pendente e no que tange ao respectivo saldo devedor sendo inviável a pretensão de repetição do indébito, tanto por nem alegado pagamento por erro, como existente a obrigação de pagar. Arts. 964 e 965 do Código Civil” (TARS, Ap. Cív. n. 196258305; Ap. Cív. n. 197026768, Juiz Leo Lima).

“A transação produz entre as partes o efeito de coisa julgada, e só se rescinde por dolo, violência, ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa’ (Código Civil, art. 1.030).

“Assim, firmado acordo entre as partes, mediante a outorga de concessões mútuas, declarando a devedora que reconhece a plena regularidade e integral legitimidade do critério de atualização monetária, operada estará a transação, a qual produzirá os efeitos de coisa julgada entre as partes, não podendo ser alterada exceto por um dos vícios arrolados no art. 1.030 do Código Civil” (Ap. Cív. n. 98.008156-4, Des. Eder Graf).

“A confissão de dívida, com a sua renegociação e parcelamento, é, juridicamente, novação. E, novado o débito, com a absorção da obrigação anterior, descabida é qualquer discussão a respeito da dívida anterior ou de investigação sobre lançamentos procedidos na relação contratual precedente, visando a respectiva exclusão” (Ap. Cív. n. 97.013865-2, Des. Trindade dos Santos).

“A novação é forma de extinção da dívida contraída, gerando-se uma

nova obrigação, que substitui a anterior. Todavia, para que se a tenha, requer-se o animus novandi, vale dizer, o intuito de inumar a relação obrigacional que até então vigia, engendrando uma outra que lhe toma o posto” (Ap. Cív. n. 97.009244-0, Des. Pedro Manoel Abreu).

7. O conceito de “consumidor”, para fins de sujeição da relação negocial às normas do Código de Defesa do Consumidor, neste vem expresso: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” (Lei n. 8.078/90, art. 2º).

No caso sub judice, o empréstimo foi contraído por pessoa jurídica; é notório que os recursos destinam-se às atividades negociais da empresa. Conseqüentemente, o contrato não se submete ao Código de Defesa do Consumidor.

Em apoio à assertiva, transcrevo ementa de acórdão do Tribunal de Alçada Civil de Minas Gerais, decisão recentemente ratificada pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp n. 218.505, Min. Barros Monteiro; o acórdão ainda não foi publicado):

“Pessoa jurídica que pactua com instituição bancária contrato de abertura de crédito em conta corrente aos fins de obter capital para incrementar a sua atividade empresarial, não pode ser considerada como consumidora à luz dos arts. 2º e 3º, § 2º, da Lei n. 8.078/90, o que afasta a sua aplicação na situação vertente” (Ap. Cív. n. 263549-6, Juiz Lucas Sávio).

No mesmo sentido há precedente da Segunda Câmara Civil:

“O Codecon destina-se a reger as relações de consumo, no que pres-

supõe um destinatário final, o consumidor. Não ostentando a parte essa condição, é inaplicável” (Ap. Cív. n. 97.006882-4, Des. Sérgio Paladino).

Do voto, reproduzo o excerto que segue:

“Quanto à pretensa aplicação da Lei n. 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor (Codecon), novamente não assiste razão aos apelantes. O Codecon destina-se a reger as relações de consumo; porém, apesar do disposto no seu art. 3º, § 2º, os apelantes, na espécie, não sendo os destinatários finais, não ostentam a condição de consumidores, sendo inaplicável, via de consequência, inclusive em relação à multa contratual prevista.

“De qualquer modo, ainda que implicasse relação de consumo, a cédula rural pignoratícia é regida por legislação específica (Decreto-Lei n. 167/67), sendo inaplicáveis, também por essa razão, as normas contidas na Lei n. 8.078/90”.

8. A multa é devida, não podendo incidir sobre os juros moratórios, que nem sequer foram computados, “pois o devedor não pode ser duplamente penalizado” (Ap. Cív. n. 49.054; Ap. Cív. n. 33.955, Des. Amaral e Silva; Ap. Cív. n. 29.662, Des. Eduardo Luz; Ap. Cív. n. 34.301, Des. Eder Graf; JC ns. 60/153, 27/312 e 26/168; Lex 117/96).

9. Preceitua o art. 1.531 do Código Civil: “Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas, ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do

que dele exigir, salvo se, por lhe estar prescrito o direito, decair da ação”.

A toda evidência, a regra tem por objetivo penalizar o credor de má-fé, aquele que “demandar por dívida já paga” ou que pede “mais do que for devido”. Não é a hipótese do caso concreto, em que eventual excesso de execução decorre da declaração da nulidade de cláusula do contrato. A jurisprudência corrobora a conclusão:

“Cobrança excessiva, mas de boa-fé, não dá lugar às sanções do art. 1.531 do Código Civil” (STF, Súmula 159).

“A aplicação do art. 1.531, CC, só deve ser contemplada com a demonstração inequívoca de ação maliciosa ou reveladora do perfil da deslealdade (Súm. 159, STF)” (REsp n. 94.753, Min. Milton Luiz Pereira).

“A aplicação da penalidade estabelecida no art. 1.531 do Código Civil pressupõe o ajuizamento de demanda com malicioso pedido de pagamento de dívida já paga ou de quantia maior do que a realmente devida” (REsp n. 46.203, Min. Barros Monteiro).

“A aplicação da ‘pena privada’ do artigo 1531 do Código Civil pressupõe o ajuizamento de demanda com malicioso pedido de pagamento de dívida já paga, ou de quantia maior do que a realmente devida. Não se caracteriza se a afirmação do crédito é feita extrajudicialmente, ou em defesa em demanda pendente. Recurso especial não conhecido” (REsp n. 14.016, Min. Athos Carneiro).

10. Nas execuções, embargadas ou não, os honorários advocatícios devem ser “fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendi-

das as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior” (CPC, art. 20, § 4º). Prescrevem as alíneas aludidas: “a) o grau de zelo do profissional; b) o lugar de prestação do serviço; c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço”.

Os embargos foram julgados antecipadamente. As questões neles alegadas são conhecidas, não exigindo dos ilustres advogados das partes tempo ou trabalho extraordinários. Considerados esses aspectos, penso que os honorários devem ser reduzidos para 5% (cinco por cento) do valor da execução (R\$ 3.650.181,22), representando em torno de R\$ 183.000,00 (cento e oitenta e três mil reais).

Reconhecida a existência de excesso de execução, o credor deve pagar honorários advocatícios aos embargantes, no mesmo percentual, incidindo sobre a parte do pedido de que decaiu.

Os honorários fixados compreendem os dois embargos.

11. Pelas razões expostas, dou provimento parcial ao recurso para: a) limitar os juros a 12% (doze por cento) ao ano, b) afastar a capitalização mensal dos juros, c) reduzir os honorários advocatícios para 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, compreendendo ambos os embargos, e, considerando que há excesso de execução, para condenar o apelado a pagar honorários advocatícios em favor dos apelantes, igualmente, arbitrados em 5% (cinco por cento) da parcela do pedido de que decaiu.

III — VOTO DO DES. CARLOS PRUDÊNCIO

Penso que o valor da multa deve ser reduzido ao percentual previsto na Lei n. 9.298/96.

Em virtude da índole pública da matéria, a multa contratual estabelecida há de ser minorada, ex officio, para 2%, em observância ao art. 52, §1º, do Código de Defesa do Consumidor, com a redação que lhe conferiu a Lei n. 9.298/96.

O argumento de que o CDC não se presta a regular instituições financeiras revela-se frágil, pois o seu art. 3º, § 2º, ao conceituar o “fornecedor”, refere-se também aos prestadores de serviços e, em suma, neste rol incluem-se as atividades bancárias. Muito embora a alegação de que o mero empréstimo bancário não implicaria “relação de consumo”, o mesmo já não se pode dizer diante da leitura do artigo supratranscrito, que alargou a aceção dos termos fornecedor e serviços para neles também incluir a atividade de natureza bancária.

Em contratos bancários, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor não pode ser restrita às hipóteses abusivas, relacionadas com a prestação de serviços. Ao contrário, ela abrange os empréstimos, aberturas de crédito e demais operações.

É de se corroborar que o avançado Código de Defesa do Consumidor despertou em todos um senso mais apurado de proteção ao mais fraco em confronto com o mais forte. Trata-se, enfim, de fazer valer em sua plenitude o princípio da igualdade material, sopesando-se os valores atualmente existentes na economia de massa, ca-

pitalista e oriunda de uma selva bancária que infelizmente rege a sociedade brasileira. Não se propõe, aqui, fazer quaisquer considerações pessoais para com os estabelecimentos bancários. Ao contrário, só se pretende proteger o direito dos clientes desses estabelecimentos.

É fato notório que inexistente igualdade entre os direitos e as obrigações daqueles que intervêm em determinada relação contratual bancária. Destarte, o limite de 2% fixado pela Lei n. 9.298/96 é de ser aplicado de forma certa, até porque o Codecon, por tratar de lei de ordem pública, incide imediata e automaticamente aos contratos em vigor quando de sua publicação.

Na Ap. Cív. n. 97.011311-0, de Ponte Serrada, o relator Des. Pedro Manoel Abreu seguiu a mesma orientação:

“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.

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

IV — VOTO DO DES. ORLI RODRIGUES

Peço vênia ao eminente relator para acompanhar o voto do Des. Carlos Prudêncio.

V — Decisão

Nos termos do voto do relator, por votação unânime, deram provimento ao recurso para limitar os juros a 12% a.a. (doze por cento ao ano), afastar a capitalização mensal dos juros, e reduzir os honorários advocatícios para 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa e, tendo o apelado decaído de parte significativa do pedido, para condená-lo a pagar honorários advocatícios em favor dos apelantes, também arbitrados em 5% (cinco por cento), incidentes sobre a parte do pedido de que decaiu; por maioria de votos, proveram o recurso para reduzir a multa para 2% (dois por cento), vencido o relator.

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Desembargador Orli Rodrigues.

Florianópolis, 18 de novembro de 1999.

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

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.016358-0, DE TUBARÃO**Relator: Des. Solon d'Eça Neves**

Apelação cível — Locação — Contrato anterior à Lei n. 8.245/91 — Pacto que prevê a necessidade da forma escrita para a prorrogação contratual — Imprescindível a anuência dos fiadores, à luz da Súmula 214 do STJ — Ação revisional antes promovida — Ausência de prova oportuna e suficiente, do comparecimento dos garantes na demanda noticiada — Provimento do reclamo para excluir os fiadores da demanda, mantida a sentença em relação aos devedores principais.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.016358-0, da comarca de Tubarão (2ª Vara), em que são apelantes Joi Guedes da Fonseca e outros, sendo apelado Paulo Barbosa Moreira Costa:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso interposto para excluir os fiadores da demanda.

Custas na forma da lei.

Paulo Barbosa Moreira Costa moveu ação de despejo c/c cobrança de aluguéis em face de Joi Guedes da Fonseca e Ciceia C. L. da Fonseca, como também, Clair Koenig e Maria Terezinha de Silva Koenig, Miguel Fernandes Alves e Santina Madeira Alves, estes na condição de fiadores, arrimado em contrato de locação de imóvel residencial, acostado às fls. 10 a 13, vigente ao tempo da proposição da ação, pois que prorrogado por prazo indeterminado.

Acrescentou que o pacto foi celebrado em abril de 1988, e no bojo da ação revisional, por si aforada, as partes entabularam o valor de R\$ 300,00

(trezentos reais) a título de locação, e, estando os réus inadimplentes, melhor saída não encontrou, senão a propositura da presente demanda, buscando a quitação do débito referente às prestações vencidas e vincendas, bem como a desocupação do imóvel locado.

Nesse passo, os fiadores compareceram aos autos dando conta da desocupação do imóvel, bem como da cessação da fiança prestada, porquanto esta não poderia estender-se além do prazo determinado no contrato, até porque a ação revisional foi promovida apenas contra os locatários, daí exsurgindo a ilegitimidade passiva ad causam dos garantes.

Sobreveio aos autos manifestação do autor, afirmando o abandono do imóvel pelo locatário e a falta de pagamento dos aluguéis até a data da desocupação.

Após as audiências de fls. 40 e seguinte, nas quais os locatários espontaneamente vieram aos autos, os demandados ofertaram suas alegações derradeiras, e, em seqüência, o Magistrado entregou a prestação jurisdicional, condenando a todos os requeridos ao pagamento dos valores

constantes da exordial, com a devida correção, além das custas processuais e honorários de advogado.

Às fls. 50 dos autos, uma petição do autor informa que os fiadores foram sim, ao inverso do que sustentam, cientificados da ação revisional, acostando documentos para comprovar o noticiado.

Os embargos declaratórios propostos pelo vencedor foram rejeitados pelo julgador monocrático.

De outra banda, os vencidos manejaram o recurso de apelação, que contra-arrazoado, contado e preparado ascendeu a esta Corte de Justiça.

É o relatório.

A razão está de fato com os recorrentes, no tocante à desobrigação dos fiadores pela prorrogação do contratado, eis que ausente a necessária anuência destes, porquanto o contrato em evidência, ao tempo que encerra serem os fiadores responsáveis “por todas as obrigações se o contrato permanecer por prazo indeterminado”, bem como, “responder (em) pelos acréscimos dos aluguéis resultantes de eventual ação revisional”, traz em sua cláusula sétima que: “A prorrogação contratual e o reajustamento de novo período da locação deverão ser realizados sempre por escrito”, conforme destacado na apelação interposta.

Vale notar, que tendo sido o pacto celebrado ante da vigência da Lei n. 8.245/91, a teor do que dispõe o seu artigo 77, o contrato passa a vigorar por prazo indeterminado, senão vejamos:

“Art. 77. Todas as locações residenciais que tenham sido celebradas anteriormente à vigência desta Lei serão automaticamente prorrogadas por tempo indeterminado, ao término do prazo ajustado no contrato”.

Contudo, tal prorrogação não pode alcançar o fiador que tinha, ao tempo do entabulado, em sua garantia a imprescindibilidade do instrumento escrito para desencadear a prorrogação do pacto, ausente no caso dos autos. É que esta prorrogação, para atingi-lo, necessita de sua anuência, a luz do que reza a Súmula 214 do Superior Tribunal de Justiça:

Súmula 214 — “O fiador na locação não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu”.

E acrescente-se que o artigo 39 da lei em comento, ao presumir que as garantias contratuais permaneçam até a efetiva devolução do imóvel, ressalta: “salvo disposição contratual em contrário”.

Destarte, mesmo que o contrato disponha que a fiança se estenda até a devolução das chaves, o faz condicionando a sua prorrogação por escrito, e como já visto, em conformidade com a Súmula supracitada, indispensável se mostra a anuência do garante.

Até porque, no caso em epígrafe, há menção de uma demanda revisional, na qual inexistiu a citação — ou, ao menos, a participação dos fiadores.

É o que se dессome do processado, até a prolação da sentença, porquanto o recorrido apenas sustentou a intimação dos fiadores após a entrega da prestação jurisdicional, e ainda: por

meio de documentos desprovidos de autenticação e dos quais não se extrai a certeza — até porque nem todas as assinaturas conferem com a do destinatário — do comparecimento dos fiadores à ação revisional antes promovida.

A juntada de documento ao depois do sentenciado, nem sempre tem sua aceitação assegurada pelos Tribunais, até por obediência ao comando do art. 517 do Caderno de Processos Civil que dispõe:

“Art. 517. As questões de fato, não propostas no Juízo inferior, poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior”.

E improvable o motivo, tratando-se de documento fundamental — porque importante para o deslinde da causa, nesta Corte já se decidiu:

“Recurso cível — Apelação — Juntada de documento novo — Ausência de prova que justifique sua apresentação somente em grau de recurso — Força maior inócurrenente — Inadmissibilidade — Preclusão. A apresentação de documento novo em grau de recurso, que venha a influir de forma capital na solução da lide, somente é admissível se acompanhado de prova da ocorrência de força maior impeditiva de sua apresentação no momento oportuno” (Ap. Cív. n. 88.090936-6 (51.937), rel. Des. Nilton Macedo Machado).

“Ação de despejo c/c pedido de cobrança — Alegação de contrato verbal pelo autor — Contestação pautada na existência de contrato escrito — Apresentação do instrumento locatício somente após a sentença — Preclusão — Valores e parcelas pagas

controvertidos — Desídia do réu em produzir provas — Alegada ilegitimidade ativa e cerceamento de defesa — Prefaciais afastadas — Manutenção do julgado. ‘Não se destinando os documentos a fazer prova contrária e deles dispondo a parte desde antes da propositura da demanda, não é admissível que só os junte com as razões de apelação. Em tais condições, dele não se deve tomar conhecimento’ (JTA 122/29, citação da pág. 30, Theotonio Negrão, CPC, 28ª ed., nota 1 ao art. 397, 318)” (Ap. Cív. n. 98.000925-1, rel. Des. Orli Rodrigues).

Dessa feita, também pela carência de prova do comparecimento dos fiadores na demanda revisional, não poderia a presente actio albergá-los, como já assentado no Superior Tribunal de Justiça:

“Processual civil. Execução. Locação. Revisional de aluguel. Falta de intimação dos fiadores. Ilegitimidade passiva para figurar na execução. Súmula 214 do STJ. 1 — Não se pode responsabilizar o fiador por contrato renovado em ação de revisão de aluguéis para a qual não foi intimado, mesmo que tenha se obrigado até a entrega das chaves, pois o contrato de fiança, por ser benéfico, não admite interpretação extensiva. Precedentes. 2 — Embargos de divergência não conhecidos” (STJ, ERESP n. 153717/RJ, j. em 25/8/1999, rel. Min. Fernando Gonçalves).

“Civil — Recurso especial — Locação — Fiança — Exoneração — Art. 1.500 do CC — Contrato por prazo determinado — Renúncia expressa. 1 — Não pode o fiador ser responsabilizado perpetuamente por

obrigações futuras, resultantes da prorrogação do contrato por prazo determinado, ex vi legis, do qual não anuiu concretamente. Desta forma, pode o fiador, vencido o prazo contratual e por tratar-se de direito disponível, renunciar expressamente de apor sua garantia ao contrato de locação prorrogado. 2 — É impossível a coexistência da cláusula 'até a entrega das chaves' com o instituto da prorrogação contratual por força de lei, porquanto sem anuência do fiador, em virtude de sua renúncia explícita e concreta, cinge-se tal expressão à duração do contrato primitivo, que vigia por tempo determinado 3 — (...omis-sis). 5 — Recurso conhecido e provido para, reformando o v. acórdão de origem, julgar procedente a ação, declarando o fiador desonerado da fiança, a partir de sua renúncia expressa, em 3/12/1990, invertendo-se o ônus da sucumbência (STJ, REsp n. 121744/RJ, j. em 21/9/99, rel. Min. Jorge Scartezini)

Colhendo-se ainda do Recurso Especial n. 128800/MG a lição a seguir transcrita:

"As razões recursais, em síntese, sustentam a ilegitimidade passiva dos recorrentes para serem demandados na ação de cobrança, em razão da não cientificação para anterior ação de despejo.

"(...) Todavia, no que toca à ofensa aos artigos do Estatuto Civil, informam os autos que os fiadores efetivamente não foram citados para comporem a ação de despejo, salientando-se que, nesta ação, oposta em reconvenção à ação consignatória, aforada pelos locatários, decidiu o douto Juízo matéria afeta ao quantum dos

alugueres (até porque a consignatória não foi acolhida), tema que, à evidência, aludia aos interesses daqueles afiançadores do ajuste locativo.

"Com efeito, verifica-se que a ação de cobrança de aluguéis e encargos da locação, da qual foi tirado o agravo que resultou no recurso especial, é instrumentada na execução de antecedente ação consignatória, que, por força da reconvenção, transmutou-se em ação de despejo. Dessarte, restava necessária a regular citação dos fiadores, pena de ofensa ao princípio maior do contraditório. Não observada esta formalidade legal, impõe-se a ilegitimidade passiva dos recorrentes para a cobrança dos créditos apurados na antes citada ação de despejo.

"Os argumentos articulados no v. acórdão hostilizado confrontam com a consolidada jurisprudência desta egrégia Corte, sendo certo que não há que ser dado ao instituto da fiança aplicação extensiva. Nota-se que a interpretação restritiva da fiança constitui gênero, regra geral, que, submetida ao prudente arbítrio do julgador, tem o condão de alcançar as diferentes lides que respeitam ao fiador, quer seja na ação de despejo, na ação renovatória, revisional, ou litígio de natureza diversa. Assim, deve o fiador ser comunicado de qualquer ato judicial, pertinente à locação ajustada, que implique em potencial lesão ao seu interesse, condição que, como já dito, não ocorreu.

"(...) Ante o exposto, com fulcro no art. 557, § 1º — A do CPC, com a redação que lhe deu a Lei n. 9.756/98, c/c os artigos 267, VI, e 295, II, da mesma Lei Processual, conheço do

recurso especial e dou-lhe provimento, para determinar que seja extinta a ação de cobrança que tem curso nos autos principais, ajuizada em desfavor dos fiadores, ora recorrentes. Publique-se” (STJ, j. em 30/9/1999, rel. Min. Gilson Dipp) (grifei).

E ainda mais, em conforto ao decidido, oportuno gizar que, em alguns julgados, necessária a citação dos fiadores, e não apenas a sua identificação, como se denota do seguinte decisório:

“Locação — Execução por título judicial — Revisional — Responsabilidade do fiador — Falta de citação — Ilegitimidade passiva. 1 — Não se pode responsabilizar o fiador locatício por contrato renovado em ação de revisão de aluguéis da qual não foi citado. 2 — Recurso conhecido e provido” (STJ, REsp. n. 153717/RJ, j. em 17/2/1998, rel. Min. Edson Vidigal).

Pelo exposto, em consonância com as razões esposadas, não há margem para melhor alternativa, senão a exclusão dos fiadores da presente demanda, mantida a decisão no concernente aos devedores principais.

De acordo com o retroexpendido, dá-se provimento ao recurso, tão-somente para excluir os garantes das obrigações oriundas do contrato de locação e invertidos os ônus da sucumbência.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Pedro Manoel Abreu.

Florianópolis, 10 de fevereiro de 2000.

Alcides Aguiar,
Presidente com voto;
Solon d’Eça Neves,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 00.001765-5, DA CAPITAL

Relator: Des. Solon d’Eça Neves

Apelação cível — Acidente de trânsito — Ação de indenização por danos em acidente de trânsito, cumulada com reparação de danos morais — Condução imprudente e inconseqüente de carreta em rodovia molhada — Manobra abrupta que provocou o deslocamento da carroceria que formando um “L”, veio a abalroar o veículo que trafegava em sentido contrário — Morte do condutor, da esposa e de uma filha menor — Culpa demonstrada — Presunção juris tantum do laudo elaborado pela Polícia Rodoviária — Indenização devida — Incabível a suspensão do processo de indenização por ilícito civil, porque esta é independente da criminal (art. 1.525, CC) — Devidos juros compostos — Juros de mora e correção monetária a partir da data do evento (Súmulas 562, STF, 43 e 54, STJ) — Desprovimento

de ambos os recursos e do agravo retido.

Inegável a condução imprudente de veículo de grande proporção, em rodovia molhada e escorregadia, que em manobra abrupta vem a perder o controle da carreta que, formando um “L”, vem a abalroar veículo que trafegava em sentido contrário, causando a morte de seus ocupantes.

O laudo pericial de acidente de trânsito elaborado pela autoridade de trânsito goza de presunção juris tantum de veracidade que só admite enfrentamento mediante prova clara, robusta e inequívoca.

Devida a indenização, na forma de pensionamento mensal aos dependentes da vítima de homicídio culposo, quando menores até que completem a idade de 25 (vinte e cinco) anos de idade, quando se tem por presumível o casamento ou o início da atividade laborativa remunerada, acrescendo aos filhos remanescentes a cota-parte daquele que atinge a idade limite.

A fixação de valores a título de indenização reparatória de dano moral tem sido um drama, posto que difícil aquilatar-se a intensidade e profundidade da dor daqueles que perdem um ente querido, ou seja, o pretium doloris. Cabendo ao prudente arbítrio do julgador a fixação de valor o mais abrangente possível, com o intuito de recompor o lesado, sem o exagero que caracterize enriquecimento ilícito, mas jamais em valor ínfimo que vulgarize a morte. Aconselha a prudência que o magistrado se utilize das regras de experiência comum, observados os critérios do artigo 335 do CPC, aliado, sempre que possível, com a situação dos lesados antes do evento delituoso e dos elementos constantes dos autos.

Cabível a indenização pela morte da mãe ou esposa, mesmo que não exerça atividade remunerada, porque sua função de auxiliar do marido, paralelamente à manutenção e criação dos filhos, é uma espécie de poupança que merece ressarcimento na sua falta pela tranqüilidade que propicia ao marido, companheiro e aos filhos, na manutenção e subsistência da família.

“Se a conduta do agente, pela sua gravidade, assume a conotação de crime propriamente dito, e não de simples ilícito civil, a sua responsabilidade indenizatória será agravada pela incidência de juros compostos” (Cahali, Yussef Said. Responsabilidade Civil e sua

interpretação Jurisprudencial, 2ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995, pág. 536).

Tratando-se de ato ilícito a correção monetária e os juros de mora incidirão desde a data do evento danoso, na forma estabelecida pelas Súmulas 562 do STF e 43 e 54 do STJ.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.001765-5, comarca da Capital (Vara de Exceção Cível/Estreito), em que são apelantes Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais e Rodoextra Ltda., sendo apelados Fernando da Cunha representado pelo seu tutor Ademar José da Cunha e outros:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao agravo retido e, no mérito, negar provimento a ambos os recursos.

Custas na forma da lei.

Fernando da Cunha e seus irmãos Ricardo da Cunha e Fábio da Cunha, representados e assistidos respectivamente por Ademar da Cunha, ajuizaram ação de indenização por dano causado em acidente de veículos c/c reparação por danos morais em face de Rodoextra Ltda.

Alegam que em data de 17 de abril de 1997, por volta das treze horas e quarenta e cinco minutos, seus pais Arnaldo da Cunha e Izildinha da Cunha, bem como a irmã Priscila da Cunha faleceram em razão de acidente automobilístico causado pelo preposto da requerida, que na ocasião conduzia o caminhão placa GUQ 6234, com reboque placa GPD 5635, quando, ao perder o controle do dito veículo no momento em que efetuava

uma curva, abalroou a camionete das vítimas que trafegava em sentido contrário, vindo esta a capotar.

Após tecerem considerações doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da tese ora expendida, requereram, por via de consequência, a procedência da ação, com a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos patrimoniais e morais decorridos em razão do trágico acidente.

Para tanto, pleitearam a condenação da ré, nos seguintes termos: a) ao pagamento dos gastos com funeral, túmulo etc.; b) ao pagamento de uma pensão mensal, em razão da morte de Arnaldo da Cunha, calculada sobre o respectivo pro labore, na proporção de 2/3 (dois terços), até o período em que completaria 65 anos de idade, incluindo o 13º salário, com início a partir de 17 de abril de 1997; c) ao pagamento de uma pensão mensal, em razão da morte de Izildinha da Cunha, calculada sobre o valor do salário mínimo até o período em que completaria 65 anos de idade, incluindo o 13º salário, com início a partir de 17 de abril de 1997; d) ao pagamento de uma indenização por danos morais, arbitrados, no mínimo, em 500 (quinhentos) salários mínimos; e) ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios; f) ao pagamento dos juros de mora e compostos, a partir da data do evento que ocasionou a morte das vítimas, e correção monetária; g) a constituir um capital, cuja ren-

da assegure o cabal cumprimento da prestação alimentícia, correspondente às pensões devidas em face da morte dos pais dos autores.

Juntaram documentos (fls. 22/58).

Citada, a requerida ofertou resposta, em forma de contestação, requerendo, preliminarmente, a denunciação da lide de Porto Seguro Cia. de Seguros Gerais, bem como a excluído de culpabilidade ao argumento de que o motorista se encontrava em estado de necessidade. No mérito, afirma que as provas carreadas pelos autores não são eficazes o suficiente para caracterizar a culpabilidade do preposto da ré; que os gastos referentes ao funeral, túmulo e correlatas, teriam sido cobertos pelo seguro obrigatório DPVAT, razão pela qual esses gastos deveriam ser excluídos; que o autor Fernando da Cunha, por ser emancipado judicialmente, tendo este rendimentos próprios, não mais necessita da pensão ora pleiteada, sendo que, em relação aos demais autores, a verba indenizatória pugnada constitui um enriquecimento ilícito, eis que eles são beneficiários do INSS; que a pensão mensal seria devida quando os filhos completassem 25 (vinte e cinco) anos, e não 65 (sessenta e cinco); que no que concerne à pensão mensal de Izildinha da Cunha entende que há excesso de pedido, eis que seria "sobreposição de indenizações pleiteadas"; que os valores pleiteados referentes aos danos morais constituem em enriquecimento ilícito; que os juros compostos são inaplicáveis ao caso.

Juntou documentos às fls. 119/131.

Porto Seguro Cia. de Seguros Gerais peticionou pleiteando sua admissão no feito na condição de assistente da empresa demandada (fls.132/143), requerendo, preliminarmente, a suspensão do feito até que fosse apurada a responsabilidade na esfera criminal.

Os autores se manifestaram sobre a contestação e petição da seguradora (fls.166/179).

Com a concordância da autora, a litisdenuciação foi deferida (fls.188).

Citada, a seguradora ofereceu contestação, aceitando a denunciação da empresa ré, por força do contrato de seguro que confere a cobertura securitária do caminhão pertencente à requerida envolvido no acidente.

No entanto, assinala que a sua responsabilidade não é solidária e se limita aos "danos pessoais e materiais" constantes na apólice, não cobrindo, dessa forma, os danos morais, bem como despesas processuais e honorários advocatícios, destacando, ainda, que, na hipótese de acolhimento da pretensão indenizatória, haveria a necessidade de se descontar do total da condenação o valor referente à indenização do seguro obrigatório — DPVAT, bem como jazigo perpétuo.

No mérito, afirma que não há comprovação do ponto de impacto entre os veículos envolvidos, restando indemonstrada a culpabilidade do motorista da empresa ré; assevera que os juros de mora devem ser contados a partir da data da citação da ré, e não da data do sinistro e de forma composta. Insurge-se, ainda, contra a pensão alimentícia, aduzindo que tal verba só será devida até a data em

que os autores completassem 21 anos.

Os autores e a ré impugnaram a resposta da seguradora litisdenunciada.

A representante ministerial a quo manifestou-se pela regularização da representação do menor púbere Fábio da Cunha, além de opinar pela designação de audiência de conciliação, instrução e julgamento.

Sobreveio audiência de conciliação, instrução e julgamento, restando infrutífera a proposta conciliatória, sendo determinada a expedição de carta precatória para que fossem inquiridos os testigos arrolados pelas partes. No mesmo ato, as partes apresentaram oralmente suas alegações finais repisando suas teses já expendidas.

A representante do Parquet de Primeiro Grau opinou pela procedência do pedido.

Sentenciando, o MM. Juiz de Direito julgou procedente, em parte, o pedido dos autores, condenando a ré ao pagamento do quantum indenizatório, acrescendo, a todos os valores, correção monetária e juros de mora a partir do evento danoso, estabelecidos na seguinte ordem: a) pagamento das despesas do funeral das vítimas; b) pagamento de pensão, em razão da morte dos pais dos autores, no valor de 2/3 da remuneração salarial da vítima Arnaldo da Cunha — pai dos autores — além de seu 13º salário. E com relação à vítima Izildinha ao pagamento de uma pensão correspondente a 1 salário mínimo, tudo a partir do evento danoso até a data em que os requerentes completassem 25 anos; c) ao pagamento de indeniza-

ção por danos morais no valor de 1.500 salários mínimos; d) constituição de um capital a fim de assegurar o pagamento da verba alimentar; e) pagamento de custas processuais e honorários advocatícios no valor de 15% da condenação corrigida monetariamente, devendo ser deduzidos do montante indenizatório os valores já percebidos pelos autores em decorrência do seguro obrigatório. Condenou, ainda, a litisdenunciada a reembolsar à denunciante os valores pagos a título de danos morais e materiais, até o limite constante na apólice.

Inconformada com a prestação jurisdicional entregue, a seguradora denunciada apelou, requerendo a suspensão do processo até a decisão final do processo crime. Da mesma forma pretende isentar a culpabilidade do motorista da empresa ré na produção do evento danoso. Afirma, ainda, que os valores referentes aos danos morais devem ser excluídos, eis que há limitação na apólice.

Por outro lado, a requerida também apelou, requerendo, preliminarmente, o julgamento do agravo retido constante no termo de audiência, no qual entende estar configurado o cerceamento de defesa. Argúi, ainda, a excludente do estado de necessidade. No mérito, reforça que em momento algum ficou evidenciada a culpa do condutor do caminhão de sua propriedade, haja vista a insuficiência de provas. Insurge-se contra as verbas indenizatórias fixadas referentes aos danos morais e patrimoniais, bem como contra o arbitramento dos honorários advocatícios. Termina clamando pela reforma do decisum.

Contra-arrazoados os recursos, os autos ascenderam a este Sodalício, tendo, aqui, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Jobel Braga de Araújo, se manifestado no sentido do conhecimento e desprovimento dos apelos.

É o relatório.

Na tarde de 17 de abril de 1997, por volta das 13h45min, em Campina Grande do Sul, Estado do Paraná, as vítimas estavam a bordo de uma camionete Chevrolet D-20, no sentido São Paulo—Florianópolis. Na ocasião, descia a serra, no km 29, o caminhão Scania, dirigido por Darci José de Andrade, que, ao fazer a curva, se desgovernou, e veio, com o flanco esquerdo da carroceria, após formar um “L”, colidir com a camionete das vítimas, vindo esta a capotar fora da pista, causando a morte de seus ocupantes, ou seja, do condutor Arnaldo da Cunha, da sua esposa Izildinha da Cunha e da sua filha menor Priscilla da Cunha, e causando ferimentos graves na outra ocupante do veículo Leonor Maba.

O laudo pericial de acidente de trânsito elaborado pela Polícia Rodoviária Federal é descritivo e conclusivo no sentido de imputar a culpa do acidente à conduta imprudente do motorista do caminhão. Este, por sua vez, tenta atribuir a culpa ao motorista da camionete, alegando que ele transitava em alta velocidade pelo meio da pista. Tal versão é isolada nos autos. Difícil de crer que a camionete que subia a serra estivesse com velocidade inapropriada, posto sabermos que qualquer camionete movida a motor diesel é muito lenta em subidas.

A tentativa do motorista do caminhão em desfazer a prova pericial do acidente não surtiu o efeito desejado, porquanto o laudo pericial possui presunção juris tantum que só é desfeita mediante prova escorreita, robusta e indubitável do equívoco do laudo, fato não ocorrente nos autos.

Ademais, não podemos esquecer o testemunho de Isair Jambiski de Oliveira Neto, transeunte que passava pelo local, que assim descreve o acidente:

“...Que o caminhão de propriedade da requerida deslizou na pista, dando um ‘L’, apanhando o veículo dos pais dos requerentes que transitava normalmente em sua mão de direção, empurrando-o para uma barroca de uns 3 metros, já fora do asfalto, vindo o veículo a capotar; (...) que o ‘L’ se formou instantes antes de apanhar a camioneta, sendo que o motorista desta não pôde evitar o impacto; que a camioneta foi jogada e repousou distante a uns 5 ou 6 metros do local do impacto”.

Acresça-se, ainda, as informações constantes do laudo pericial elaborado pelo Instituto de Criminalística da Polícia Civil, no qual consta:

“as informações foram prestadas por moradores do local. Sobre-se, por suas palavras, que na hora do acidente a pista estava molhada devido às fracas chuvas que caíam na região e que ao transitar pela curva do trecho em questão, a carreta ficara em ‘L’ sobre a pista e a parte traseira do semi-reboque teria arremessado a camioneta para fora do leito da rodovia” (fls. 603).

Assim, superado o reconhecimento da culpa do motorista, resta apreciar o recurso dos requeridos.

Primeiramente é descabida a pretensão de suspensão do processo, enquanto não decidida a ação penal instaurada em virtude do acidente, pela clareza e singeleza do disposto no artigo 1.525 do Código Civil, que transcrevo, embora despicando, mas como medida didática:

“Art. 1.525 — A responsabilidade civil é independente da criminal; não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime”.

Por isso, afasta-se a pretensão.

Quanto ao agravo retido, melhor sorte não socorre ao apelante, porque o disposto no artigo 405 do CPC, nos seus parágrafos e incisos, claramente estabelece o impedimento daqueles que são parte na causa (§ 2º, II), e são suspeitos aqueles que tiverem interesse no litígio (§ 3º, IV), que é exatamente a situação do motorista, por isso, correta a conduta processual do Magistrado em ouvi-lo apenas como informante, não constituindo, tal circunstância, por óbvio, em nulidade.

“O que torna suspeito o testemunho é o interesse pessoal, e não o social, no desfecho da causa” (RTJ 107/459).

Por isso, conhece-se, mas nega-se provimento ao agravo retido.

Resta a análise dos argumentos dos recursos.

Com relação às despesas de funeral, jazigos e transporte de urna funerária, adequadamente comprova-

das pelos documentos de fls. 42 a 48, estas não foram em momento algum questionadas nos autos.

O ilustre Dr. Leone Carlos Martins Junior, em excelente trabalho, deu à questão brilhante decisão, da qual socorro-me de alguns itens.

Cita o novel Magistrado, quanto à matéria, lição de Rui Stoco, citando Carvalho Santos, afirmando que a reparação deve compreender:

“as despesas que forem feitas com o sufrágio da alma da vítima, de acordo com o rito da religião que professava”, abrangendo, ainda “as despesas com sepultura, aquisição de um jazigo perpétuo e ereção de um mausoléu, quando tais exigências estiverem de acordo com os usos adotados pelas pessoas da classe social da vítima” (Código Civil Interpretado, vol. XXI, pág. 81)” (Responsabilidade Civil, 4ª ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1974, pág. 435).

Assim, indiscutível a obrigação do pagamento das despesas de funeral e cerimônias fúnebres, conforme demonstrado às fls. 42/48.

Quanto à pensão mensal devida em virtude da morte do pai Arnaldo Cunha, o Código Civil é taxativo na sua imposição, quando estabelece:

“Art. 1.537. A indenização, no caso de homicídio, consiste:

“I...

“II. Na prestação de alimentos às pessoas a quem o defunto os devia”.

Mais uma vez colho lição da r. sentença, quando conclui:

“...Assim, a pensão devida pela morte do chefe de família aos seus filhos menores é corolário do dispositi-

vo supramencionado, constituindo reparação do prejuízo irrogado aos seus titulares em decorrência do ato ilícito praticado.

“Afirmou a requerida, contudo, que o autor Fernando da Cunha não faria jus à tal indenização por já ser emancipado judicialmente.

“Tal circunstância não faz desaparecer, por si só, a presunção de dependência econômica em relação ao seu genitor, posto que o mesmo, evidentemente, teve que assumir sozinho uma série de encargos, compromissos e responsabilidades que anteriormente não possuía, sobretudo por ser o filho mais velho dentre os remanescentes da família.

“A ajuda financeira do pai, outrora disponível, lhe foi sumária e abruptamente subtraída, de onde advém a sua legitimação ativa para postular o direito à indenização por danos materiais como titular nato na ordem de vocação hereditária e diretamente prejudicado pelo evento danoso causado pelo preposto da ré”.

Por outro lado, quanto aos demais herdeiros, o fato de receberem eventual pensão previdenciária em nada modifica o direito deles ao pensionamento pela requerida, nem possui eco na verba indenizatória.

Trago à colação citações da r. sentença:

Carlos Roberto Gonçalves leciona que: “a indenização por ato ilícito não guarda relação com o sistema previdenciário. Desse modo, não se há de deduzir da indenização de direito comum as verbas recebidas com base na infortunistica. O trabalhador acidentado pode postular, imputando dolo ou culpa ao empregador, que es-

te lhe pague um plus em relação àquilo que irá receber como compensação acidentária” (Responsabilidade Civil, 6ª ed., Saraiva, São Paulo, 1995, pág. 335).

A jurisprudência não discrepa desse entendimento:

“O fato de o beneficiário ser pensionista da Previdência Social não exclui seu direito à indenização devida pelo causador do ato ilícito. É que a pensão previdenciária tem origem diferente, visto que promana de acumulação das contribuições feitas ao INPS pela vítima, e a segunda provém da indenização por ato ilícito. Uma ou outra são acumuláveis; não se tem como vislumbrar bis in idem em tal acumulação, visto que são diversas as fontes de tais direitos e as pensões” (STF — 1ª T. — 18/8/76 — Adcoas n. 45.887, n. 48, 1976).

Correta a decisão ao fixar a pensão devida aos filhos até o limite de idade de 25 (vinte e cinco) anos, ocasião em que às mulheres se presume o casamento e aos filhos homens a época em que começarão atividade remunerada, não esquecendo que à medida que forem completando a idade limite o valor da pensão é transmitida aos demais herdeiros.

A jurisprudência é unânime, conforme cita a sentença:

“A pensão devida pela morte de chefe de família à mulher e ao filho menor deve corresponder a dois terços dos rendimentos da vítima, tendo como termo final a idade em que completaria sessenta e cinco (65) anos para a mulher, cessando, ao filho menor, ao completar este vinte e cinco anos, quando presumivelmente exercerá atividade laboral própria e constituirá fa-

mília, assegurado o direito de crescer ao beneficiário remanescente” (Apelação Cível n. 46.568, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Paulo Gallotti).

Enfatize-se que será assegurado aos beneficiários remanescentes a percepção da cota-parte devida aos outros na hipótese de falecimento ou casamento de um deles antes do termo final, ou, ainda, quando atingido o limite de idade de 25 (vinte e cinco) anos.

Atente-se que nos autos existe comprovante certo e determinado da remuneração percebida pelo pai dos autores na ocasião dos fatos (fls. 49/55), o percentual da pensão deve ser fixado em 2/3 (dois terços) do pro labore, incluindo-se nesta verba a cota de 13º (décimo terceiro) salário.

Com relação ao pensionamento dos menores pela morte da mãe, sob o argumento de que esta não exercia atividade remunerada não tem o menor cabimento, porque a administração doméstica contribuía sobremaneira para a manutenção do padrão familiar, quando menos pela tranquilidade da família.

A respeito, clara a lição de Yusuf Said Cahali:

“A mulher assume, pelo casamento, a condição de auxiliar do marido, nos encargos de família; e, se ela auxiliava decisivamente o marido na manutenção do lar e criação dos filhos, a sua morte acarreta efetivo prejuízo que deve ser ressarcido pelo causador da morte, correspondendo essa indenização ao valor econômico dos serviços que ela prestava; o trabalho da dona de casa é inestimável; conquanto não aufera remuneração em di-

neheiro, representa um valor muito grande, traduzido por uma atividade ininterrupta e multiforme, destinada a propiciar condições ao marido ou companheiro para que este possa, com seu trabalho, angariar meios de subsistência da família, de tal modo que, privados desse auxílio, têm o marido ou companheiro e filhos da vítima direito à indenização” (Dano Moral, 2ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998, pág. 102).

A jurisprudência segue no mesmo leito:

“Indenização — Ato ilícito — Vítima casada que constituía valioso elemento de sustentação da economia do lar, mesmo não exercendo profissão fora dele — Encargos domésticos que resultam em poupança pecuniária — Pensão progressiva para substituir, de certa forma, essa contribuição para a economia do lar e devida enquanto durar a viuvez do autor e a menoridade dos filhos — Pensão fixada desde logo em um salário mínimo e devida enquanto o autor conserve o estado de viuvez ou atinjam os filhos a maioridade civil” (TJSP 26/166).

Tal admissibilidade obedece o princípio secular da restitutio in integrum, ou seja, a indenização a ser paga por ato ilícito deve ser a mais completa possível, repondo ao lesado a situação mais próxima possível daquela existente antes do acidente. Exclua-se do valor da indenização a cota-parte referente a décimo terceiro (13º salário) porque não comprovada a relação de emprego da vítima.

Quanto aos danos morais, inegável a obligatio da requerida no pa-

gamento, ante a inequívoca culpa de seu preposto no evento.

Mais uma vez colho da r. sentença entendimento dominante:

“A indenização em razão dos danos morais é devida em cumulação com a verba indenizatória proveniente do prejuízo material, ainda que oriundos do mesmo fato, visto que aquela advém justamente da penosa sensação de perda, de ofensa, da dor sofrida, enfim, dos efeitos puramente psíquicos e sensoriais experimentados pelos autores.

“A questão da possibilidade de cumulação do pleito indenizatório material e moral encontra-se pacificada nos tribunais, notadamente após a edição da Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça, verbis:

‘São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato’.

“In casu, o abalo moral sofrido pelos autores é presumido, não dependendo de qualquer espécie de comprovação, diante do inquestionável sentimento de dor sofrido pela perda dos pais e da irmã caçula, a quem estavam afetiva e intimamente ligados.

“Convém transcrever a lição do eminente Des. Trindade dos Santos, na Apelação Cível n. 96.010888-2, da Capital:

‘Os danos morais resultantes da morte de ente querido e, pois, ligados a sentimentos essencialmente subjetivos, como a dor, o abalo psíquico, a mágoa, a tristeza, afetando exclusivamente o patrimônio ideal atingidos pela perda, não são passíveis de comprovação no plano fático. Decor-

rem eles, tão-somente, da intensidade da ofensa havida, sendo implicações inarredáveis da natureza e das consequências advindas do fato (...). Tem-se, então, que: ‘Em prol dos parentes compreendidos dentro do estrito círculo de relações da família, vale dizer, dos filhos vis-à-vis dos pais e vice-versa, dos irmãos com relação aos irmãos, uma presunção se estabeleceria sempre, juris tantum, de dano moral’ (França, Rubens Limongi, Reparação civil por danos morais. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993, pág. 220).

“Com relação ao arbitramento da quantia devida a título de indenização pelos danos morais, é consabido que a lei não fixa critérios objetivos para a determinação de tal valor”.

A doutrina sofre da mesma dificuldade, pela subjetividade da matéria, não havendo no ordenamento jurídico nacional dispositivo que estabeleça, pelo menos, critérios para a fixação do valor de indenização pela morte. Não podendo ser em valor muito elevado, para não incorrerem no enriquecimento ilícito, muito menos, vulgarizar a morte com valores apenas simbólicos ou aviltantes.

Carlos Alberto Bittar comenta o assunto:

“A indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que 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 or-

dem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante" (Reparação civil por danos morais. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993, pág. 220).

O eminente Des. Pedro Manoel Abreu com a sensibilidade humana que lhe é característica deixou assente, citando lição do Prof. Fernando Noronha, que:

"A fixação da verba reparatória do dano moral tem sido problema de árdua resolução, dada a dificuldade de estabelecer-se o pretium doloris. Assentada a reparabilidade desse tipo de dano, hoje com foro constitucional, longos embates doutrinários ainda se travam no afã de identificar os critérios para a estipulação das cifras devidas.

"Dentre outros, segundo a doutrina, a reparação dos danos morais, deve lastrear-se nos seguintes fatores: a) a intensidade e duração da dor sofrida; b) a gravidade do fato causador do dano; c) a condição pessoal (idade, sexo etc.) e social do lesado; d) o grau de culpa do lesante; e) a situação econômica do lesante. A fixação, no entanto, não é matéria que possa ser deixada à determinação por perito, uma vez que danos estimáveis por arbitramento são apenas os patrimoniais, nunca os morais: estes, por sua própria natureza, são inestimáveis (cf. Prof. Fernando Noronha).

"Na prova do dano moral e das circunstâncias que influem na determinação do quantitativo a arbitrar, os juízes terão de recorrer às regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinaria-

mente acontece referidas pelo art. 335 do Código de Processo Civil" (Ap. Cív. n. 96.007547-0, de Palhoça, julgada em 18/3/99).

Na fixação dos valores de indenização o juiz deve aproximar-se do valor mais justo que possa consolar a perda de um ente querido. O que dizer no presente caso, quando os filhos, ainda adolescentes, tiveram a notícia da trágica morte de seus pais? Que valor poderá substituir a segurança e a amizade dos filhos com o pai? Quem poderá restituir a tranqüilidade de uma adolescência psiquicamente bem desenvolvida, se foram subtraídos por um ato imprudente e inconseqüente, da companhia paterna? Que valor poderá consolar a perda da mãe? Quem poderá preparar com carinho o café matinal, com pão e manteiga carinhosamente colocados em cada prato dos filhos? Quem poderá pagar a falta da comida preparada com amor, quantinha na hora certa? Quem poderá substituir o carinho materno do filho que chega tarde e tem a mãe com um copo de leite quente e a cama com os lençóis esticados à sua espera? Que valor poderá substituir o carinho e o colo materno na hora dos conflitos próprios de um adolescente? Enfim, que consolo poderá existir a quem perde a mãe ou o pai? São perdas irreparáveis.

Assim tem entendido a jurisprudência citada na sentença:

"Tratando-se de danos morais, a dosagem da indenização, a ser feita em dinheiro, não se mede pelos padrões monetários, haverá de ser solucionada dentro do princípio do prudente arbítrio do julgador, sem parâmetros apriorísticos e à luz das

peculiaridades de cada caso" (TJSP, 3ª Câmara Civil, Apelação Cível n. 163.470.1/8, da Capital, rel. Des. Silvério Ribeiro).

A gravidade dos fatos, pela perda abrupta e irreparável de seus familiares, o desmantelamento e a desestruturação de uma família inegavelmente merece do julgador uma análise mais profunda da sensação e profundidade da dor dos filhos que num só ato ficaram órfãos, sem a convivência diária dos pais, na insegurança de sua manutenção, e tranqüilidade para poder projetar o futuro de cada um deles, sem o conselho orientador e amigo dos pais, e, pior ainda, foram furtados da convivência da única irmã, caçula da família, que por certo era o "xodó" dos irmãos mais velhos.

Por certo, não se pretende crucificar o Sr. Darci José de Andrade, mas mesmo diante do maior rigor do Código Nacional de Trânsito, o que se tem visto é um descaso inadmissível com a vida humana por aqueles que transitam por este país, dirigindo seus enormes veículos sem o menor cuidado, prevalecendo-se do tamanho avantajado dos caminhões. A inconsequência dos motoristas está vulgarizando a vida humana. O rigor da lei parece não intimidar os motoristas nas estradas; assim, caberá ao judiciário, em casos como tais, fazê-los voltar à consciência, de que cada motorista ou passageiro nas estradas tem uma família ou pessoas queridas esperando o seu retorno. Parece que a única lei temida é aquela que mexe no bolso das pessoas. Quem se oferece para dar a notícia a três adolescentes que seus pais estão voltando dentro de um caixão funerário, juntamente com sua pequena irmã?

A ilustre Promotora de Justiça, Dra. Viviane D'Ávila Winckler, sintetizou com muita propriedade a perda dos menores:

"A adolescência é uma fase de substancial importância no desenvolvimento do indivíduo, é o momento em que se fixam os valores éticos e morais, além da consciência como cidadão. A identificação do adolescente com os princípios que vão nortear sua vida não é feita somente através do seu grupo de iguais, mas também e sobretudo mediante a vivência cotidiana no seio familiar, mediante a observação e o aprendizado natural dos conceitos não verbais transmitidos pelos genitores no contato diuturno.

"A segurança e a tranqüilidade que se detém de poder voltar para casa e que se encontrará um abraço, um carinho, uma ajuda, um porto seguro, restou totalmente quebrada pela atitude ilícita da requerida Rodoextra.

"De igual forma a vivência mantida pelos autores com sua irmã menor, que obviamente era o centro de atenção de todos, fato normal e natural em uma família constituída de três filhos homens e apenas uma mulher, foi totalmente quebrada e não poderá ser restaurada" (fls. 775).

Não podemos olvidar que Arnoldo Cunha tinha meia vida pela frente, posto que faleceu com apenas 46 anos de idade. A mãe Izildinha, da mesma forma, tinha muito a viver e dar a seus filhos, pois contava com tão-somente 36 anos de idade. Que dizer quanto à Priscilla que contava com apenas 8 anos de idade, com toda a vida pela frente, não tendo sequer como defender-se. Apenas oito anos de idade, quando não poderia

ser permitido a morte para ninguém, ainda mais, se considerarmos uma morte gratuita, pela imprudência de um inconstituinte.

Por isso, não há de falar em exagero na fixação da indenização por dano moral pela perda dos três entes queridos em valor equivalente a 500 (quinhentos) salários mínimos, à época do pagamento, relativo a cada uma das vítimas. Tais valores deverão ser acrescidos de juros moratórios e correção monetária a partir da data do evento.

Da sentença:

“Acidente de trânsito — Juros moratórios — Termo inicial.

“Compreendendo a expressão ‘delito’ constante do artigo 962 do Código Civil, o ato ilícito em geral, os juros de mora fluem a partir do evento que constituiu a fonte da obrigação de indenizar” (Apelação Cível n. 47.751, da Capital, rel. Des. Eder Graf).

No mesmo sentido:

“Atos ilícitos. Juros de mora. Correção monetária. Dies a quo. Súmulas 562 do STF, 43 e 54 do STJ. Em se tratando de ato ilícito, o termo inicial da correção monetária e dos juros moratórios é a data do evento danoso, consoante estabelecem as Súmulas 562 do STF, 43 e 54 do STJ” (Ap. Cív. n. 42.223, da Capital).

O argumento de não obrigação com o ressarcimento com as despesas de funeral foi matéria bem equacionada na sentença que determinou o abatimento dos valores recebidos a título de seguro obrigatório, o que, de qualquer maneira, não dessume a empresa do ressarcimento das despesas havidas.

A respeito colhe-se da sentença:

“A jurisprudência encampa a tese da cumulação da pensão indenizatória com a de natureza previdenciária, mas adota critério diverso com relação ao seguro obrigatório de responsabilidade civil, instituído para os proprietários de veículos, de modo que as verbas recebidas pela vítima a esse título devem ser descontadas da indenização, tal como acontece com as verbas destinadas a cobrir as despesas com o funeral” (Gonçalves, Carlos Roberto, Responsabilidade civil, 5ª ed., Saraiva, São Paulo, 1994).

Não custa repetir: as despesas de funeral, comprovadas e não questionadas, deverão ser ressarcidas conforme já explicitadas linhas acima.

Sem razão o reclamo da seguradora quanto à fixação dos valores de ressarcimento por danos materiais e morais que ultrapassem o valor da apólice, porque a sentença é bem clara nesse sentido, a qual se confirma integralmente quanto a este aspecto.

Por fim, igualmente sem agasalho o reclamo quanto à verba honorária, porque os autores decaíram de parte insignificante do pedido, não podendo cogitar-se de sucumbência recíproca, pelo que se mantém, também, a sentença neste aspecto.

Assim, pelo exposto, nega-se provimento ao agravo retido, e nega-se provimento a ambos os recursos.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Pedro Manoel Abreu. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Jobél Braga de Araújo.

Florianópolis, 4 de maio de 2000.

*Alcides Aguiar,
Presidente com voto;
Solon d'Eça Neves,
Relator.*

APELAÇÃO CÍVEL N. 48.673 (88.081768-4), DE CAPINZAL

Relator: Des. Vanderlei Romer

Cobrança. Município. Prova da entrega das mercadorias irrefutável. Réu que tenta se esquivar da obrigação ao argumento de que a compra originou-se de processo ilícito. Inadmissibilidade. Dever moral da administração pública de responder pelos seus débitos, porquanto vedado o enriquecimento ilícito.

“É inegável o direito da empresa a receber pelos serviços efetivamente prestados, havendo prova convincente para tanto. O adimplemento da obrigação, em sendo assim, é de todo inescusável.

“Não pode o Estado, no exercício de suas atribuições, desprezar o elemento ético de sua conduta. Tal decorre do princípio da moralidade, consagrado pela Constituição Federal. Sendo assim, ainda que seus atos se ressintam de irregularidades, tem ele o dever moral de pagar pelas suas dívidas” (Ap. Cív. n. 36.236, rel. o signatário).

Relatório

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 48.673 (88.081768-4), da comarca de Capinzal, em que é apelante município de Piratuba, sendo apelado Idari Pedro Lotti — ME:

ACORDAM, em Câmara Cível Especial, por votação unânime, negar provimento ao recurso voluntário e dar parcial provimento à remessa para excluir as custas.

Custas na forma da lei.

Cuidam os presentes autos de ação de cobrança ajuizada por Idari Pedro Lotti — ME contra o município de Piratuba, no intuito de obter os valores insertos nas notas fiscais arroladas na exordial, referentes à venda de uma série de mercadorias que afirma terem sido adquiridas por este último.

A inicial veio instruída com documentos.

Citado, o ente público veio aos autos para apresentar sua contesta-

ção, na qual afirmou que o verdadeiro devedor da quantia requerida é o ex-prefeito Pedro Lucik, que atuou com má-fé, fazendo mau uso do dinheiro público. Não bastasse, ignorou a legislação pertinente à licitação, dispensando-a, empregou verbas em desacordo com os programas, realizou despesas não autorizadas pela Câmara, enfim, praticou uma série de irregularidades administrativas.

Sustentou o contestante que a invalidação do ato administrativo inconveniente, inoportuno ou ilegítimo, é questão de alto interesse, cumprindo ao Judiciário desfazer aquele que se revelar inadequado para os fins visados pelo Poder Público ou contrário às normas legais.

Insistindo que o responsável pela dívida discriminada na peça inaugural é o Sr. Pedro Lucik, pugnou pela rejeição do pedido.

Ouvida a parte ex adversa, veio aos autos a manifestação ministerial, a que se seguiu a instrução processual.

Encerrada esta, o Dr. Juiz de Direito sentenciou para acolher in totum a ação.

Dai o presente recurso de apelação, onde a Municipalidade reporta-se ao depoimento do representante legal do autor para afirmar que a aquisição dos bens foi eivada de anormalidades. E, ainda, que conforme o testemunho do responsável pela sua oficina mecânica, um dos equipamentos supostamente adquiridos não foi instalado, porquanto o antigo ainda se encontra na máquina a que se destinava.

No mais, insistiu na argumentação anteriormente expendida nos autos.

Respondido o apelo, alçaram os autos.

Nesta Instância, o Parquet opinou pelo parcial provimento do recurso, "excluindo-se da condenação o pagamento da bomba injetora, do comando de válvulas e dos filtros, pois não 'licitados' os dois últimos itens, e inexistente a entrega da bomba, que também não foi licitada".

É o breve relatório.

Voto

Merece subsistir a bem-lançada sentença a quo.

Cumprido ressaltar que o reconhecimento do direito da autora resultou do conjunto probatório carreado aos autos, hábil em evidenciar a responsabilidade do apelante pelo pagamento do montante postulado na inicial, decorrente da efetiva entrega dos itens ali especificados.

As notas fiscais juntadas às fls. 6 e 7 dos autos assim o demonstram, constando de seu verso carimbo de recebimento firmado pelo Sr. Lauro Morh, à época Secretário da Administração, que em seu depoimento afirmou "que o depoente tem conhecimento que na qualidade de Secretário da Administração recebeu os bens constantes das notas fiscais conforme comprova as suas assinaturas apostas no verso das mesmas" (fls. 50).

Também Sady Antônio Brambila, funcionário público municipal, consignou que as peças constantes das notas fiscais foram utilizadas no con-

serto de uma máquina pá carregadeira (fls. 50).

Ademais, o réu, em sua contestação, não nega o recebimento das mercadorias, apenas prende-se veementemente à alegação de que o verdadeiro devedor seria o ex-prefeito, que teria contratado a empresa de forma irregular, sem observar as formalidades legais para tanto.

Sobre a conduta irregular e mesmo ilícita do edil, existem fortes indícios de que este realmente tenha assim agido, posto que contra ele foi instaurada ação civil pública, sem contar a existência de um processo crime, “visando a apurar os eventuais ilícitos penais cometidos pelos envolvidos” (sentença, fls. 71).

Não obstante, tal fato não socorre o apelante, bem como a ocorrência de eventuais irregularidades no processo licitatório, porque, repito, robusto e contundente é o conjunto probatório no sentido de que houve a efetiva entrega das mercadorias.

Remeto-me, a respeito, aos ensinamentos do saudoso mestre administrativista Hely Lopes Meirelles:

“Como o ato nulo não produz efeitos jurídicos válidos, também o contrato administrativo nulo não gera direitos e obrigações entre as partes, pois a nulidade original impede a formação de qualquer vínculo contratual eficaz entre os pretensos contratantes, só deixando subsistir suas consequências em relação a terceiros de boa-fé. Mas mesmo no caso de contrato nulo, pode tornar-se devido o pagamento dos trabalhos realizados ou dos fornecimentos feitos à Administração, uma vez que tal pagamento não se funda em obrigação contratual, e

sim no dever moral de indenizar toda obra, serviço ou material recebido e auferido pelo Poder Público, ainda que sem contratar ou com contrato nulo, porque o Estado não pode tirar proveito da atividade do particular sem a correspondente indenização” (in Licitação e Contrato Administrativo, 1990, pág. 224).

Esta Corte de Justiça vem entendendo que a Administração tem o dever moral de satisfazer o débito, dês que comprovada a dívida.

Confira-se:

“Ação de cobrança — Município — Prestação de serviços e aquisição de mercadorias — Notas fiscais e empenho — Dívida reconhecida — Alegada ausência de licitação e infringência à Lei n. 6.397/76, que veda ao Município empenhar no último mês do mandato do Prefeito mais que o duodécimo da despesa prevista no orçamento em vigor — Fatores irrelevantes frente ao dever moral de satisfazer o débito — Remessa desprovida.

“Ainda que se ressintam os contratos de aquisição de bens e de prestação de serviços realizados com o Poder Público do processo licitatório, arrostando-lhes nulidades, à Administração compete o dever moral de pagar a dívida se nada articula contra sua existência” (Apelação Cível n. 38.286, de Orleans, relator Des. Alcides Aguiar, julgada em 10 de março de 1994).

“Cobrança — Fornecimento de materiais de construção a município sem licitação — Infração administrativa que não pode acarretar o locupletamento ilícito da administração pública — Pagamento parcial — Abatimento da liquidação — Pedido acolhido par-

cialmente — Sucumbência recíproca — Correção monetária — Incidência — Recurso e remessa parcialmente providos.

“Comprovado o fornecimento de materiais de construção a Município, regularmente recebido por seus funcionários, é irrelevante a falta de procedimento administrativo licitatório para exonerar o ente público do dever de recompor o patrimônio da parte adversa, sob pena de locupletamento ilícito; a falta administrativa deverá ser apurada em procedimento diverso” (Apelação Cível n. 48.992 (88.082563-2), de Palmitos, relator Des. Nilton Macedo Machado, julgado em 6 de maio de 1997).

“Rescisão contratual cumulada com cobrança. Serviços contratados e parcialmente prestados. Culpa do município. Rescisão ditada. Pagamento devido. Sentença confirmada. Remessa desprovida.

“Irrefutável é o dever do município contratante de pagar os trabalhos executados, em decorrência de contratos celebrados com observância das formalidades inerentes, uma vez positivada a efetividade da prestação. Nos contratos firmados com pessoas jurídicas de direito público, a qualquer outro princípio deve sobrepor-se o da moralidade consagrado na nossa Lei Maior e, segundo o qual, mesmo em se tratando de contratos irregulares ou nulos, tem o Poder Público o dever irrecusável de pagar pelos serviços que a ele foram prestados por particulares” (Ap. Cív. n. 97.007336-4, rel. Des. Trindade dos Santos).

“É inegável o direito da empresa a receber pelos serviços efetivamente prestados, havendo prova con-

vincente para tanto. O adimplemento da obrigação, em sendo assim, é de todo inescusável.

“Não pode o Estado, no exercício de suas atribuições, desprezar o elemento ético de sua conduta. Tal decorre do princípio da moralidade, consagrado pela Constituição Federal. Sendo assim, ainda que seus atos se ressintam de irregularidades, tem ele o dever moral de pagar pelas suas dívidas” (Ap. Cív. n. 36.236, rel. Des. Vanderlei Romer).

A lição doutrinária e jurisprudencial, repito, não deixa margem a dúvidas. Comprovada a prestação de serviço, ou, como no caso, a entrega da mercadoria sem o respectivo pagamento, ainda que inquinado de vício o contrato, deve a Administração Pública responder pelo débito.

Bem por isso é de ser afastado o inconformismo ministerial que sustenta a inadmissibilidade do pagamento de alguns itens porque não inseridos na carta-convite.

Pouco importa, sua entrega foi cabalmente comprovada.

Ademais, um dos itens enumerados pelo Ministério Público — comando de válvulas — foi especificado na carta-convite, cuja reprodução xerográfica repousa a fls. 31. Ali consta, outrossim, a expressão “outros reparos necessários”, expressão esta genérica, não havendo como se concluir que ali não se incluam também os comandos dos filtros.

E quanto à bomba injetora, supostamente não entregue porque não substituída, segundo a versão apresentada pela responsável pela oficina municipal, colhe-se do documento de fls. 19, expedido pela “Comissão

Especial nomeada pela Portaria n. 0989, de 10 de janeiro de 1989 e 20 de janeiro de 1989, respectivamente, para exame de documentos — Prefeitura Municipal de Piratuba — SC”, que a autorização para a aquisição foi feita por telefone e, friso mais uma vez, “a administração tem o dever moral de indenizar toda a obra, serviço ou material recebido e auferido pelo Poder Público, ainda que sem contrato ou com contrato nulo...” (Ap. Cív. n. 97.004566-2, rel. Des. Orli Rodrigues, sem grifo no original).

No mais, no que pertine ao fato acima narrado, qual seja, de que a Municipalidade, partiu da premissa de que não ocorreu a substituição da bomba, portanto não houve a entrega, faço minhas as palavras do digno Sentenciante, Dr. Maurício Fabiano Mortari, in verbis:

“Outro aspecto contestado pelo réu, diz respeito a Nota Fiscal n. 009, concernente ao fornecimento de uma bomba injetora nova, já que alega que a referida peça não foi trocada, tendo apenas havido a pintura da peça velha.

“Ampara tal alegação na declaração fornecida por Luiz Ciotto, responsável pela oficina da Prefeitura, o qual diz que a bomba injetora que estava na máquina era a mesma que já se encontrava anteriormente, concluindo que a peça não foi substituída.

“Porém, bastante precária tal prova, eis que o mesmo Luiz Ciotto, ao ser ouvido em Juízo às fls. 50v., afirma que com certeza apenas o ‘casco’ da bomba injetora não era novo, eis que foi repintado, não podendo

dizer se o ‘...o miolo da mesma foi trocado ou se era novo’, contrariando totalmente sua declaração anterior. Esta testemunha acrescentou, outrossim, que antes da máquina ir para o conserto apresentava problemas, os quais foram solucionados após o seu retorno do conserto.

“Dessa forma, é o réu responsável pelo adimplemento dos compromissos assumidos, independentemente do Prefeito que à época governava o Município”.

Pelas razões expostas, atendendo-se para o princípio da moralidade que deve nortear a atuação da Administração Pública, bem como a repulsa do ordenamento jurídico ao enriquecimento ilícito, nego provimento ao apelo.

A remessa, contudo, merece ser acolhida de forma parcial, para isentar o Estado do pagamento das custas.

Decisão

Nos termos do voto do relator, a Câmara decidiu, por votação unânime, negar provimento ao recurso voluntário e dar parcial provimento à remessa para excluir as custas.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Eládio Torret Rocha e Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 29 de março de 2000.

*Vanderlei Romer,
Presidente e Relator.*

APELAÇÃO CÍVEL N. 50.252 (88.086103-1) DA CAPITAL**Relator: Des. Vanderlei Romer**

Responsabilidade civil. Contaminação pelo vírus HIV por meio de transfusão sanguínea em hospital público. Configuração do nexo causal. Alegação de caso fortuito ou força maior pela incidência da denominada “janela imunológica”. Inocorrência. Pagamento de pensão pelo dano material, ainda que a vítima seja menor em tenra idade que não labora. Percentual corretamente fixado em 1/3 (um terço) do salário mínimo. Percepção, também, de valor referente a dano moral. Minoração, contudo, do quantum pago a este título. Verba indenizatória devida desde o evento morte. Fixação do percentual referente aos honorários advocatícios, pela sentença, em 20% (vinte por cento). Solicitação dos autores na peça inicial de somente 15% (quinze por cento). Adequação da verba honorária a 10% (dez por cento).

Recursos necessário e voluntário providos parcialmente.

Apelo adesivo desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 50.252 (88.086103-1), da comarca da Capital (Vara dos Feitos da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho), em que é apelante Estado de Santa Catarina, sendo apelados Z. J. do N. e R. G. V.:

ACORDAM, em Câmara Cível Especial, por maioria de votos, dar provimento parcial ao reexame e ao recurso de apelação, para reduzir a indenização a título de dano moral, ao valor equivalente a 200 salários mínimos e para reduzir os honorários advocatícios em 10% sobre o montante da condenação. Por votação unânime, negar provimento ao recurso adesivo. Vencido o Des. Nelson Schaefer Martins, quanto a pensão mensal, que votou pela aplicação do disposto do art. 7º, XXXIII, da CF e pela fixação de inde-

nização do dano moral em 300 salários mínimos.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Z. J. do N. e sua mulher vêm por si, e representando sua filha, a menor A. N., propor ação ordinária de indenização c/c pedido de pensão e danos morais, requerendo liminar contra Fundação Hospitalar de Santa Catarina, em virtude do contágio de doença degenerativa ocorrido no estabelecimento Hospitalar Joana de Gusmão.

Conforme se extrai da exordial, a menor fora internada no Hospital Joana de Gusmão, logo após seu nascimento, por ter apresentado problemas de saúde.

Vê-se que a menor foi submetida a transfusões de sangue necessitando de intensos cuidados médicos. No entanto, após a alta hospitalar, os pais da menina verificaram que o seu estado de saúde não era bom, juntamente com o aparecimento de diversas manchas em seu corpo. Dessa forma, procuraram mais uma vez o hospital, o qual submeteu a criança a novos exames, evidenciando a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida — AIDS — que foi transmitida por transfusões sanguíneas.

Em virtude do exposto, os pais da menor requereram, em caráter liminar, atendimento médico com internações isento de qualquer despesa, e o fornecimento de todos os medicamentos necessários gratuitamente; pensão para a menor e para seus pais, devido a impossibilidade de laborarem em virtude do preconceito gerado pela doença; condenação da ré por danos morais, uma vez que, por ter se tornado o caso público, a família sofre com a rejeição da sociedade e, por fim, os benefícios da justiça gratuita.

A ré apresentou contestação, afirmando, em preliminar, incompetência absoluta do Juízo, por ser entidade de fins filantrópicos e de utilidade pública, devendo o processo ser remetido para a Vara competente, além da necessidade de intervenção de membro do Ministério Público.

Quanto ao mérito, aduziu que foi excluída a hipótese de a criança já ter nascido com a doença, caso em que teria sido transmitida pelos pais, que não se subordinaram a nenhum exame.

Por outro lado alegou, também, que mesmo que fossem feitos tais

exames e o resultado fosse negativo, ainda havia a hipótese de não ter sido detectada a doença, considerando que a ciência não detém, ainda, métodos infalíveis, com 100% de acerto.

Em virtude da extinção da pessoa jurídica da ré, o Estado de Santa Catarina passou a figurar no pólo passivo, sendo, assim, a Vara dos Feitos da Fazenda Pública competente para julgar o feito, para onde este foi remetido.

O douto Magistrado decidiu pela procedência parcial do pedido, condenando o Estado de Santa Catarina por danos materiais, a título de pensão, e por danos morais, com as devidas correções monetárias, concedendo, ainda, a justiça gratuita.

O vencido apelou, a fim de reformar a decisão do Juiz a quo, insistindo nos fatos alegados na contestação e induzindo a ausência do nexo de causalidade, haja vista não ter ficado comprovado que a menor não possuía o vírus ao nascer.

Ademais, argumentou que, ainda que a menor tivesse contraído o vírus no estabelecimento do requerido, tal fato deu-se por caso fortuito ou força maior.

Requeru, então, a exclusão da condenação por prejuízos materiais, visto que a vítima faleceu com apenas cinco anos de idade, o que comprova a incapacidade para trazer algum provento para o orçamento familiar, além de solicitar a diminuição dos valores referentes aos prejuízos morais e honorários advocatícios.

Os requerentes, também informados com a sentença, interpuseram recurso adesivo, reclamando o pagamento de um salário mínimo

mensal durante o período em que a apelante cuidou da menor até a data do óbito; a reforma do percentual da condenação de 1/3 do salário mínimo para 2/3 deste e o pagamento da indenização a partir do momento em que ocorreu a citada transfusão, em 25/4/86.

Apresentadas as contra-razões pelas partes integrantes da lide, os autos foram remetidos a esta Instância, onde o representante do Parquet opinou pela improcedência dos recursos.

É o relatório.

II — Voto

Inicialmente, faz-se necessário o exame do recurso interposto pelo Estado de Santa Catarina, pois o apelo interposto pelos autores é adesivo àquele, razão pela qual se o primeiro não for conhecido não há como se analisar este último.

Alegou o Estado, em primeiro lugar, a falta denexo causal entre a morte da menor e as transfusões de sangue efetuadas nesta, pois seus pais não demonstraram, à época dos fatos, que não eram portadores do vírus HIV, o qual ocasiona a fatídica doença conhecida como AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida).

Analisando a farta prova carreada aos autos, vê-se que tal alegação soa como ofensa ao bom senso.

De acordo com a comunicação enviada pelo responsável técnico administrativo do Setor de Fracionamento, Armazenamento e Distribuição de Sangue do Hospital Infantil Joana de Gusmão, onde a menor foi internada quando acometida de graves proble-

mas de saúde, ao Diretor do Centro de Hematologia e Hemoterapia, a contaminação pela AIDS ocorreu em transfusão de sangue efetuada na criança, na data de 22/5/86, pelo plasma de n. 1.279 (fls. 22/23).

O fato é tão cristalino e certo que na própria comunicação foi informado, ainda, que se realizou investigação posterior, onde se descobriu que não só a menor havia sido infectada com o sangue usado na transfusão, como também outra paciente, razão pela qual os médicos que as assistiam foram devidamente cientificados da mencionada situação.

O nexocausal, portanto, entre a transfusão sangüínea realizada na criança, com o sangue contaminado pelo vírus HIV, transmissor da AIDS, no hospital público em que esta se encontrava internada para tratamento de doença diversa, restou completamente evidenciado, não se podendo desconstituir esta condição ante a simples alegação de que a menor talvez já possuísse a doença, advinda de seus pais, os quais não se submeteram ao exame de AIDS na época oportuna.

Comprovado, então, o nexocausal examina-se a assertiva de caso fortuito ou força maior, visto que inexistiu negligência dos servidores que laboravam no nosocômio público, pois os testes para constatação da citada doença, à época, não tinham eficiência completa, podendo ter ocorrido a denominada "janela imunológica".

Segundo as explicações do apelante esta "janela imunológica" significa que "na fase inicial da AIDS, na sua fase incubatória, não existem anticorpos contra o vírus HIV, de mo-

do que o teste utilizado na triagem sorológica dos doadores dá resultado negativo. Tanto é verdade que existe uma previsão de 1 (uma) em cada 60.000 (sessenta mil) transfusões causar infecção pelo HIV, mesmo nos melhores bancos de sangue do mundo”.

O nosso Direito Pátrio adota a teoria do risco administrativo, ou seja, o Estado deve sempre indenizar o dano causado pelos seus atos, salvo provada a ocorrência de culpa do lesado ou a existência de caso fortuito ou força maior.

In casu, não se pode falar que ocorreu caso fortuito ou força maior, pois a citada “janela imunológica” faz parte do serviço prestado pelo apelante, isto é, está relacionada aos testes de prevenção de AIDS efetuados no sangue utilizado nos hospitais públicos, motivo pelo qual o Estado de Santa Catarina deve ser responsabilizado por este ato.

Nesse sentido, transcreve-se a ementa do acórdão proferido pelo eminente Des. Pedro Manoel Abreu, nos autos da Apelação Cível n. 51.986, da Capital, onde demonstra, com muita propriedade, a solução a ser dada a esta questão:

“Apelação cível. Responsabilidade civil. Contaminação pelo vírus HIV, em processo de transfusão sanguínea. Hospital público. Responsabilidade do Estado. Alegação do fenômeno da janela imunológica, que não permitiu a identificação do vírus no exame laboratorial utilizado. Responsabilidade objetiva. Teoria do risco administrativo. Exame Elisa. Previsibilidade do evento, a excluir a alegação de força maior. Prescrição. Inocorrência.

“O exame mais correntio para a triagem de sangue é o Enzaimunoenensaio (Elisa ou EIE), que identifica, não o vírus em si, mas os anticorpos produzidos pelo organismo para combatê-lo. Em face disso, pode ocorrer o fenômeno da janela imunológica, período que dura, em média, 6 (seis) meses, em que ainda há produção de anticorpos, o que compromete a eficácia do Elisa.

“As pesquisas científicas, a propósito, da janela imunológica, concluem que exames de PCR, cultura viral e detecção de antígeno são mais efetivos na obstaculização dos resultados falso-negativos, do que o Elisa.

“Sendo objetiva a responsabilidade do Estado, no direito brasileiro, descabido cogitar se o ato lesivo é lícito ou não. O que se afigura relevante é a existência de uma ação ou omissão estatal que redunde em dano. Exige-se, tão-somente, que se faça prova do dano e do nexos causal a atar aquele e a ação ou omissão do Estado.

“Pela teoria do risco administrativo, integrante da responsabilidade objetiva, o Estado deverá indenizar sempre que a atividade administrativa provocar um dano, salvo se a vítima concorreu para o evento danoso ou originou-o através de seu comportamento. O Estado, neste caso, deverá provar a culpa do lesado ou a ocorrência de caso fortuito ou força maior para obter a exclusão ou atenuação da responsabilidade estatal. Inteligência do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

“A força maior, na lição de Moreau, pressupõe um fato externo, imprevisível e irresistível. A janela imunológica, no entanto, é fato relativo ao

agente, à coisa ou, mais propriamente, ao serviço, de modo que não pode ser equiparado ao Act of God, pois se trata de fenômeno fartamente documentado pela literatura médica, o que descaracteriza a imprevisibilidade" (sem grifo no original).

Rebatida, então, a assertiva de caso fortuito ou força maior, verifica-se que não há como negar a responsabilidade do Estado na presente hipótese, passando-se ao exame dos demais arrazoados feitos no apelo, os quais se referem aos danos material e moral, além do valor fixado como verba honorária.

Insurge-se o apelante contra a concessão de pensão aos autores, sob o argumento de que a menor possuía tenra idade quando ocorreu o óbito, bem como não laborava para auxiliar nas despesas domésticas.

É entendimento corrente que, mesmo que o filho falecido, com pouca idade, não labore, é devido o pagamento de pensão mensal com base na presunção de que ele auxiliaria nas despesas domésticas, ainda mais quando a família não possui muitos recursos, como na hipótese dos autos.

Destaca-se, contudo, que, atualmente existem alguns julgados no sentido de que se o filho não contribuía economicamente para a manutenção da família, não cabe o pensioamento a título de dano material, mas, tão-somente, a percepção de danos morais.

Não se pode olvidar, todavia, que tal matéria deve seguir a orientação dada pelo colendo Supremo Tribunal Federal, por meio da Súmula 491, a qual determina que "é indenizá-

vel o acidente que causa a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado".

Cabe frisar que, apesar de não se estar referindo a um ato ilícito, pois o presente caso trata-se de omissão do Estado, como tais hipóteses estão abrangidas pela doutrina e jurisprudência da responsabilidade civil, utilizam-se os fundamentos básicos de uma para outra.

Reproduz-se, assim, para fulminar a quaestio, a seguinte jurisprudência:

"Indenizável é a morte acidental de menor oriunda de ato ilícito, ainda que não exercesse ele trabalho remunerado, sendo sua família de condição econômica precária, fixando-se a pensão a partir do óbito, até a data em que a vítima completaria 25 anos de idade" (TJSP — 2ª C. — Ap. — rel. César Peluso — j. 16/12/86 — RT 617/72).

"A mera expectativa de que o menor vitimado pudesse vir a exercer atividade laborativa capaz de propiciar ajuda à família autoriza o reconhecimento da ajuda potencial, não podendo ser desconsiderada para efeitos indenizatórios" (TJSP — 4ª C. — Ap. — rel. Olavo Silveira — j. 13/2/86 — RT 607/55).

No âmbito deste Tribunal de Justiça, é importante citar trecho de acórdão exarado pelo Exmo. Sr. Des. João José Schaefer, in verbis:

"A jurisprudência tem fixado o termo final da obrigação até a data em que a vítima completaria 25 (vinte e cinco) anos quando a mesma é de tenra idade.

"Assim assentou o STJ nos Recursos Especiais ns. 37.500 e 57.872" (ESTJ 12/90 e 13/85).

"Este último acórdão, da lavra do Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, está assim ementado:

'O dano sofrido pelos pais em decorrência da morte de filho menor de tenra idade, que ainda não trabalhava e tampouco contribuía para o sustento da família, é de natureza extrapatrimonial e pode ser indenizado através de uma pensão mensal.

'Nesse caso, o limite temporal do pensionamento pode corresponder à data em que a vítima completaria vinte e cinco anos de idade"' (Ap. Civ. n. 97.002207-7, de Balneário Camboriú, rel. Des. João José Schaefer).

Dessa forma, mesmo que a orientação atual acerca do pagamento de pensão por danos materiais não seja pacífica, o caso em estudo demonstra a necessidade de concessão desse tipo de direito, conforme a tese supracitada.

No tocante à alegação de que os danos morais foram fixados em valor elevado, entende-se que esta procede.

Observa-se que o MM. Juiz de Direito utilizou como parâmetro para pagamento de tais danos o valor dado pelos autores na peça preambular, protocolada em março de 1991, qual seja, Cr\$ 10.000.000,00 (dez milhões de cruzeiros).

Realizado cálculo para verificar quanto este valor correspondia em salários mínimos vigentes à época (1 salário mínimo = Cr\$ 17.000,00 — dezessete mil cruzeiros) encontrou-se a

média equivalente a quase 600 (seiscientos) salários mínimos.

Extrai-se, destarte, deste simples cálculo, que em valores atuais a indenização pelos danos morais corresponderia a R\$ 81.600,00 (oitenta e um mil, seiscentos reais), o que pode ser considerado um valor alto, visto que a maior parte da doutrina arbitra o dano moral em 200 ou 300 salários mínimos, em caso de morte.

Convém ressaltar que não se está depreciando a perda de um ente querido pelos apelados, a qual, de fato, não tem valor monetário suficiente para aliviá-la, ainda mais quando se trata do falecimento de um filho, o que agrava, sobremaneira, a dor sentida pelos pais.

Entretanto, deve-se ter em mente que, em que pese a necessária fixação de uma quantia que não leve o agente causador do dano a tornar a fazê-lo, valendo como uma punição para este e uma compensação para o lesado, o valor arbitrado não pode ocasionar o locupletamento ilícito por uma das partes.

A fim de proporcionar melhor entendimento acerca da matéria, vale citar a doutrina de Rui Stoco, na obra Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial, 4ª ed., Revista dos Tribunais, 1999, págs. 761 e 767:

"Questão verdadeiramente angustiante é o estabelecimento do quantum do dano moral, considerando que, ao contrário do dano material — que se afere em função do dano emergente (aquilo que efetivamente se perdeu) e do lucro cessante (aquilo que se deixou de ganhar) e, portanto, mostra-se matematicamente aferível —

não traduz um desfalque no patrimônio, nem diminuição alguma.

“Os valores ditos morais situam-se em outra dimensão, irreflexíveis no patrimônio objetivo da pessoa.

“Por essa razão o dano moral ‘não se avalia mediante cálculo matemático-econômico das repercussões patrimoniais negativas da violação como se tem feito às vezes — porque tal cálculo já seria a busca exatamente do minus ou do detrimento patrimonial, ainda que por aproximativa estimação, e tudo isso já está previsto na esfera obrigacional da indenização por dano propriamente dito (CC, art. 1.533)’ (cf. Walter Moraes, RT 650/66).

“Sérgio Pinheiro Marçal, do ‘Pinheiro Neto – Advogados’, em excelente e interessante artigo publicado no Boletim do 3º RTD, de São Paulo (setembro/97 n. 126), afirma que ‘o que temos visto, hoje, é uma rápida mudança de um sistema que amparava a quase irresponsabilidade por danos morais para um sistema que perigosamente vem procurando se aproximar dos padrões norte-americanos dos punitive damages. Essa mudança se deve não às previsões legais feitas pela Constituição Federal e pelo Código de Defesa do Consumidor, mas sim a alguns julgados que vêm tentando consolidar na jurisprudência a chamada teoria do valor do desestímulo’.

“E esclarece que, a exemplo do que ocorre nos Estados Unidos com os punitive damages, busca-se fixar uma indenização por danos morais que desestímule o autor dos danos e outros a agir da mesma forma lesiva em outra oportunidade.

“Além de postar-se em desacordo com a teoria que, segundo seu posicionamento, busca apenas ‘a condenação com o objetivo puro de punir o agente causador do dano e dar exemplo à sociedade’, sustenta que essa teoria foi arduamente defendida pelo saudoso jurista Carlos Alberto Bittar.

“Sem dúvida, não há como discordar ou deixar de aderir às preocupações manifestadas pelo ilustre autor do artigo citado.

“(…).

“Mas cabem alguns reparos.

“(…).

“Restou demonstrado que o sistema norte-americano dos punitive damages não foi, felizmente, agasalhado por nossos doutrinadores, nem por nossos Pretórios.

“No entanto, a teoria do valor do desestímulo, acima estudada, não só deve ser preconizada como critério informador como mostrar-se benéfica, desde que conjugada com os demais critérios acima enunciados.

“Dessa conjugação o que se busca é que a indenização esteja informada de princípios que permitam estabelecer perfeito equilíbrio para o encontro de um valor justo que sirva, a um só tempo, de desestímulo ao ofensor e de compensação ao ofendido, que não seja ínfima para quem dá, nem excessiva para quem recebe; que não leve o primeiro à ruína, nem enriqueça ilicitamente o segundo.

“Para o alcance desse equilíbrio e para que se possam evitar os excessos, as indenizações despropositadas e milionárias, o sistema tarifado é o que se mostra mais consentâ-

neo, lógico e justo e que melhor se coaduna com o nosso Direito.

“Onde a legislação já estabeleceu sistema tarifado, nenhuma dificuldade remanesce, bastando que se arbitre o valor da indenização, dentro das margens ou limites estabelecidos e segundo as circunstâncias do caso concreto, levando-se em consideração os pressupostos necessários para o encontro de valor consentâneo.

“Nas hipóteses de ofensa moral, em que não haja previsão na legislação infraconstitucional, caberá ao julgador valer-se da equidade, enquanto busca do justo, na consideração de que ela está no próprio Direito e não fora dele (Agostinho Alvim, Da Equidade, RT 132/3) e da analogia, para a fixação objetiva de um valor”.

Dessa forma, mesmo que não haja fórmula matemática para calcular o valor devido como dano moral, é mais prudente a minoração do montante arbitrado na sentença a quo para 200 (duzentos) salários mínimos, por ser mais condizente com a realidade dos autos (RSTJ 103/259).

Com relação à verba honorária arbitrada em 20% (vinte por cento) sobre o total da condenação, tal percentual também deve ser minorado.

Analisando o pedido inicial, de nota-se que os apelados solicitaram o pagamento dos honorários advocatícios no percentual de 15% (quinze por cento).

Por conseguinte, mostra-se excessiva a condenação no valor máximo estabelecido no artigo 20, § 3º, do CPC, utilizado em conjunto com o § 4º do mesmo dispositivo legal, ainda mais quando os próprios apelados requereram valor menor.

Impõe-se, então, a diminuição da verba honorária para o percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, posto que tal montante já remunera condignamente o trabalho exercido pelos doutos procuradores dos apelados.

Examinadas todas as assertivas do recurso interposto pelo Estado de Santa Catarina, passa-se ao estudo do apelo adesivo.

De plano, não há como conceder aos apelantes/apelados o pagamento de pensão alimentícia no período em que a recorrente prestou auxílio à menor, desde a constatação da doença até o óbito da criança, com base na alegação de que ficou impossibilitada de laborar.

Conforme salientado pelo incluído representante do Ministério Público na Justiça de Primeiro Grau, a testemunha Altamiro Manoel de Souza, arrolada pelos próprios apelantes/apelados, informou, a fls. 105, que “(...) durante o período em que a menor esteve doente, sua mãe, ora autora, lavava roupas para fora, trabalhando muito, pois, pela filha fazia qualquer coisa (...)”.

Mais adiante, ainda salientou que “(...) que na época o autor, segundo o depoente tem conhecimento, trabalhava e auferia em torno de um e meio salário mínimo mensalmente (...)”.

Destarte, ficou comprovado que os recorrentes/recorridos não ficaram impedidos de trabalhar, razão pela qual não se faz necessário o pensionamento para estes durante o período em que a menor esteve sob os cuidados da família.

Já com referência ao percentual do salário mínimo devido como dano material, anota-se que o douto Magistrado fixou-o em 1/3 (um terço), estando os apelantes solicitando sua majoração para 2/3 (dois terços).

Sobre esta assertiva reproduz-se, novamente, trecho da manifestação do douto representante do Parquet, o qual esclareceu a questão, senão vejamos:

“De outro lado, também é justo o critério de fixação de pensão mensal no valor de 1/3 (um terço) do salário mínimo e não de 2/3 (dois terços), como pleiteado pelos recorrentes adesivos. Ocorre que o fato de a indenização devida pela morte de menor em idade ainda não economicamente ativa deve levar em consideração que grande parte do período durante o qual será paga a pensão se dará em momento (sic) ela não teria representado mais do (sic) a potencialidade de patrimônio de auxílio à família, como se depreende da justificação da ementa jurisprudencial trazida aos autos pelos próprios autores da ação, ora recorrentes, ao apresentarem manifestação sobre a contestação” (fls. 68).

Dessa forma, in specie, descabe o aumento do percentual da pensão a ser paga a título de dano material.

Por fim, improcede igualmente a alegação dos apelantes/apelados de que o termo a quo para o pagamento da pensão deve iniciar-se desde a data do evento danoso, ou seja, a partir da transfusão de sangue.

De acordo com a orientação jurisprudencial “indenizável é a morte acidental de menor oriunda de ato ilícito, ainda que não exercesse ele tra-

balho remunerado, sendo sua família de condição economicamente precária, fixando-se a pensão a partir do óbito até a data em que a vítima completaria 25 anos de idade” (TJSP — 2ª C. — Ap. — rel. Cezar Peluso — j. 16/12/86 — RT 617/72).

Portanto, o fato danoso indenizável deu-se com o evento morte da criança, devendo o pensionamento ocorrer desde a data desta situação, consoante a orientação supracitada, até o momento em que a menor completaria 25 (vinte e cinco) anos de idade, ante o aventado na sentença de Primeiro Grau.

Diante do exposto, conhece-se dos apelos interpostos, dando-se provimento parcial aos recursos voluntário e necessário, e negando-se provimento ao recurso adesivo.

III — Decisão

Nos termos do voto do relator, decidiu-se, por maioria de votos, dar provimento parcial ao reexame e ao recurso de apelação, para reduzir a indenização a título de dano moral, ao valor equivalente a 200 salários mínimos e para reduzir os honorários advocatícios em 10% sobre o montante da condenação. Por votação unânime, negar provimento ao recurso adesivo. Vencido o Des. Nelson Schaefer Martins, quanto a pensão mensal, que votou pela aplicação do disposto do art. 7º, XXXIII, da CF, e pela fixação de indenização do dano moral em 300 salários mínimos.

Participaram do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Eládio Torret Rocha e, com voto vencido, o Exmo. Sr. Nelson Schaefer

Martins. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo Sr. Dr. Anselmo Jerônimo de Oliveira.

Florianópolis, 29 de março de 2000.

*Vanderlei Romer,
Presidente e Relator.*

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins:

Perante o Juízo da Vara da Fazenda da comarca da Capital, Z. J. do N. e sua mulher, e representando sua filha A. do N., promoveram ação ordinária de indenização c/c pedido de pensão e danos morais, requerendo liminar em face da Fundação Hospitalar de Santa Catarina, em virtude do contágio de doença degenerativa ocorrido no Hospital Joana de Gusmão.

A colenda Câmara Cível Especial decidiu por maioria de votos dar provimento parcial ao reexame e ao recurso de apelação, para reduzir a indenização a título de dano moral ao equivalente a 200 salários mínimos e para reduzir os honorários advocatícios em 10% sobre o montante da condenação. Por votação unânime decidiu negar provimento ao recurso adesivo.

Ousei divergir da douta maioria quanto ao termo inicial da pensão mensal, optando pela aplicação do disposto no art. 7º, inc. XXXIII, da Constituição da República Federativa do Brasil e pela fixação de indenização do dano moral em 300 salários mínimos, conforme justifico:

I. O termo a quo para o pagamento da pensão deveria ser a data em que a menina A. do N. completaria 14 anos de idade, pois, a teor do dis-

posto no art. 7º, inc. XXXIII, da Constituição da República Federativa do Brasil, o trabalho somente é permitido a adolescentes a partir daquela faixa etária.

II. Quanto ao valor da indenização por dano moral entendi que sua fixação deveria ser estipulada em 300 salários mínimos conforme parâmetros fixados em REsp. n. 124565/MG, DJU de 9/2/1998, pág. 00022, RSTJ 105, pág. 341, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 11/11/97, Quarta Turma.

Por outro lado, em Apelação Cível n. 98.007663-3, de Tubarão, rel. Des. Carlos Prudêncio, Primeira Câmara Civil, j. 29/9/98, os valores foram também estipulados no mesmo patamar para compensação pecuniária reparatória do dano moral que possibilitasse aos familiares uma mínima satisfação pessoal e conforto espiritual em tributo à memória do ente querido.

Em Apelação Cível n. 96.001203-0, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, Quarta Câmara Civil, j. 16/10/97, decidiu-se que:

"(...) A fixação da verba reparatória do dano moral tem sido problema de árdua resolução, dada a dificuldade de estabelecer-se o pretium doloris. Assentada a reparabilidade desse tipo de dano, hoje com foro constitucional, longos embates doutrinários ainda se travam no afã de identificar os critérios para a estipulação das cifras devidas.

"Dentre outros, segundo a doutrina, a reparação dos danos morais, deve lastrear-se nos seguintes fatores: a) a intensidade e duração da dor sofrida; b) a gravidade do fato causador do dano; c) a condição pessoal (idade, sexo etc.) e social do lesado; d) o grau de culpa do lesante; e) a situ-

ação econômica do lesante. A fixação, no entanto, não é matéria que possa ser deixada à determinação por perito, uma vez que danos estimáveis por arbitramento são apenas os patrimoniais, nunca os morais: estes, por sua própria natureza, são inestimáveis (cf. Prof. Fernando Noronha).

“Na prova do dano moral e das circunstâncias que influem na determinação do quantitativo a arbitrar, os juízes terão de recorrer às regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece, referidas no art. 335 do Código de Processo Civil”.

Trecho do v. acórdão:

“A reparação dos danos morais, no caso em apreço, deve lastrear-se nos fatores declinados pelo destacado Professor doutor Fernando Noronha (in Apostila da Escola Superior da Magistratura), quais sejam ‘... a) a intensidade e duração da dor sofrida; b) a gravidade do fato causador do dano; c) a condição pessoal (idade, sexo etc.) e social do lesado; d) o grau de culpa do lesante; e) a situação econômica do lesante’. Observa o doutrinador que o dano moral ‘Não é matéria que possa ser deixada à determina-

ção por perito. Neste sentido, não se fixará por arbitramento o valor da reparação. Danos estimáveis por arbitramento são apenas os patrimoniais, nunca os morais: estes, por sua própria natureza, são inestimáveis. E (...), na prova do dano moral e das circunstâncias que influem na determinação do quantitativo a arbitrar, os juízes terão de recorrer às regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece, referidas no art. 335 do Código de Processo Civil’.

“Dessarte, com esteio nos fatores acima apresentados, impende majorar-se a verba reparatória para 400 salários mínimos”.

Assim é que para o caso concreto, considerando a intensidade do sofrimento e da dor pela qual passam os pais da pequena vítima, em decorrência da gravidade do ato ilícito praticado por agentes do Estado e a condição pessoal e social dos autores, é que votei no sentido de estipular-se a verba em 300 salários mínimos.

É a declaração de voto.

Nelson Schaefer Martins.

APELAÇÃO CÍVEL N. 51.681 (88.090007-5), DA CAPITAL

Relator: Des. Vanderlei Romer

Indenização por ato ilícito e danos morais. Banco que transfere salários de cliente para outra que apresentava saldo devedor. Ausência de prova acerca da efetiva existência de cláusula que o autorizasse a tanto.

“Aberta a conta corrente bancária, o estabelecimento contrai deveres que cumpre sejam adimplidos com suficiência satisfati-

vo-negocial, até porque, não fossem as demais características das atividades bancárias, entre as quais o profissionalismo com que se não exercer, recebe remuneração pela prestação desse serviço.

“Essa remuneração define-se já na sua abertura, quando cumpre ao correntista recolher comissão aos cofres do banco, ou sofrer lançamento desse valor na coluna do débito.

“Entre esses deveres está o de usar de toda diligência na administração dos interesses de seus clientes, responsabilizando-se pelas partidas contábeis de débito.

“(…).

“Assim, porquanto em havendo depósito a importância passa a integrar a esfera jurídico-patrimonial do correntista, não podendo ser retirada sem sua autorização” (in Responsabilidade Civil dos Estabelecimentos Bancários. Vilson Rodrigues Alves. São Paulo, Bookseller, 1999, pág. 183).

Dano moral. Autor que se vê obrigado a recorrer financeiramente a terceiros, porque privado de seu salário, sua única fonte de renda, por ato unilateral da instituição financeira.

Sabe-se que “los dolores morales, las preocupaciones, las aflicciones valen indubablemente algo em la vida del individuo” (Eugênio Florina. Elementos de Derecho Procesal Penal, trad. De L. Pietro Castro, Bosch Editora, Barcelona, pág. 211), bem como que “sobrevindo em razão de ato ilícito, perturbação nas relações psíquicas, na tranqüilidade, nos sentimentos e nos afetos de uma pessoa, configura-se o dano moral, passível de indenização” (RSTJ 34/284).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 51.681 (88.090007-5), da comarca da Capital (2ª Vara Cível), em que é apelante Lauro Leotilio de Melo, sendo apelado Besc — Banco do Estado de Santa Catarina S/A:

ACORDAM, em Câmara Cível Especial, por votação unânime, dar provimento ao recurso para julgar pro-

cedente a ação, condenando-se o Banco apelado à restituição do valor indevidamente apropriado, corrigido monetariamente e com juros de mora e ainda ao pagamento de indenização por dano moral equivalente a 30 (trinta) salários mínimos; vencido, nesta parte, o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins, que votou pela indenização de valor equivalente a 40 (quarenta) salários mínimos, arbitrados os honorários ad-

vocatícios em 20% sobre o montante da condenação.

Custas na forma da lei.

Relatório

Lauro Leotilio de Melo propôs ação de indenização por ato ilícito e danos morais contra o Banco do Estado de Santa Catarina S/A — Besc, alegando, em síntese, que, devido a sua condição de cabo aposentado da Polícia Militar, deveria receber seu salário no referido Banco, na agência Besc Ilhéus, localizada à Rua Álvaro de Carvalho.

Todavia, nos meses de maio e junho de 1993, ao se dirigir ao estabelecimento para retirar o dinheiro, constatou que este não se encontrava em sua conta corrente, não obstante ter recebido regularmente seu contracheque. Disse o autor que apurou ter sido o numerário transferido a uma agência de Três Barras e que, posteriormente, foi realizada uma nova transferência, desta feita para Witmarsun.

Ao questionar o gerente da Agência Ilhéus sobre o ocorrido, este lhe respondeu com evasivas, aduzindo que houve erro da instituição financeira decorrente de uma dívida que teria com esta.

Informou, por derradeiro, que ajuizou uma ação cautelar com o escopo de vedar ao réu a apropriação dos valores depositados em sua conta corrente, obtendo a liminar. A quantia subtraída, no entanto, não lhe foi devolvida.

Com alicerce no art. 159 do Estatuto Civil, quer o postulante ser ressarcido tanto do dano patrimonial

como do dano moral que disse ter sofrido.

Citado, o suplicado apresentou contestação, narrando que em 16/7/92, na agência do município de Witmarsun, a parte ex adversa firmou contrato de abertura de crédito em conta corrente, “título este ajuizado na comarca de Ibirama, SC (autos n. 51.693) por infringência da cláusula 3^a, item c, conforme comprovam os documentos anexos (doc. 2)”.

Acrescentou que, em 14/5/93, abriu outra conta, desta feita na Agência Ilhéus, na cidade de Florianópolis, e que apresentando aquela mantida em Witmarsun saldo devedor bastante elevado, efetuou uma transferência de crédito, o que era perfeitamente admissível, ante os termos do contrato firmado.

Encerrada a instrução processual, os litigantes apresentaram alegações finais, seguindo-se a sentença que deu pela improcedência do pedido inaugural.

Irresignado, o vencido interpôs recurso de apelação, ao argumento de que o MM. Juiz a quo desprezou o fato de que existia um processo de execução contra si movido pelo apelado, cujo objeto era parte do saldo devedor existente, e que de forma alguma poderia aquele desviar valores de sua aposentadoria, valores estes impenhoráveis, conforme entendimento jurisprudencial.

Afirmou, ainda, que não houve má-fé de sua parte, pois não tinha conhecimento da destinação do dinheiro por não ter acesso aos extratos bancários.

Houve resposta ao recurso.

É o relatório

Voto

Apanha-se dos autos que, em 16/7/92, o autor abriu uma conta corrente na agência do réu em Witmarsum, de n. 002.779-1.

A posteriori, em 14/5/93, foi aberta uma nova conta, esta no município de Florianópolis, na Agência Ilhéus, onde era depositado o salário do requerente, cabo aposentado da Polícia Militar.

Apresentando a primeira saldo negativo, o Besc, alicerçado na cláusula 12.6, do contrato de abertura de crédito em conta corrente, transcrita na contestação, efetuou a transferência dos salários de maio e junho de 1993 para aquela.

Preceitua a cláusula sob enfoque:

“Entretanto, o creditado/mutuário/devedor/emitente em mora e sem prejuízo dos direitos por esse fator resultante do próprio contrato, poderá o Besc com vistas a amortizar ou liquidar as obrigações do creditado/mutuário/devedor/emitente, receber e pagar por força de:

“I — todas e quaisquer quantias que subsequente venham a ser depositadas pelo creditado/mutuário/devedor/emitente em sua conta corrente ou por qualquer outra forma nele creditadas;

“II — o saldo de quaisquer outras contas de depósitos à vista eventualmente mantidas pelo creditado/mutuário/devedor/emitente no Besc” (fls. 19, grifei).

Não há, contudo, prova cabal dessa autorização.

Às fls. 28, repousa o contrato de abertura de crédito em conta corrente na Agência de Witmarsun. Nele não consta, todavia, uma cláusula 12.6, nem qualquer outra que porte redação semelhante.

A regra do ônus da prova é por demais conhecida, ou seja, ao autor incumbe comprovar o fato constitutivo de seu direito (art. 333, inc. I, do CPC). Mas se o réu excepcionar em Juízo, “nasce para ele o ônus da prova dos fatos que alegar na exceção, como se autor fosse (reus in exceptione actor est)” (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, in Código de Processo Civil Comentado. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, pág. 615).

Veja-se a lição de Sérgio Sahione Fadel:

“Se o autor alega o fato e o réu o contesta, o ônus da prova é do autor; se ele mesmo alega e o réu não contesta, o fato se presume verídico; se o autor alega, e prova, ou não o provando, o réu o admite, e, admitindo o fato, outro lhe opõe, impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, o onus probandi é do réu” (CPC Comentado, 6ª ed., Forense, 1987, pág. 564).

Ao apontar a existência de fato impeditivo, ou seja, a autorização para a transferência de numerário de uma conta para outra, caso uma delas apresentasse saldo negativo, cumpria ao réu prová-lo de forma cabal e irrefutável, o que, in casu, incoorreu.

E a jurisprudência é unânime no sentido de ser inadmissível a trans-

ferência de saldo sem autorização do correntista.

Nesse sentido: TJRS, AC n. 598521102—RS, 10ª CC, rel. Des. Luiz Lúcio Merg, j. 6/5/99; TJDF, Ap. Cív. n. 4675997, rel. Des. Waldir Leônico Junior, DJU 24/05/98, pág. 131; TJSC, Ap. Cív. n. 88.067782-3, rel. Des. Solon d'Eça Neves.

E ainda que ela existisse, impende observar que já se decidiu que “o desconto em conta corrente para a quitação da dívida é legal, eis que, quando do depósito do salário na mesma este perde tal característica, sendo razoável, entretanto, que tal desconto seja limitado a 30% do salário do devedor, sob pena de inviabilizar o recebimento integral do débito, objetivo maior da instituição financeira” (TJRS — AI 599204815—RS, rela. Desa. Elaine Harzheim Macedo, j. 25/5/1999), o que é perfeitamente justificável, considerando-se o caráter alimentar do salário que, a teor do art. 649 do CPC, é absolutamente impenhorável.

Há salientar, ainda, que o apelado está movendo ação de execução contra o aqui recorrente, que vem alicerçada em contrato de abertura de crédito em conta corrente, contrato este que, segundo construção jurisprudencial, não mais constitui título executivo extrajudicial, ainda que acompanhado dos extratos de movimentação.

A respeito, oportuno é o julgado que se segue:

“Execução. Embargos do devedor. Contrato de cheque especial. Transferência de saldo, sem autorização do correntista — recurso provido, unânime — o STJ pacificou entendi-

mento de que o contrato de cheque especial, ainda que acompanhado do extrato corresponsativo, não constitui título executivo extrajudicial. A ineficácia executória, desses contratos, noutra norte, é manifesta quando a casa bancária remaneja numerário da conta do depositante, sem autorização expressa do cliente, deixando saldo a descoberto e assim a suposta dívida não tem respaldo contábil” (TJDF 19980110193413, rel. Des. Eduardo de Moraes Oliveira, DJU 10/11/99, pág. 27).

Vale, ainda, transcrever a doutrina de Vilson Rodrigues Alves, que alerta:

“Aberta a conta corrente bancária, o estabelecimento contrai deveres que cumpre sejam adimplidos com suficiência satisfativo-negocial, até porque, não fossem as demais características das atividades bancárias, entre as quais o profissionalismo com que se não exercer, recebe remuneração pela prestação desse serviço.

“Essa remuneração define-se já na sua abertura, quando cumpre ao correntista recolher comissão aos cofres do banco, ou sofrer lançamento desse valor na coluna do débito.

“Entre esses deveres está o de usar de toda diligência na administração dos interesses de seus clientes, responsabilizando-se pelas partidas contábeis de débito.

“(…).

“Assim, porquanto em havendo depósito a importância passa a integrar a esfera jurídico-patrimonial do correntista, não podendo ser retirada sem sua autorização” (in Responsabilidade Civil dos Estabelecimentos

Bancários. São Paulo, Bookseller, 1999, pág. 183, grifei).

Tem o apelante, portanto, direito a ser ressarcido do montante transferido indevidamente, corrigido monetariamente e com juros de mora.

No tocante ao dano moral, como um breve intróito, mais uma vez reporto-me à lição de Vilson Rodrigues Alves:

“Os danos, que podem ser patrimoniais, também podem caracterizar-se como danos morais, sem óbice à cumulatividade possível.

“Com efeito, pode ocorrer de no exercício de suas atividades vir a pessoa a causar ao ofendido danos não somente patrimoniais, como ainda não-patrimoniais, de modo a traduzir necessidade empírica de indenização de uns e outros.

“No campo das operações bancárias pode dar-se a hipótese.

“Se, por exemplo, ocorre desvio de depósito bancário, o banco obriga-se à plena indenização do cliente, que não fica restrita à preceituação do art. 1.061 do Código Civil brasileiro, embora só abranja quanto aos lucros cessantes o que se mostrar efeito direto e imediato deles, não o dano remoto.

“Todavia, pode-se verificar, ainda, hipótese de dano não-patrimonial.

“Pense-se em que o cliente pode ter emitido cheques com suficiente provisão de fundos, não descontados a pretexto de sua insuficiência, com subsequente lançamento de seu nome no Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundos pelo Banco Central.

“A questão cinge-se a saber da responsabilidade civil dos bancos comerciais por esses danos morais, assente a indenizabilidade dos patrimoniais.

“Como se tem assentado na doutrina acerca da densidade ou profundidade da indenização, o Direito contemporâneo efetivamente cobre o dano em todos os seus aspectos, restaurando à vítima ou seus herdeiros o statu quo ante, de modo a abranger não somente o dano material, mas também o dano moral. Com efeito, em se cuidando de ‘danos’, há os de natureza patrimonial e os de caráter não-patrimonial.

“Aqueles violam a esfera jurídico-patrimonial do ofendido, enquanto estes atingem-no como ser humano — posto que pessoa passível de ofensa nessa órbita não seja apenas a física, também a jurídica — não lhe tocando o patrimônio.

“(…).

“Dá-se dano apatrimonial se ocorre dor, seja física (dor-sensação), seja moral (dor-ressentimento), em face de violação a bem jurídico tutelado sem repercussão patrimonial.

“Esse bem, tutelado pelo ordenamento jurídico, é a esfera ética da pessoa, de modo que nele, dano moral, há causação de intranquilidade, de ofensa à honra, à consideração social, ao renome; há provocação de vergonha, a gerar depressão da energia para a vida.

“Há, por assim dizer, infringência ao direito a essa honra, que, visto pela titularidade de pessoa física, visa à proteção do valor moral e íntimo do homem, como a estima dos outros, ou a consideração social, o bom nome ou

a boa fama, com, enfim, sentimento ou consciência da própria dignidade.

“Em síntese, no dano moral existe diminuição subjetiva do prestígio público, da estima geral” (ob. cit., págs. 132/134).

Segundo escólio de João Roberto Parizatto “tem-se que ocorrendo violação à moral, possível é a reparação do respectivo dano a tal importante bem, posto que é plenamente admissível a reparação exclusivamente a título de dano moral, cuidando-se do conhecido dano moral puro, onde não houve ofensa a bens materiais, mas tão-somente à moral do indivíduo...” (in Dano Moral. Minas Gerais, Edipa — Editora e Distribuidora de Livros, 1998, pág. 4).

Para Wilson Melo da Silva, “danos morais são sofridos pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo por patrimônio ideal, em contraposição a patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico. Jamais afetam o patrimônio material, como o salienta Demongue. E para que facilmente o reconheçamos, basta que se atente não para o bem sobre que incidiram, mas, sobretudo, para a natureza do prejuízo final. Seu elemento característico é a dor, tomado o termo em sentido amplo, abrangendo tanto os sofrimentos meramente físicos, como os morais propriamente ditos. Danos morais, pois, seriam, exemplificadamente, os decorrentes das ofensas à honra, ao decoro, à paz interior de cada qual, às crenças íntimas, aos sentimentos afetivos de qualquer espécie, à liberdade, à vida, à integridade corporal” (in

Dano Moral e sua Reparação. Rio de Janeiro, Forense, 1983, págs. 1/2).

Vale, ainda, transcrever a lição de Yussef Said Cahali, segundo o qual “parece mais razoável, assim, caracterizar o dano moral pelos seus próprios elementos; portanto, ‘como a privação ou diminuição daqueles que têm um valor precípua na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos’; e se classificando, assim, em dano que afeta ‘a parte social do patrimônio moral’ (honra, reputação etc.) e dano que molesta a ‘parte afetiva do patrimônio moral’ (dor, tristeza, saudade etc.); e dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante etc.), e dano moral puro (dor, tristeza etc.)” (in Dano e Indenização, pág. 7, 1980).

Pois bem.

Na inicial, afirmou o autor ter sofrido dano moral, “pois foi aviltado em seu pudor e sua honra, tendo em vista que foi obrigado a viver às expensas dos amigos durante dois meses”.

Foi ouvida uma única testemunha, Sônia das Graças Farias de Melo (fls. 46 e v.), cujo depoimento tem o seguinte teor:

“...que o requerente disse para o informante que esteve 2 meses sem receber o pagamento mensal dele; que o trabalho do requerente é na Polícia, recebendo salário; que nesses dois meses em que ele ficou sem receber, praticamente ele passou necessidades porque o único ganho do requerente era seu salário; que não está lembrada a época que aconteceu

isso; que o requerente nesses dois meses pediu dinheiro emprestado para seus parentes que o ajudaram; que na medida do possível a informante também contribuiu com o requerente; que a informante não pode dizer quanto, e também não foi totalmente em dinheiro; que por umas duas vezes a informante levou janta para o requerente e a esposa...”

Inegável que o recorrente deparou-se com uma situação bastante preocupante, considerando-se que seu salário é sua única fonte de renda. Viu-se privado de seus rendimentos, tendo que recorrer a terceiros para alimentar a si e a sua família, que dizer das outras despesas.

Mesmo não mencionando a devolução de cheques por ausência de fundos, envio de seu nome às instituições de proteção ao crédito, exsurge da doutrina acima transcrita, que a paz e a tranqüilidade de espírito, quando abaladas, dão azo ao direito à indenização.

Não há negar, pois, o cabimento do dano moral, lembrando que “los dolores morales, las preocupaciones, las aflicciones valen indubablemente algo em la vida del individuo” (Eugênio Florina. Elementos de Derecho Procesal Penal, trad. De L. Pietro Castro, Bosch Editora, Barcelona, pág. 211), bem como que “sobrevindo em razão de ato ilícito, perturbação nas relações psíquicas, na tranqüilidade, nos sentimentos e nos afetos de uma pessoa, configura-se o dano moral, passível de indenização” (RSTJ 34/285).

No que se refere ao quantum a ser arbitrado, questão esta, diga-se de passagem, das mais tormentosas,

há sempre que se ter em mente, em se tratando de dano moral, que a indenização deve compensar a sensação de dor da vítima, para ela representando “uma satisfação, igualmente moral, ou, que seja, psicológica, capaz de neutralizar ou anestesiar em alguma parte o sofrimento impingido” (RT 650/66), sendo que para sua fixação deve se levar em conta “a gravidade objetiva do dano, a personalidade da vítima (situação familiar e social, reputação), a gravidade da falta (conquanto não se trate de pena, a gravidade e mesmo a culpa da ação implica na gravidade da lesão), a personalidade (as condições) do autor do ilícito” (idem).

In casu, considerando-se a posição do requerente (cabo aposentado), o desvio dos valores por dois meses e o porte da instituição financeira, fixo o valor da indenização por dano moral em 30 (trinta) salários mínimos.

Decisão

Nos termos do voto do relator, a Câmara decidiu, por votação unânime, dar provimento ao recurso para julgar procedente a ação, condenando-se o Banco apelado à restituição do valor indevidamente apropriado, corrigido monetariamente e com juros de mora e ainda ao pagamento de indenização por dano moral equivalente a 30 (trinta) salários mínimos; vencido, nesta parte, o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins, que votou pela indenização de valor equivalente a 40 (quarenta) salários mínimos, arbitrados os honorários advocatícios em 20% sobre o montante da condenação.

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

Florianópolis, 1º de março de 2000.

Vanderlei Romer,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 51.904 (88.090783-5), DE ITAPIRANGA

Relator: Des. Vanderlei Romer

Civil e processual civil. Dano moral. Indigitadas ofensas irrogadas em impresso não periódico. Ilegitimidade passiva ad causam. Prolação de sentença terminativa. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Exegese do art. 49, § 3º, da Lei n. 5.250/67 e do art. 329 do CPC.

I — A ação em que se busca reparação por dano moral advindo de indigitadas ofensas irrogadas em impresso não periódico deve ser detonada em face do autor do escrito, e não contra quem apenas procedia à sua distribuição à população.

II — Se os elementos de prova documental amealhados aos autos permitem ao julgador verificar ocorrente a ilegitimidade passiva ad causam, é seu dever, e não mera faculdade, proferir desde logo sentença terminativa, não se havendo falar em cerceamento de defesa pela declaração antecipada de extinção do processo.

III — Recurso desprovido.

I — Relatório

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 51.904 (88.090783-5), da comarca de Itapiranga, em que são apelantes Jairo Afonso Henkes e Áurio Vendelino Welter, sendo apelados Roque Freo e outros:

ACORDAM, em Câmara Cível Especial, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Jairo Afonso Henkes e Áurio Vendelino Welter propuseram "ação de indenização por danos morais" em face de Roque Freo, Lauro Henemann, Roberto Francisco Berwanger, Beno Wolfart e Carlos Koelln, alegando terem estes, no mês de novembro de 1993, promovido a circulação e a distribuição de impressos intitulados "Justiça processa Áurio e Jairo por desvio de dinheiro da Prefeitura", de autoria do então Deputado Estadual Afonso Spaniol. Acoimando de calunio-

sas e levianas as mencionadas publicações, e afirmando ser intuito dos acionados “estancar ofensas morais contra suas pessoas” (sic), postularam o percebimento de indenização a ser judicialmente arbitrada.

Oportuno tempore, detonaram os autores “ação cautelar de busca e apreensão”, com o fito de paralisar a “circulação e distribuição de jornais, materiais e edições” que se encontrassem na posse dos ora réus, tendo sido liminarmente deferida a medida pleiteada, cujos efeitos foram sustados, ulteriormente, por liminar concedida em mandado de segurança impedido por Afonso Spaniol.

Encartadas aos autos as respostas ofertadas, todas sob a forma de contestação, e malograda a tentativa conciliatória levada a efeito na audiência preliminar, o Juiz Edison Zimmer julgou extinto o presente processo, bem como a ação cautelar em apenso. Fê-lo o culto Magistrado com escora nos artigos 267, inciso VI, segunda figura, e 329 do CPC, por entender configurada a ilegitimidade passiva ad causam.

Irresignados com a prestação jurisdicional entregue, os acionantes interpuseram recurso de apelação, buscando o reconhecimento de cerceamento de defesa ante o julgamento antecipado da lide, que não lhes permitiu a produção de provas – por meio das quais pretendiam demonstrar terem os demandados não somente procedido a entrega dos folhetos, mas também “tecido comentários acerca do assunto” —, e tampouco a apresentação das alegações finais, impugnando, ainda, o valor fixado a título de honorários advocatícios.

Foram apresentadas contra-razões.

Contados e preparados, alçaram os autos a esta Superior Instância.

É o relatório.

II — Voto

A hipótese versada não dá ensejo a maiores digressões.

De efeito, os ora demandantes pretendem o percebimento de indenização por dano moral, ao argumento de terem os réus procedido à circulação e distribuição de impressos que entendem caluniosos e levianos, de autoria do então Deputado Estadual Afonso Spaniol.

Dispõe o § 3º do art. 49 da Lei n. 5.250 (Lei de Imprensa), de 9/9/1967:

“Se a violação ocorre mediante publicação de impresso não periódico, responde pela reparação do dano:

“a) o autor do escrito, se nele indicado; ou

“b) a pessoa natural ou jurídica que explora a oficina impressora, se do impresso não consta o nome do autor”.

Freitas Nobre, em seus Comentários à Lei de Imprensa, elucida:

“Mas a lei inova com referência às publicações não periódicas, isto é, aos boletins de circulação irregular, às folhas impressas soltas, aos livros, aos folhetos.

“O § 3º do art. 49 deixa bem claro que se a violação ocorre através de uma publicação sem periodicidade, a responsabilidade civil recai no autor do escrito, se identificado, ou na pes-

soa natural ou jurídica que explora a oficina impressora" (3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1985, pág. 326).

Então, ante a clareza do dispositivo de regência, pergunta-se: qual a razão de não ter sido a ação aforada em face do autor do escrito, já que conhecido? A resposta é concedida pelos próprios autores que, na peça exordial da ação cautelar em apenso, asseveram: "Há que se salientar que para intentar ação contra Deputado Estadual, é necessário consentimento do Parlamento Estadual, a presente ação é contra atos de pessoas que o rodeiam, pessoas que trabalham a seu favor (...)" (sic).

Ocorre, porém, que a peculiaridade da espécie não possui o condão de derogar o preceito legal referido, pois, como com percuciência anotou o ilustrado Togado monocrático, querer legitimar os ora acionados, pela singela razão de estarem eles distribuindo à população os mencionados folhetos (se é que estavam), seria o mesmo que conferir a qualidade de parte ao jornalista, por notícias ofensivas irrogadas no periódico por ele entregue, o que exsurge absurdo e desarrazoado.

De conseguinte, constantes dos autos elementos de prova documental suficientes para permitir ao Julgador verificar ocorrente a ilegitimidade pas-

siva ad causam, é seu dever, e não mera faculdade, proferir desde logo sentença terminativa, não se havendo falar em cerceamento de defesa, já que a norma encerrada no art. 329 do CPC é de natureza cogente — "(...) o juiz declarará extinto o processo", e não "poderá declarar".

Finalmente, ao reverso do que sustentam os recorrentes, parece-me ter sido correta e modicamente fixada a verba advocatícia (R\$ 750,00), restando atendidas as normas do art. 20, § 4º, bem como as alíneas a, b e c do § 3º do CPC, considerando que o referido estipêndio relaciona-se ao trabalho desenvolvido em duas ações (a indenizatória e a cautelar).

Ante o exposto, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

III — Decisão

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

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

Florianópolis, 23 de fevereiro de 2000.

*Vanderlei Romer,
Presidente e Relator.*

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.019249-0, DE SÃO BENTO DO SUL**Relator: Des. Vanderlei Romer**

Pátrio-poder. Destituição. Pais biológicos alcoolistas. Ambiente familiar marcado pela violência física e moral. Sentença a quo mantida.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.019249-0, comarca de São Bento do Sul (1ª Vara/Inf./Juv./Reg. Público), em que são apelantes P. A. e M. T. S., sendo apelado o representante do Ministério Público:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

O digno representante do Ministério Público, Sérgio Ricardo Joesing, ingressou em Juízo com ação de destituição de pátrio-poder contra P. A. e M. T. S., expondo que estes últimos são pais do menor impúbere D. J. A., que à época da propositura da acção contava com 7 meses de vida.

Disse o autor que os réus são notórios alcoolistas, discutindo constantemente, ocasiões estas em que se agridem não só verbalmente, como, também, fisicamente, tanto que em duas ocasiões feriu fisicamente P. A., pondo em risco, assim, a integridade do bebê.

Acrescentou que ante a prática de atos imorais e contrários aos bons costumes pelos acionados, deixando o menor ao desamparo e ao abando-

no, devem ser suspensos do pátrio-poder.

Em despachando, o Dr. Juiz de Direito determinou a reintegração da criança, que se encontrava em família substituta, ao casal, determinando-lhes, todavia, que "mensalmente comprovem a frequência ao AA; que o Conselho Tutelar remeta relatório mensal do caso; sejam os requeridos advertidos pela ASF que ao menor deslize em suas condutas o menor imediatamente será colocado em família substituta, restaurando-se o curso do presente feito".

Ante a notícia de que os pais biológicos haviam descumprido o comando judicial, o Magistrado a quo decidiu dar prosseguimento ao feito, ordenando, outrossim, que se retirasse o infante de sua casa.

Citados, P. A. e M. T. S. apresentaram sua defesa, na qual creditam as desavenças ocorridas, e que levaram à intervenção da polícia militar e do Conselho Tutelar, aos irmãos da última, indivíduos de índole violenta, dos quais se afastaram e, conseqüentemente, das "desordens e bebedeiras" a fim de que pudessem ter um perfeito convívio familiar, possibilitando, assim, o retorno do menino ao seu lar de origem.

Seguiu-se a instrução do feito que culminou com a sentença de fls. 99 usque 106, que julgou procedente

o pedido formulado pelo Ministério Público, destituindo “os réus do pátrio poder sobre o filho D. J. A., determinando que seja encaminhado para adoção por um dos casais de pretendentes inscritos no cadastro, conforme orientações impostas ao Serviço Social Forense”.

Irresignados com o teor da prestação jurisdicional entregue, os vencidos recorreram, argumentando que pelos relatórios apresentados resta claro que são seus familiares que os influenciam para o uso da bebida, ameaçando-os, inclusive. Destacaram que retomaram sua participação nos AA, tomando, ainda, uma série de medidas no intuito de reobter a posse de seu filho.

De outra banda, entendem que não pode prosperar o entendimento da decisão a quo, no sentido de que não há prova de sua regeneração, reportando-se à prova testemunhal para tanto. Outrossim, invocam o art. 6º do Princípio da Declaração Universal dos Direitos da Criança para propugnar pelo provimento.

Houve resposta.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça é pela manutenção in totum do decisório.

É o relatório.

II — Voto

Não há como se prover o apelo.

O quadro que se delineou nos autos indica que a douta sentença equacionou corretamente a lide.

Indubitável que o ambiente propiciado pelos pais ao infante é totalmente inadequado, haja vista o reite-

rado consumo de bebidas alcóolicas, a ocorrência freqüente de discussões, com agressões de ordem física e moral entre os participantes.

Os laudos juntados aos autos, a prova testemunhal coligida, tudo vai de encontro à pretensão dos genitores, sendo que o só fato de estarem freqüentando os AA não pode levar ao retorno da criança, quando o que se verifica, pelo menos ante o conjunto probatório carreado, é que não abandonaram o vício.

Ademais, o convívio com pessoas de índole violenta, como parecem ser os parentes da mãe, e mesmo de moral duvidosa, é, certamente, altamente prejudicial para uma criança de tão tenra idade, justificando plenamente a destituição do pátrio-poder, medida, é sabido, das mais graves no âmbito do direito de família, cuja concessão é viável tão-somente ante a prova de fatos graves, “incompatíveis com o exercício adequado daquele poder-dever” (RJTJRS 180/335).

Vale lembrar que “a suspensão e a destituição do pátrio-poder são institutos do direito civil que constituem verdadeiras sanções sofridas pelos pais por infrações aos deveres que têm para com os filhos. Essas sanções visam mais ao interesse dos filhos que propriamente punir os pais, pondera Paulo Lúcio Nogueira (Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, Saraiva, fls. 183)” (RJTJMS 134/160).

Acato, portanto, os bens-lançados fundamentos do parecer ministerial, da lavra do culto Dr. Luiz Carlos Freyesleben, no sentido de ser afastado o inconformismo recursal.

Confira-se:

“O recurso de apelação é próprio, tempestivo e dispensa preparo, podendo vir a ser conhecido por esse egrégio Órgão Fracionário. Seu desprovimento, entretanto, impõe-se, em face das reiteradas oportunidades dadas aos pais biológicos para restabelecerem convivência harmoniosa e digna com o menor.

“Não é por qualquer razão que se arrebatará dos pais o pátrio-poder, condição intrínseca, neles injetada pela própria natureza, que mescla autoridade e dever, bafejada, ainda, por uma aura de nobres e indispensáveis sentimentos de amor e humanidade.

“A inflição de castigos moderados, que faz parte da forma de educar, desde que não desborde do que se possa admitir como jus corrigendi, na verdade não se pode confundir com a inflição sistemática de maus-tratos, caracterizados pelo abandono, seja material ou intelectual; pela grosseria no trato do filho, inspirando-lhe a adquirir maus hábitos, pelo mau exemplo decorrente de práticas, hábitos e vícios dos pais; pelas demonstrações de violência e completa ausência de urbanidade, pois se aqueles castigos tolerados colaboram na formação do caráter, disciplinando o ser humano, o mesmo não se pode dizer do castigo imoderado, desarrazoado, que exemplifica mal e embrutece o ser. É por esta razão que não enxergo possibilidade de prover-se o recurso dos apelantes, pois a eles o Juízo deu todas as oportunidades possíveis, para que deitassem razoabilidade em suas próprias cabeças e ações. Se todas as tentativas de regeneração dos pais do infante foram feitas e resultaram vãs, não me parece recomendável que se proteja por mais

tempo a oportunidade de dar ao infante a chance de tornar-se, logo, uma criança feliz, amada e rodeada de carinhos paternos e maternos, ainda que para isso seja preciso colocá-la em lar substituto, na condição de adotada.

“O direito moderno não reconhece nos pais truculentos, estupidificados pelo egoísmo que lhes não permite abandonar maus hábitos e vícios deletérios para servir bem à sua prole, a existência do direito de seguirem sendo pais, só porque a natureza lhes deu o dom da procriação. A paternidade e a maternidade são situações divinizadas, que não admitem a falsidade, a ignomínia, o desprezo, o mau-trato contra o rebento, já que o seu revestimento natural é a bondade, o afeto, o amor, o desprendimento, a renúncia. Se o indivíduo não tem capacidade de renunciar, não tem capacidade de ser pai.

“No caso sob comentário mostra-se, de corpo inteiro, a desdita da pobre criança D. que, nos seus primeiros anos de vida, nos quais a exigência dos calores paternos e maternos mais deve estar presente, ainda não logrou gozar de tais prazeres. E a prova documental acostada, mais do que a prova testemunhal, dá os contornos da gravidade do caso ora em exame, bastando ver, de início, o relatório lavrado pelo Conselho Tutelar de São Bento do Sul (fls. 5/6), datado de abril de 1998, onde está traçado, com todos os matizes, o quadro das agruras que envolve o menor D. e seu irmão C., este a primeira vítima da destruturação do casal acionado.

“Diz o referenciado relatório que ‘a família toda tem problemas de

desestruturação familiar, sendo que os filhos do primeiro casamento do Sr. P., C. A. e A. A. A., já foram atendidos por este Conselho com problemas relacionados com alcoolismo, drogas e gravidez na adolescência, fruto de uma educação descoordenada. Sendo que o filho C. de 11 anos, após internação clínica, na cidade de União da Vitória, por dependência química, agora está morando com uma tia na cidade de Curitiba, por orientação da equipe técnica que atendeu o menino, por achar inviável o retorno ao lar’.

“Não se pode nem se deve perder de vista a situação antecedente a demonstrar a completa falta de condições do casal, ora apelante, para seguir tendo, sob seu pátrio-poder, a criança D., visto que se evidencia sua incapacidade para criar e educar o infante, da mesma forma que não se mostrou apto a criar e educar os filhos do leito anterior.

“O relatório supracitado narra, ainda, que ‘no dia 28 de abril do corrente ano, o Conselho Tutelar recebeu a denúncia que a Sra. M. ameaçou matar seu bebê, e foi o pai quem socorreu o filho, pois a mãe o jogou no chão da casa. A mãe estava totalmente embriagada e agressiva, inclusive na parte da tarde, enquanto este Conselho realizava visita domiciliar. Neste mesmo dia, no período da noite, o Conselho Tutelar, juntamente com a polícia militar, foi acionado para atender o bebê D., que estava desesperado, aos prantos, enquanto os pais estavam totalmente embriagados e promovendo desordem, e ameaçando a integridade física do bebê. Este Conselho internou o menino D. no hospital e após nos dirigimos ao Fô-

rum e repassamos os acontecimentos ao Promotor de Justiça, Dr. Sérgio...’.

“As provas arrebanhadas neste feito dão conta de que a situação narrada anteriormente não foi uma ocorrência episódica, mas o início de uma série de ocorrências nefastas e acontecimentos graves, envolvendo D. e os pais irresponsáveis, de sorte a recomendar o arrebatamento do pátrio-poder.

“Há, além do relatório circunstanciado do Conselho Tutelar, registros de ocorrências policiais e declarações médicas (fls. 5 usque 26), dando conta dos maus-tratos inflingidos ao menor D., a recomendar o seu afastamento do convívio dos pais, já que em constante situação de risco e de abandono, exposto às brigas violentas do casal e seus indisciplinados parentes, a noitadas de bebedeiras e desentendimentos, sob um clima somente comparável ao de casas de tolerância.

“A prova testemunhal não desmente a documental, tanto que D. E. L. (fls. 81), ao ser inquirida, disse categoricamente ‘que tem conhecimento de que o Conselho Tutelar interveio, em várias vezes, junto à família dos requeridos; que intervenção era feita através de solicitação da polícia militar e era resultante de embriaguez, envolvendo os requeridos, onde gerava desordens e colocava a criança em situação de risco; que também foram atendidos em virtude de brigas; que todas as vezes que existiam brigas, a criança estava na casa; que após o tratamento, os requeridos e os demais parentes, continuaram a ter atitudes extremas, colocando em risco a integridade física do menor; que o menor

D. já foi internado por problemas respiratórios e desnutrição...’.

“A seqüência de atos dasarrzoados não parou por aí, pois, segundo os informes prestados por R. G. V. (fls. 82), que foi vizinha do casal acionado, certa feita M., mãe do menor D., levou-o à casa da depoente, pedindo-lhe que ficasse com a criança, enquanto ela (M.) estivesse em um baile, ao qual foi em companhia de um irmão.

“Realça R. que ‘...durante vários meses presenciou a polícia militar na casa dos requeridos, em virtude de brigas e embriaguez; que tem conhecimento que em uma das brigas, M. teria ferido P. com uma faca; que das vezes em que houve brigas, a criança sempre estava na casa; que em uma das oportunidades, um rapaz foi obrigado a tirar D. pela janela, pois M. estava embriagada e não permitia que tocassem na criança; que tem conhecimento que também existiam festas na casa dos requeridos, os quais recebiam pessoas de fora que também se embriagavam e acabavam brigando’.

“Outro depoimento importante é o de V. A. L. (fls. 83), pois assegura ‘quase todos os dias os requeridos se embriagavam e havia desordens; que nos finais de semana as festas começavam na 6ª feira e se estendiam até a madrugada de domingo; que existiam bebedeiras, uso de drogas e brigas; que a casa sempre estava cheia e todos ali não estavam em seu estado normal, ‘até para dormir a gente tinha medo’; que em várias oportunidades foi solicitada a presença da Polícia Militar, Corpo de Bombeiros e Conselho Tutelar; que de certa feita,

uma pessoa de nome D. dos S., que hoje não mora mais em São Bento, foi obrigada a interferir e conseguiu retirar D. pela janela, quando os requeridos estavam brigando; que durante a briga M. fazia uso de uma faca e acabaram quebrando os vidros da janela, cujos cacos caíram em cima do berço de D.; que de outra feita, M. havia esfaqueado P., o qual foi hospitalizado; que M., na ocasião, foi presa e o menor ficou em poder da declarante...’;

“A dissolução da família de D. é mais do que evidente e não se pode alvitrar a sua permanência sob tão forte e deletéria má influência, sob pena de estar-se permitindo que não tenha a oportunidade de formar, em paz e em ambiente saudável, sua personalidade. E não se diga que aos pais biológicos não se deram chances de reorganizar suas vidas e criar, com dignidade, a criança D., pois consta do estudo social, encartado a fls. 59 usque 69, realizado pela assistente social forense, que ‘...não houve alterações na conduta dos pais em relação à dinâmica familiar e ao consumo de bebida alcoólica’, pois ‘do ponto de vista social, SMJ, não encontramos indicações para o retorno da criança ao convívio com os pais biológicos, sob pena de estarmos sendo imprudentes, em desobediência ao previsto no art. 70 do Estatuto, porque expondo-a a risco iminente de violência, negligência, carência afetiva e má formação moral, psíquica e emocional’.

“O doutor Promotor de Justiça realçou adequadamente: ‘Os requeridos, mesmo freqüentando os Alcoólicos Anônimos, não tiveram a vontade suficiente para melhorar o seu aspecto familiar. Assim, restou amplamente comprovado que os requeridos não

podem continuar com o pátrio-poder da criança D., uma vez que a mesma estaria em situação de risco iminente...'

"Efetivamente, não era mais possível esperar por uma recuperação que os pais biológicos de D. não parecem desejar, caso contrário já teriam se emendado. Claro que a primeira medida a tomar-se, quase sempre, é aquela que se afigura menos grave, qual seja a suspensão e não a destituição do pátrio-poder, pois exigem os tribunais que para suprimir-se dos pais o pátrio-poder é indispensável que se comprove lesão grave aos direitos fundamentais do filho, em ofensa aos deveres primordiais intrínsecos do pátrio-poder, que de poder tem hoje muito pouco, enfeixando, muitos mais, deveres e obrigações, além de virtudes e predicativos indispensáveis.

"No caso sob comentário há condutas graves, caracterizadas pelo conhecimento de infrações ofensivas dos interesses do menor, pois os pais de D. apresentam-se, ambos, como pessoas desprovidas de bom senso, desatenciosas das conveniências do infante, nada fazendo para resguardar seu bem-estar, nem aproveitando as chances que o Juiz lhes concedeu, para propiciar ao menor uma existência sem traumas.

"Os autos demonstram, por prova satisfatória, que os pais de D. são pessoas descompromissadas com os valores da vida. Ambos são pessoas praticamente desocupadas, dadas à ingestão contumaz de bebidas alcoólicas e que, não raras vezes, dão demonstrações de extrema violência na presença da pequena criança D., o que implica dizer que não os-

tentam condição do exercício da autoridade paterna, nos termos em que esta pode se entendida como uma forma de bem criar, ainda que em condições de pobreza, um infante.

"A sanção da perda do pátrio-poder é, sem dúvida, gravíssima e, sempre que possível, deve ser evitada; não como forma de preservar o direito paterno ou materno; mas de garantia dos interesses do próprio menor, a quem o Estado oferece a mais ampla tutela, para que se crie e eduque em clima que lhe permita o melhor desenvolvimento da personalidade. Assim, sempre que a situação o permitir, deve-se dar preferência às medidas judiciais que permitam a permanência do menor em seu meio natural, na sua sociedade e no seio da sua família. É, portanto, excepcional a conduta invasiva do Estado, quando intervém, para suspender ou suprimir o pátrio-poder e retirar a criança ou o adolescente do meio que lhe está ocasionando prejuízos à formação. Entretanto, 'Se a melhor intervenção consiste em deixar o menor em seu meio natural, essa possibilidade nem sempre pode realizar-se. Ou bem este meio não existe, ou bem as relações que se mantêm com o menor são fonte de perigo, ou de inclinação à delinquência. Em todas estas hipóteses, impõe-se uma urgente mudança de meio de vida' (Robert, P. — *Traité Droit des Mineurs*, Paris, Cujás, 1969, pág. 446).

"O estudo social do caso revelou a preponderância de fatores negativos, contrários à permanência do menor sob o pátrio-poder, com o indicativo de colocação do infante em família substituta, por meio da adoção. Rastreou-se a possibilidade de elementos que pudessem conduzir à

uma conclusão diferente. Mas, por fim, constatada a incapacidade dos pais de se cercarem de condições positivas que justificassem a permanência do menor no lar, não me parece que outro caminho devesse ser trilhado, senão o escolhido pelo Magistrado, arrebatando dos pais o pátrio-poder.

“Muitas foram as intervenções do Conselho Tutelar, buscando orientar os pais de D.; mas muitas também foram as incursões policiais, buscando interromper os freqüentes ataques de violência, precipitados pela contumácia no uso de bebidas alcoólicas. Tratamentos e internações em nada resultaram, como salienta o relatório da assistência social do foro. Por isso mesmo impõe-se manter a decisão de subtrair dos requeridos o pátrio-poder.

“Em situação menos grave do que a revelada nestes autos decidi da seguinte forma o Tribunal de Justiça de São Paulo: ‘Pátrio-poder — Destituição — Prova de que o pai, além de desocupado, ingeria bebida alcoólica, em companhia do menor que levava aos bares, voltando cambaleante para casa, com a criança ao lado, correndo notícia de que era dado agredir o filho e arrastá-lo de cá para lá, quando embriagado — Levantamento social que concluiu que a criança recebia da mãe os cuidados básicos necessários em ambiente de tranqüilidade, ao reverso do que acontecia quando em contato com o pai’ (AC n. 17.487-4, 9ª CDPriv. — rel. Des. Franciulli Neto — j. 15/4/1997).

“Ora, no caso destes autos, pai e mãe atentaram contra a integridade física do filho, além de submetê-lo,

sistematicamente, à situação de abandono material, não o levando a bares — é verdade —, mas transformando sua própria casa em ponto de vício, de drogas, de bebedeiras e de brigas violentas, a exigir a intervenção policial, como noticiam os registros policiais constantes do processo.

“Não se tem dúvida sobre estarem os maus-tratos, o abandono, a privação de subsistência e os atos contrários à moral e os bons costumes, mormente quando dirigidos contra a prole menor, elencados entre os motivos autorizadores da destituição do pátrio poder. Por essa razão dou parecer no sentido do conhecimento e desprovimento do recurso de apelação com que brandem P. A. e M. T. S., para que seja preservada a decisão do Juízo Monocrático, por seus próprios fundamentos”.

Adotadas tais razões, nego provimento ao recurso.

III — Decisão

Nos termos do voto do relator, a Câmara decidiu, por votação unânime, desprover o recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Luiz Carlos Freysleben.

Florianópolis, 10 de fevereiro de 2000.

Anselmo Cerello,
Presidente com voto;
Vanderlei Romer,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 50.575 (88.087001-1), DE SÃO JOSÉ**Relator: Des. Eládio Torret Rocha**

Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Óleo na pista. Dever de indenizar do município a quem cabia a conservação da via pública, palco do evento danoso. Reparação devida. Responsabilidade, ademais, derivada do risco administrativo (art. 37, § 6º, da CF). Pedido acolhido. Apelo voluntário desprovido. Remessa parcialmente provida, a fim de conceder isenção à municipalidade quanto ao pagamento das custas judiciais, na conformidade do artigo 35, alínea h, do novel Regimento de Custas.

Cumprindo ao poder público a obrigação quanto à perfeita conservação da malha viária urbana à utilização, com plena segurança, pelos seus usuários, responde a administração pública, como devido, pela reparação dos danos decorrentes de acidente de veículo causado por falta de adequada sinalização a respeito da existência do óleo na pista, dado que obrigação derivada, antes de tudo, de preceito constitucional que adotou a responsabilidade objetiva do ente estatal sob a modalidade do risco administrativo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 50.575 (88.087001-1), da comarca de São José (Vara da Fazenda Pública, Família, Infância e Juventude), em que é apelante município de São José, sendo apelado Maurílio Joaquim de Souza:

ACORDAM, em Câmara Cível Especial, à unanimidade de votos, desprover o recurso voluntário, provendo, parcialmente, porém, a remessa obrigatória.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

No Juízo de Direito da comarca de São José, Maurílio Joaquim de Souza aforou ação de indenização

contra o município de São José, colimando, em suma, ser indenizado pelos prejuízos causados em virtude do acidente de trânsito ocorrido entre o autor e um terceiro, no dia 16/6/93, naquele Município.

Alegou, em resumo, que tal fato ocorreu em razão de existir óleo na pista, e que este teria sido derramado por um caminhão de coleta de lixo da Prefeitura de São José. Sustentou, ainda, em abono de sua tese, que o motorista do referido caminhão, preposto da Prefeitura Municipal, constatou o vazamento do óleo e efetivou o devido reparo mas não limpou o óleo deixado na pista ou colocou qualquer sinalização de advertência aos motoristas que por ali transitassem.

Em resposta, o réu aduziu não ter agido com culpa perante o fato, já que este se deveu a caso fortuito, não

tendo o autor atuado com a diligência necessária ao transitar pelo local.

O autor impugnou a contestação, salientando culpa do réu, e que este não pode eximir-se de sua responsabilidade, rebatendo, assim, as razões por ele apresentadas.

Após a impugnação, foi realizada a audiência de conciliação, instrução e julgamento, na qual foram ouvidas as testemunhas arroladas pelas partes; o réu apresentou suas razões finais e o representante do Ministério Público opinou pela improcedência do pedido.

Sobreveio, então, a prestação jurisdicional monocrática, a qual julgou procedente o pedido do autor.

Irresignado com o teor do decisório adverso, apela o vencido, alegando que o óleo combustível espalhado na pista de rolamento não foi causado por imprudência, imperícia ou negligência do preposto municipal; que ninguém pode ser responsável por caso fortuito, tanto que reparou o defeito no caminhão; que, aquele que vem atrás deve guiar com cautela para não perder o rumo e nem o governo do veículo que dirige.

Postula, a final, a reforma da sentença e conseqüente improcedência da ação.

Contra-arrazoados e com regular preparo, ascenderam os autos a esta Corte.

É o relatório.

II — Voto

O decisório objurgado imerece reparo.

Para que a indenização referente ao acidente de trânsito não fos-

se concedida, seria necessária a demonstração da culpa exclusiva do apelado, a qual, todavia, em momento algum, nestes autos, foi objeto de comprovação. Ao contrário, as testemunhas foram unânimes em afirmar que havia óleo na pista vazado do caminhão da prefeitura de São José. Informaram, ainda, que o apelado trafegava em velocidade moderada, e que não existia qualquer tipo de sinalização acerca da irregularidade de tráfego.

Ainda que assim não fosse — o que se admite à guisa de mero exercício argumentativo — a responsabilidade objetiva definia a lide, diante da obrigação de o ente público reparar danos sofridos pelo particular, independentemente do fato de este ter ou não agido com culpa. A pessoa jurídica pública quando responsável, em face da prevalência do bem comum, por ato ilícito de um preposto seu, deve responsabilizar-se pela devida e justa reparação do dano.

O ilustre Yussef Said Cahali preleciona a respeito do tema: “A conservação e fiscalização das ruas, estradas, rodovias e logradouros públicos inserem-se no âmbito dos deveres jurídicos da Administração razoavelmente exigíveis, cumprindo-lhe proporcionar as necessárias condições de segurança e incolumidade às pessoas e aos veículos que transitam pelas mesmas; a omissão no cumprimento desse dever jurídico, quando razoavelmente exigível, e identificada como causa do evento danoso sofrido pelo particular, induz, em princípio, a responsabilidade indenizatória do Estado” (in *Responsabilidade Civil do Estado*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 1995, pág. 300).

Nesse sentido o julgado deste Sodalício:

“A pessoa jurídica pública responsável, na prossecução do bem comum, por uma certa atividade, deve assumir a obrigação de indenizar cidadãos que eventualmente venham a ser lesados, sendo que o próprio Estado deve, diretamente, exercer a função de assegurado dos riscos que ele próprio cria.

“O essencial, para efeitos de responsabilidade, é que o agente da Administração haja praticado o ato ou a omissão administrativa no exercício de suas atribuições, a serviço do Poder Público, embora atue fora ou além de sua competência administrativa. Então, responde objetivamente o Estado pelos danos causados ao autor, ainda mais quando não restou sequer comprovado tivesse a vítima concorrido com culpa para o evento. Ademais, quem exerce uma atividade de risco deve prevenir-se, tomando as providências cabíveis no sentido de minimizar a possibilidade de verificação de acidentes” (Apelação Cível n. 98.016437-0, de Biguaçu, rel. Des. Carlos Prudêncio).

No mesmo diapasão:

“Responsabilidade civil. Município. Ação de reparação de danos. Acidente de veículo. Via pública obs-truída. Ausência de sinalização. Omissão culposa. Danos materiais. Culpa exclusiva da vítima não comprovada. Nexo causal entre o fato administrativo e o dano demonstrado. Obrigação do ente público de indenizar. Recurso voluntário e reexame desprovidos” (Apelação Cível n. 97.004938-2, de Itajaí, rel. Des. Sérgio Paladino).

No mesmo sentido:

“— Ação de reparação de danos causados em veículo, em virtude de defeito na via pública. Ausência de sinalização.

“— O Poder Público, em face da teoria da responsabilidade objetiva, que prevalece em nosso direito, responde por danos causados a veículos por defeito não sinalizado na via pública, mormente se não prova culpa da vítima.

“Apelo e remessa desprovidos” (Apelação Cível n. 96.012476-4, da Capital, rel. Des. João José Schaefer).

Ou, finalmente:

“Município — Obra pública — Responsabilidade.

“Em face da responsabilidade objetiva, tem o Município o dever de indenizar os prejuízos sofridos por terceiro em decorrência de vala aberta em via pública e não sinalizada adequadamente” (Apelação Cível n. 50.769, de Indaial, rel. Des. Eder Graf).

Sou, assim, pelo desprovimento do apelo voluntário.

Todavia, dou parcial provimento à remessa, a fim de isentar o apelante do pagamento das custas judiciais, na conformidade do artigo 35, alínea h, do novel Regimento de Custas do Estado.

III — Decisão

Nos termos do voto do relator, a Câmara, por votação unânime, desproveu o recurso voluntário, provendo parcialmente a remessa.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins. Lavrou parecer,

pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Áttila Antônio Rothsahl.

Florianópolis, 15 de março de 2000.

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

APELAÇÃO CÍVEL N. 51.122 (88.088558-1), DE SÃO CARLOS

Relator: Des. Eládio Torret Rocha

Embargos de terceiro. Alegação de fraude contra credores. Existência, nos autos, de prova robusta a respeito do consilium fraudis. Possibilidade. Pedido desconstitutivo negado. Apelo desprovido.

Desde que bem delineada pela prova produzida no processo, a fraude contra credores pode ser conhecida e decretada no seio dos embargos de terceiro, independentemente de aforamento da ação pauliana, objetivando a manutenção da constrição judicial sobre o bem garantidor da execucional.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 51.122 (88.088558-1), da comarca de São Carlos, em que é apelante Brukutu Comércio e Transporte Ltda., sendo apelada Posmovil — Posto de Molas Vivian Ltda.:

ACORDAM, em Câmara Cível Especial, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

No Juízo de Direito da comarca de São Carlos, Brukutu Comércio e Transporte Ltda. opôs embargos de terceiro à execução proposta por Posmovil – Posto de Molas Vivian Ltda. contra Milton Klauck e Irmãos Ltda.

Alegou, em síntese, ser o proprietário do reboque objeto da cautelar de arresto (autos apensados) proposta por Posmovil — Posto de Molas Vivian Ltda., para garantir futura execução (também em apenso). Afirmou, ainda, que a empresa executada não tinha um cavalo mecânico para tracionar a carreta, motivo pelo qual estava utilizando o mencionado bem. Postulou, pois, em suma, o afastamento do gravame judicial imposto ao aludido bem.

Colacionou documentos (fls. 12/46).

Por meio da interlocutória de fls. 48, o Magistrado negou a liminar, aduzindo, em síntese, que o representante da embargante era sócio da empresa executada. Desse despacho a embargante interpôs agravo de instru-

mento, ao qual foi negado provimento (fls. 103/111).

Devidamente citada, a embargada ofereceu resposta, aduzindo, preliminarmente, nulidade de citação, ilegitimidade ativa ad causam, e, no mérito, argüiu a ocorrência de fraude contra credores.

Juntou documentos (fls. 68/86).

A embargante ofereceu impugnação, rebatendo os argumentos expendidos na resposta.

Realizada a audiência de instrução e julgamento, tendo restado inexitosa a conciliação, as partes apresentaram suas razões finais sob a forma de memoriais.

Sobreveio a prestação jurisdicional monocrática, a qual julgou improcedente o pedido, condenando a vencida ao pagamento de honorários advocatícios e custas processuais, bem como indenização por litigância de má-fé, em 20% sobre o valor da executacional.

Irresignada, a tempo e modo, apela a vencida reprisando, basicamente, os argumentos expostos na inicial.

Contra-arrazoados e preparados, alçaram os autos a esta Corte.

É o sucinto relatório.

II — Voto

Da prova coligida aos autos depreende-se que Milton Klauck foi sócio-gerente da empresa executada e, atualmente, é sócio-gerente da recorrente/embargante.

Não obstante os embargos de terceiro constituam, como se sabe, meio inadequado para se anular ato

jurídico, infere-se das provas colacionadas que a apelante, na hipótese, agiu com manifesta má-fé, transferindo bens de uma empresa à outra para frustrar as dívidas assumidas, em flagrante desrespeito aos padrões éticos e morais que devem presidir as relações comerciais e sociais, não podendo o Poder Judiciário, por isso mesmo, permanecer alheio a tais manobras.

A respeito da tentativa de fraude, é bem de notar, já chamava atenção o eminente Des. Alcides Aguiar, relator do Agravo de Instrumento n. 8.467 interposto pela ora apelante em face do indeferimento da medida liminar postulada à guisa do aforamento destes embargos de terceiro:

“Conquanto, a priori, não haja dúvida sobre ser a embargante-recorrente proprietária da carreta e acharse esta em sua posse quando do arresto, contra a mesma pesa a acusação de haver agido em fraude contra credores”.

E, adiante, continua o ínclito Relator:

“Tal decorre do fato de Milton Klauck ter sido sócio-gerente da empresa Milton Klauck Irmãos Ltda., adquirente em 9/10/91 do veículo junto à agravada Posmovil — Posto de Molas Vivian Ltda., haver-se retirado daquela em 6/5/91, ao mesmo tempo em que também vem a ser sócio da empresa-embargante Brukutu — Comércio e Transporte Ltda. (fls. 28), desde janeiro de 1990, tendo esta adquirido o veículo objeto dos embargos em 11/10/1991”.

E, finalmente, arremata o julgador focalizado:

“Realmente, causa espécie haver a empresa Milton Klauck Irmãos

Ltda. adquirido, ainda em seu nome, o veículo em 9/10/91, quando, a partir de 6/5/91, esta, com a saída do citado sócio, alterou sua razão social para Material Klauck de Construção Ltda. A indagação do agravado, pois, a fls. 126 — ‘se a firma compradora já não mais existia, pelo menos de fato’ — pois o registro dessa alteração na Junta Comercial ocorreu em 8/10/91 — ‘como poderia adquirir mercadorias de outras firmas, em nome de Milton Klauck e Irmãos Ltda.?’ — merece devido exame no contexto da prova, diante da apontada fraude de credores, já porque aparece ela com vários processos de execução contra si aforados no ano de 1991, e, em 1992, teve decretada sua falência (fls. 88 a 100)”.

A respeito da situação de completa inadimplência da apelante ao tempo da ação fraudulenta enfocada, examine-se, a propósito, a certidão cartorária de fls. 14 e 15 da ação de arresto pensada.

Sendo assim, ainda que conheça e respeite substancialmente corrente adversa, entendo que “nada impede que se apure e se reconheça a fraude contra credores nos embargos de terceiro, desde que a sentença não desconstitua o negócio, mas só o declare ineficaz perante o credor exequente (2º TACivSP, Ap. 299652, rel. Juiz Antônio Vilenilson, j. 18/2/1992, BolaASP 1744/4)” (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, in Código de Processo Civil Comentado, 3ª ed., São Paulo, RT, 1997, pág. 1.001).

Nesse sentido colaciono o seguinte precedente deste Tribunal:

“Embargos de terceiro — Arresto — Automóvel — Terceiro — Posse não configurada — Mera de-

tenção — Ausência de prova de boa-fé — Indícios de fraude — Sentença reformada — Recurso provido.

“É da jurisprudência da Corte que o embargante, para ver acolhidos os embargos, tem de comprovar a posse e domínio indubitáveis. Havendo indícios e circunstâncias convincentes a respeito de fraude, improcedem os embargos’ (Des. Amaral e Silva)” (Apelação Cível n. 50.448, de São Carlos, rel. Des. Orli Rodrigues).

Do colendo Superior Tribunal de Justiça colhe-se, entre muitos, o seguinte julgado, relatado pelo culto Ministro Athos Carneiro:

“Fraude contra credores. Apreciação em embargos de terceiro. Possibilidade. Revestindo-se de seriedade as alegações de consilium fraudis e do eventus damni afirmadas pelo credor embargado, a questão pode ser apreciada na via dos embargos de terceiro, sem necessidade de o credor ajuizar ação pauliana” (REsp. n. 5.307—RS, DJU de 8/3/93).

Voto, pois, pelo improvimento do apelo, a fim de manter inalterada a sentença que é da boa lavra do emittente Juiz de Direito, Dr. Hélio do Valle Pereira.

III — Decisão

Nos termos do voto do relator, a Câmara, por votação unânime, negou provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 15 de março de 2000.

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

APELAÇÃO CÍVEL N. 51.537 (88.089600-1), DE BLUMENAU

Relator: Des. Eládio Torret Rocha

Ação ordinária de indenização cumulada com perdas e danos. Compra e venda de imóvel na planta. Atraso na entrega da obra. Multa contratualmente estipulada. Viabilidade do pedido. Interesse de agir. Carência de ação inexistente. Apelo desprovido.

1 — “Existe interesse de agir processual quando a parte tem necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida e, ainda, quando essa tutela jurisdicional pode trazer-lhe alguma utilidade do ponto de vista prático” (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, in *Código de Processo Civil Comentado*, 3ª edição, São Paulo, RT, 1997, pág. 532).

2 — *Caracterizada a demora, por culpa da empresa construtora e incorporadora, na entrega da obra, há que se fazer cumprida a cláusula contratual quanto ao pagamento da multa pecuniária pelo descumprimento do avença, não importando em quitação, neste particular, a declaração, passada pelo adquirente, quando da liberação do “habite-se”, de recepção do bem imóvel em condições de perfeita utilização.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 51.537 (88.089600-1), da comarca de Blumenau (1ª Vara), em que é apelante Fonte Incorporações e Construções Ltda., sendo apelada Farmácia Cidade Jardim Ltda.:

ACORDAM, em Câmara Cível Especial, por votação unânime, desprover o apelo.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

No Juízo de Direito da comarca de Blumenau, Farmácia Cidade Jardim Ltda. aforou ação de indenização por perdas e danos contra Fonte — Incorporações e Construções Ltda. colimando obter, em suma, o recebimento das importâncias referentes à multa contratual e o ressarcimento pelos prejuízos em virtude de haver adquirido da demandada, por meio de contrato de compra e venda, um imó-

vel (loja e garagem), pelo qual ficou estipulado que seria entregue no dia 13 de janeiro de 1993. Do contrário, dispunha o mesmo contrato, a construtora pagaria à demandante, a título de aluguel, a quantia mensal equivalente a 1,17 CUB's — Custo Unitário Básico, até a efetiva obtenção do "habite-se", na Prefeitura Municipal de Blumenau.

Alegou, ainda, que tal contrato foi totalmente descumprido, e que o imóvel foi entregue dezesseis meses depois do prazo contratualmente estipulado, sem que fossem pagos, no entanto, os devidos aluguéis, à guisa de multa.

Em resposta, a requerida aduziu que o prazo para entrega da obra estava condicionado à obtenção do "habite-se", e que a própria adquirente provocou o atraso na entrega da obra ao exigir modificações na construção, enquanto os demais adquirentes receberam as suas unidades no prazo estabelecido.

Sustentou, também, que o imóvel foi vistoriado em outubro/93, o que evidencia a possibilidade de obtenção tempestiva do "habite-se" e que a requerente não sofreu nenhum prejuízo, já que a adquirente pôde dispor da unidade no prazo estabelecido no contrato e que apenas a entrega formal foi em maio de 1994. Requeriu, a final, a improcedência do pedido.

Na audiência de conciliação, a qual restou inexitosa, foi deferida a prova pericial (laudo às fls. 96/110).

Sobreveio, então, a prestação jurisdicional monocrática a qual julgou procedente em parte o pedido, condenando a requerida ao pagamento, a título de locativo-multa, de

19,89 CUB's, com os devidos consecutórios legais.

Irresignada com o teor do decisório adverso, apela a vencida, alegando que a perícia efetuada nos autos constatou que o imóvel foi entregue no prazo determinado, confirmando, assim, que a apelada podia dispor do imóvel, como o fez, executando modificações e alterações que entendeu necessárias.

Por fim, aduz que foi ignorado, pela sentença, o documento de fls. 42 que demonstra que a quitação ali contida faz da apelada carecedora de ação por falta do objeto, porquanto quitado o principal também restou satisfeito o acessório. Requer, assim, a reforma total da sentença, com a inversão do ônus sucumbencial.

A apelada apresentou contra-razões, limitando-se a aplaudir a sentença.

Preparado o recurso, ascenderam os autos a esta Corte.

É o relatório.

II — Voto

Imerece reparo a doutra sentença.

Ressalte-se, inicialmente, que, delimitando os contornos de seu inconformismo, a parte apelante sustenta a preliminar de carência de ação por falta de objeto.

A prefacial, todavia, deve ser rejeitada, já que o documento de fls. 42 trata de declaração quanto à habitabilidade e recebimento do imóvel, ou seja, demonstra que o imóvel foi recebido naquela data (21/7/94), estando dentro dos padrões do memorial des-

critivo de acabamento, ou seja, em perfeitas condições de habitabilidade.

A quitação a que se refere a mencionada declaração não tem por finalidade, entretantes, a quitação do débito no pertinente à multa contratualmente estipulada em razão da extemporânea entrega da obra, ou seja, dezembro de 1992 (quadro IV, alínea c, pág. 9).

A data deste documento é, realmente, posterior à propositura da ação. No entanto, esta se refere aos aluguéis não pagos pelo atraso na entrega do imóvel e, já que estes não foram quitados devidamente, não há carência de ação por falta de objeto.

Ora, é sabido que “existe interesse de agir processual quando a parte tem necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida e, ainda, quando essa tutela jurisdicional pode trazer-lhe alguma utilidade do ponto de vista prático” (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, in Código de Processo Civil Comentado, 3ª edição, São Paulo, RT, 1997, pág. 532).

Assim, descartada a falta de interesse de agir, não há falar em carência de ação.

No tocante ao mérito, a questão é de fácil solução, visto que, con-

soante a robusta e incontroversa prova capeada, o prazo de entrega do imóvel, como acima demonstrado, não foi atendido pela apelante, a qual, via de consequência, sujeitou-se ao pagamento da multa contratual a que se refere a cláusula acima aludida.

Agiu com inegável acerto, pois, o decisório monocrático vergastado, fazendo justiça às partes, irrecusavelmente.

Posto isso, pelo meu voto, nego provimento ao apelo.

III — Decisão

Nos termos do voto do relator, a Câmara, à unanimidade de votos, desproveu o recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 15 de março de 2000.

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

APELAÇÃO CÍVEL N. 97.006001-7, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

Relator: Des. Eládio Torret Rocha

Embargos de terceiro. Dívida de empresa. Penhora em bem particular de sócio que, muito antes da constrição, cedeu as suas cotas sociais a outro sócio. Inviabilidade. Pedido inacolhido. Apelo negado.

Como cediço, os bens pertencentes ao patrimônio particular do sócio cotista de empresa por cotas de responsabilidade limitada, desde que integralizado o capital social, não respondem por dívida da socie-

dade, salvo se esse sócio, na condução do ente societário, agiu com excesso de poderes, malferiu a lei, o contrato ou os seus estatutos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.006001-7, da comarca de Balneário Camboriú (2ª Vara), em que são apelantes Norberto Omar Diaz e outros, sendo apelado Rene Rothenburg:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

No Juízo de Direito da comarca de Balneário Camboriú, Rene Rothenburg opôs embargos de terceiro contra Norberto Omar Diaz e sua mulher, Suzana C. Trompson de Diaz, Hugo Esteban Fiori e sua mulher, Ana Maria Ugarte de Fiori e Carlos Conesa Alegre e sua mulher, Nidia Dorinda Diaz de Conesa, os quais objetivavam a desconstituição da penhora que recaiu sobre bem imóvel de sua propriedade matriculado no CRI de Balneário de Camboriú sob o número 39.753.

Os embargos de terceiro foram precedidos de ação de rescisão de contrato de promessa de compra e venda da fração ideal de terreno e construção de unidade condominial c/c perdas e danos, ajuizada pelos embargados contra Construtora Oásis Ltda., a qual foi julgada procedente, tendo, o embargante, sido citado como co-responsável pela dívida, porquanto, na época, era o sócio-gerente da empresa devedora.

É que o embargante, juntamente com outro sócio, cedeu e transferiu suas cotas sociais em maio de 1985,

não tendo, portanto, qualquer responsabilidade com relação à execução proposta pelos embargados, da qual foi citado em novembro de 1990.

Alegou, ainda, que, de acordo com a Lei 8.009/90, o imóvel construído é impenhorável.

Requeru e lhe foi concedida a expedição de mandado liminar de manutenção de posse.

Devidamente citados, os embargados apresentaram resposta, arguindo, em síntese, ser possível utilizar a teoria da desconsideração da pessoa jurídica a fim de saldar as dívidas contraídas pela empresa com o patrimônio dos seus membros.

Apresentada a impugnação à resposta e especificadas as provas, foi realizada audiência de instrução e julgamento, restando infrutífera a conciliação, desistindo, as partes, da produção de outros meios probatórios.

Apresentadas as derradeiras alegações sobreveio, então, a prestação jurisdicional monocrática, a qual julgou procedente o pedido embargatório, sendo os embargados condenados ao pagamento de custas e estípendio advocatício, este fixado em 15% sobre o valor da causa.

Irresignados, apelam os vencidos, repisando, basicamente, os argumentos expendidos na resposta.

Contra-arrazoado o recurso, devidamente preparado, alçaram os autos a esta Casa.

É o relatório.

II — Voto

O apelo improcede.

A penhora, a respeito da qual viceja esta ação, foi implementada em cinco imóveis de propriedade da empresa devedora, Construtora Oásis Ltda., e um pertencente ao apelado (fls. 158 e 159 dos autos apensados).

Ignora-se, na verdade, a razão para que esta última constrição tenha sido realizada, dado que é inegável não figurar o apelado na relação processual executiva (o que lhe empresta, de consequente, legitimidade ativa para o aforamento destes embargos), e também porque a penhora em bens da empresa devedora parece ser suficiente à satisfação da dívida, sobretudo pela sua privilegiada localização naquele conhecido balneário (fls. 160a 164).

É incontroversa a circunstância de o apelado haver, em 25/5/85, cedido as suas cotas sociais da aludida empresa em favor de outros sócios cotistas, como bem demonstrado está pela alteração do contrato social levado a registro na Junta Comercial do Estado (fls. 19/20).

A penhora, a final, só foi implementada em 3/12/90, isto é, cinco anos após haver o apelado deixado a empresa devedora, o que demonstra a incorreção do ato constritivo.

Não que não possam os bens particulares do sócio responder por dívida do ente societário, ainda que integralizadas as suas cotas sociais. Os precedentes jurisprudenciais são, a respeito, abundantes e até de certo modo remansosos. Há que haver, nessa hipótese, porém, prova de que o sócio praticou ato com excesso de

poderes, ou, ainda, em infração à lei, ao contrato social ou estatutos (STF — RTJ 85/945).

Não há nestes autos, entretanto, prova de qualquer dessas hipóteses, de modo a viabilizar a excepcional constrição em bens do apelado.

Não há, por igual, de outra parte, demonstração irretorquível — e isso era ônus dos apelantes — de que a cessão das sobreditas cotas representou ato fraudulento do apelado no afã de fraudar credores.

É que, como fácil é constatar, as alegações dos apelantes não estão confortadas em provas suficientemente seguras a respeito da intenção fraudadora do apelado, de modo que o decisorio monocrático, livrando da constrição o bem do apelado, agiu com acerto e merece inteira confirmação.

Voto, pois, pelo desprovidimento do apelo.

III — Decisão

Nos termos do voto do relator, a Câmara, por votação unânime, desproveu o recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Anselmo Cerello e Gaspar Rubik.

Florianópolis, 2 de março de 2000.

Anselmo Cerello,
Presidente com voto;
Eládio Torret Rocha,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 48.874 (88.081848-9), DE URUSSANGA**Relator: Des. Cesar Abreu**

Ação popular. Elevação do número de vereadores. Decreto legislativo editado após ultimadas as eleições, conhecidos os eleitos e suplentes. Alteração possível de uma legislatura para outra, mesmo assim, antes da deflagração do processo eleitoral. Processo legislativo. Vício de forma. Descumprimento do art. 46, I, a, do Regimento Interno da Câmara de Vereadores. Ausência de manifestação da Comissão de Justiça e Redação. Pronunciamento de natureza legislativa e não apenas consultiva. Ilegalidade reconhecida e agravada sob o aspecto material. Lesividade. Dano patrimonial e moral. Elevação do número de edis, onerando desnecessariamente a sociedade. Pretensão de cunho pessoal que atenta contra a boa-fé exigida dos agentes políticos e o princípio da moralidade pública. Causa de invalidade que importa em lesão ao patrimônio público, que afasta a matéria do enfoque interna corporis, sujeitando-se à fiscalização do cidadão, por meio do exercício da demanda popular. Recurso improvido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 48.874 (88.081848-9), da comarca de Urussanga, em que é apelante a Câmara Municipal de Siderópolis, sendo apelado Paulo Antônio Webster:

ACORDAM, em Câmara Cível Especial, à unanimidade, negar provimento ao recurso.

Custas legais.

I – Relatório

Trata-se de ação popular aforada por Paulo Antônio Webster contra a Câmara Municipal de Siderópolis objetivando a declaração de nulidade do Decreto Legislativo n. 001/92 que

elevou o número de cadeiras no Poder Legislativo.

Processada regularmente a acção, sobreveio sentença de procedência da demanda, declarando-se a nulidade do Decreto Legislativo impugnado.

Inconformada, a requerida formulou apelo sustentando tratar-se de matéria interna corporis, portanto fora da alçada de exame do Judiciário e ausência dos pressupostos da ação constitucional.

Decorrido in albis o prazo das contra-razões, houve manifestação do Ministério Público, em ambas as instâncias, pelo improvimento do apelo.

II – Voto

A sentença da lavra do eminente Magistrado Anselmo Schotten deu adequada solução à questão.

Ao decretar a procedência da ação constitucional, afirmou o Togado o descumprimento do Regimento Interno da Câmara de Vereadores (art. 46, I, letra a) e a impossibilidade da alteração do número de vereadores para o mesmo exercício legislativo, invocando precedente desta augusta Corte.

A Câmara de Vereadores, de acordo com a legislação eleitoral, compõe-se de vereadores eleitos por sufrágio direto dos eleitores do Município.

A Constituição Federal de 1988 fixa o número mínimo de 9 (nove) e o máximo de 21 (vinte e um) vereadores nos municípios até 1.000.000 (um milhão) de habitantes, guardando-se proporcionalidade com a população.

A Constituição do Estado, de 5 de outubro de 1989, por simetria, observados os parâmetros da Carta Federal, consignou no art. 111, IV, letras a e b:

“a) até dez mil habitantes, nove vereadores;

“b) dez mil e um a vinte mil habitantes, até onze vereadores;

“(…)”.

O legislador constitucional elegu uma escala no número de vereadores, que é o mínimo de 9 (nove) e o máximo de 21 (vinte e um), nos municípios de até 1.000.000 (um milhão) de habitantes (CF, art. 29, IV, a).

Em se tratando de Estado, limitada a competência, foi ampliada a escala de proporcionalidade, sem alteração para mais ou para menos do número de vereadores.

Pinto Ferreira, comentando o art. 29, IV, da CF, anota que “Só de uma legislatura para outra é possível o aumento do número de vereadores” (Comentários à Constituição Brasileira, 2º vol., Saraiva, 1990, pág. 272).

É evidente que o aumento do número de vereadores onera a sociedade, embora, em tese, contribua para a produção legislativa.

Ives Gandra Martins, ao tratar da matéria, observa:

“Infelizmente, são os políticos que produzem a lei. Quando enquistados no poder, têm eles preferido o número máximo e não o mínimo, onerando desnecessariamente a sociedade e abrindo campo para sua permanência no poder” (Comentários à Constituição do Brasil, 3º vol., Saraiva, 1992, pág. 165).

Pois bem, a questão primeira a ser respondida diz respeito à possibilidade de aumento do número de vereadores, conhecido o resultado das urnas, para a legislatura subsequente. A resposta é negativa.

Na mesma linha da doutrina, colhe-se excertos do nosso egrégio Tribunal, no sentido de que a alteração do número de vereadores só se torna viável de uma legislatura para a outra e antecedendo o termo final do prazo das convenções partidárias, cujas listas de candidatos guardam correspondência proporcional com o número de cadeiras.

Vejamos:

“Mandado de segurança. Eleição municipal. Suplente. Pretendida elevação do número de cadeiras na Câmara de Vereadores. Mandato para 1993/96. Inadmissibilidade. Eleições já ultimadas. Alteração viável apenas

de uma legislatura para outra e antes da deflagração do processo eleitoral. Direito líquido e certo inócurre. Apelo desprovido.

“O aumento do número de vereadores por parte da Câmara Municipal só poderá ocorrer de uma legislatura para outra e antecedendo o termo final do prazo das convenções partidárias, cujas listas de candidatos guardam correspondência proporcional com o número de cadeiras” (Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 4.715, de Barra Velha. relator Des. Alcides Aguiar).

Colhe-se desse julgado, ainda:

“Mandado de segurança. Ato judicial. Câmara Municipal. Decisão que repele pretensão de alteração do número de cadeiras e do resultado das eleições municipais proporcionais. Ausência de direito líquido e certo. Denegação da segurança.

“Inteligência do art. 11 e seu parágrafo da Lei n. 8.214/91.

“1. A alteração legislativa do número de Vereadores que deverão compor a Câmara, para uma nova legislatura, só terá validade e eficiência se efetuada antes da deflagração do processo eleitoral, a fim de que possam os partidos saber o número de candidatos que escolherão nas respectivas Convenções.

“Segurança denegada” (MS n. 231, Classe 1ª, rel. Des. Oto Luiz Spohnholz, DJ — Paraná, 17 de fevereiro de 1993).

Sobre o tema, este eg. Tribunal mantém o mesmo entendimento:

“(…) é impossível proceder-se um novo cálculo do quociente eleitoral em razão do aumento do número de cadeiras efetuado após a realização das eleições municipais, haja vista a

inadmissibilidade, por seu turno, deste último procedimento.

“(…) as vagas criadas estariam em desacordo com a legislação eleitoral vigente, pois, como já foi visto, não compete à Câmara modificar, extemporaneamente, o número de vereadores e, por essa razão, não deveriam ser preenchidas, vigorando o quociente eleitoral anteriormente calculado” (Res. TER/SC n. 6.770, de 1º/12/92).

Nesta Corte, idêntica é a orientação, aliás consubstanciada em pretensão também oriunda da mesma comarca de Barra Velha e relacionada com o pleito também de 1992:

“Apelação cível em mandado de segurança. Câmara Municipal. Número de Vereadores. Fixação. Competência. Lei Orgânica dos Municípios. Aumento do número de vagas a preencher, meses após a realização das eleições, mostra-se manifestamente ilegal. Direito líquido e certo inexistente. Recurso desprovido” (ACMS n. 4.648, rel. Des. Wilson Guarany).

Como emerge deste último e v. aresto, a postulação revelou-se serôdia, eis que só formulada após as eleições, a par do que referido aumento de cadeiras só tem lugar de uma para outra legislatura e antes do termo final do prazo das convenções partidárias.

O critério da proporcionalidade encontra-se ressalvado, pois a permanência do número mínimo de vereadores não agride, observam as Constituições Federal e Estadual, não onera a sociedade e não contribui para a permanência no poder.

O Decreto Legislativo n. 001/92 foi editado em 20/11/92, conhecidos os resultados das urnas, em benefício próprio de membros da Casa Legisla-

tiva, para vigência a partir da próxima legislatura, com início marcado para 1º de janeiro de 1993.

Essa decisão da Câmara Municipal constitui-se em ato lesivo ao patrimônio público e atenta à moralidade administrativa.

Por ocasião do recurso, insiste a apelante em afirmar a inexistência de lesão ao patrimônio público municipal, queixando-se da sentença, omissa no particular. Afirma que a dotação orçamentária da Câmara, fixada em 4% da receita municipal, é suficiente para fazer frente à despesa com o aumento do número de edis, o que afasta a necessidade de suplementação de verbas e, portanto, a possibilidade de violação ao princípio da lesividade.

Assinala, afinal, que a alteração na composição da Câmara é matéria interna corporis, refugindo à alçada do Judiciário o seu exame.

A sentença, é verdade, concentrou seus argumentos na inobservância dos requisitos formais do processo legislativo, que contagiou de nulidade o decreto impugnado, bem assim na ilegalidade estrita do aumento de vagas na Câmara após o resultado das urnas. Concluiu que a ação constitucional foi utilizada para impedir a consumação de ato lesivo iminente.

Oportuno salientar que o autor se referiu expressamente à ilegalidade e à lesividade que constituem os pressupostos da demanda popular.

É preciso anotar, desde logo, para afastar a matéria do enfoque interna corporis, que as leis, os decretos legislativos, as resoluções e os decretos executivos ou autônomos estão sujeitos, também, à fiscalização do cidadão, por meio do exercício da demanda

constitucional, desde que, é claro, incorram numa causa de invalidade e importem em lesão ao patrimônio público.

A ilegalidade do Decreto Legislativo n. 001/92 pode ser aferida sob o aspecto formal e material.

Sob o ponto de vista formal, colhe-se que não foi observado o disposto no art. 46, I, a, do Regimento Interno, não havendo parecer técnico sobre a matéria, da alçada da Comissão de Justiça e Redação da Casa Legislativa.

A sentença realçou essa questão, concluindo pela existência de nulidade insanável. Afastou a invocação dos usos e costumes, que não pode servir para validar nulidades, nem se sustenta no confronto com texto regimental expreso.

As Comissões são consideradas organismos que as Câmaras constituem, permanente ou temporariamente, com o objetivo de apreciar as proposições apresentadas e emitir parecer sobre elas. Suas funções não são apenas de natureza consultiva, mas também legislativa, tanto que podem introduzir emendas no sentido de aperfeiçoar os projetos a elas submetidos.

Ora, suprimida essa importante fase do processo legislativo, há evidente ilegalidade na edição do Decreto Legislativo em referência, sob o enfoque formal.

Já, materialmente, o Decreto Legislativo padece de ilegalidade, por estabelecer alteração no número de vereadores quando já conhecido o resultado do pleito, editado com o propósito do favorecimento, em detrimento dos interesses da sociedade local.

O requisito da lesividade, que deve ser visto sob duplo aspecto, quais sejam, material e moral, também encontra-se presente.

Há dano pecuniário (material) na proposta de elevação das cadeiras no legislativo municipal, embora mantido o orçamento da Câmara, porque haverá maior dispêndio na realização da mesma atividade. São mais dois (2) vereadores, mais dois (2) salários e mais duas (2) estruturas de gabinete (material e pessoal).

No aspecto moral, de moralidade administrativa, o dano é sentido na medida em que houve ausência de boa-fé, por representar a satisfação de anseios pessoais daqueles que com a medida pretendiam perpetuar o

mandato eletivo, contrariando os interesses da sociedade que os elegeu.

III – Decisão

Diante do exposto, à unanimidade, nega-se provimento ao apelo.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Eládio Torret Rocha. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Gercino Gérson Gomes Neto.

Florianópolis, 24 de maio de 2000.

Vanderlei Romer,
Presidente com voto;
Cesar Abreu,
Relator.

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.016217-6, DA CAPITAL

Relator: Des. Alcides Aguiar

Agravo de Instrumento — Liminar concedida em ação cautelar desvinculando as multas do veículo impostas por infrações ligadas à sua condução, desde que haja identificação do condutor/infrator pelo proprietário no prazo legal (§ 7º, art. 257, CTB) — Responsabilidade, porém, pelo pagamento daquelas a cargo do proprietário do automotor (art. 282, § 3º, do novo Código de

Trânsito Brasileiro) — *Decisão reformada* — *Agravo provido.*

“Se o Código de Trânsito estabelece distinção entre a responsabilidade do proprietário e do condutor no tocante aos atos infracionais, também determina a responsabilidade exclusiva do proprietário pelo pagamento das multas. A possibilidade da indicação do autor do ato infracional pelo proprietário do veículo, tem como causa a exclusão de responsabilidade por penalidades outras, na exata interpretação do parágrafo 7º do artigo 257 do Código de Trânsito” (Ap. Cív. n. 599.410.487, de Porto Alegre, rel. Juiz João Armando Bezerra Campos).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 99.016217-6, da comarca da Capital (Vara dos Feitos da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho — 2º Cartório), em que é agravante o Estado de Santa Catarina, sendo agravada Auto Locadora Coelho Ltda.:

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

Custas na forma da lei.

O Estado de Santa Catarina agrava de instrumento da decisão da MMA. Juíza de Direito da Vara da Fazenda (2º Cartório) da comarca da Capital, que, nos autos da medida cautelar inominada proposta contra si por Auto Locadora Coelho Ltda., deferiu liminar para desvincular as multas existentes em veículos de propriedade da agravada com placas de final 5, 6, e 7, com identificação, em tempo hábil, do condutor/infrator, autorizando o licenciamento dos automotores independentemente do pagamento da pena pecuniária.

Inicialmente, sustenta a impossibilidade de se conceder medida limi-

nar contra atos do Poder Público, conforme dispõe a Lei n. 8.437/92.

Sublinha não ser a medida cautelar a ação apropriada no caso em exame, mas sim o mandado de segurança.

Ressalta a ausência do *fumus boni juris*, pois está sendo assegurado o direito da ampla defesa à recorrida e de acordo com o regramento geral do Código de Trânsito Brasileiro, em não havendo o pagamento das multas, independentemente da discussão acerca dos infratores, o veículo não pode ser licenciado; inexistente também o *periculum in mora*, uma vez que toda empresa que atua neste ramo já deve saber previamente que é responsável pelo pagamento das multas de trânsito.

Após destacar o perigo de irreversibilidade do provimento efetivo, indica várias conclusões a que se chega com a interpretação da legislação de trânsito.

Pugnou pela suspensão imediata da decisão agravada, e, ao final, pelo provimento do recurso.

Juntou documentos de fls. 16/61.

Foram requisitadas informações à Dra. Juíza de Direito, que as prestou — fls. 69/71.

Vindo aos autos, a agravada ofereceu suas contra-razões, apontando os dispositivos legais que amparam sua tese e ressaltando o aspecto penal da multa de trânsito; defende o cabimento da medida cautelar inominada, bem como a presença dos requisitos autorizadores da liminar.

Instruíram a peça os documentos de fls. 85/115.

O ilustre Desembargador Torres Marques, por intermédio do despacho de fls. 116/117, concedeu efeito suspensivo ao agravo.

Instada a se manifestar, a doutra Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso.

É o breve relatório.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Estado de Santa Catarina contra decisão que concedeu liminar para desvincular as multas de trânsito dos veículos de propriedade da Auto Locadora Coelho Ltda., com placas de final 5, 6 e 7.

A matéria posta em discussão já restou analisada quando do julgamento, por esta egrégia Quarta Câmara Civil, do Agravo de Instrumento n. 99.016413-6, da relatoria do subscritor, interposto pelo Departamento de Estradas de Rodagem — DER/SC, no qual se modificou a decisão aqui agravada, verbis:

“No Parecer n. 36/99, do Departamento Nacional de Trânsito, em razão da consulta formulada pela Associação Brasileira das Locadoras de Automóveis, que restou aprovado

quando da 8ª Reunião do Conselho Nacional de Trânsito, ocorrida em 14 de julho de 1998, deliberou-se, então, da análise simultânea do que dispõem o artigo 257, § 7º e § 3º do artigo 282 do Código, que a responsabilidade pelo pagamento da multa de trânsito ‘fica transferida ao verdadeiro infrator no momento de sua indicação ao órgão de trânsito, pois não se justifica que sanções previstas por uma mesma infração sejam atribuídas a mais de uma pessoa (infrator e não infrator), ou seja, uma com a pena pecuniária e a outra com a restrição de direito’.

“Esse posicionamento do Denatran e Contran, contudo, sofreu radical alteração recentemente diante da Resolução n. 108/99, de 21/12/99, do mesmo órgão, que, em analisando novamente a questão, decidiu:

‘Art. 1º — Fica estabelecido que o proprietário do veículo será sempre responsável pelo pagamento da penalidade de multa, independente da infração cometida, até mesmo quando o condutor for indicado como condutor-infrator nos termos da lei, não devendo ser registrado ou licenciado o veículo sem que o proprietário efetue o pagamento do débito de multas, excetuando-se as infrações resultantes de excesso de peso que obedecem ao determinado no art. 257 e parágrafos do Código de Trânsito Brasileiro’.

“Esta resolução é oriunda da Deliberação n. 13 ad referendum do Presidente do Conselho Nacional de Trânsito — Contran, publicada no DOU de 8/11/99, coincidindo com os argumentos do parecer do Exmo. Sr. Secretário de Segurança Pública do

Estado de Santa Catarina que também havia modificado seu posicionamento.

“Ressalte-se desde logo a relevância desse pronunciamento mais recente do Contran, ‘órgão máximo normativo e consultivo’ (art. 7º, I, da Lei n. 9.503/97) acerca da interpretação e executividade das normas que compõem o Código de Trânsito Brasileiro.

“Compete ao Contran, criado pela citada lei:

‘I — estabelecer as normas regulamentadoras referidas neste Código e as diretrizes da Política Nacional de Trânsito’;

‘VIII — estabelecer e normatizar os procedimentos para a imposição, a arrecadação e a compensação das multas por infrações cometidas em unidade da Federação diferente da do licenciamento do veículo’.

“Destarte, aos Estados se impõe o cumprimento ou a execução das normas e diretrizes estabelecidas pelo Contran, no âmbito de suas atribuições.

“Acresça-se o entendimento doutrinário, frente à norma inserta no § 3º do art. 282 do CTB, de que ‘É o proprietário o responsável pelo pagamento (é evidente nos demais casos de multa). Não interessa que outro tenha praticado a infração, a menos que provada alguma excludente de responsabilidade como o furto ou roubo. Em suma, pois, perante o poder público titular do valor da multa, o proprietário é o obrigado. Contra ele se promoverá a ação, na falta de pagamento no prazo assinalado’ (Arnaldo Rizzardo, ‘Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro’, Ed. RT, págs. 719/720).

“Válido ainda citar a conclusão a que chegou o Procurador Jurídico Dr. Sidney Martins, após apreciar a matéria em apreço, no parecer publicado no Boletim de Direito Municipal de julho/99, verbis:

A par do que se expôs, conclui-se que:

‘— Existem duas categorias distintas de responsabilidades estabelecidas no CTB, quais sejam: a responsabilidade pela infração e a responsabilidade pelo pagamento de multas;

‘— Responsável pela infração é aquele que terá computado em seu cadastro de motorista o número de pontos concernente à infração praticada. Dita responsabilidade poderá recair sobre ombros do condutor do veículo ou de seu proprietário (ou de ambos), conforme o caso;

‘— A responsabilidade pelo pagamento de multas em última análise sempre é do proprietário do veículo.

‘(...)

‘— A apresentação tempestiva do condutor do veículo por seu proprietário pode levar ao afastamento da responsabilidade pela infração, mas não tem o condão de elidir a responsabilidade pelo pagamento da multa’.

“Na esteira doutrinária, versando sobre a matéria em tela, decidiu, recentemente, à unanimidade, a Primeira Câmara de Férias Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

‘Mandado de Segurança. Legalidade da exigência do pagamento de multas de trânsito para o licenciamento de veículos automotores. Respon-

sabilidade dos proprietários dos veículos pelo pagamento das multas, diferentemente da responsabilidade pelas infrações.

‘Se o Código de Trânsito estabelece distinção entre a responsabilidade do proprietário e do condutor no tocante aos atos infracionais, também determina a responsabilidade exclusiva do proprietário pelo pagamento das multas. A possibilidade da indicação do autor do ato infracional pelo proprietário do veículo, tem como causa a exclusão de responsabilidade por penalidades outras, na exata interpretação do parágrafo 7º do artigo 257 do Código de Trânsito. A Súmula 127 do Superior Tribunal de Justiça é antecedente à vigência do Código de Trânsito, razão pela qual, diante das modifi-

cações fundamentais, perdeu aplicabilidade.

‘Apelos desprovidos’ (Ap. Cív. n. 599.410.487, de Porto Alegre, rel. Juiz João Armando Bezerra Campos, j. em 24/9/99)”.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Trindade dos Santos e Solon d’Eça Neves. Lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. José Francisco Hoepers.

Florianópolis, 30 de março de 2000.

*Alcides Aguiar,
Presidente e Relator.*

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.019236-9, DE POMERODE

Relator: Des. Alcides Aguiar

Agravo de instrumento — Irmãos — Entidade familiar — Único bem utilizado como moradia — Impenhorabilidade — Bem submetido aos efeitos da Lei n. 8.009/90 — Recurso provido.

“Resp — Civil — Imóvel — Impenhorabilidade.

“A Lei n. 8.009/90, o art. 1º, precisa ser interpretada consoante o sentido social do texto. Estabelece limitação à regra draconiana de o patrimônio do devedor responder por suas obrigações patrimoniais.

“O incentivo à casa própria busca proteger as pessoas, garantido-lhes o lugar para morar. Família, no contexto, significa instituição social de pessoas que se agrupam, normalmente por laços de casamento, união estável, ou descendência. Não se olvidem ainda os ascendentes. Seja o parentesco civil, ou natural. Compreende ainda a família substitutiva. Nessa linha, conservada a teleologia da norma, o solteiro deve receber o mesmo tratamento. Também o celibatá-

rio é digno dessa proteção. E mais. Também o viúvo, ainda que seus descendentes hajam constituído outras famílias, e como, normalmente acontece, passam a residir em outras casas. Data venia, a Lei n. 8.009/90 não está dirigida a número de pessoas. Ao contrário — à pessoa. Solteira, casada, viúva, desquitada, divorciada, pouco importa. O sentido social da norma busca garantir um teto para cada pessoa. Só essa finalidade, data venia, põe sobre a mesa a exata extensão da lei. Caso contrário, sacrificar-se-á a interpretação teleológica para prevalecer a insuficiente interpretação literal” (STJ – REsp n. 182223/SP, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ de 10/5/99, pág. 00234). (grifei).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 99.019236-9, da comarca de Pomerode, em que é agravante Nelso Hackbarth, sendo agravado Adalberto Graf:

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

Custas na forma da lei.

Nelso Hackbarth interpôs agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo da decisão da MMA. Juíza de Direito da comarca de Pomerode que, nos autos da ação de execução de título extrajudicial ajuizada por Adalberto Graf, considerou válida a penhora por não se tratar de bem de família, determinando o prosseguimento da execução.

Sustenta que o imóvel é a sua única propriedade, utilizando-o como residência juntamente com seu irmão, fato que caracteriza bem de família, por isso que impenhorável.

Argumenta que o seu estado civil — solteiro — não retira a característica de bem de família, ainda mais por dividir a residência com seu irmão.

Destacou que não é justo negar ao devedor solteiro o direito de reservar um bem para tal finalidade ou à família que eventualmente venha a constituir, alicerçando o seu entendimento em decisão do 1º TACívSP (AI n. 739.573-7, de Bauru, rel. Juiz Antonio de Pádua Ferraz Nogueira).

Pugnou pela concessão de efeito suspensivo, e, ao final, seja considerado impenhorável o imóvel em questão.

Juntou documentos (fls. 7/34).

Denegado o efeito suspensivo ao agravo, apresentou contra-razões o agravado, alegando que a convivência de irmãos sob o mesmo teto não caracteriza a entidade familiar protegida pela Lei n. 8.009/90, não podendo ser considerado impenhorável o bem em exame, eis que esta limita expressamente a proteção invocada ao imóvel destinado à moradia do casal ou entidade familiar.

É o relatório.

A controvérsia centraliza-se na possibilidade ou não de aplicar-se os efeitos da Lei n. 8.009/90 – impenhorabilidade dos bens de família – ao imóvel de propriedade de pessoa sol-

teira que reside juntamente com seu irmão.

Cabe aqui definir se irmãos que vivem sob o mesmo teto constituem uma entidade familiar.

A maior parte da doutrina entende que comunidade familiar é o grupo social formado: pelos cônjuges, pelos companheiros, pelo pai e filho(s); pela mãe e filho(s); pelo pai, mãe e filho(s).

Ocorre, porém, que este entendimento nos leva a crer que uma família composta, por exemplo, por cinco pessoas — pai, mãe e três filhos — constitui uma entidade familiar, podendo estes serem beneficiados pelos efeitos da lei supramencionada, ou seja, o único bem imóvel utilizado por eles como moradia é considerado bem de família legal, sendo, portanto, impenhorável. Tal já não ocorreria com o eventual falecimento destes pais, pois a família desapareceria, eis que ausentes os pais; a doutrina, ainda que não na totalidade, não considera — os irmãos — entidade familiar.

Destarte, nos parece bastante incoerente deixar de reconhecer a existência de uma família na convivência de dois irmãos, ainda mais quando dependem do mesmo imóvel para residir.

Dentro desse raciocínio, cabe destacar o entendimento de Lourival Serejo:

“O relatório do IBGE, de 1986, detectou 343.561 famílias chefiadas de fato por menores de 15 a 19 anos, o que representa uma nova realidade que vem aumentando em nosso espaço social.

“E essas comunidades de irmãos órfãos ou abandonados, vivendo sob o mesmo teto, sob a direção do mais velho, não compreende, também, uma entidade familiar? Não tenho dúvida que sim, pois nesse agrupamento está presente a idéia de família, a continuidade, a união e o propósito de viverem em família” (in *Direito Constitucional da Família/Lourival Serejo — Belo Horizonte, Del Rey, 1999, pág. 56*).

Por oportuno, vale transcrever:

“O imóvel residencial a de ser apreciado diante de sua utilidade social, transformando-se o bem de família em res sacra.

“A melhor exegese a ser emprestada a esse instituto de Direito de Família, portanto lei de ordem pública, está a demonstrar que a proteção à família não se circunscreve às pessoas casadas, uma vez que as solteiras podem estar vivendo maritalmente com outra pessoa, companheiro ou companheira, ou mesmo com a mãe e pessoas que possam compor essa entidade, parentes sanguíneos ou não”.

E prossegue:

“Generalizar, pois, no sentido de que a pessoa solteira, ou qualificada por circunstância fática como solteira, não possa ter uma residência reservada à família a ser eventualmente constituída, ou mesmo uma residência com a potencialidade de um bem de família a ser por direito preservada (v.g., o viúvo, que poderá convolar núpcias com uma mulher; o solteiro, ou a solteira, em situação idêntica; ou mesmo o solteiro ou a solteira que conviva como dependente outras pessoas, infantes ou não etc.), poderá le-

var o aplicador da lei a uma injustiça (summum jus, summa injuria).

“A interpretação teleológica, ou finalística, desse instituto leva à conclusão de que o caráter sociológico que inspirou o legislador visa a alertar e pôr a salvo o direito em todas essas hipóteses, resguardando um único bem, suntuoso ou não, para que seja protegida essa entidade de transcendental importância, sob um mesmo teto, máxime num país com tão alto déficit de moradias (cf. Fundamentos sócio-jurídicos do bem de família — Lei n. 8.009/90, deste Relator, in JTACívSP — Lex 141/6 e RT 691/7). Não se perca de vista, a propósito, que o Juiz deve ater-se ‘sobretudo e principalmente à valorações positivas sobre as quais a lei de fato se inspira — mais ou menos concretamente — e aplicar essas mesmas estimações ao caso singular’, no que estará atendendo aos ‘fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum’ (art. 5º da Lei de Introdução Código Civil) (cf. Alípio Silveira, O Papel do Juiz na aplicação da lei, Ed., Universitária de Direito Ltda., 1977, pág. 25). Esse ‘logos do humano’ ou ‘lógica do razoável’ de que fala Recasen Siches, tão citado por Alípio Silveira, é que faz seja ministrada a melhor justiça diante do caso concreto” (AI n. 739.573-7, de Bauru, rel. Juiz Antonio de Pádua Ferraz Nogueira, j. em 10/6/97, 1º TACívSP apud JB 182/335-337).

No mesmo sentido:

“REsp — Civil — Imóvel — Impenhorabilidade — A Lei n. 8.009/90, o art. 1º, precisa ser interpretada consoante o sentido social do texto. Estabelece limitação à regra draconiana de o patrimônio do deve-

dor responder por suas obrigações patrimoniais.

“O incentivo à casa própria busca proteger as pessoas, garantido-lhes o lugar para morar. Família, no contexto, significa instituição social de pessoas que se agrupam, normalmente por laços de casamento, união estável, ou descendência. Não se olvidem ainda os ascendentes. Seja o parentesco civil, ou natural. Compreende ainda a família substitutiva. Nessa linha, conservada a teleologia da norma, o solteiro deve receber o mesmo tratamento. Também o celibatário é digno dessa proteção. E mais. Também o viúvo, ainda que seus descendentes hajam constituído outras famílias, e como, normalmente acontece, passam a residir em outras casas. Data venia, a Lei n. 8.009/90 não está dirigida a número de pessoas. Ao contrário — à pessoa. Solteira, casada, viúva, desquitada, divorciada, pouco importa. O sentido social da norma busca garantir um teto para cada pessoa. Só essa finalidade, data vênica, põe sobre a mesa a exata extensão da lei. Caso contrário, sacrificar-se-á a interpretação teleológica para prevalecer a insuficiente interpretação literal” (STJ – REsp n. 182223/SP, rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ em 10/5/99, pág. 00234).

Ainda:

“Execução. Embargos de terceiro. Lei n. 8.009/90. Impenhorabilidade. Moradia da família. Irmãos solteiros.

“Os irmãos solteiros que residem no imóvel comum constituem uma entidade familiar e por isso o apartamento onde moram goza da proteção de impenhorabilidade, prevista na Lei n. 8.009/90, não podendo

ser penhorado na execução de dívida assumida por um deles. Recurso conhecido e provido" (STJ – REsp n. 159851/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 22/6/98, pág. 00100).

Portanto, não há como deixar de submeter o imóvel em questão, destinado a uma entidade familiar, aos efeitos da Lei n. 8.009/90.

Ante o exposto, dá-se provimento ao agravo para considerar-se o imóvel, descrito às fls. 14, bem de fa-

mília, e, por conseqüência, impenhorável.

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

Florianópolis, 22 de março de 2000.

*Alcides Aguiar,
Presidente e Relator.*

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 00.004722-8, DE BRAÇO DO NORTE

Relator: Des. Carlos Prudêncio

Execução de sentença. Decisão que nomeia expert para realização de perícia contábil, ante a impugnação do cálculo apresentado pelo exequente/agravado. Falta de interesse. Desprovimento do recurso.

Decisão monocrática que, em embargos à execução de sentença, determina a realização de perícia técnica para apuração do valor exato devido, dentro dos parâmetros estabelecidos na sentença, não impõe nenhum gravame ao embargante.

Verifica-se, pois, como conseqüência, ausência de interesse recursal, posto que a decisão em nenhum momento impôs situação prejudicial ao seu alegado direito.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 00.004722-8, da comarca de Braço do Norte, em que é agravante Banco do Estado de Santa Catarina S/A — Besc, sendo agravado Werner Della Giustina:

ACORDAM, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pelo Banco do Estado de Santa Catarina S/A — Besc, em razão da decisão proferida nos autos de Embargos à Execução n. 010.99.002813-5 que move contra Werner Della Giustina que determinou a realização de perícia, nomeando expert, bem como os honorários por conta do embargante-agravante e facultando,

ainda, às partes, a nomeação de assistentes técnicos e a apresentação de quesitos complementares aos dos juízo.

Aduz, em síntese, a desnecessidade da realização de perícia técnica, ante a simplicidade do cálculo aritmético a ser efetuado.

Não houve pedido de efeito suspensivo.

Manifestação do agravado a fls. 42/44.

É o relatório.

II — Voto

Segundo o contexto probatório carreado aos autos e pela própria leitura da decisão agravada (fls. 25), constata-se que essa, ao deferir a prova pericial, nomeando contador e determinando as despesas por conta do banco embargante, ora agravante, não trouxe qualquer prejuízo às partes, motivo pelo qual verifica-se a ausência de gravame na decisão, carecendo, via de conseqüência, de interesse recursal, pois em nenhum momento a decisão impôs situação prejudicial ao seu alegado direito.

Destarte, firmou-se o entendimento no sentido de que a legitimação ativa à interposição de um recurso funda-se no interesse em recorrer, e este decorre do prejuízo que a sentença ou acórdão possa ter causado, o que, in casu, não se verifica.

Ora, o Meritíssimo Juiz de Direito, no despacho objurgado, entendeu pela necessidade de perícia técnica para que fosse auferido o valor devido, o que demonstra a preocupação em resguardar o direito de ambas as partes para que fosse apurada corre-

tamente a quantia estabelecida na sentença.

Leciona Humberto Theodoro Júnior que, “também para recorrer se exige a condição do interesse, tal como se dá com a propositura da ação. O que justifica o recurso é o prejuízo ou o gravame, que a parte sofreu com a sentença” (Curso de Direito Processual Civil, Forense, 1990, pág. 600).

Da mesma forma, apropriada é a lição de Moacyr Amaral dos Santos:

“Assim como para propor a ação é condição que autor tenha interesse de agir, também para recorrer será condição que o recorrente tenha interesse de recorrer. Tem interesse de recorrer a parte prejudicada pela decisão. O que justifica o recurso é o prejuízo, ou gravame, que a parte sofreu com a sentença. Assim, o prejuízo resulta da sucumbência. Por sucumbente, ou vencido, e, pois, prejudicado, se considera a parte a quem a sentença não atribuiu o efeito prático a que visava” (Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, 3º vol., 13ª ed., Saraiva, pág. 84).

Ora, em momento algum demonstrou o recorrente o prejuízo que teria experimentado pela realização da prova pericial.

Conforme o escólio do saudoso Ministro Alfredo Buzaid, “o pressuposto de qualquer recurso é o estado de sucumbimento. O gravame que causa o pronunciamento judicial é a condição indispensável para a interposição de recurso (...)” (RTJ 107/915).

Colhe-se da jurisprudência desta Corte, no Agravo de Instrumento n. 99.007067-0, de Biguaçu, relator Desembargador Newton Trisotto, julgado em 28 de junho de 1999:

“Só a decisão que causa gravame desafia recurso, faltando, àquele que em decorrência dela não tenha prejuízo, interesse em atacá-la’ (Des. Cid Pedroso).

“Se o prejuízo resulta de uma segunda decisão, que é complemento da primeira, deve a parte lesada interpor novo agravo de instrumento”.

Emitiu voto no mesmo sentido, o eminente Des. Francisco Borges, no Agravo de Instrumento n. 96.004092-7, de Sombrio, julgado em 12/9/96:

“O que justifica o recurso é o prejuízo, ou gravame, que a parte sofreu com a decisão atacada. Se ela não fere, de qualquer modo, o direito de ação da recorrente, nem atribui nenhum efeito prático ao que visava, pois apenas facultou à agravada o exercício de ato processual previsto no ordenamento jurídico, torna-se evidente a carência do interesse de recorrer”.

Retira-se do Agravo de Instrumento n. 7.989, de Itajaí, relator Des. Eder Graf, julgado em 19 de abril de 1994:

“O interesse de agir deve estar patenteado também na fase recursal; inexistindo este, porquanto já alcançado o bem da vida perseguido, resta prejudicado o recurso detonado.

‘O recorrente deve, portanto, pretender alcançar algum proveito, do ponto de vista prático, com a interposição do recurso, sem o quê não terá ele interesse em recorrer’ (Nelson Nery Jr.).

‘Segundo a teoria do sobredireito processual, admiravelmente exposta e definida por mestre Galeno Lacerda, ‘o processo deixa de ater-se a um

momento estático no tempo, para aperfeiçoar-se, ao contrário, ao dinamismo e à fluência da vida, a fim de, com olhos voltados à economia das partes e à necessidade de eliminar-se o litígio com presteza, aproveitar o já instaurado para fazer justiça ulterior ao momento inicial’ (STJ)”

E do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“I — O entendimento afirmado pela doutrina e jurisprudência dos Tribunais é no sentido de que a legitimação ativa ao recurso funda-se no interesse em recorrer, e este decorre do prejuízo que a sentença ou o acórdão possa ter causado.

“II — Hipótese em que falta ao recorrente o interesse para recorrer, já que o aresto o favorece.

“III — Recurso não conhecido” (REsp n. 23.967-2—SP, rel. Min. Waldemar Zveiter, DJU n. 210, de 3/11/92, pág. 19.764).

Desse modo, para recorrer deve o agravante buscar alcançar algum proveito do ponto de vista prático, o que, no caso em tela, não restou demonstrado, eis que a realização de perícia não resulta para a instituição financeira nenhum prejuízo ou gravame.

III — Decisão

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Des. Carlos Prudêncio, e dele participaram, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Orli Rodrigues e Newton Trisotto.

Florianópolis, 29 de agosto de 2000.

*Carlos Prudêncio,
Presidente e Relator.*

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.016074-2, DE TUBARÃO

Relator: Des. Gaspar Rubik

Separação judicial c/c alimentos. Verba provisoriamente fixada em 10% dos rendimentos do alimentante/agravante. Ausência de pedido liminar na inicial. Irrelevância. Possibilidade de concessão de alimentos provisórios ex officio. Filhos do casal sob a guarda do recorrente. Quantia, entretanto, fixada somente para a ex-esposa. Alegação, destituída de qualquer elemento de prova, de que aquela exerce atividade remunerada. Decisão que fixou a verba alimentar mantida. Agravo desprovido.

Só quando o devedor faz prova exuberante dos rendimentos suficientes da esposa e da desnecessidade do quantum arbitrado em sede de cognição sumária é que se autoriza a sua modificação.

Vistos, relatados e discutidos, estes autos de Agravo de Instrumento n. 99.016074-2, da comarca de Tubarão (2ª Vara Cível e Registros Públicos), em que é agravante N. da S. O., sendo agravada M. E. T. de O.:

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

Custas legais.

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto contra decisão do Dr. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível e Registros Públicos da comarca de Tubarão que, em decorrência de ter a guarda dos filhos do casal passado para N. da S. O., reconsiderou o despacho que anteriormente proferiu nos autos

da ação de separação judicial litigiosa cumulada com alimentos que lhe promove M. E. T. de O., reduzindo a verba alimentar ali fixada para 10%, em vez de extingui-la.

Na pugna pela reforma do decisório objurgado alegou, em síntese, que a verba alimentar foi indevidamente fixada, porquanto os filhos do casal estão sob sua guarda, não teve culpa pela separação e a agravada, no exercício de sua profissão de professora na Unisul e CIP, percebe o suficiente ao seu sustento próprio.

Denegado o efeito suspensivo pleiteado, foram solicitadas e prestadas informações pelo douto Prolator do decisum verberado, tendo a agravada, apesar de regularmente intima-

da por seu patrono, deixado de apresentar contraminuta.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Joel Rogério Furtado, opinou pelo conhecimento e desprovemento do agravo.

É o relatório.

O desprovemento do pleito recursal é medida que se impõe, porquanto proferida com acerto a decisão vergastada.

Com efeito, pois muito embora os filhos do casal encontrem-se sob a guarda do agravante, o que se colhe do despacho de fls. 25 é que o débito alimentar de 10% (dez por cento) do seu salário destina-se tão-somente à agravada, e não a seus filhos.

Por outro lado, irrelevante o fato de a verba alimentar provisória não ter sido postulada na inicial, pois “ex vi do art. 19 da Lei n. 6.515 de 26 de dezembro de 1977, diante da relevância humana e social do valor do litígio, cabe, de ofício, a incidência de alimentos no despacho vestibular ou na sentença, cujo ato não configura prestação jurisdicional extra petita, em face do poder discricionário do Magistrado autorizar decisão por equidade, segundo as circunstâncias” (Agravo de Instrumento n. 6.445, de Brusque, rel. Des. Francisco Oliveira Filho).

Registre-se ainda que “o fato de a autora ter tomado a iniciativa na ação, de postular a separação judicial — sem que se haja comprovado seja ela responsável pela separação de fato — não lhe retira a possibilidade de pretender alimentos” (RT 578/200).

Aliás, como se consignou por ocasião do despacho de fls. 73/74, inexistem elementos nos autos que demonstrem tenha a agravada dado causa à separação, bem como de que exerça a profissão de professora na Unisul e CIP, como alegado pelo agravante, mesmo porque na inicial da ação respectiva postulou alimentos para si no valor de 3 (três) salários mínimos até que consiga emprego.

Não se deve perder de vista, ademais, que a fixação dos alimentos provisórios dá-se em sede de cognição sumária, incompleta, em que ainda não está formado o conjunto probatório, e que por isso os alimentos podem ser revistos a qualquer tempo, conforme leciona o renomado civilista Arnold Wald, verbis:

“Os elementos básicos para que surja o direito aos alimentos são o vínculo de parentesco, a possibilidade econômica do alimentante e a necessidade do alimentando. O critério de fixação do quantum dos alimentos depende da conciliação desses dois elementos, possibilidade e necessidade. Os alimentos são determinados pelo juiz atendendo à situação econômica do alimentando e às necessidades essenciais de moradia, alimentação, vestuário, tratamento de saúde, e, se for menor, educação do reclamante” (Curso de Direito Civil Brasileiro, 12ª ed., vol. IV, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999, pág. 41).

E prossegue o mestre:

“As pensões alimentares são assim essencialmente variáveis, sendo modificadas quando houver alteração das necessidades do reclamante ou das possibilidades do alimentante, podendo ocorrer, conforme o caso,

exoneração, redução ou agravação do encargo” (op. cit., pág. 41).

Nesse sentido, já decidiu este Tribunal:

“Alimentos provisionais. Pretendida exclusão do benefício à mulher e redução do valor fixado para os filhos. Pretensão que não encontra amparo na prova. Recurso desprovido.

“Só quando o devedor faz prova exuberante dos rendimentos suficientes da esposa e da desnecessidade do quantum arbitrado em favor dos filhos, é que surge a autorização para modificar os alimentos determinados em sede provisória, sobretudo se o alimentante, ao qual se imputa renda compatível com a profissão (medicina), não traz a mínima prova em sentido contrário” (Agravado de Instrumento n. 98.017587-9, de Balneário Camboriú, rel. Des. Vanderlei Romer, j. em 27/5/99).

E mais:

“Mantém-se os alimentos provisórios arbitrados pelo juízo, inexistindo evidências de que a importância fixada esteja em desalinho com a situação econômica do alimentante, tampouco dissociada das necessidades da alimentanda. Vale obtemperar que, justamente por resumir de uma cognição sumária, incompleta, a decisão que estipula a verba alimentar provisional é marcada pela revisibilidade no curso do processo, à medida que a ele forem aportando mais provas” (Agravado de Instrumento n. 98.008698-1, de Ibirama, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. em 20/5/99).

“Separação judicial litigiosa. Alimentos provisórios. Excessividade da fixação. Não comprovação. Espo-

sa com profissão definida. Irrelevância. Decisão mantida. Agravado de instrumento desprovido.

“Fixados, em sede de separação judicial, alimentos provisórios em favor da separanda e da filha menor dos litigantes, em base percentual considerada adequada pelos Tribunais pátrios, somente podem ser eles reduzidos, via agravo de instrumento, se comprovado estarem impondo uma excessiva oneração ao alimentante. A contraprova a respeito é de incumbência exclusiva do prestador de alimentos, não sendo suficiente, para tanto, meras e descomprovadas alegações.

“Em se tratando de alimentos provisórios, impostos no curso de ação de separação, irrelevante torna-se, para o estabelecimento do respectivo quantum, se a autora tem ou não profissão definida, com aptidão para o ingresso no mercado de trabalho. De mister é que, em tal caso, esteja ela efetivamente exercendo atividade remunerada, prova essa a cargo do alimentante, haja vista que, na constância da sociedade conjugal, a mulher não precisa provar a necessidade da verba pleiteada, vez que a própria lei, nos termos dos arts. 233, IV, e 234 do Código Civil, impõe ao marido o dever dessa prestação” (Agravado de Instrumento n. 98.010771-7, de Itajaí, rel. Des. Trindade dos Santos, j. em 11/11/99).

Em face do exposto, conhece-se do recurso, porém nega-se-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cesar Abreu.

Florianópolis, 27 de abril de 2000.

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.021079-0, DE PIÇARRAS

Relator: Des. Gaspar Rubik

Execução. Impugnação à avaliação de bem penhorado. Alegação, destituída de qualquer elemento de prova, de que o imóvel constritado possui maior valor de mercado. Despacho que designou data para o seu pracemento confirmado, embora extremamente conciso. Hipótese excepcional em que o togado singular aduziu motivação suficiente por ocasião do despacho de sustentação. Prefaci-al de não conhecimento do recurso, por tal motivo, afastada. Agravo desprovido.

“Somente se renova a avaliação, na dicção do art. 683 do CPC, quando comprovados erro ou dolo do avaliador, ou se verificar, posteriormente, que houve diminuição no valor dos bens. A prova do erro ou dolo cabe ao interessado. Sem ela, não se renova a diligência” (Agravo de Instrumento n. 98.003198-2, de Piçarras, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. em 22/10/98).

“Não se pode considerar desprovida de fundamentação a decisão, se o magistrado de Primeiro Grau vem aduzir motivação suficiente quando da sustentação por ele feita em fase procedimental própria do agravo de instrumento” (STJ—4ª Turma, REsp n. 35.240-1—SP, in Theotônio Negrão, Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 30ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999, pág. 234, nota art. 165:3f).

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

Vistos, relatados e discutidos, estes autos de Agravo de Instrumento n. 99.021079-0, da comarca de Piçarras, em que é agravante Violeta Odete da Silva Sant’Anna, sendo agravado Banco Mercantil de São Paulo S/A:

Custas legais.

Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto contra decisão do Dr. Juiz de Direito da comarca de Piçarras

que designou data para o prazeamento do imóvel penhorado nos autos da execução que o Banco Mercantil de São Paulo S/A promove contra Violeta Odete da Silva Sant'Anna, não obstante tenha ela discordado da avaliação.

Argumenta, em síntese, que o disposto no art. 681 do Código de Processo Civil não foi atendido, porquanto o experto judicial limitou-se a uma mera transcrição dos dados dimensionais da coisa penhorada, sem, contudo, considerar o real estado desta, não fazendo qualquer referência às benfeitorias nela existentes, sobre seu estado de conservação, ou, até mesmo, sua valorização ou depreciação em face de sua localização.

Salientando que a decisão fustigada carece de fundamentação, pugnou pela sua anulação.

Denegada a almejada suspensividade, foram prestadas as informações solicitadas, tendo o agravado, devidamente intimado por seu patrono, apresentado contraminuta em que aplaudiu a decisão verberada, pugnando por sua manutenção.

É o relatório.

Excepcionalmente, no caso, rejeita-se a argüida nulidade da decisão impugnada por falta de fundamentação, porque não obstante se reconheça que efetivamente é ela muitíssimo acanhada, por ter o douto Magistrado se excedido exageradamente na economia de palavras, de certo modo chegando mesmo a ofender o princípio constitucional que exige sejam fundamentadas todas as decisões, ainda assim não se pode considerá-la maculada em sendo demasiadamente sucinta, porquanto o douto Togado

singular, por ocasião do despacho de sustentação expôs mais detalhadamente as razões que o levaram a decidir daquele modo.

Nesse sentido já decidiu o Superior Areópago:

"Não se pode considerar desprovida de fundamentação a decisão, se o magistrado de 1º grau vem aduzir motivação suficiente quando da sustentação por ele feita em fase procedimental própria do agravo de instrumento" (STJ — 4ª Turma, REsp n. 35.240-1—SP, in Theotônio Negrão, Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 30ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999, pág. 234, nota art. 165:3f).

No mérito, o agravo é desprovido, porquanto a teor da norma insculpida no art. 683 do Código de Processo Civil, a avaliação só será repetida quando existir prova de erro ou dolo do avaliador; se verificada, posteriormente, a diminuição do valor dos bens; ou ainda e em último caso, havendo fundada dúvida sobre tal estimativa.

Humberto Theodoro Júnior anota a respeito que "as partes são ouvidas sobre o laudo, logo que verificar sua juntada aos autos. Poderão impugná-lo, argüindo um dos motivos do art. 683. O incidente é de cognição sumária, devendo ser decidido de plano pelo juiz. Por isso, cumpre ao interessado exibir com a impugnação prova do alegado" (Curso de Direito Processual Civil, vol. II, Rio de Janeiro, Forense, pág. 951).

In casu, ao oferecer sua irresignação, a agravante limitou-se a discordar do laudo de avaliação, que, aliás, atendeu à norma insculpida no

art. 681 do Cãnone Processual Civil, sem, contudo, trazer qualquer elemento de prova de que o imóvel constribuído possui maior valor de mercado.

Ademais, como já enfatizado por ocasião do despacho de fls. 77, a avaliação não se repete, senão por motivo relevante, a fim de impedir que se protele indefinidamente a execução.

É da jurisprudência:

“Processual. Reavaliação. Processo de execução. Pressupostos inatendidos. Agravo desprovido. Inteligência do art. 683 do CPC.

“Somente se renova a avaliação, na dicção do art. 683 do CPC, quando comprovados erro ou dolo do avaliador, ou verificar-se, posteriormente, que houve diminuição no valor dos bens. A prova do erro ou dolo cabe ao interessado. Sem ela, não se renova a diligência” (Agravo de Instrumento n. 98.003198-2, de Piçarras, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. em 22/10/98).

“Processual. Nova avaliação. Execução. Pressupostos não atendidos. Agravo desprovido. CPC, art. 683.

“Só se repete avaliação, segundo o art. 683 do CPC, quando comprovados erro ou dolo do avaliador, ou se verificar, posteriormente, que houve diminuição no valor dos bens.

“A prova do erro ou dolo cabe ao interessado. Sem ela, não se renova a diligência. O que tem se admiti-

do, a fim de evitar enriquecimento sem causa, é a correção monetária dos valores do laudo” (Agravo de Instrumento n. 7.769, de Piçarras, rel. Des. Amaral e Silva).

“Agravo de instrumento. Avaliação. Pedido de reavaliação, dado o maior valor do imóvel. Não se comprovando erro ou dolo do avaliador, ou prova de diminuição do valor (art. 683 do CPC), não se repetirá a avaliação.

“Improvemento do agravo” (Agravo de Instrumento n. 5.665, de Laguna, rel. Des. Protásio Leal).

Ressalte-se, por oportuno e ad argumentandum tantum, que o fato de o patrono da agravada não ter sido intimado para contraminutar o agravo, já que a correspondência respectiva foi enviada ao seu anterior patrono, não impede o julgamento que agora se opera, porquanto espontaneamente compareceu aos autos apresentando aquela peça e suprimindo, pois, o equívoco na intimação.

Por tais motivos, conhece-se do recurso, porém nega-se-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cesar Abreu.

Florianópolis, 16 de março de 2000.

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.022236-5, DE CRICIÚMA**Relator: Des. Gaspar Rubik**

Exceção de incompetência. Ação declaratória de inexistência de débito. Contrato de adesão. Prevalência do foro de eleição. Ausência de desequilíbrio contratual entre as partes contratantes, empresas acostumadas a efetivar grandes negócios. Inexistência de prova, ademais, de que a agravada excepta seja a única fornecedora do serviço contratado. Dificuldade ou impedimento de acesso à justiça inócurrenente. Decisão de procedência do incidente mantida. Agravo desprovido.

“É válida a cláusula de eleição do foro para os processos oriundos do contrato” (Súmula 335 do STF).

Vistos, relatados e discutidos, estes autos de Agravo de Instrumento n. 99.022236-5, da comarca de Criciúma (2ª Vara Cível), em que é agravante Sociedade Abastecedora Santa Bárbara Ltda., sendo agravada TecnoPoços Perfuração e Assistência Técnica de Poços Artesianos Ltda.:

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

Custas legais.

Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, desferido contra decisão da Dra. Juíza de Direito da 2ª Vara Cível da comarca de Criciúma, que acolheu a exceção de incompetência argüida por TecnoPoços Perfuração e Assistência Técnica de Poços Artesianos Ltda., determinando a remessa dos autos da ação declaratória de inexistência de débito que lhe promove Sociedade Abastecedora Santa Bárbara Ltda. à comarca de Curitiba.

Na pugna pela reforma da decisão combatida, aduziu, em síntese, que, sendo consumidora dos serviços contratados com a agravada, consoante a norma insculpida no art. 101, I, do Código de Defesa do Consumidor, tem o direito de demandar no foro de seu domicílio, qual seja, a comarca de Criciúma, local, ademais, que é o do cumprimento da controvertida obrigação de pagar a quantia impugnada (art. 100, IV, d, do CPC). Afirmando a sua dificuldade em se dirigir ao foro do domicílio da agravada, posto que implica em deslocamento a outro Estado no qual não mantém vínculo, sustentou que a cláusula de tal eleição foi inserida em contrato de mera adesão, confeccionado unilateralmente por aquela.

Denegado o pretendido efeito suspensivo e prestadas as informações solicitadas, a agravada, devidamente intimada por intermédio de seu patrono, apresentou contraminuta, clamando pela manutenção da decisão hostilizada.

É o relatório.

O recurso é desprovido.

Com efeito, pois pautou-se a decisão objurgada em consonância com o entendimento já sumulado pelo excelso Pretório de que “é válida a cláusula de eleição do foro para os processos oriundos do contrato” (Súmula 335)

É da jurisprudência:

“(...) A cláusula de eleição de foro inserida em contrato de adesão é, em princípio, válida e eficaz, salvo: a) se, no momento da celebração, a parte aderente não dispunha de inteligência suficiente para compreender o sentido e as conseqüências da estipulação contratual; b) se da prevalência de tal estipulação resultar inviabilidade ou especial dificuldade de acesso ao judiciário; c) se se tratar de contrato de obrigatória adesão, assim entendido o que tenha por objeto produto ou serviço fornecido com exclusividade por determinada empresa (...)” (REsp n. 167918/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 14/6/99).

No mesmo sentido:

“Contrato de adesão. Foro de eleição. Validade.

“A eleição do foro em contrato de adesão é válida, a menos que esteja comprovadamente eivada de qualquer dos vícios elencados no artigo 51 da Lei n. 8.078/90 ou contravenha princípio contemplado no mesmo diploma legal. Essa validade há de ser apreciada em cada caso particular pelo Juiz, cuja liberdade de interpretar, em face da prova colhida, é razoavelmente ampla. Alegação, que se repele, de contrariedade às disposições legais invocadas (Lei n. 8.078/90,

citada, artigos 47 e 51, inc. IV e XV e § 1º, inc. II).

“Dissídio pretoriano não comprovado.

“Recurso especial não conhecido” (REsp n. 59.904/PR, rel. Min. Antônio Torreão Braz, DJU de 15/5/95, pág. 13.412).

Não destoam o entendimento dos demais Tribunais Pátrios:

“É válida a cláusula de eleição de foro, mesmo em contrato de adesão, desde que não acarrete impedimento, à parte mais fraca, de acesso ao Judiciário, com violação de princípio constitucional (JTJ 167/187)” (Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 30ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999, pág. 204, nota art. 111:3a).

“Agravado de instrumento. Exceção de incompetência. Contratos. Adesão. Foro eleito. Prevalência.

“Não se tratando de típico contrato de adesão, há que prevalecer, para efeitos de estabelecimento da competência, o foro de eleição convencional. A cláusula contratual a respeito firmada, mesmo nos contratos típicos de adesão, somente é desvalida quando revelar abusividade da parte que a impôs, inibindo ou dificultando o acesso do contraente economicamente fraco ao Judiciário. Entretanto, se o foro de eleição corresponder com exatidão àquele previsto na legislação processual como o competente para o processamento e julgamento das ações decorrentes do contrato, não há cogitar de abusividade na eleição” (AI n. 97.001225-0, Des. Trindade dos Santos)” (Agravado de Instrumento n. 98.013775-6, de Urussanga, rel. Des. Newton Trisotto, j. em 9/2/99).

E mais:

“Exceção de incompetência. Arrendamento mercantil. Ação revisional. Eleição de foro. Contrato de adesão. Irrelevância. Ausência de prejuízos.

“A eleição do foro em contrato de adesão é válida, a menos que esteja comprovadamente eivada de qualquer dos vícios elencados no artigo 51 da Lei n. 8.078/90 ou contravenha princípio contemplado no mesmo diploma legal” (STJ).

“Não é nula a cláusula de eleição de foro apenas por ter sido pactuada em contrato de adesão se sua aplicação não acarretar nenhum prejuízo à defesa do aderente e, principalmente, se este expressamente concordou com o seu conteúdo, demonstrando ter pleno conhecimento de seu alcance” (Agravado de Instrumento n. 98.013963-5, de Itajaí, rel. Des. Eder Graf, j. em 6/4/99).

“Ação de indenização em face de rescisão contratual. Foro de eleição. Contrato de adesão inexistente. Validade da cláusula.

“Tratando-se de contrato que, diante da singularidade da sua redação, com características próprias que revelam a liberdade de convencionar, restando evidenciada a celebração do foro de eleição, aplica-se o clássico princípio *pacta sunt servanda*. Ademais, ‘É válida a cláusula de eleição do foro para os processos oriundos do contrato’ (STF, Súmula 335).

“Recurso desprovido” (Agravado de Instrumento n. 96.005741-2, de Xanxerê, rel. Des. Francisco Borges).

In casu, como já se consignou por ocasião do despacho de fls. 102/103, não está demonstrada a alegada desigualdade contratual, pois infere-se, pelos elementos existentes nos autos, que na situação vertente a eleição do foro encontra perfeito respaldo no art. 111, in fine, do Código de Processo Civil, não ocorrendo evidência de que a inserção de cláusula tenha-se dado com desconhecimento ou discordância da parte agravante quando da contratação, pois que facilmente legível, fácil de ser compreendida por qualquer pessoa, principalmente por empresa acostumada a efetivar grandes negócios. Inexistente, igualmente e a seu turno, qualquer prova de que a agravada seja a única empresa fornecedora do serviço contratado ou mesmo de que possua filiais em outras cidades ou Estados da Federação.

De outra parte, também não resta caracterizada qualquer situação que possa causar impedimento ou dificuldade à agravante de acesso ao Judiciário, e se houver, como bem enfatizou a douta prolatora da decisão verberada, é recíproca.

Em face do exposto, conhece-se do recurso, porém nega-se-lhe provimento.

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

Florianópolis, 13 de abril de 2000.

Gaspar Rubik,
Presidente e Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 00.002924-6, DE JOINVILLE**Relator: Des. Pedro Manoel Abreu**

Arrendamento mercantil. Contrato em dólar. Teoria da base do negócio jurídico. Ruptura do equilíbrio contratual. Direito ao reajuste das prestações pelo INPC. Exegese do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor.

Segundo a teoria da base do negócio jurídico, se a discrepância entre as condições existentes quando da contratação e a situação no momento da execução for grande o suficiente para romper o equilíbrio contratual quebrada estará a base do negócio jurídico, a justificar a adequação do contrato à nova realidade.

É secundária a discussão em torno da previsibilidade da flutuação cambial, uma vez que o Código de Defesa do Consumidor expressamente estabelece o direito à revisão da avença atingida por eventos supervenientes que tenham rompido a comutatividade, não exigindo fossem imprevisíveis, tampouco extraordinários (art. 6º, CDC).

A validade da cláusula dólar é condicionada à prova, a cargo do arrendante, da captação de recursos no exterior; da utilização destes para a aquisição do bem arrendado; e da não quitação do débito com o credor estrangeiro.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 00.002924-6, de Joinville, em que é agravante Fibra Leasing S/A Arrendamento Mercantil, sendo agravado Milton José dos Santos:

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

Custas legais.

1. Fibra Leasing S/A Arrendamento Mercantil interpôs agravo de instrumento contra decisão do Dr. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da comarca de Joinville que, nos autos da ação de revisão de cláusula contratual, mo-

vida por Milton José dos Santos, fundada em pacto de arrendamento mercantil, com previsão de reajuste das parcelas na conformidade da variação do dólar americano em relação à moeda nacional, deferiu antecipação de tutela, autorizando o depósito das prestações do mês de fevereiro de 1999, tomando por base o valor pago em janeiro de 1999, sendo que o valor apurado deverá ser corrigido pelo índice do INPC da data do pagamento.

O agravante sustentou a permissibilidade da contratação em moeda estrangeira e acentuou a previsibilidade da variação contratual, a inaplicabilidade da teoria da imprevi-

são e do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de leasing; assim como a inexistência dos requisitos necessários à antecipação da tutela.

Negada a concessão de efeito suspensivo, contraminutou o agravo do pugnando pela manutenção da decisão objurgada.

2. Nega-se provimento ao agravo.

Admite-se o depósito postulado.

Observe-se, de início, que em contra respaldo na jurisprudência, inclusive desta Câmara, a tese de que o Código de Defesa do Consumidor presta-se a reger também os contratos celebrados com instituições financeiras, tais como as que atuam na área de arrendamento mercantil. Mesmo não sendo esse o objeto da divergência, cingida à substituição do índice de reajuste das prestações, importa destacar que a premissa é de todo relevante para que se possa destriçar adequadamente os litígios emergentes de negócios jurídicos daquele jaez, conhecida a natureza da legislação específica, manifestamente favorável ao consumidor.

A Lei n. 8.078/90 promoveu modificações salutares no ordenamento jurídico nacional, rompendo com os dogmas então vigentes, como o da intangibilidade contratual. Retomou-se com mais vigor, a partir daí, a tradição jurídica da revisibilidade dos contratos, que se havia interrompido pelo advento das legislações européias do século XIX, notadamente pelo Código Napoleônico, consagrador do princípio do *pacta sunt servanda*.

É emblemático o que dispunha o Código de Hamurabi, em seu art. 48:

“Se alguém tem um débito a juros e uma tempestade devasta o campo ou destrói a colheita, ou por falta d’água não cresce o trigo no campo, ele não deverá, nesse ano, dar trigo ao credor, deverá modificar sua tábua de contrato e não pagar juros esse ano”.

O Direito Romano, por seu turno, lançou a semente da cláusula *rebus sic stantibus* (“estando assim as coisas”), desenvolvida pelos glosadores e pós-glosadores, que condicionava a manutenção dos termos das obrigações ajustadas à permanência do estado vigente quando da avença.

No final do século passado os tratadistas, com base na *rebus*, passaram a mencionar com certa frequência a “teoria da imprevisão”, criando condições para a mudança do contrato atingido por alterações abruptas e excessivamente gravosas a uma das partes.

Comentando a cláusula sobre dita, De Plácido e Silva professa que é “...das subentendidas no contrato, e se entende como a obrigação dos contratantes em somente executarem o contrato, até seu termo, se subsistirem as condições econômicas ocorrentes no momento de sua celebração.

“ (...)

“A imprevista mudança da situação anterior modifica a situação da coisa em pé, anotada no ato da celebração do contrato. E, precisamente, fundado na cláusula *rebus sic stantibus*, aquele que se impossibilitou em cumprir a obrigação em consequência da mudança, pede a revisão do contrato, que não pode cumprir em virtude desta alteração imprevista e vinda sem sua participação” (apud José Rei-

naldo Coser, *Contratos em Dólar*, Leme, Editora de Direito, 1999, pág. 38).

Consoante Rogério Ferraz Donnini, "...o fundamento da teoria da imprevisão repousa tanto na noção de moral quanto na de jurídico, visto que ambas repelem o excessivo rigor no cumprimento de uma obrigação, caso exista desequilíbrio na avença em virtude de fatos imprevisos que venham a causar a uma das partes grande prejuízo e, por via de consequência, uma relação injusta e iníqua" (A Revisão dos Contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, São Paulo, Saraiva, 1999, pág. 41). Em outro ponto, reporta-se ao que lecionara Caio Tácito:

"É necessário (...) o advento de condições econômicas imprevisíveis que, tornando iníqua e ruinosa a prestação, importem lucro exorbitante e injusto do credor, traduzindo insuportável gravame para o devedor. Caracterizada essa situação e inesperada, o contrato deverá ser reajustado ao novo e imprevisito estado de fato, restabelecendo-se o equilíbrio das obrigações extremamente desproporcionadas" (pág. 45).

Para que seja cabível a incidência da teoria da imprevisão, hão de estar presentes os seguintes requisitos: existência de um contrato de execução diferida ou sucessiva; modificação profunda, no momento da execução, nas condições econômicas vigentes quando firmado o concerto; onerosidade excessiva para um dos contratantes; e imprevisibilidade da alteração. Sintetizando-os, Donnini assevera:

"É mister, portanto, que haja um ato superveniente e imprevisito na

relação contratual que modifique consideravelmente a situação existente por ocasião da celebração do contrato, prejudicando uma das partes quando de sua execução. Esse acontecimento superveniente, se pudesse ser facilmente previsto, não teria levado os contratantes à realização do contrato" (pág. 67).

Anotou Nelson Hungria, quando exercia a judicatura: "É certo que quem assume uma obrigação a ser cumprida em termo futuro sujeita-se à alta dos valores, que podem variar em seu proveito ou prejuízo; mas, no caso de uma profunda e inopinada mutação, subversiva do equilíbrio econômico das partes, a razão jurídica não pode ater-se ao rigor literal do contrato, e o Juiz deve pronunciar a rescisão deste. A aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* tem sido mesmo admitida como um corolário da teoria do erro contratual.

"Considerando-se como já viciada ao tempo em que o vínculo se contrai a representação mental que só um evento posterior vem a demonstrar ser falsa. Se o evento, não previsto e imprevisível, modificativo da situação de fato na qual ocorreu a convergência das vontades no contrato, é de molde a quebrar inteiramente a equivalência entre as prestações recíprocas, não padece dúvida que se a parte prejudicada tivesse o dom da preciência, não se teria obrigado sob condições diversas" (apud Renato Ventura Ribeiro, *Crise Cambial e Revisão Judicial dos Contratos de Leasing Indexados em Moeda Estrangeira: Breve Contribuição ao Debate*, in RT 766/29, pág. 581).

Os tribunais vêm acatando a teoria enfocada, como atestam os julgados a seguir:

"...Alterações ocorrem diariamente no campo econômico e social da população, em todas as suas esferas, sendo favoráveis a uns, os quais se utilizam exatamente de tal instabilidade para ganhar mais, e desfavoráveis a outros, quais sejam, os menos favorecidos economicamente, que têm de suportá-las com o salário que auferem. Ante tal desequilíbrio, o Judiciário não pode ficar inerte, impondo-se rever valores e conceitos, antes inaplicáveis e hoje justos. Dentre eles, há de se aplicar a chamada 'Teoria da Imprevisão', ante a impossibilidade do cumprimento das obrigações por parte dos contratantes, por motivos alheios à vontade dos mesmos..." (TJDF, Ap. Cív. n. 26.759, rel. Des. Vasquez Cru-xên, j. 5/10/92, in DJU de 10/12/92).

"Teoria da imprevisão — Amplo abrigo na jurisprudência brasileira — Derrogação do princípio pacta sunt servanda.

"Escapa a qualquer previsibilidade o desordenado e galopante aumento de preços, principalmente dos materiais de construção, de forma que o cumprimento de uma empreitada pela normal estimativa à época da convenção traduziria enriquecimento de outra..." (RT 305/847).

"Contrato — Teoria da imprevisão — Admissibilidade — Superveniência de plano econômico — Utilização de tabela defladora que faz romper o equilíbrio contratual — Necessidade de revisão da relação jurídica — Ação improcedente — Recurso provido.

"A revisão que vise a restabelecer o equilíbrio das prestações constitui uma restauração do contrato, cuja natureza comutativa foi desfigurada" (JTJ, Lex 164/32).

"O contrato se forma e se conclui no pressuposto de que entre a sua conclusão e a sua execução não sobrevenham acontecimentos estranhos, independentes da vontade das partes, que elas não podem prever e que de tal forma alteram as circunstâncias que, na execução, o contrato deixa de corresponder, não só à vontade dos contraentes, como à natureza objetiva dele, considerado como instrumento.

"O risco que os contraentes assumem não pode ser entendido em proporção que exceda o risco normal, isto é, o que se compreende nos limites da previsibilidade humana. Levar mais longe o dogma da intangibilidade do contrato seria, sob pretexto de garantir a liberdade contratual, destruir o fundamento do contrato, a sua base econômica e moral, como instrumento do comércio e da cooperação entre os homens.

"A revisão pode compreender, não somente o reajustamento dos preços, de maneira a distribuir equitativamente entre os contraentes as consequências da agravação imprevista das prestações, como a dilatação de prazos contratuais" (RF 97/111).

"O nosso Código Civil não repele a teoria da imprevisão, mas, bem ao contrário, a sufraga. Nos contratos, deve ser procurada a intenção comum das partes, para fazer cessar a obrigação, sempre que, pela alteração da primitiva situação econômica, sofra

profunda e imprevista agravação" (RF 104/269).

"Arrendamento rural — Contrato — Equivalência entre as prestações e obrigações — Desaparecimento — Enriquecimento injusto de uma parte — Cláusula rebus sic stantibus — Aplicabilidade.

"A modificação das condições econômicas no curso do tempo, com base em 'acontecimento extraordinário e imprevisível', pode tornar o contrato excessivamente oneroso para uma das partes, operando injusto enriquecimento de uma, com consequente empobrecimento da outra. Daí por que, desaparecendo a equivalência entre as prestações e obrigações das partes, torna-se incidente a cláusula rebus sic stantibus, para que tal equivalência se conserve, tanto quanto possível, durante a execução do contrato" (TACívSP, 3ª C.C., Ap. c/ Rev. n. 279.345, rel. João Saletti, j. 18/12/90, in RT 130/398).

Outra teoria que vem ganhando fôlego é a da base do negócio jurídico, criada por Paul Oertmann e aperfeiçoada por Karl Larenz, autor de *La Base del Negócio Jurídico y Cumplimiento del Contrato*. Alicerçando-se na justiça comutativa, essa doutrina propala que o negócio jurídico pressupõe a presença de determinadas circunstâncias econômicas sem as quais ele se descaracterizaria. Deve-se averiguar, pois, as condições em que houve a convenção, assumindo posição secundária a imprevisibilidade do fato (elemento caro à teoria da imprevisão), bastando que não seja esperado. Se a discrepância entre elas (as condições) e a situação existente no momento da execução for grande o

suficiente para romper o equilíbrio contratual, isto é, a equipolência entre as prestações, quebrada estará a base do negócio.

No magistério de Márcio Mello Casado, "Rompe-se a base negocial sempre que a modificação das circunstâncias presentes na formação do contrato inviabilizar a sua finalidade. Em última análise, a base negocial é o conjunto de circunstâncias existentes na formação do contrato e que permite às partes contratantes terem presente a sua viabilidade econômica" (Márcio Mello Casado, *O Leasing e a Variação Cambial*, in RT 763/77, pág. 91). Por outras palavras, surgirá o direito à adequação do que fora pactuado à realidade, quando a mudança fática sobrevinda refuja ao razoável, revelando-se iníquo exigir o cumprimento da prestação avultada.

Em tais casos, segundo Larenz, a revisão torna-se um imperativo decorrente do princípio da boa-fé: "...es contrario a la buena fe sujetar a una persona al cumplimiento de un contrato y derivar de éste derechos cuando, a consecuencia de sucesos imprevistos que escapan a la influencia de la otra parte y no pertenecen al riesgo asumido por ninguno de los contratantes, desaparece de tal forma la base del contrato que éste conforme a la intención de las partes, no puede subsistir" (idem, pág. 89).

Comungando desse pensamento, Luiz Edson Fachin pontifica: "Mais que noção ética, é princípio da confiança, que conduz, dentro da relação jurídica, à igualação das cargas e, externamente, à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro coerente com as condições existentes à época

da contratação. Se o contrato faz lei entre as partes, o equilíbrio do início da contratação deve ser mantido. É um postulado da justiça comutativa que vincula os contratantes e o próprio Estado.

“A quebra da confiança é juridicamente protegida. Confiava-se no futuro, que se presentificou transformando em pesadelo o sonho da estabilidade. Por isso mesmo, com acerto, aquelas ações ou omissões estão passando pelo crivo do direito e do Judiciário.

“O contratante de boa-fé tem direito à proteção contra o enriquecimento sem causa. Não há regra nem princípio jurídico que tutele a vantagem exagerada dos credores, e aos que se mantiverem na fidelidade contratual não se pode causar agora uma lesão enorme. Os contratos devem se manter, na sua execução, aptos a alcançar sua finalidade, o que não ocorrerá em casos de pagamento manifestamente desproporcional ao valor da prestação posta. O credor não tem o direito potestativo de fazer exigências incompatíveis com os fins que deram causa ao contrato” (apud Cláudio Antônio Soares Levada, *Leasing e Variação Cambial: A Necessidade de Manutenção do Equilíbrio Contratual*, in RT 763/76).

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6º, assegura a revisão de cláusulas contratuais que, por fatos supervenientes, se tornaram onerosas em demasia e, no art. 4º, inc. I, reconhece a vulnerabilidade do consumidor na relação de consumo, máxime em se tratando de contratos no mais das vezes de adesão, com

cláusulas adrede preparadas pelo arrendante.

Discorrendo sobre a matéria, Donnini averba que à revisão contratual basta a falta de equivalência entre as prestações, não se fazendo necessária “...a comprovação de que o fato seja imprevisível, imprevisto, extraordinário ou mesmo irresistível, mas apenas um acontecimento superveniente, que poderia ter sido previsto e não foi, e que cause onerosidade excessiva para o consumidor” (op. cit., pág. 171). Renato Ventura Ribeiro corrobora a lição: “Tão forte é o escopo da norma no amparo ao consumidor que ultrapassa em muito os limites da teoria da imprevisão, dispensando os requisitos da previsibilidade e excepcionalidade do evento, pois ainda que o fato superveniente seja provável é cabível a revisão” (Crise Cambial e Revisão Judicial dos Contratos de Leasing Indexados em Moeda Estrangeira: Breve Contribuição ao Debate, in RT 766/29).

Eis os novos matizes do tema, ultrapassando as fronteiras da visão individualista, expressão de uma autonomia da vontade quase absoluta que, ao tempo em que assegurava a alguns prerrogativas de incomensurável amplitude, sonegava a outros tantos os mais elementares direitos. A Lei n. 8.078/90 soube redesenhar o contrato, visto não mais como instituto pertinente apenas aos pactuantes, mas como propulsor da riqueza social.

Ingressando no exame do caso concreto, é imperioso registrar o contexto em que a convenção veio a lume. A estabilidade econômica mantinha-se havia anos, sendo conhecidos os discursos laudatórios do governo

federal à pujança da nova moeda, tão forte quanto o dólar, cria-se.

A política econômica adotada esteava-se justamente na âncora cambial, cuja permanência era afiançada por S. Exa. o Presidente da República, como dão mostra inúmeras declarações suas, valendo transcrever: "O governo não mexe no câmbio" (29/11/96); "Não consideramos a hipótese de alterar a atual política cambial. Repito: não consideramos a hipótese de alterar a atual política cambial" (12/9/97); "Quaisquer que sejam as circunstâncias, uma coisa é certa: não haverá desvios nem retrocessos. Desvalorizar a moeda é o passado" (31/1/98); "Não vamos desvalorizar moeda nenhuma, porque o Brasil preza o trabalhador, preza o salário" (25/6/98). A palavra foi empenhada também pelo então Presidente do Banco Central, Dr. Francisco Lopes, que assegurava: "São absolutamente im procedentes e inverídicas as especulações do mercado sobre a possibilidade de adoção de um regime de flutuação do câmbio (15/1/99)" (apud Márcio Mello Casado, op. cit., pág. 86).

A mudança repentina na política cambial de modo algum poderia ser prevista pelo "homem médio", até porque mesmo renomados especialistas mostraram-se surpresos com a maxidesvalorização, ou só a previram pouquíssimo tempo antes de ocorrer. Outros expertos, embora cômicos de que a medida viria, silenciaram, auxiliando no ludíbrio do *bonus pater familias*, que se pôs atônito com o inesperado agigantamento de suas dívidas.

Pode-se sustentar que a desvalorização monetária não era fato im-

previsível, se revisitada a história econômica do país; entretanto, o mesmo não pode ser dito dos percentuais dessa desvalorização. Efetivamente, ao passo em que a cotação da moeda estadunidense em relação ao real variou 14,98% em 1995, 6,88% em 1996 e 7,40% em 1997, para inflações de 21,98%, 9,12% e 4,34%, respectivamente, em janeiro de 1999 superou os sessenta pontos, enquanto a inflação acumulada nos últimos doze meses foi de modestos 2,28%.

Se a variação cambial defluente do abandono do outrora intocável regime de bandas poderia ser antevista por alguém, certamente seria pela instituição financeira, de quem se espera diligência extraordinária e ciência dos riscos do negócio, por conta do profissionalismo e da especialização de suas funções. Bem por isso, na legislação estrangeira, alude-se às figuras do "ordenado e fiel homem de negócios", do direito tedesco, e do "buen hombre de negocios", do direito argentino. Era da arrendante, ao depois, como fornecedora, o dever de alertar sobre os riscos do contrato, tal como o oriundo da cláusula de reajuste cambial (arts. 4º, inc. IV e 6º, inc. III, CDC).

Há quem vislumbre, até mesmo, a ocorrência de vícios de consentimento do negócio jurídico (art. 86 e ss., CC), refletidos na ignorância do arrendatário quanto ao perigo de elevação súbita da taxa de câmbio (erro) e no conhecimento presumível do risco pela arrendante (*dolo omissivo*), levando àquele a contratar (v. Ribeiro, op. cit., pág. 53).

Outro ponto relevante ao desatite do conflito está no art. 6º da Lei n. 8.880/94 que autoriza a cláusula de

variação cambial em contratos de arrendamento mercantil unicamente quando os recursos tenham sido captados no exterior. Ei-lo:

“É nula de pleno direito a contratação de reajustes vinculados à variação cambial, exceto quando expressamente autorizado por lei federal e nos contratos de arrendamento mercantil celebrados entre pessoas físicas e domiciliadas no país, com base em captação de recursos provenientes do exterior”.

Por seu turno, a Resolução n. 2.309/96, em seu art. 9º, prevê que “Os contratos de arrendamento mercantil de bens cuja aquisição tenha sido efetuada com recursos provenientes de empréstimos contratados, diretamente ou indiretamente, no exterior, devem ser firmados com cláusula de variação cambial”. A Resolução n. 980, da mesma instituição, reza que “As sociedades de arrendamento mercantil e as instituições financeiras autorizadas a realizar operações de arrendamento mercantil somente podem transferir às arrendatárias a responsabilidade pela paridade cambial, no caso de os bens arrendados serem adquiridos com recursos provenientes de empréstimos contraídos, direta ou indiretamente, no exterior”.

A validade da cláusula sob comento depende da prova da captação de recursos no exterior; da utilização destes para a aquisição do bem arrendado; e da não quitação do débito com o credor estrangeiro. Não basta, pois, que o contrato simplesmente mencione a obtenção de financiamento no exterior.

Em decisão relatada pelo hoje Ministro Athos Gusmão Carneiro,

quando integrava o egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, registrou-se:

“Leasing. Arrendamento mercantil. Correção das prestações em conformidade com a variação do valor de venda do dólar norte-americano. Tal fórmula de reajustamento, em contratos firmados no Brasil para execução no Brasil, somente é cabível se comprovado que os bens objeto do leasing foram comprados, pela arrendadora, com recursos provenientes de empréstimos em moeda estrangeira” (AI n. 585020563, j. 18/6/85, in RT 601/191).

Como é vedado ao arrendatário o acesso a documentos relativos a negócios interna corporis, a prova de que o dinheiro fora integralmente tomado no exterior incumbe à arrendante, visto ser a única em condições de fornecê-la.

A peculiar e grave situação vivenciada pelos arrendatários com obrigações indexadas ao dólar tem sensibilizado as Cortes de Justiça:

“Consignação em pagamento — Arrendamento mercantil — Correção monetária — Indexação pela variação do dólar norte-americano — Elevação súbita do valor da moeda estrangeira — Onerosidade excessiva — Depósito das prestações corrigidas pelo INPC — Possibilidade.

“Deve ser deferido o depósito incidente das prestações do contrato de leasing, corrigidas de acordo com os índices do INPC, tendo em vista que a repentina desvalorização do Real, em relação ao Dólar norte-americano, decorrente da imprevisível e drástica mudança da política cambial, onerou excessivamente as

contraprestações dos contratos de arrendamento que continham cláusulas vinculando-as a essa moeda, caracterizando-se como fato superveniente que implicou em desequilíbrio manifesto das relações contratuais' (Des. Silveira Lenzi)" (TJSC, AI n. 99.004706-7, de Brusque, rel. Des. Eder Graf, j. 10/8/99).

No mesmo diapasão:

"Processual civil. Tutela antecipada. Requisitos presentes. Verossimilhança e risco de dano comprovados.

"Satisfeitos os requisitos de existência de prova inequívoca e de verossimilhança, com possibilidade de ocorrência de dano em tempo inferior ao da defesa, é de se conceder a antecipação da tutela initio litis.

"No caso, é de ser deferido o depósito incidente das prestações do contrato de leasing devidamente corrigidas com base no INPC, evitando que o contratante, por conta da abrupta desvalorização da moeda nacional frente ao dólar americano, decorrente da mudança da política financeira do Banco Central, tenha que desembolsar quantia excessiva para pagamento de prestações de contratos de adesão corrigidas com base na variação cambial.

"Contratos bancários. Código de Defesa do Consumidor. Aplicabilidade.

"A atividade desenvolvida pelas instituições bancárias encontra plena tipificação na expressão fornecedor descrita pelo caput do artigo 3º, uma vez que prestam serviços de natureza bancária, financeira e de crédito. A referência aos serviços bancá-

os, financeiros e de crédito absorve a atividade de fornecimento de crédito.

"Desta forma, os contratos de abertura de crédito, de financiamento, de leasing, de alienação fiduciária estão incluídos no conceito legal de serviços previsto no Código de Defesa do Consumidor. Assim, não há como afastar a sua incidência aos contratos firmados pelas instituições financeiras" (TJSC, AI n. 99.004349-5, de Xanxerê, rel. Des. Carlos Prudêncio, j. 28/6/99).

E mais:

"Arrendamento mercantil. Concessão da tutela antecipada initio litis. Brusca alteração cambial. Contratos com índices fixados em dólar. Depósito incidente das prestações corrigidas com base no INPC. Requisitos presentes. Verossimilhança e risco de dano comprovados. Admissibilidade.

"Deve ser deferido o depósito incidente das prestações do contrato de leasing, corrigidas de acordo com os índices do INPC, tendo em vista que a repentina desvalorização do Real, em relação ao Dólar norte-americano, decorrente da imprevisível e drástica mudança da política cambial, onerou excessivamente as contraprestações dos contratos de arrendamento que continham cláusulas vinculando-as a essa moeda, caracterizando-se como fato superveniente que implicou em desequilíbrio manifesto das relações contratuais.

"Contratos bancários. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Possibilidade. Banco. Fornecedor. Prestação de serviços de natureza bancária, financeira e de crédito. Inteligência do art. 3º, caput, e § 2º do Codecon.

“As atividades desenvolvidas pelas instituições financeiras incluem-se no conceito legal de serviços previsto no Código de Defesa do Consumidor, sendo-lhes aplicável a legislação pertinente.

“Recurso desprovido” (AI n. 99006192-2, de Rio do Sul, rel. Des. Silveira Lenzi, j. 22/6/99).

Por fim:

“Agravos regimental. Decisão do relator negando liminar em agravo de instrumento manejado pela arrendadora contra decisão concessiva de antecipação de tutela ao consumidor. Contrato nominado de arrendamento mercantil (leasing), com cláusula de correção pela variação cambial. Permissão de depósitos das prestações corrigidas pela variação do INPC. Juridicidade da antecipação de tutela.

“Inequivoca a verossimilhança da alegação da consumidora, posto que absolutamente inusitada a drástica variação cambial, alçando, em poucos dias, o dólar norte-americano a patamar elevado e inesperado, contrariando, inclusive, a palavra dos mais dignos representantes do governo brasileiro. Configuração de fato superveniente que torna excessivamente onerosa a cláusula ajustada de correção das prestações pela variação cambial. É o que o art. 6º, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor, consagra como ‘direito básico do consumidor’ precisamente ‘a revisão’ de cláusulas contratuais ‘em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas’ (...).

“Não se põe em dúvida, de outra parte, que, com a elevação súbita da prestação, em face da variação cambial, sem recursos a consumidora

para pagá-la, pode perder a posse do veículo arrendado e a oportunidade de adquiri-lo. Aí a caracterização de possibilidade de dano irreparável. E não há perigo de irreversibilidade, eis que possível, se for o caso, a cobrança do saldo que remanescer, garantindo o veículo, a ser restituído à agravante em caso de rescisão contratual, o eventual direito da mesma” (TJDF, AgRg no AI n. 1999002001447-4, rel. Des. Mário Machado, j. 22/6/99).

Não se argumente que os riscos eram idênticos para ambos os contratantes e que a empresa de leasing poderia experimentar prejuízos caso a variação cambial fosse para menos. É evidente que a desvalorização do dólar em face do real, se não impossível, é muitíssimo improvável, sendo insignificantes os riscos suportados pela ora agravada.

Bem verdade que o arrendatário poderia optar pela forma de pagamento que melhor lhe conviesse. Contudo, a escolha do dólar como indexador só obstaria a revisão pretendida se o devedor pudesse discernir sobre os riscos da opção que fizesse. Aliás, não há disparate em conjecturar que muitos dos negócios ultimados em proveito das instituições do ramo, o foram mercê da cláusula dólar, então um atrativo ao consumidor, em tempos em que a oscilação cambial era ínfima. “Quando da celebração do contrato, o escopo econômico do devedor era a aquisição do veículo, mediante condições de pagamento compatíveis com sua situação financeira. Tinha conhecimento de que as parcelas não eram fixas, mas sabia que a tendência era de um reajustamento pequeno. Assim, mesmo com um pequeno aumento a cada

mês, o valor da obrigação não extrapolaria sua capacidade de adimplemento.

“...Em sua grande maioria, os consumidores brasileiros não verificam o percentual das taxas de juros cobradas nem os índices de reajuste do contrato. Sua atenção concentra-se em saber se o valor da parcela é ou não compatível com suas possibilidades de pagamento e se o montante total não é elevado.

“Isto não só é de pleno conhecimento das instituições financeiras, como muitas vezes utilizado para convencer o consumidor a celebrar o contrato a taxas de juros elevadas. Os anúncios de ofertas de produtos ilustram bem tal situação: o destaque maior é dado ao valor da prestação. Para o consumidor comum, a diferença entre os contratos com juros prefixados e com reajustes vinculados à correção cambial era quase nenhuma, praticamente apenas o seu valor das parcelas. Como as instituições financeiras, em sua grande maioria, sempre souberam explorar a fragilidade do consumidor, enfatizando apenas o valor da prestação, não podem alegar que o arrendatário com contrato atrelado à variação cambial tinha ciência do risco ao escolher a opção por juros menores” (Renato Ribeiro, *op. cit.*, págs. 47/8).

Necessário reprisar que a discussão em torno da previsibilidade da livre flutuação cambial não é fundamental à solução do litígio, uma vez que o Código de Defesa do Consumidor expressamente estabeleceu o direito à revisão da avença atingida por eventos supervenientes que lhe tenham rompido a comutatividade, não

exigindo que fossem imprevisíveis, tampouco, extraordinários.

Mais do que reconstituir o equilíbrio entre os signatários, trata-se de preservar a própria noção de contrato, intrinsecamente atada à proporcionalidade entre as prestações, já que ninguém contrataria se pudesse entrever que a alteração nas condições existentes redundaria em um quase inevitável inadimplemento.

Note-se, outrossim, que a readequação do concerto visa a sua preservação, resgatando as condições existentes no momento de sua feitura, motivo por que, ao contrário do que se possa excogitar, atenderia, também, à segurança jurídica.

Desse modo, a substituição do dólar pelo INPC (Índice Nacional de Preços ao Consumidor) era medida recomendável, porque este índice reflete fidedignamente as taxas de inflação, coibindo, por outro vértice, um enriquecimento indevido da arrendante.

Pelas razões expostas, entendido configurada a verossimilhança das alegações do autor-recorrido, além do perigo de dano de difícil reparação, traduzido este na iminente inadimplência e perda do bem, pela cobrança continuada de valores excessivos; mora que seria afastada pelo depósito pleiteado.

3. Em face de todo o exposto, o apelo é desprovido.

Participaram do julgamento, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Trindade dos Santos e, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cesar Abreu.

Florianópolis, 11 de outubro de 2000.

*Alcides Aguiar,
Presidente para o acórdão;
Pedro Manoel Abreu,
Relator.*

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 00.019561-8, DE CRICIÚMA

Relator: Des. Pedro Manoel Abreu

Reintegração de posse. Contrato de leasing. Valor residual garantido. Diluição nas prestações. Descaracterização do contrato. Compra e venda em prestações. Extinção do processo, de ofício.

É característica do contrato de arrendamento mercantil a opção de compra pelo arrendatário, exercitável apenas ao término, sob pena de o negócio jurídico ser havido como compra e venda em prestações, inviabilizando o manejo da ação de reintegração de posse para a retomada do bem, sem a prévia rescisão contratual.

São abusivas as cláusulas que “estabelecem, em contrato de arrendamento mercantil (leasing), a exigência do pagamento antecipado do Valor Residual Garantido (VRG), sem previsão de devolução desse montante, corrigido monetariamente, se não exercida a opção de compra do bem” (15ª “cláusula abusiva”, Portaria n. 3 da Secretaria de Direito Econômico).

As matérias constantes do art. 267, IV, V e VI são de ordem pública e podem ser alegadas em qualquer momento e grau de jurisdição, podendo o magistrado conhecê-las de ofício.

A expressão “enquanto não proferida sentença de mérito” constante do art. 267, § 3º, do Código de Processo Civil, numa interpretação sistemática, deve ser interpretada como “enquanto não proferida decisão final”, pois as matérias ali expostas são de ordem pública.

Vistos, relatados e discutidos este autos de Agravo de Instrumento n. 00.019561-8, da comarca de Criciúma, em que é agravante Fibra Leasing S/A Arrendamento Mercantil, sendo agravado Aginaldo Limas Ferreira:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, conhecer do recurso para extinguir o processo de ofício, prejudicado o recurso.

Custas da lei.

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que, em sede de ação de reintegração de posse cumulada com perdas e danos proposta pela agravante Fibra Leasing S/A Arrendamento Mercantil, indeferiu o pedido de prisão civil do arrendatário, determinando o prosseguimento da ação pelo rito ordinário.

Em suas razões a autora pugnou pela reforma do decisum, requerendo fosse determinada a citação do requerido para, no prazo de cinco dias, entregar o veículo ou depositar o saldo devedor.

Sem contraminuta.

2. Julga-se, de ofício, extinto o processo principal.

2.1. Primeiramente, cumpre estabelecer que as atuais teorias contratuais baseiam-se na função social do contrato. Deixou-se a antiga e ultrapassada concepção civilista/patrimonialista do início do século, passando-se a adotar como norte a Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor. Veja-se que a própria Carta Magna, atendendo aos anseios da sociedade, fixou um novo horizonte, mais humanista e eficaz na consecução dos direitos políticos, incorporando também diversos direitos sociais. Por esses motivos ficou consignado em seu preâmbulo:

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

da na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”.

Arreda-se, de certa forma, o princípio da autonomia da vontade, tão cultuado no passado em prol da “segurança jurídica”, que inegavelmente, por se lhe ter dado um caráter sacro e inviolável, ainda tem causado, em nome da liberdade contratual, enormes desequilíbrios e injustiças flagrantes.

Clóvis Couto e Silva já ensinava que “sustentar sempre a prevalência da vontade, ainda que só a sua manifestação, ou puramente o preceito que decorre do contrato, seria uma solução que não atenderia, as mais das vezes, às situações da vida” (A obrigação como processo, São Paulo, José Bushatsky Editor, 1976, pág. 43, apud Martins, Guilherme Magalhães. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, n. 9, pág. 77).

Ademais, na grande maioria dos contratos, não se pode falar em total liberdade contratual, pois o cidadão se vê atado ao que se poderia chamar de obrigação de contratar, como é o caso dos contratos bancários, de água, luz, telefone, transporte, combustível; para citar somente os mais correntios. Daí por que Paulo Luiz Neto Lôbo assevera que “o contrato, que exercera uma função individual, segundo o ideário do liberalismo, passa por uma transformação estrutural, para atender uma função social, segundo a ideologia igualitarista” (O contrato: exigências e concepções

atuais, São Paulo, Saraiva, 1986, pág. 17).

Fica evidente, pois, que toda a base teórica e ideológica que enunciou o *pacta sunt servanda*, pregando o liberalismo (não-intervenção), e o culto do elemento volitivo, decorrente da doutrina do *laissez-faire*, deve ser repensada, em vista da função social do contrato.

Aliás, Cláudia Lima Marques evidencia esse novo estágio da "socialização da teoria contratual", cujo elemento social fica representado pela confiança, que acaba ganhando importância e significado, pois se "redescobre o papel da lei, que não será mais meramente interpretativa ou supletiva, mas cogente (veja art. 1º do CDC). A lei protegerá determinados interesses sociais e servirá como instrumento limitador do poder da vontade" (Contratos no código de defesa do consumidor, 2ª ed., São Paulo, RT, 1995, pág. 282).

Tais teorias tanto se inscreveram no cenário jurídico nacional que o Prof. Miguel Reale, quando da elaboração do Projeto de Código Civil, fez consignar como primeiro preceito relativo às obrigações contratuais que "a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato" (art. 412).

Posto isso, passa-se a analisar o contrato *sub judice*.

2.2. Trata-se de contrato de arrendamento mercantil, cujo valor residual foi diluído nas prestações, fato incontroverso.

Cumpra utilizar a lição da doutrina para chegar a um conceito de arrendamento mercantil, ou, mais popularmente, *leasing*. Arnoldo Wald diz

que é contrato pelo qual uma empresa "desejando utilizar determinado equipamento, ou um certo imóvel, consegue que uma instituição financeira adquira o referido bem, alugando-o ao interessado por prazo certo, admitindo-se que, terminado o prazo locativo, o locatário possa optar entre a devolução do bem, a renovação da locação, ou a compra pelo preço residual fixado no momento inicial do contrato" (RT 415).

Celso Benjó afirma que o *leasing* "consiste no negócio jurídico bilateral pelo qual uma das partes, necessitando utilizar um determinado bem, procura uma instituição financeira para que promova a compra do mesmo para si e, posteriormente, lhe entregue em locação, mediante uma remuneração periódica, em geral, no seu somatório, superior ao preço de aquisição. Ao final do prazo contratual, via de regra, surgem três opções para o locatário: a de tornar-se proprietário mediante o pagamento de uma quantia, a de renovar a locação por um valor inferior ao primeiro período locativo ou a de devolver a coisa locada" (Benjó, Celso. O *leasing* na sistemática jurídica nacional e internacional. *Revista Forense*, abr./jun. 1981, pág. 15).

Importante para o deslinde da questão saber se é característica básica dos contratos de *leasing* a opção final do arrendatário. No entender de Benjó parece não haver dúvidas, concordando com Fernando César Zeni, que diz ser o arrendamento "contrato pelo qual uma pessoa (hoje pode ser jurídica ou física), almejando utilizar determinado bem ou equipamento, contrata com outra pessoa o arrendamento do bem por um certo período, com opção de renovação do arrendamento

mento, devolução do bem ou compra da coisa com o pagamento de um residual" (Jornal Síntese, n. 14, abr. 1998, pág. 6).

Não é demais dizer que, conforme a doutrina do preclaro Arnaldo Rizzardo, ao depois seguida por vários juristas, em havendo a antecipação do exercício de opção antes do término do contrato, este não será de arrendamento mercantil; passará a ser considerado como de compra e venda em prestações (O leasing — arrendamento mercantil — no direito brasileiro, São Paulo, RT, 1987, pág. 61).

Portanto, pode-se afirmar que a doutrina é pacífica em proclamar que a opção de compra "deve ser exercida apenas por ocasião do término do contrato sob pena de a operação vir a ser considerada como compra e venda a prestação" (Fonseca, Priscila Maria Pereira Corrêa. O Contrato de Leasing. In Novos Contratos Empresariais, Carlos Alberto Bittar (coord.), São Paulo, RT, 1990, pág. 106).

O Superior Tribunal de Justiça, seguindo esse entendimento, tem desconfigurado o contrato de arrendamento mercantil quando o valor residual garantido é pago antecipadamente ou no decorrer do contrato. Colhem-se os seguintes acórdãos:

"A opção de compra com o pagamento do valor residual ao fim do contrato é uma característica essencial do leasing financeiro. Com esse entendimento, a Turma, prosseguindo o julgamento, por maioria, entendeu que a cobrança antecipada do valor residual, embutida na prestação mensal, desfigura o contrato, transformando-o em compra e venda a prazo"

(REsp n. 178.272—RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 18/3/99).

"O valor residual de garantia é o preço contratual estipulado para o exercício da opção de compra; sua cobrança juntamente com as parcelas mensais ou significa o pagamento antecipado dessa opção, que já foi feita e está sendo paga, ou não tem causa. Nesta última hipótese é cláusula que deve ser anulada, porque abusiva; na primeira, acarreta a descaracterização do leasing, pois na verdade se trata de compra e venda financiada" (REsp n. 243.213—RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

"A opção de compra, com pagamento do valor residual ao final do contrato, é uma das características essenciais do leasing. A cobrança antecipada dessa parcela, embutida na prestação mensal, desfigura o contrato, que passa a ser uma compra e venda a prazo (art. 5º, c, combinado com o art. 11, § 1º, da Lei n. 6.099, de 12/9/74, alterada pela Lei n. 7.132, de 26/10/83), com o desaparecimento da causa do contrato e prejuízo do arrendatário" (REsp n. 181.095, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

Nesse mesmo sentido, a colenda Terceira Câmara Civil já decidiu:

"O valor residual garantido representa o exercício da opção de compra do bem arrendado no término do prazo contratual, devendo ser exigido somente nesta ocasião.

"O seu pagamento instantâneo ou progressivo, descaracteriza o contrato para uma compra e venda a prazo, não existindo razão para que seja considerado como uma garantia à instituição financeira arrendante caso o arrendatário opte pela não aquisição

do bem no término do contrato” (Ap. Cív. n. 98.015941-5, de Gaspar, rel. Des. Silveira Lenzi. Ver, no mesmo sentido, AI n. 98.008526-8, rel. Des. Carlos Prudêncio).

Ademais, não fosse ainda a afronta ao conceito de leasing, o art. 85 do Código Civil já previra que “nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem”. Em outras palavras, se as partes negociaram visando a um contrato de compra e venda em prestações, não há como tomá-lo por contrato de leasing pelo único motivo de haver sido intitulado como tal.

J. M. Carvalho Santos consigna que “o poder interpretativo do juiz está circunscrito à obrigação de procurar esclarecer o conteúdo do negócio jurídico, tendo sempre presente que a vontade deve ser pesquisada e esclarecida em relação ao fim jurídico do ato, no qual é objetivada” (grifou-se) (Código Civil Brasileiro Interpretado. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1988, vol. II, pág. 284).

Assim, não pairam maiores dúvidas de que o contrato em apreço é contrato de compra e venda em prestações. Não se pode objetar conhecimento prévio do contratante/aderente acerca da espécie de contrato, pois mesmo que assim o fosse as modernas teorias contratuais, expostas principalmente no Código de Defesa do Consumidor, autorizam a compreensão das cláusulas da maneira mais favorável ao consumidor. Além disso, recentemente foi assinada a Portaria n. 3 da Secretaria de Direito Econômico, que consignou serem abusivas as cláusulas que: “estabeleçam, em contrato de arrendamento mercantil (lea-

sing), a exigência do pagamento antecipado do Valor Residual Garantido (VRG), sem previsão de devolução desse montante, corrigido monetariamente, se não exercida a opção de compra do bem” (in Almeida, João Batista de. A proteção jurídica do consumidor, São Paulo, Saraiva, 2000, pág. 147).

Por isso, passa-se à análise da ação de reintegração de posse, sempre tendo em vista que o negócio firmado trata de compra e venda em prestações.

2.3. Considerando-se o contrato sub examine como compra e venda em prestações, impossível falar em reintegração de posse, haja vista que o alienante sequer teve a posse indireta do bem, carecendo de interesse processual.

Luiz Rodrigues Wambier leciona que o “interesse processual está presente sempre que a parte tenha a necessidade de exercer o direito de ação para alcançar o resultado que pretende, relativamente à sua pretensão e, ainda mais, sempre que aquilo que se pede no processo (pedido) seja útil sob o aspecto jurídico” (Curso Avançado de Processo Civil, 2ª ed., São Paulo, RT, 1997, vol. I, pág. 130).

Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery salientam:

“Movendo a ação errada ou utilizando-se do procedimento incorreto, o provimento jurisdicional não lhe será útil, razão pela qual a inadequação procedimental acarreta a inexistência de interesse processual” (Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor, 3ª ed., São Paulo, RT, 1997, pág. 532).

Se a agravante firmou contrato de compra e venda em prestações, não poderia promover ação de reintegração de posse, por lhe faltar interesse processual. Em outras palavras, não poderia reintegrar-se na posse de bem de que deixara de ser possuidor no momento da tradição.

O interesse processual resta consubstanciado no binômio necessidade-adequação, pelo que Ada Pellegrini Grinover afirma:

“É uma imposição do princípio da economia processual, desdobrando-se em necessidade e adequação, o que significa, na prática, que o Estado se nega a desempenhar sua atividade jurisdicional até o final, quando o processo, no caso concreto, não é necessário e quando o provimento pedido não é adequado para atingir o escopo de atuação da vontade da lei, no caso concreto, mediante a solução da lide” (apud Rodrigo da Cunha Lima Freire. *Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir no processo civil brasileiro*, São Paulo, RT, 2000, pág. 87).

Em recente decisão, a Primeira Câmara Civil deixou consignado:

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

“Descaracterizado o contrato de arrendamento mercantil, descabida é a impetração da ação de reintegração de posse, porquanto ao alienante sequer restou a posse indireta do bem. Como corolário, impõe-se a extinção do feito, com base no art.

267, inc. VI, do CPC, em consequência da ausência do interesse em agir na modalidade adequação” (Ap. Cív. n. 97.012600-0, da Capital, rel. Des. Carlos Prudêncio, DJSC n. 10.558, 6/10/2000, pág. 23).

2.4. Pela natureza da matéria, de ordem pública, a falta de provocação da parte não impede seu conhecimento. Com efeito, dispõe o art. 267, § 3º, do Código de Processo Civil que “o juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI”.

Os princípios norteadores do Direito Processual autorizam que mesmo após proferida sentença de mérito possam as condições da ação — no caso, o interesse processual — ser apreciadas.

Em verdade, a expressão “enquanto não proferida sentença de mérito”, numa interpretação sistemática, deve ser interpretada como “enquanto não proferida decisão final”.

Egas Moniz de Aragão, acerca do preceito em estudo, ensina:

“Para os fins e efeitos do disposto nesse parágrafo, sentença de mérito é a que o definir, com caráter final, aplicando-se, portanto, o preceito do texto, também aos tribunais superiores, julgando originariamente ou em grau de recurso.

“Disso resulta que assim o juiz como o Tribunal poderão apreciar a matéria dos três incisos, se a encontrarem demonstrada nos autos, mesmo que as partes não a hajam suscitado” (Comentários ao código de processo civil, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1976, vol. II, pág. 527).

A jurisprudência não destoa de tal entendimento:

“A sentença de mérito proferida em Primeiro Grau não impede que o Tribunal conheça dessas matérias (as do art. 267, IV, V e VI) ainda que ventiladas, apenas, em fase de recurso, ou mesmo de ofício” (RSTJ 89/193, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito).

Já se concluiu que “não preclui a decisão que deixa de declarar extinto o processo, nos casos dos ns. IV, V, e VI” (RT 482/270). E ainda:

“Em se tratando de condições da ação e de pressupostos processuais, não há preclusão para o Magistrado, mesmo existindo expressa decisão a respeito, por cuidar-se de matéria indisponível, inaplicável o Enunciado 424 da Súmula/STF à matéria que deva ser apreciada de ofício”

(STJ, 4ª Turma, REsp n. 43.138—SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 19/8/97).

3. Por todo o exposto, nega-se provimento ao recurso, extinguindo-se o processo de reintegração de posse, prejudicado o recurso. Condena-se a autora ao pagamento das despesas processuais e honorários, arbitrados em 10% sobre o valor da causa.

Presidiu a sessão de julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Alcides Aguiar, e dele participou, também com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Trindade dos Santos.

Florianópolis, 8 de fevereiro de 2001.

*Pedro Manoel Abreu,
Presidente e relator.*

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 97.004828-9, DE VIDEIRA

Relator: Des. Trindade dos Santos

Dano moral — Lei de Imprensa — Decadência — Art. 56 da lei especial — Não-recepção pela Carta Magna de 1988 — Incidência das normas do Código Civil — Decisão confirmada — Insurgência recursal desacolhida.

A Carta Federal de 1988, prescrevendo a inviolabilidade da honra e da imagem das pessoas e assegurando o direito à indenização dos danos materiais e morais resultantes de sua violação, fez ascender ao mesmo patamar jurídico essas duas modalidades de dano. Assegurando a Lex Maxima, de outro lado, em um dos seus princípios mais importantes, a absoluta igualdade de todos perante a lei, revogou com isso, de forma implícita, o exíguo prazo decadencial de três meses apontado no art. 56 da Lei de Imprensa para o exercício da ação de indenização por danos morais cometidos através dos meios de comunicação. Refoge a qualquer compreensão jurídica que a Carta Política em vigor, após assegurar a igualdade de todos peran-

te a lei, admita um díspar tratamento para o dano moral praticado pela imprensa e aqueles praticados por outras formas, estes na maioria das vezes de efeitos bem menos drásticos. Bem como, e ainda, que, após erigir ambas as espécies de danos daí decorrentes — os materiais e os morais — a uma idêntica posição, admita a existência de uma gritante diferenciação entre o prazo de postulação para cada um deles, admitindo que um desses danos — o moral — sujeite-se a um prazo decadencial ínfimo em relação ao outro — dano material — cujo prazo de prescrição da respectiva ação é o ordinário previsto na lei civil.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 97.004828-9, da comarca de Videira (1ª Vara, Infância e Juventude, Registro Público), em que é agravante Rádio Videira Ltda., sendo agravada Tânia Leonor Bufon Pereira:

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

Custas na forma da lei.

Rádio Videira Ltda. interpôs recurso de agravo de instrumento contra decisão que, nos autos de indenização por danos morais contra si proposta por Tânia Leonor Bufon Pereira, desacolheu a preliminar de decadência.

Argumentou a agravante que a ação indenizatória foi proposta somente em 4 de junho de 1996, conforme carimbo apostado à fl. 2, muito embora tenha sido protocolada a petição inicial no dia 17 de maio de 1996.

Aduziu que, em tal data, já se havia operado a decadência do direito de ação por parte da agravada, vez que a transmissão do programa "Ponto de Encontro" deu-se em 20 de fevereiro de 1996, sendo que o prazo de-

cadencial findou-se em 20 de maio do mesmo ano.

Asseverou que não bastava o simples protocolo da petição inicial para que se considerasse proposta a ação. Era necessário que a agravada diligenciasse no sentido de distribuí-la, sendo que isso não se deu haja vista o não-recolhimento das custas iniciais quando da protocolização da exordial, ocasionando, assim, a distribuição a posteriori e consumando, portanto, a decadência.

Trouxe à colação ensinamentos doutrinários e jurisprudenciais.

Pugnou pela concessão de efeito suspensivo ao recurso e, ao final, pelo seu provimento.

Em despacho às fls. 67 a 69, restou deferido o almejado efeito suspensivo, determinando-se o cumprimento do disposto no artigo 527, III, do CPC.

Contra-arrazoando o recurso às fls. 78 a 81, a recorrida manifestou-se pela manutenção da decisão vergastada.

É o relatório.

Prescreve o art. 56 da Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67), in verbis:

“A ação para haver indenização por dano moral poderá ser exercida separadamente da ação para haver reparação do dano material, e sob pena de decadência deverá ser proposta dentro de 3 meses da data da publicação ou transmissão que lhe der causa”.

Por sua vez, fixa o art. 263 do Código de Processo Civil:

“Considera-se proposta a ação, tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara. A propositura da ação, todavia, só produz, quanto ao réu, os efeitos mencionados no art. 219 depois que for validamente citado”.

Examinando-se a documentação encartada nos autos, tem-se como incontroverso que a petição inicial restou protocolizada no dia 17 de maio de 1996, com a respectiva distribuição, no entanto, ocorrendo em 4 de junho do mesmo ano, data em que, por força do artigo 263 do CPC, deve ser considerada proposta a ação.

Acerca do tema leciona Antônio José de Souza Levenhagen:

“Atualmente, a ação considera-se proposta com o despacho do juiz na petição inicial, ou, se na comarca houver mais de um juiz ou mais de uma vara, com a distribuição...” (Comentários ao Código de Processo Civil, 2ª edição, São Paulo, Ed. Atlas, pág. 263).

Conclui-se, então, que:

“A ação se inicia, assim, com o ingresso em juízo através da distribuição, ou com o despacho do juiz, onde não haja serviço de distribuição” (Fadel, Sérgio Sahione. Código de Pro-

cesso Civil Comentado, vol. I, arts. 1º a 443. 4ª edição, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1981).

O douto Galeno de Lacerda complementa:

“Segundo o art. 292 do Código de 39, este fato só se concretizava com a citação do réu. O Código em vigor, porém, no art. 263, modificou o preceito. Agora, ‘considera-se proposta a ação, tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara’.

“A solução varia, pois, conforme a organização judiciária da comarca. Se não houver necessidade de distribuição, porque só um juiz competente e um só cartório, basta que o advogado ou escrivão levem a inicial a despacho direto do juiz: a propositura da ação coincide com a data desse despacho. Se houver competência cumulativa de juízes ou de escrivães, o art. 263 declara proposta a ação quando distribuída, antes do despacho” (Comentários ao Código de Processo Civil, Rio, Forense, 1990, vol. VIII, tomo I, pág. 385).

Observe-se, mais, que, no caso, o retardamento da distribuição do feito não se deveu a nenhum obstáculo administrativo criado pelo Poder Judiciário; o motivo desse retardamento, isso sim, foi o fato de a autora haver tardiamente, mais precisamente em 29/5/96, exatamente 9 dias após o aforamento da inicial, cumprido com o ônus que lhe cabia, qual seja, o pagamento das custas iniciais, como se constata de fl. 20.

O recolhimento das custas é requisito para que seja efetivada a distribuição, ato esse que não poderá ser

cumprido com o mero depósito da petição inicial em juízo.

Dessa forma preceitua o CDOJESC em seu art. 426, § 6º:

“Para efeito de igualdade de distribuição ficam os feitos classificados unicamente quanto à natureza da causa:

“(…)

“§ 6º — O ato de distribuição deverá ser precedido do preparo das custas, quando devidas” (parágrafo acrescido pelo art. 2º da LC estadual n. 85, de 30/4/93).

Em caso análogo nesta Corte, já se decidiu:

“Caso em que a vestibular foi protocolada, como simples petição, sem o adiantamento das custas.

“Ato incompleto e insatisfatório a evitar decadência. Distribuição posterior claramente intempestiva” (Ap. Cív. n. 47.167, rel. Des. Amaral e Silva).

Em que pese isso, tem-se que, no caso vertente, não se viu, ainda assim, concretizada a propalada decadência!

Acerca do instituto em questão, assinala o douto Antônio Luiz da Câmara Leal:

“A decadência se opera, automaticamente, pelo decurso do prazo extintivo e inércia do titular. Verificadas essas duas condições, a sua consumação é fatal, não admitindo causas preclusivas.

“Como dizem Planiol & Ripert, os prazos prefixos (ou decadência) diferem ainda da prescrição por não poderem ser alongados nem por uma causa de suspensão, nem por um ato

interruptivo. Nesse mesmo sentido é a lição de Coviello, Ruggiero, Barassi, Brugi, Modica e Siciliani.

“Somente o exercício efetivo do direito, dentro do termo a ele prefixado, impede a decadência.

“Em se tratando de direito cujo exercício consiste na proposição da ação judicial, isto é, tratando-se da impropriamente denominada decadência da ação, essa decadência só é impedida pelo exercício da ação, antes de esgotado o prazo extintivo” (Da Prescrição e da Decadência, Forense, 1982, pág. 112).

E prossegue o abalizado jurista:

“A decadência, sendo um fenômeno objetivo, em que elemento subjetivo não tem qualquer influência, porque não é estabelecida em atenção às pessoas, mas exclusivamente em virtude da inércia e do tempo, sem que se indague dos motivos determinantes dessa inércia, o seu prazo corre contra todos e se completa, fatalmente, no momento de sua expiração” (op. cit., pág. 113).

Resta ver, entretanto, que o simples ingresso da inicial em juízo, por implicar em ato revelador por excelência do exercício, pela agravada, do seu direito, é que delimitou, na hipótese, a quebra do prazo decadencial.

Pronunciando-se a propósito, o lapidar Pontes de Miranda deixou averbada a seguinte lição:

“A simples entrega da petição em juízo já constitui ato de exercício do direito, porque se até esse momento derradeiro a pretensão não está desmunida de ação, não se pode, sem

indisfarçável redução do prazo, dizer extinto o direito” (Tratado de Direito Privado, 3ª ed., Rio, Borsóí, 1972, tomo XLI, § 4.515).

Na mesma esteira, anota o brilhante Hélio Tornaghi:

“No momento em que o autor exerce o direito, indo a Juízo, não há mais que falar em decadência; ninguém decai de um direito que está exercido; a rigor, não é sequer o despacho ordenador da citação que faz cessar a possibilidade da decadência; é a atividade do autor” (Da Ação Renovatória, 2ª ed., Saraiva, 1981, vol. II, págs. 530 e 531).

Não fosse pelas razões assim deduzidas, outra razão estaria a impor o arredamento da aventada decadência.

A Lei de Imprensa, consignou-se, data de 1967, sendo um dos diplomas legais que encartou previsão acerca da indenização dos danos morais, estes, até então, praticamente desprotegidos pelo sistema legal pátrio.

Em 1967, assinale-se, a imprensa não se fazia presente no dia-a-dia do nosso povo com a incisividade com que atua hoje.

Justificava-se, então, o curto prazo que ela assinava para o ajuizamento de tal espécie indenizatória, em face da pouca incidência de hipóteses de dano moral passíveis de ressarcimento.

Desde então, passadas mais de três décadas, a teoria da indenização dos danos morais foi, pouco a pouco, ainda que com certa hesitação, tornando-se uma constante na esfera judicante, com o povo ficando,

dia após dia, mais consciente de seus direitos e do bem de vida de suma valia que é a moral e a dignidade do ser humano.

Assumi a indenização dos danos morais um estágio de tal porte que adquiriu ela foros de garantia constitucional, eis que expressamente prevista e protegida pela Carta Política de 1988.

Não mais se justifica, então, que os danos morais, quando praticados por divulgação por meio de jornal, rádio e televisão, fiquem atrelados, no que se refere à promoção da correspondente ação de reparação, a um prazo decadencial tão exíguo como sói ser aquele de três meses previsto na Lei de Imprensa.

Nada está a justificar que, com a força da informação, danos morais praticados por meios de comunicação, que, dada a abrangência que têm, se fazem bem mais insidiosos, bem mais intensos e divulgados, com a causação, em sendo assim, de danificações bem mais profundas na esfera moral do ofendido, tenham seus efeitos jurídicos apagados do mundo do direito acaso não exercida a ação pertinente no curto prazo previsto na Lei de Imprensa, ao passo que todas as demais espécies de danos morais, normalmente conhecidos de um grupo restrito de pessoas e não divulgados genericamente, possam ser pleiteados judicialmente no prazo de 20 (vinte) anos, posto que direito pessoal, atribuindo a lei civil a possibilidade da propositura da respectiva ação, pois, num prazo 80 (oitenta) vezes maior do que aquele apontado na legislação de imprensa.

A partir da promulgação da Lei Maior, há que se concluir, o prazo prescricional ou decadencial para a propositura de qualquer ação que tenha por cunho a indenização de danos morais é o comum apontado na Codificação Civil, ou seja, vinte anos, inclusive aqueles respaldados na Lei de Imprensa.

Em seus comentários ao art. 56 da Lei de Imprensa, o erudito Darcy Arruda Miranda, hoje, sem qualquer dúvida, o mais respeitado e acatado intérprete do referido diploma legal, proclama que, com a promulgação da Carta Federal de 1988, tal dispositivo legal viu-se destituído de eficácia.

Averba expressamente o insigne jurista:

“O art. 56 da Lei de Imprensa limita a 3 meses da data da publicação ou transmissão que lhe deu causa a ação para haver indenização por dano moral, prazo esse de decadência. Ocorre que a Constituição Federal de 1988, quando em seu art. 5º, no caput, estabeleceu a igualdade de todos perante a lei, e no inciso X, prescreveu a inviolabilidade da honra e da imagem das pessoas, também assegurou o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação, igualando os dois efeitos, sem ressalvas, revogando implicitamente o citado prazo decadencial. Nem seria compreensível um prazo tão restrito para um dado tão grave

como é o dano moral em relação ao dano material que não tem prazo. (...)” (Comentários à Lei de Imprensa, SP, RT, 2ª ed., 1994, vol. II, pág. 697).

Esse mesmo posicionamento, enfatize-se, foi adotado por esta Corte, quando do julgamento da Ap. Cív. n. 49.409, da comarca da Capital, julgamento este datado de 13 de junho de 1996, sendo relator o culto Des. Pedro Manoel Abreu.

Da jurisprudência pátria colhe-se, na mesma linha de entendimento, o acórdão assim ementado:

“Decadência — Indenização — Dano moral — Lei de Imprensa — Aplicabilidade do Código Civil e não do artigo 56 da lei especial — Decadência inócua” (JTJ 160/180).

Confirma-se, pois, a doura decisão vergastada, negando-se, em decorrência, provimento à insurgência recursal manifestada nestes autos.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Pedro Manoel Abreu e dele participou, também com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Solon d'Eça Neves.

Florianópolis, 30 de março de 2000.

*Alcides Aguiar,
Presidente para o acórdão;
Trindade dos Santos,
Relator.*

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 98.001699-1, DE TURVO**Relator: Des. Trindade dos Santos**

Ação de indenização — Acidente de circulação — Pensão mensal — Antecipação de tutela — Ganhos mensais do de cujus nem sequer comprovados — Pretensão à indisponibilidade de bens dos acionados — Impossibilidade — Decisão denegatória — Confirmação — Proposição recursal desatendida.

Pretendendo os autores da ação indenizatória decorrente de acidente de circulação a antecipação de tutela, com a fixação ab initio da pensão alimentar que pretendem ver reconhecida a final, incumbê-lhes, antes de mais nada, comprovar os rendimentos mensais do de cujus, como forma autorizatória da fixação liminar postulada. Não feita essa prova, de modo satisfatório, inviável torna-se, em sede de agravo de instrumento, a reversão do indeferimento da pretensão no âmbito a quo, com o estabelecimento da verba em sede recursal.

Não se faz possível juridicamente, em tema de tutela antecipada, decretar-se a indisponibilidade dos bens dos demandados em ação de ressarcimento de danos quando tal pretensão tem como objetivo exclusivo a garantia do resultado a ser obtido com a sentença favorável que se espera prolatada; a cognição, em hipóteses tais, diz respeito à jurisdição cautelar e não, de modo algum, à antecipação de tutela.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 98.001699-1, da comarca de Turvo, em que são agravantes Stela Candido Macarini, por si e representando os menores S. C. M. e I. C. M., sendo agravados Ademir Germano Batista e Lairton Batista:

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

Custas na forma da lei.

Cuida-se, no caso, de agravo de instrumento interposto por Stela

Candido Macarini e pelos menores S. C. M. e I. C. M., inconformados com a decisão de indeferimento do pedido de tutela antecipatória feito nos autos da ação de indenização por eles promovida contra Ademir Germano Batista e Lairton Batista, decorrente o ressarcimento pretendido de acidente automobilístico em que faleceu o marido e pai dos agravantes, sendo os supostos responsáveis pelo sinistro e pelo pagamento da pensão objetivada os demandados e agravados.

Pela via da antecipação de tutela, pretenderam os recorrentes ver fixado de imediato o valor dos alimen-

tos mensais necessários para a sua manutenção.

Asseveraram que ingressaram com ação de indenização na qual pretendem a condenação dos agravados ao pagamento dos danos materiais e morais, com a fixação de uma pensão mensal de 2/3 dos ganhos do falecido, desde a época dos fatos e até a data em que completasse ele a idade de 65 anos, com a prestação de garantias para o pagamento das mensalidades futuras e despesas de funeral, requerendo, ao final, tutela antecipada para que fosse, desde a data do ajuizamento da ação, deferido o pagamento da pensão mensal proposta, a título de alimentos indenizatórios, quantum esse correspondente a R\$ 1.755,00.

Acrescentaram, outrossim, ter sido evidente equívoco do Magistrado singular indeferir o pleito antecipatório sustentado na assertiva de tratar-se, no caso, de tutela cautelar e não antecipatória.

Após discorrerem acerca dos requisitos para concessão da tutela antecipatória, requereram a reforma da decisão, para determinar-se o pagamento de pensão mensal equivalente a 2/3 da renda que a vítima percebia, a título de alimentos indenizatórios, no valor atual de R\$ 1.755,00, bem como o deferimento de tutela para que sejam tornados indisponíveis os bens de propriedade dos requeridos, no montante suficiente ao pagamento de eventual condenação, pleiteando efeito suspensivo ao agravo.

Negado o efeito suspensivo reclamado, diante da impossibilidade de transformação da decisão denegatória em concessória da tutela antecipada, os recorridos, em que pese intima-

dos nos termos do art. 527, III, do CPC, não produziram resposta.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, pelo parecer de fls. 110 a 112, opinou pelo desprovemento da insurgência recursal manifestada pelos agravantes.

É o relatório.

Alvo da proposição recursal externada neste agravo de instrumento é a reforma da decisão que, em autos de ação de indenização por danos decorrentes de sinistro automobilístico, indeferiu pedido de antecipação de tutela formulado pelos autores.

Pretenderam os recorrentes, ressalte-se, em sede de tutela antecipada, fosse fixada em favor deles, ab initio, uma pensão mensal correspondente a 2/3 dos ganhos do de cujus, tornados, de outro lado, indisponíveis os bens dos agravados, em montante suficiente à garantia do principal pleiteado e das parcelas vincendas.

Improsperável o pleito recursal deduzido pelos agravantes!

Nos termos do art. 525 do nosso Código de Processo Civil, encontra-se assinalado expressamente que:

“A petição de agravo de instrumento será instruída:

“I — obrigatoriamente, com cópias da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado;

“II — facultativamente, com outras peças que o agravante entender úteis”.

Destarte, a par de trazer aos autos as peças obrigatórias à instrução do agravo de instrumento, deverá o agravante, também, juntar as peças

facultativas que entenda necessárias à elucidação da questão.

Saliente-se, desde logo, que os ora agravantes deixaram de acostar aos autos a comprovação dos vencimentos auferidos pela vítima do acidente, para que, de posse desses documentos, pudessem ser analisados seus ganhos mensais e a veracidade da afirmação feita de que 2/3 deles equivaleriam ao importe de R\$ 1.755,00.

Aponte-se que as declarações de fls. 81 e 82, em que pese indiquem o quanto vendeu o de cujus no ano de 1997, não demonstram o quanto vale cada saca de arroz em casca vendida, para que, dessa forma e com tal comprovação, fosse possível a estipulação de seus ganhos mensais, bem como por tal documento não se pode afirmar que o falecido era o proprietário das sacas de arroz, ou se estava atuando na qualidade de procurador.

Assim, não providenciada a juntada de documentos importantes para elucidação da questão, o presente agravo de instrumento não deveria sequer ser conhecido por ausência de regularidade formal.

É esse o entendimento esposado pelos brilhantes Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, quando expõem:

"A juntada das peças facultativas também está a cargo da parte, incumbindo-lhe juntar aquelas que entenda importantes para o deslinde da questão objeto do agravo, ainda que seja documento novo, que não conste dos autos (Bermudes, Reforma, 89). Caso não seja possível ao tribunal compreender a controvérsia, por au-

sência de peça de juntada facultativa, o agravo não deverá ser conhecido por irregularidade formal (Nery, Recursos, 323). Não é mais dada ao tribunal a faculdade de converter o julgamento em diligência para melhor instruir o agravo, como se previa na redação revogada ao CPC 557. Alterado este dispositivo sem repetir a possibilidade de conversão em diligência, não mais se admite esse expediente" (Código de Processo Civil Comentado, 3ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, 1997, pág. 768).

De outro vértice, assinale-se que, no referente ao pleito de indisponibilidade dos bens de propriedade dos requeridos, total é o seu descabimento no caso sub examine.

Isso porque pretenderam os agravantes obter essa indisponibilidade de bens para assegurar o resultado útil da ação, no que corresponde às prestações alimentares vincendas, em forma de tutela antecipada.

Entretanto, tratando-se de pretensão de natureza meramente assecuratória do cumprimento dos termos da sentença que esperam os agravantes lhes seja favorável, o juízo próprio para a dirimição da questão seria, indubitavelmente, o cautelar.

Os já citados Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, a propósito, observam:

"A tutela antecipada dos efeitos da sentença de mérito não é tutela cautelar, porque não se limita a assegurar o resultado prático do processo, nem a assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado pelo autor, mas tem por objeto conceder, de forma antecipada, o próprio provimento jurisdicional pleiteado ou seus efeitos.

Ainda que fundada na urgência (CPC 273, I), não tem natureza cautelar, pois sua finalidade precípua é adiantar os efeitos da tutela de mérito, de sorte a propiciar sua imediata execução, objeto que não se confunde com o da medida cautelar (assegurar o resultado útil do processo de conhecimento ou de execução ou, ainda, a viabilidade do direito afirmado pelo autor)" (ob. cit., pág. 546).

Neste contexto, a tutela cautelar visa a assegurar os efeitos práticos da sentença condenatória ou a viabilidade do direito afirmado pelo autor, sendo esta, mesmo, a sua função específica.

Ao pleitear a indisponibilidade dos bens dos agravados, os recorrentes, entretanto, fizeram-no para que, findo o processo de conhecimento, possam os bens tornados indisponíveis garantir o cumprimento integral do julgado singular, evitando, assim, que haja a frustração da ação indenizatória.

Entretanto, para tal finalidade existe regra legal específica, qual seja, a encartada no art. 602, caput, do Dígesto Processual Civil, que determina, no caso do acolhimento de ação de indenização, em que sejam os demandados condenados ao pagamento de prestações vincendas, que eles constituam capital cujos rendimentos assegurem o cabal atendimento da obrigação.

Salienta, acerca do tema, o douto Araken de Assis:

"Consoante dispõe o art. 602, caput, a procedência da ação reparatória importará a condenação do réu a

constituir um capital, cuja renda assegurará o cumprimento da obrigação, representado por imóvel ou títulos da dívida pública (art. 602, §1º). Esta é a regra fundamental da disposição, que, todavia, visa ao recebimento das prestações vincendas, porque as vencidas, e respectivos acessórios, se mostram imediatamente exequíveis" (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. VI, Ed. Forense, RJ, 1999, pág. 268).

Ora, o pleito inserido na ação principal é de indenização decorrente do sinistro de circulação e não a indisponibilidade dos bens, sendo esta, apenas, conseqüência do pedido formulado; e, como tal, não se pode sujeitar à antecipação da tutela, mas sim à tutela cautelar, como comentado, pois a regra estabelecida pelo artigo 602 do CPC pretende, com exclusividade, garantir o resultado decorrente do êxito da demanda indenizatória.

À vista do exposto, nega-se provimento ao pleito recursal encerrado nestes autos.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Pedro Manoel Abreu, dele participando, igualmente com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Solon d'Eça Neves. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Jobél Braga de Araújo.

Florianópolis, 22 de março de 2000.

Alcides Aguiar,
Presidente para o acórdão;
Trindade dos Santos,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.015401-7, DA CAPITAL**Relator: Des. Trindade dos Santos**

Mandado de segurança — Microempresa — Enquadramento — Incidência do óbice apontado no art. 3º, inciso IV, letra b, da Lei Estadual n. 9.830, de 16/2/95 — Ausência de direito líquido e certo — Liminar denegada — Incensurabilidade — Agravo de instrumento desatendido.

Empresa comercial que tem a integrar seus quadros societários esposa de co-proprietário de firma comercial classificada como microempresa não tem direito líquido e certo a obter idêntico benefício. Ainda mais quando ambas as empresas têm iguais objetivos industriais e comerciais, abrangida a hipótese, pois, pela Lei Estadual n. 9.830, de 16/2/95, que, em seu art. 3º, inciso IV, alínea b, veda a catalogação, como microempresa, de sociedade comercial cujo capital seja detido por cônjuge de quem, em outra empresa, detenha mais de 5% (cinco por cento) do respectivo capital social.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 99.015401-7, da comarca da Capital (Vara da Fazenda — 2º Cartório), em que é agravante Vasata Indústria e Comércio de Móveis Ltda., sendo agravado o Gerente Regional da Secretaria da Fazenda do Estado de Santa Catarina:

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

Custas de lei.

Vasata Indústria e Comércio de Móveis Ltda. ingressou com agravo de instrumento, combatendo o despacho exarado nos autos do Mandado de Segurança n. 23.99042488-2, por ela impetrado contra o Gerente Regional da Secretaria da Fazenda do Estado de Santa Catarina, que indeferiu a liminar pugna para o enquadramen-

to da agravante como microempresa, ao argumento da falta de preenchimento dos requisitos para a sua concessão (art. 7º, II, LMS).

Isso porquanto, nos termos do despacho profligado, o esposo de sócia integra empresa do mesmo ramo, já enquadrada como microempresa.

Asseverou a recorrente ser ela empresa regularmente constituída, sendo que, em razão do seu faturamento mensal, requereu à Gerência Regional da Secretaria da Fazenda do Estado de Santa Catarina o seu enquadramento como microempresa, a fim de gozar dos benefícios correspondentes, pedido esse que foi negado pela mesma razão do indeferimento da liminar.

Afirmou que, no entanto, trata-se de empresas distintas, acrescentando que a autoridade impetrada baseou-se no art. 3º do Anexo II do

Regulamento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias (RICMS) para negar a pretensão deduzida, dispositivo esse que, no entanto, fere princípios constitucionais, como os constantes nos arts. 5º, 3º, I, e 170, da Carta Magna.

Requeru a atribuição de efeito suspensivo ativo ao recurso em tela, com o seu provimento ao ensejo do julgamento final.

Pelo despacho de fls. 25 e 26, o pedido inicial foi negado.

Intimado, o Estado de Santa Catarina apresentou contra-razões, aduzindo a falta de relevância dos motivos para a concessão da liminar, pois o enquadramento vedado pelo impetrado foi consubstanciado no Anexo IV, art. 3º, IV, b, do RICMS, uma vez que a empresa agravante aparenta ser uma ramificação da empresa da qual o marido de uma das suas integrantes é sócio.

Disse inexistir qualquer afronta aos dispositivos constitucionais invocados, pois se concedidas as vantagens pugnadas, aí sim, estaria sendo obliterado o princípio constitucional da isonomia.

Reporta-se, ainda, à ausência do requisito do *periculum in mora*, pois, se acaso julgado procedente a final o *mandamus*, poderá a agravante pleitear a restituição de todos os valores julgados indevidos.

Aponta que a constituição de duas empresas distintas por cônjuges, atuando na mesma atividade comercial, deixa claro o uso de artifício visando a driblar a legislação fiscal, apenas para usufruir dos benefícios concedidos às microempresas.

Requeru o desprovimento do recurso, dizendo que as restrições do art. 3º do Anexo IV do RICMS impõem-se em virtude do interesse público e do princípio da livre concorrência, que poderiam restar prejudicados pela concessão de vantagens excessivas.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo não provimento do recurso (fls. 41 a 43).

É o relatório.

A insurgência recursal pronunciada pela empresa agravante não está, com efeito, a merecer agasalhamento nesta Instância.

Impetrou ela, resta ver, mandado de segurança no primeiro grau de jurisdição tendo como objetivo ver garantido, liminarmente, o seu enquadramento como microempresa, posto que o requerimento administrativamente formulado tivera solução negativa.

Na ação mandamental proposta, de idêntica forma, não foi a aqui agravante agraciada com a liminar pretendida, por entender a autoridade judiciária esbarrar a pretensão deduzida nas disposições do art. 3º, IV, a, do Anexo IV do RICMS (Regulamento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias).

E o indeferimento da segurança liminarmente, ao inverso do pretendido pela empresa agravante, foi, *prima facie*, correto, impondo-se, por isso mesmo, prevalecente!

A agravante, Vasata Indústria e Comércio de Móveis Ltda., pelo que expõe o despacho agravado, com reafirmação na resposta produzida pela autoridade agravada, conta com duas

proprietárias — Mary Lucia Vasata e Gloria Fontana Casarotto —, explorando a empresa o ramo de industrialização e o comércio de artefatos de madeiras em geral, inclusive móveis sob medida.

Por outro lado, a sócia Gloria Fontana Casarotto é casada com Cesar Augusto Casarotto, o qual é proprietário da microempresa “Sob Medida Casarotto”, cuja atividade principal é a fabricação de móveis de madeira, inclusive sob medida, ou seja, a mesma atividade desenvolvida pela agravante, o que induz a suspeitas sérias quanto a ser a postulante recursal uma ramificação da empresa do qual é sócio Cesar Augusto Casarotto.

In verbis, preceitua o art. 3º do Anexo XII do Regulamento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias:

“Não se inclui no regime previsto neste anexo:

“IV – a sociedade comercial de cujo capital participe:

“b) sócio ou acionista de outra sociedade comercial, filhos menores ou seu cônjuge, ressalvada a participação de até 5% (cinco por cento)”.

É de clareza solar o texto legal em apreço, portanto, a não admitir que, na situação ventilada nos autos, ou seja, de constituição de duas empresas distintas por cônjuges, atuando na mesma atividade comercial, sejam ambas enquadradas como microempresas, usufruindo dos benefícios concedidos a esta categoria de empresa, sob pena de ofensa ao interesse público.

A hipótese em comento retrata caso específico de exceção às regras

da Lei n. 9.830, de 16 de fevereiro de 1995, a qual dispõe sobre o tratamento diferenciado e simplificado que deverá ser conferido às microempresas e às empresas de pequeno porte no campo do Imposto sobre Circulação de Mercadorias, e, como exceção que é, impõe-se observada, posto que a burla que poderá advir do não respeito à refalada exceção implicará, certamente, em violação do princípio da isonomia, com evidente prejuízo aos cofres públicos.

A hipótese já foi submetida ao exame deste Pretório, consoante se tem do precedente assim ementado:

“Apelação cível — Mandado de segurança — Indeferimento pelo Fisco Estadual de pedido de inscrição no cadastro de contribuintes do ICMS — Impossibilidade — Sócio quotista que é sócio de outra empresa classificada como microempresa — Vedação do artigo 3º, inciso IV, alínea b, da Lei Estadual n. 9.830, de 16/2/95 — Segurança denegada — Recurso desprovido” (ACMS n. 96.005440-5, de Criciúma, rel. Des. Solon d’Eça Neves).

Em hipótese bastante similar à destes autos recursais, enfatizou o colendo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

“Tributário — ICMS — Microempresa — Enquadramento.

“É condição de enquadramento como microempresário, para efeitos de controle simplificado relativo ao ICMS, não participar o sócio, seu cônjuge ou filhos menores, ou, ainda, o cônjuge ou filhos menores do titular de firma individual, no ano-base, com mais de 5% do capital de outra empresa” (Ap. Cív. n. 598.406.197, de Ca-

choeirinha, 2ª C. Civ., j. 9/6/99, rel. Des. Arno Werlang).

Inexistente, portanto, qualquer ofensa a direito líquido e certo da impetrante, eis que diante do texto legal não há como se antever qualquer ilegalidade ou arbitrariedade no ato administrativo que obstou o enquadramento da agravante como microempresa, assim não ocorrendo igualmente com relação à decisão denegatória de liminar exarada nos autos do mandado de segurança em referência.

O festejado administrativista Hely Lopes Meirelles, com o brilhantismo que lhe foi sempre característico, deixou explicado:

“Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante”.

Linhas depois asseverou:

“Quando a lei alude a direito líquido e certo está exigindo que esse

direito se apresente com todos os requisitos para o seu reconhecimento e o seu exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano” (Mandado de Segurança e Ação Popular, pág.15).

À vista do exposto, pois, nega-se provimento ao agravo de instrumento aqui sob enfoque.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Solon D’Eça Neves, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Áttila Antônio Rothsahl.

Florianópolis, 30 de março de 2000.

Alcides Aguiar,
Presidente com voto;
Trindade dos Santos,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.020351-4, DE IBIRAMA

Relator: Des. Trindade dos Santos

Posse — Manutenção — Requisitos integrados — Turbadores desconhecidos — Proteção liminar por isso negada — Decisão insubsistente — Agravo de instrumento acolhido.

A simples circunstância de serem desconhecidos os turbadores da posse do autor de interdito de manutenção não se erige, uma vez reunidos todos os pressupostos legais, como fator impeditivo da outorga da proteção interdital in initio litis, a que faz ele jus. Nessa hipótese, a proteção possessória impõe-se deferida, com a angularização processual formando-se via de citação, na sua forma editalícia, dos réus incertos e desconhecidos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 99.020351-4, da comarca de Ibirama, em que é agravante Manoel Marchetti Indústria e Comércio Ltda.:

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

Custas ex lege.

Insurgiu-se a empresa Manoel Marchetti Indústria e Comércio Ltda., via agravo de instrumento, contra a decisão que, nos autos da ação de manutenção de posse por ela promovida contra invasores diversos e incertos de área de sua propriedade, indeferiu, após audiência justificatória, a medida liminar requerida.

Alegou a recorrente ter ajuizado referida ação possessória com o intuito de ver paralisados os diversos furtos de madeira, decorrentes de invasões, realizadas por pessoas estranhas, ocorridas nos lotes de terras ns. 2.013, 2.014, 2.015, 2.016 e 2.017, na linha Ribeirão-Ípê, Distrito de José Boiteux.

Buscou amparo no art. 5º, XXII, da Constituição Federal, no art. 524 do Código Civil e no art. 927 do Código de Processo Civil, relatando que as provas trazidas aos autos demonstram estarem preenchidos os requisitos para a concessão da proteção liminar pleiteada, quais sejam, a posse da autora sobre os imóveis turbados e a prática da turbação, por pessoas não identificadas, a menos de ano e dia.

Sustentou que a decisão, se não reformada, causar-lhe-á inúmeros prejuízos, haja vista os furtos de madeira que estão ocorrendo, e, ainda,

pelo fato de a agravante ser a única responsável pelo corte de árvores perante o Ibama.

Requeru a agravante, in terminis, a atribuição de efeito suspensivo, determinando-se a expedição do competente mandado liminar de manutenção de posse em seu favor, nos termos do art. 928 do CPC, e, posteriormente, a reforma definitiva da decisão impugnada.

O efeito suspensivo pugnado restou negado às fls. 59 a 61.

É o relatório.

Agasalhamento está a merecer a súplica recursal endereçada a este Sodalício pela agravante e autora da ação de manutenção de posse.

O recurso sob enfoque tem como alvo, ressalte-se, a decisão monocrática que, nos autos da ação possessória deflagrada pela agravante, indeferiu a proteção clamada liminarmente, após a realização de audiência justificatória, sob o argumento de que seria inócua a expedição de qualquer mandado para a manutenção de posse, uma vez que os turbadores não foram identificados, cabendo à autora, na qualidade de posseira e proprietária, manter-se na posse do imóvel por sua própria força, conforme dispõe o art. 502 do Código Civil.

Primeiramente, cumpre salientar que nas demandas possessórias, muitas vezes, o autor não tem como indicar, de início, quem esbulhou ou turbou a posse do seu imóvel.

Em hipóteses tais, a ação ainda assim é viável juridicamente, operando-se a citação dos réus desconhecidos ou incertos na sua forma editalícia, consoante recomenda o nosso

Código de Processo Civil, em seu art. 231, I, no qual vem disposto que:

“Far-se-á citação por edital:

“I — quando desconhecido ou incerto o réu”.

Acerca do assunto já enunciou este Tribunal de Justiça:

“Ação de reintegração de posse. Não indicação dos réus na exordial. Fato que não impede o conhecimento da actio.

“Apesar de o art. 282, II, do Código de Processo Civil, indicar como um dos requisitos da petição inaugural a qualificação dos réus, tal preceito pode ser relevado, de início, quando se tratar de ação possessória, pois, não raras vezes, em causas desta natureza, o autor não tem meios de indicar, desde logo, quem esbulhou ou turbou seu bem” (AI n. 8.112, de São Bento do Sul, rel. Des. Paulo Gallotti).

No mesmo sentido, colhe-se da jurisprudência de outros tribunais pátrios que:

“Embora a indicação dos nomes e qualificação dos réus constitua requisito indispensável da petição inicial, é possível a admissão e o processamento da reintegratória, omissa a respeito, sendo os réus desconhecidos ou incertos e chamados por edital” (JTARS 69/350).

“Possessória — Reintegração de posse — Identificação impossível dos requeridos — Requisito superado com a menção de ‘réus desconhecidos, invasores de casas descritas na inicial’.

“Tendo em vista a impossibilidade de identificação dos réus, invasores de casas, é de se dar prosseguimento ao feito com a menção de que

eles são invasores, descrevendo-se as unidades ocupadas” (RT 600/116).

O brilhante jurista Humberto Theodoro Júnior, em seus comentários ao art. 231 do Digesto Procedimental Civil, consignou:

“Hipótese que, também, autoriza a citação editalícia é a das possesórias contra invasores de terras, quando o autor da ação não tem possibilidade de identificar os esbulhadores” (Código de Processo Civil Anotado, 4 ed., Forense, 1998, pág. 102).

A respeito da matéria, colaciona o mesmo processualista o julgado assim ementado:

“Ação de reintegração de posse. Terceiros desconhecidos e incertos. Citação por edital. Art. 231, I, do CPC. Possibilidade. Quando são muitos os réus e impossível a indicação no pedido inicial de seus nomes e respectiva qualificação, é permitido ao autor não decliná-los em razão da impossibilidade, procedendo-se à citação por edital, nos termos do art. 231, I, do CPC. Se assim não se procedesse, estar-se-ia inviabilizando os princípios constitucionais que asseguram o direito à prestação jurisdicional e à propriedade. O procedimento não ofende o princípio do contraditório e da ampla defesa, eis que, caso os terceiros desconhecidos fiquem revéis, ser-lhes-á dado curador especial, a teor do art. 9º, II, do CPC” (TAMG, 7ª Câm. Civ., j. 21/9/95, no EI na Apel. n. 184.592-5/01, rel. Des. Lauro Bracarense).

In casu, a autora ajuizou ação de manutenção de posse com cominação de pena contra diversos e incertos invasores do imóvel de sua propriedade, os quais estariam turbando

sua posse mansa e pacífica pelo furto de madeiras nativas e reflorestadas existentes no bem em referência.

E o fato de a autora não ter condições de indicar, desde logo, os nomes e a qualificação daqueles que estariam a cometer os atos de turbação não pode constituir fundamento para o indeferimento da medida liminar, sob pena de ferir o princípio constitucional do direito à prestação jurisdicional, quando presente encontra-se a efetividade da turbação denunciada, datando ela de menos de ano e dia, o que, nos termos da lei, assegura à proprietária e possuidora a proteção judicial buscada.

De outro lado, sabe-se que nas ações possessórias cinge-se o julgador a um exame perfunctório dos pressupostos autorizatórios da concessão das liminares pleiteadas, não lhe sendo exigido um maior aprofundamento no exame da prova que lhe é apresentada.

O mérito do pedido em si escapa ao âmbito das liminares e, pois, do próprio agravo de instrumento que lhes ataca a concessão ou a não-concessão, uma vez que o seu solucionamento é relegado, sempre, à sentença final.

Na hipótese dos autos, prima facie, os pressupostos da concessão initio litis fazem-se presentes, uma vez que as testemunhas ouvidas na audiência prévia de justificação foram categóricas na confirmação dos fatos narrados na exordial.

Portanto, dentro das características de cognição sumária e provisória que comandam a concessão das liminares protetivas da posse, o pres-

suposto em questão restou suficientemente delineado.

Acerca do tema, observa o preclaro Adroaldo Furtado Fabrício:

“Superficialidade da cognição e prova — Não é de exigir-se prova cabal, completa e irretorquível dos requisitos alinhados no artigo. Trata-se — não é demasia repetir — de cognição incompleta, destinada a um convencimento superficial e a orientar uma decisão de caráter eminentemente provisório. Não se poderia exigir, para uma provisão judicial destinada à duração não maior que a do processo, o mesmo grande convencimento necessário ao julgamento definitivo do mérito”.

Linhas adiante, ressalta o insigne jurista:

“Relativo arbítrio do Juiz — É freqüente a referência dos julgados à ‘grande autonomia’ ou ‘largo arbítrio’ do juiz no exame e avaliação dos documentos produzidos com a inicial. É necessário certo cuidado em tal matéria.

“Certo, trata-se de cognição sumária e de convencimento provisório, e por isso se justifica que o juiz seja menos exigente do que ao examinar o material probatório com vistas ao julgamento definitivo. Mas isso não envolve verdadeiro arbítrio judicial: rege, também aqui, o princípio segundo o qual o convencimento judicial é livre, mas necessariamente racional.

“A decisão em causa, que visa assegurar, quanto possível, já no curso do processo, a observância do quieto non movere, pode envolver enormes repercussões econômicas e sociais, e disso há de estar consciente o juiz ao proferi-la. Arbítrio só pode haver aí se tomada a palavra no senti-

do (impróprio) de maior liberdade que a usual na avaliação dos elementos de prova. 'Devidamente instruída' significa ilustrada suficientemente para, pelo menos, convencer o juiz da plausibilidade do alegado pelo autor" (Comentários ao Código de Processo Civil, Rio, Forense, 1993, vol. VIII, Tomo III, págs. 325 a 327).

Têm frisado, outrossim, os Tribunais pátrios:

"Para fins de concessão de liminar em ações possessórias, deve o juiz contentar-se com a apreciação superficial das provas, como é próprio dos juízos provisórios. Conquanto não se cuide de ato discricionário, é bastante, para a concessão da liminar, a plausibilidade do direito alegado" (JTACivSP 109/288).

Perfilhando idêntico entendimento, vem proclamando esta Corte:

"Ação de reintegração de posse. Liminar. Prova. Art. 927 do CPC. Pressupostos presentes. Recurso provido.

"A prova necessária ao deferimento de liminar em ação possessória é aquela superficial, demonstrando a plausibilidade do pedido e o esbulho praticado há menos de ano e dia, avaliada pelo prudente arbítrio do magistrado" (AI n. 9.192, da Capital, rel. Des. Paulo Gallotti).

"O agravo não é o foro adequado para a discussão do mérito do pedido, porquanto o recurso está limitado ao exame do acerto ou desacerto da decisão recorrida" (AI n. 9.248, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

Da mesma forma, no acórdão correspondente ao Agravo de Instru-

mento n. 97.006824-7, da comarca de Fraiburgo, dissemos:

"Imbuídas de cunho de provisoriedade e, pois, de superficialidade, as liminares possessórias, desvinculando-se do resultado final da ação, não estão a exigir, para a respectiva concessão, prova inequívoca acerca de seus pressupostos. A prova, ainda que superficial, autoriza a outorga da liminar, quando, colhida sob os auspícios do contraditório, fornece subsídios suficientes acerca da integração dos requisitos do art. 927 do CPC".

Ainda da nossa lavra o seguinte precedente:

"Prolatadas à sombra de um juízo de provisoriedade e, portanto, de superficialidade, as liminares possessórias, sem qualquer vinculação com a solução final do feito, imprescindem, para a respectiva concessão, de prova inequívoca acerca de seus pressupostos. Assim, a prova, ainda que superficial, autoriza a concessão da liminar, sempre que, produzida com obediência ao princípio do contraditório, forneça elementos suficientes acerca da integração dos pressupostos do art. 927 do CPC" (AI n. 96.011840-3, de Imbituba).

Ainda porque não se pode olvidar:

"O despacho que concede liminarmente a manutenção de posse circunscreve-se a uma cognição sumária, sem foro de efetividade, provisória, portanto. Justifica-se, por isso, que o juiz, ao examinar o material probatório inicial, seja menos exigente que ao julgar definitivamente o pedido" (AI n. 1.813, de São Bento do Sul, rel. Des. Aluizio Blasi).

Diante das razões assim colocadas é que se empresta provimento à irresignação recursal interposta, deferindo-se em favor da postulante a proteção possessória pretendida, com a determinação da expedição do competente mandado liminar de manutenção de posse.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Solon d'Eça Neves.

Florianópolis, 30 de março de 2000.

Alcides Aguiar;
Presidente com voto;
Trindade dos Santos,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 00.001690-0, DE JARAGUÁ DO SUL

Relator: Des. Cláudio Barreto Dutra

Agravo de instrumento. Dissolução de sociedade comercial. Falência. Exclusão de sócios. Acordo formalizado após a decretação da quebra. Suspensão do feito (CPC, artigo 265, inciso IV, alínea a) enquanto pendente o processo falencial. Obrigações extensivas a todos os sócios. Homologação. Protraiamento. Decisão acertada. Desprovimento do reclamo.

I — Relatório

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 00.001690-0, da comarca de Jaraguá do Sul (1ª Vara da Infância, Juventude e Registros Públicos), em que são agravantes Miguel Antônio Negretto e Alexandre César Negretto, sendo agravados Discariol Comércio e Distribuidora de Bebidas Ltda., João Vergínio Vicente e Andrei Fagundes:

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

Custas na forma da lei.

Agravo de instrumento interposto por Miguel Antônio Negretto e Alexandre César Negretto contra a decisão proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara da comarca de Jaraguá do Sul que, nos autos da ação de Dissolução de Sociedade n. 036.98.000671-1, promovida contra Discariol Comércio e Distribuidora de Bebidas Ltda., João Vergínio Vicente e Andrei Fagundes, determinou a suspensão do curso da demanda “pelo prazo máximo de 1 (um) ano (CPC, art. 265, § 5º)” (fls. 27), bem como deixou de homologar o acordo celebrado entre as partes relativamente à extinção da sociedade, em face da decretação da falência da empresa (fls. 25).

Alegaram que o primeiro agravante jamais exerceu qualquer função de gerência pelo fato de residir na cidade de Itu—SP, e que a empresa era administrada pelos agravados de forma exclusiva quando da abertura do pedido de concordata.

Mais adiante acrescentaram que os agravados agiram em desacordo com os objetivos sociais e com abuso de poder e que anteriormente postularam, sem êxito, sua retirada da sociedade, tendo sido recusada pelos outros sócios, detentores de 55% do capital.

Teceram farta argumentação acerca do processamento da ação ordinária que propuseram no intuito de dissolver a sociedade, asseverando que a falência da empresa não representa empeco para a homologação do acordo formalizado com os outros dois sócios, ora agravados.

Disseram também que no caso sub judice, cuidando-se de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, a responsabilização dos sócios e de seus patrimônios com as dívidas da massa depende da verificação de dolo ou gestão ruínosa, e que o pedido de dissolução parcial foi ajuizado muito antes da decretação da falência, fazendo presumir que agiram com isenção.

Transcreveram trechos do acórdão e da decisão agravada, dizendo sem razão o Magistrado ante a inexistência de incompatibilidade entre a retirada de sócios e a falência da empresa, e defendendo a reforma com base, também, nos demais argumentos.

Anexaram farta documentação e a prova do preparo, não tendo havido postulação de liminar.

Na fase do artigo 527, inciso III, do Código de Processo Civil, os agravados silenciaram, sendo os autos remetidos à Procuradoria-Geral de Justiça que se pronunciou no sentido da manutenção do despacho.

É o relatório.

II — Voto

Os agravantes, sócios da empresa Discariol Comércio e Distribuidora de Bebidas Ltda., propuseram a dissolução parcial da sociedade, firmada com João Vergínio Vicente e Andrei Fagundes, no intuito de dela se retirarem sob o argumento de que estes teriam agido com abuso de poder e em desacordo com os objetivos societários (fls. 28/43).

Em junho de 1998 (dois meses antes do ajuizamento da ação), a empresa formulou pedido de Concordata Preventiva Dilatória (fls. 55/58) que, não obstante deferida (fls. 241/243), foi convertida em falência em 22/12/98, por solicitação da própria interessada (fls. 298/300).

As fls. 304/306 consta o acordo no qual os agravados reconhecem que os agravantes jamais praticaram atos de gerência na sociedade, anuindo que dela fossem excluídos e que a respeito fossem informados os órgãos pertinentes. A petição foi protocolada em 7/7/99 e, após a manifestação do Ministério Público, o Juiz a quo profereu a decisão objurgada.

Diz o artigo 265 do Código de Processo Civil que “suspende-se o processo: IV — quando a sentença de mérito: a) depender do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência da relação jurí-

dica, que constitua o objeto principal de outro processo pendente”.

Embora a dissolução parcial da sociedade tenha sido ajustada entre os sócios, concordando, os remanescentes, com a exclusão dos agravantes, isentando-os de eventuais responsabilidades, o fato de nesse ínterim ter a empresa requerido a própria falência constitui óbice à homologação do acordo.

Primeiro, porque “os sócios solidária e ilimitadamente responsáveis pelas obrigações sociais não são atingidos pela falência da sociedade, mas ficam sujeitos aos demais efeitos jurídicos que a sentença declaratória produza em relação à sociedade falida. Aos mesmos sócios, na falta de disposição especial desta lei, são extensivos todos os direitos e, sob as mesmas penas, todas as obrigações que cabem ao devedor ou falido” (Decreto-Lei n. 7.661, de 21/6/45, artigo 5º) e os agravantes detinham esta condição na sociedade quando a concordata foi ajuizada, ainda que a conversão em falência tenha ocorrido depois de reclamada a dissolução parcial.

Em segundo lugar, porque a cláusula terceira do contrato social é expressa:

“Alteração da gerência e uso do nome comercial: A gerência da sociedade passará a ser exercida pelos sócios João Vergínio Vicente, Miguel Antonio Negretto e Andrei Fagundes, que se incumbirão de todas as operações, e representarão a empresa ativa e passiva, judicial e extrajudicialmente, usando do nome comercial sempre em conjunto ou no mínimo de duas assinaturas em todos os casos, ficando vedado o seu uso em assuntos

alheios aos interesses da própria sociedade, podendo entretanto constituir procurador(es) ad iudicia e ad negotia que os representem” (fls. 71, sem grifo no original).

E conforme assinalou o Magistrado a fls. 26, “embora os administradores não respondam pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade em virtude de atos regulares de gestão, respondem pelos atos praticados, dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo, ou com violação da lei ou do estatuto, à norma do art. 158 da Lei n. 6.404/76. Igualmente, os sócios-gerentes das sociedades limitadas ou que derem o nome à firma não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do contrato ou da lei, nos termos do art. 10 do Decreto n. 3.708 de 10/1/19” (Wilson Campos de Souza Batalha, ob. cit., pág. 125).

Tendo em vista que, apesar de eximidos de toda e qualquer responsabilidade, não é possível concluir, estreme de dúvida, que os agravantes ignorassem as atividades da empresa, e considerando, ademais, que o curso da ação foi suspenso pelo prazo máximo de 1 (um) ano (fls. 27), o melhor é aguardar o transcurso deste lapso a fim de que com o processamento da falência e à frente de mais subsídios, possa o Magistrado reavaliar sua posição, se assim julgar necessário.

III — Decisão

Sem voto discrepante, a Câmara decidiu negar provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Sérgio Paladino e Nilton Machado. Lavrou parecer, pela

douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Raul Schaefer Filho.

Florianópolis, 6 de junho de 2000.

Silveira Lenzi,

Presidente;

Cláudio Barreto Dutra,

Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.021658-6, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

Relator: Des. Newton Trisotto

Execução — Praça — Intimação do devedor apenas para a segunda praça — Nulidade afastada — Recurso desprovido.

Se negativa a primeira praça, não há falar em nulidade da arrematação se o devedor foi prévia e regularmente intimado da segunda. A finalidade da regra do § 5º do art. 687 do Código de Processo Civil foi atingida: “A intimação do devedor, por mandado, tem cunho cautelar, destinando-se a permitir-lhe a tomada de providências que entenda oportunas à ressalva de seus direitos” (Celso Neves).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 99.021658-6, da comarca de Balneário Camboriú (2ª Vara Cível e Registros Públicos), em que é agravante Miecislau Streciwik e agravado Oswaldo Horongozo:

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

Custas na forma da lei.

I — RELATÓRIO

Oswaldo Horongozo aforou ação de execução, fundada em título judicial, contra Miecislau Streciwik.

Posteriormente à data da primeira praça, que resultou negativa, o devedor requereu fosse suspensa a segunda porque delas não fora regularmente intimado. Pelos fundamentos que seguem, o Dr. Vicente Luiz Stefanello Carginin indeferiu o pedido:

“Ante a evidência da ciência da praça designada que teve o executado, não vejo razões para suspender a praça, mesmo porque poderá o exe-

cutado, por seu patrono, pagar, remir, evitando o praxeamento”.

Dessa decisão, o devedor interpôs agravo de instrumento. Sustenta que não foi encontrado pelo oficial de justiça porque estava fora do Estado, em viagem de negócios. Juntou fotocópia de nota fiscal de prestação de serviço emitida pelo Hotel Veneza, de Primavera do Leste (MT), datada de 30/11, relativa a dezenove pernoites. Insiste que não tentou furtar-se à intimação pessoal, que a primeira praça foi designada para o dia 26 de novembro, sendo procurado pelo oficial de justiça somente no dia 17, não tendo sido, portanto, observado o decêndio legal.

O agravado propugna o desprovimento do recurso.

II — VOTO

Dispõe o Código de Processo Civil que “o devedor será intimado pessoalmente, por mandado, ou carta com aviso de recepção, ou por outro meio idôneo, do dia, hora e local da alienação judicial” (art. 687, § 5º). Não tendo o Código estabelecido prazo específico para realização desse ato, prevalece a regra do art. 185: “Não havendo preceito legal nem assinatura pelo juiz, será de 5 (cinco) dias o prazo para a prática de ato processual a cargo da parte” (NEVES, Celso. Comentários ao código de processo civil, Forense, 2ª ed., 1977, vol. VIII, p. 121).

Por três vezes, o oficial de justiça tentou, sem êxito, intimar o executado — que reside em Chapecó — das praças a serem realizadas na comarca de Balneário Camboriú nos di-

as 26/11/99 e 15/12/99. Em 25/11/99, foi intimado com hora certa, na pessoa do filho Amilton Streciwik. No dia 23/11/99, foi juntada petição subscrita por seu advogado, na qual requereu a suspensão das praças. Não consta dos autos a data em que foi cientificado da decisão indeferitória do pleito. No dia sete seguinte, outorgou procuração ao advogado Getúlio Ribas Micheleto, estando ela acostada à petição recursal, esta protocolizada no dia nove.

Do exposto infere-se que o agravante tomou inequívoca ciência das praças no dia 23/11/99. Apenas em relação à segunda mediou o quinqüídio legal.

Penso que os objetivos do dispositivo legal inicialmente referido foram alcançados. Acerca deles, da doutrina colaciono as lições que seguem:

“A intimação do devedor, por mandado, tem cunho cauteloso, destinando-se a permitir-lhe a tomada de providências que entenda oportunas à ressalva de seus direitos. Interessado direto no resultado da praça, justifica-se a providência, para a qual não se estabeleceu, no texto (§ 3º), a antecipação a ser observada. Aplica-se, pois, a regra do art. 185” (NEVES, Celso. Comentários ao código de processo civil, Forense, 2ª ed., 1977, vol. VII, pág. 121).

“O devedor será intimado por mandado do dia e hora da realização da praça ou de leilão, é o que consta do § 3º do art. 687. Essa disposição inexistia no estatuto anterior, de modo que a falta de notificação feita ao credor, ou ao devedor, da data da realização da arrematação, não produzia ne-

nhum efeito em relação à alienação judicial, que se processava e se cumpria, validamente, mesmo à revelia das partes (cf. De Plácido e Silva).

"(...).

"A finalidade dessa intimação, que vale por uma notificação premonitória, está bem à vista, serve de aviso ao devedor de que ele tem, ainda, uma última oportunidade, para remir a execução, pagando ou consignando a importância da dívida, mais juros, custas e honorários advocatícios (art. 651). Afora isso, somente para o caso de o próprio devedor pretender interessar seu cônjuge, seu descendente ou ascendente, a remir todos ou qualquer dos bens penhorados, depois de efetuada a arrematação ou a adjudicação (arts. 787 e 788 do Código de Processo Civil), caso em que a intimação teria, apenas, o aspecto prático de colocá-lo de sobreaviso quanto ao prazo de remição dos bens, que é sumamente exíguo: somente 24 horas, contadas conforme os itens I e II do art. 788" (Silva, Antônio Carlos Costa. Tratado do processo de execução, Aide, 2ª ed., 1986, vol. II, págs. 967/8).

Dessas lições, conclui-se que o devedor é intimado da praça para: a) que possa exercer o direito a remir a execução (CPC, art. 651); b) propiciar-lhe oportunidade de acompanhar o praceamento, ficando ciente da arrematação ou adjudicação, se ocorrer, pois o prazo para oposição de embargos flui daquele ato, independentemente de nova intimação; c) que dê conhecimento às pessoas com legitimidade para requerer a remição dos bens (CPC, arts. 787 e 788). Destarte, se negativa a primeira praça, a ciência da segunda, com a antecedência de

cinco dias, cumpre a finalidade da regra processual aludida.

Há muitos anos, ao remeter o projeto do novo Código de Processo Penal ao Presidente da República, anotou o Ministro da Justiça Francisco Campos: "O projeto não deixa respiradouro para o frívolo curialismo, que se compraz em espolhar nulidades. É consagrado o princípio geral de que nenhuma nulidade ocorre se não há prejuízo para a acusação ou a defesa".

O Código de Processo Civil contém o mesmo princípio, inserido nas disposições dos artigos 244 e seguintes, consagrado na expressão francesa: *pas de nullité sans grief*. Acerca desse tema, é oportuno transcrever lição de Galeno Lacerda:

"No momento em que se descobre a verdadeira hierarquia de interesses tutelados pelos textos de um Código, desvenda-se o sentido profundo e vital do sistema que o anima. Neste sentido, tratando-se de um Código de Processo, o interesse público superior, que o inspira e justifica, é que se preste ele a meio eficaz para definição e realização concreta do direito material. Não há outro interesse público mais alto, para o processo, do que o de cumprir sua destinação de veículo, de instrumento de integração da ordem jurídica mediante a concretização imperativa do direito material.

"Se assim é, como na verdade é, cumpre indagar quais as normas que, dentro de um Código Processual, tutelam sua instrumentalidade, porque nelas reside e habita o interesse público predominante. Fácil encontrá-las no capítulo destinado à disciplina das nulidades. Exatamente porque a preo-

cupação maior consiste em tudo fazer para salvar o instrumento, a fim de que alcance o objetivo, verifica-se que as regras sobre nulidades possuem o necessário e indispensável condão de relativizar a maior parte das normas imperativas processuais e, por conseguinte, as sanções resultantes de sua infração.

“Por este motivo, o capítulo mais importante e fundamental de um Código de Processo moderno se encontra nos preceitos relativizantes das nulidades. Eles é que asseguram ao processo cumprir sua missão sem transformar-se em fim em si mesmo, eles é que o libertam do contra-senso de desvirtuar-se em estorvo da Justiça.

“Aplicando por analogia ao direito processual um conceito de Zitellmann, difundido entre nós por Pontes de Miranda para definir as normas de direito internacional privado (‘Coments. à Const. de 67’, I/92), diria que as regras sobre nulidades se integram no ‘sobredireito’ processual, porque se sobrepõem às demais, por interesse público eminente, condicionando-lhes, sempre que possível, a imperatividade.

“Sim, porque a nulidade resulta, precisamente, da infração a um preceito cogente e imperativo. Por isto, quando o Código, no art. 244, ordena ao Juiz considere válido o ato, apesar da nulidade, se alcançado o objetivo; quando, no art. 249, § 1º, determina que, apesar de nulo, o ato não será repetido nem suprida a falta, se inexistir prejuízo à parte, estamos em presença, na verdade, de normas processuais superiores que eliminam os efeitos legais da inobservância de dispositivos inferiores, como se o Cód-

go, em outras palavras, estabelecesse o seguinte silogismo: embora nulo o ato, porque descumpriu prescrição imperativa imposta pelo artigo número tal, a regra mais alta reguladora das nulidades impede a declaração do vício porque não houve prejuízo; porque, a resguardar a instrumentalidade do processo, o fim foi atingido.

“(…).

“Se determinado dispositivo do Código prescreve que a nulidade não se declara, ele incide evidentemente sobre a norma infringida, cassando-lhe os efeitos, como autêntica regra de sobredireito. No mesmo plano de superposição se insere o parágrafo único, do art. 250: apesar do erro na forma do processo, ou seja, no rito ou no procedimento, segundo a correta observação de Egas Moniz de Aragão (‘Coments.’, 4ª ed., II/384), ‘dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados, desde que não resulte prejuízo à defesa’. Pouco importa a infração. A regra violada se torna ineficaz, porque prescrição mais alta do Código assim o quer, porque o interesse público na instrumentalidade do processo assim o exige” (O código e o formalismo processual, *Ajuris* 28/12).

No caso sub judice, o executado limitou-se a requerer a suspensão da segunda praça; não apontou qual o prejuízo advindo do fato de só dela ter sido intimado.

Pelas razões expostas, nego provimento ao recurso.

III — DECISÃO

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

Participou do julgamento o
Exmo. Sr. Des. Carlos Prudêncio.

Florianópolis, 17 de fevereiro de 2000.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente com voto;
Newton Trisotto,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.004781-4, DE CURITIBANOS

Relator: Des. Sérgio Paladino

“Precatória executória. Penhora de créditos. Modus operandi do depósito fixado pelo Juízo deprecante. Incompetência do Juízo deprecado, como mero cumpridor da ordem deprecada, para apreciar pedido de modificação da forma de depósito. Decisão mantida. Recurso desprovido.

“Conquanto o Juízo deprecado detenha competência para determinadas questões envolvendo vício de penhora, como mero colaborador na administração da justiça em relação ao objeto que lhe é deprecado, deve ater-se a executar fielmente a ordem, no que é expressa faltando-lhe competência, salvo situações excepcionais e de urgência, para modificá-la, ainda que a pedido, naquilo que for expressa” (AI n. 97.001317-5, de Blumenau, rel. Des. Gaspar Rubik).

Execução. Carta precatória. Penhora. Bem sujeito à constrição cujo valor ultrapassa o executado. Redução. Possibilidade.

Se o valor do bem sujeito à constrição supera o do crédito perseguido pelo exequente, é possível a redução da penhora ao montante equivalente a este.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 99.004781-4, da comarca de Curitiba (2ª Vara), em que é agravante Transportes Masonda Ltda., sendo agravado João Energa Sobrinho:

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

Custas na forma da lei.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Transportes Masonda Ltda. contra decisão que, nos autos da carta precatória oriunda do 2º Ofício Cível de Embu, comarca de Itapeverica da Serra, ordenou, em cumprimento à decisão proferida pelo Juízo deprecante na execução da sentença prolatada na ação de procedimento sumário intentada por João Energa Sobrinho contra Armando

Gasparini e Transporte Masonda Ltda., a penhora das contas bancárias dos sócios da empresa.

Sustenta que a competência para dirimir a questão acerca da legalidade ou não da penhora é do Juízo deprecado, o da 2ª Vara da comarca de Curitiba, a teor do disposto no art. 747 do CPC, sendo nula a decisão do Juízo deprecante (fls. 28).

Aduz que a constrição das contas bancárias também padece de nulidade, eis que seus respectivos titulares, Genuino Sonda e Narciso Sonda, não mais integram o quadro societário da empresa e mesmo que ainda o integrassem a penhora não seria válida, pois as pessoas jurídicas têm existência distinta da de seus membros e autonomia patrimonial.

Alega que somente em casos excepcionais poderiam os sócios ser responsabilizados pelas dívidas da empresa.

Acrescenta que a intimação da penhora não foi feita pessoalmente aos titulares das contas, insurgindo-se, outrossim, contra a asseverada incompetência do Juízo deprecado para examinar a matéria, posto que se considera competente para reduzir a penhora.

Concluiu postulando a suspensão dos efeitos do despacho agravado, bem como a sua reforma, para que se decrete a nulidade do auto de penhora ou que se determine ao Juiz deprecado a apreciação da matéria exposta na petição de fls. 33/41 (fls. 31/39 do agravo de instrumento).

Indeferido o pedido de efeito suspensivo, foram solicitadas informações à Dra. Juíza a quo e ordena-

da a intimação do agravado para contraminutar.

Na contraminuta (fls. 56/59) o agravado requereu, alternativamente, o acolhimento da preliminar de incompetência absoluta deste Tribunal para apreciar o recurso ou, se assim não se entender, a declaração de ilegitimidade ativa da agravante. Na hipótese do não acolhimento das preliminares, pleiteou o desprovimento do recurso, além da imposição à agravante de pena por litigância de má-fé.

A Magistrada prestou as informações (fls. 82/85).

É o relatório.

No tocante ao primeiro argumento, extrai-se dos autos que o Juízo deprecante, o do 2º Ofício de Embu, comarca de Itapeverica da Serra—SP, ordenou que a penhora recaísse sobre as contas bancárias dos sócios da empresa executada e que os valores objeto da constrição ficassem depositados com o gerente da entidade financeira (fls. 28).

A Juíza deprecada, ao receber a carta, cingiu-se a reproduzir o seu conteúdo, segundo se depreende do mandado de penhora de fls. 29.

Agindo dessa forma a Magistrada prestou auxílio administrativo ao Juízo de Itapeverica da Serra (deprecante), não possuindo, portanto, competência para alterar a ordem daquela emanada.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência:

“Precatória executória. Penhora de créditos. Modus operandi do depósito fixado pelo Juízo deprecante. Incompetência do Juízo deprecado, como mero cumpridor da ordem de-

precada, para apreciar pedido de modificação da forma de depósito. Decisão mantida. Recurso desprovido.

“Conquanto o Juízo deprecado detenha competência para determinadas questões envolvendo vício de penhora, como mero colaborador na administração da justiça em relação ao objeto que lhe é deprecado, deve ater-se a executar fielmente a ordem, no que é expressa faltando-lhe competência, salvo situações excepcionais e de urgência, para modificá-la, ainda que a pedido, naquilo que for expressa” (AI n. 97.001317-5, de Blumenau, rel. Des. Gaspar Rubik).

E mais:

“Agravado de instrumento. Competência. Execução por carta precatória. Penhora de bem indicado pelo Juízo deprecante. Anulação da constrição pelo Juízo deprecado. Impossibilidade. Irresignação.

— Na execução por carta, o Juízo deprecado não é competente para decidir questão substancial ligada à penhora. ‘Processar e julgar a execução em conjunto compete precipuamente ao juiz da causa, constituindo a precatória um pedido de auxílio na administração da Justiça, e não um sucedâneo de exceção declinatória do foro, utilizado pelo Juízo deprecante’ (RJTAMG 18/96)” (AI n. 9.389, de São José, rel. Dr. Vanderlei Romer).

Portanto, sendo a determinação proveniente do 2º Ofício Cível de Embu, comarca de Itapeverica da Serra, o Tribunal competente para julgar o mérito do recurso é o de São Paulo.

Entretanto, cabe a esta Corte apreciar a questão atinente à redução da penhora de R\$ 12.268,74 (doze mil, duzentos e sessenta e oito reais e

setenta e quatro centavos) para R\$ 8.250,28 (oito mil, duzentos e cinquenta reais e vinte e oito centavos), uma vez que a decisão foi proferida por Magistrada catarinense.

Consoante o cálculo judicial de fls. 18 o crédito do agravado perfaz a quantia de R\$ 8.250,28 (oito mil, duzentos e cinquenta reais e vinte e oito centavos). Ora, garantido o juízo com o valor do débito, torna-se desnecessário o bloqueio do quantum total encontrado nas contas.

Humberto Theodoro Júnior alerta que a redução da penhora é possível “quando se apurar que o valor dos bens apreendidos seja consideravelmente superior ao crédito do exequente e acessórios (art. 685, n. I). Essa redução pode consistir em liberação parcial dos bens avaliados ou em sua total substituição por outros de menor valor” (Processo de Execução, 19ª ed., São Paulo, Leud, 1999, pág. 324).

Nesse rumo, “os simples atos procedimentais e as decisões versando a fixação dos honorários de perito, vícios ou defeitos de penhora e quanto à avaliação de bens, são decisões da competência do Juiz de Direito deprecado, com apreciação recursal pela Corte Estadual” (STJ, 1ª Seção, CC 12.466-2/RS, rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. 18/4/95, v. u., DJU de 5/6/95, pág. 16.609).

Ante o exposto, negou-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Silveira Lenzi.

Florianópolis, 8 de fevereiro de 2000.

*Eder Graf,
Presidente com voto;
Sérgio Paladino,
Relator.*

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.012267-0, DE MARAVILHA

Relator: Des. Sérgio Paladino

Representação comercial. Ação de indenização. Art. 39 da Lei n. 4.886/65, com a redação que lhe deu o art. 1º da Lei n. 8.420/92. Competência. Foro do domicílio do representante. Recurso desprovido.

“Para julgamento das controvérsias que surgirem entre representante e representado é competente a Justiça Comum e o foro o do domicílio do representante, aplicando-se o procedimento sumário previsto no art. 275 do Código de Processo Civil, ressalvada a competência do Juizado de Pequenas Causas” (Art. 39 da Lei n. 4.886, de 9/12/65, com a redação que lhe deu a Lei n. 8.420, de 8/5/92).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 99.012267-0, da comarca de Maravilha, em que é agravante Cimpel Indústria de Tintas e Solventes Ltda. e agravados Delmino Soares da Cunha e outros:

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

Custas na forma da lei.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Cimpel Indústria de Tintas e Solventes Ltda. contra decisão que, nos autos da ação de indenização contra si intentada por Delmino Soares da Cunha, Sol Tintas Comércio e Representações Ltda. ME, Comércio e Representações de

Ferragens Pirâmide Ltda. ME, Pirâmide Tintas Ltda. ME e Desc Imóveis e Representações Ltda., acolheu exceção de incompetência e determinou a remessa dos autos à comarca de Balneário Camboriú.

Sustenta a agravante que a ação deve ser julgada no foro de eleição.

Negado o efeito suspensivo, o agravado apresentou contraminuta.

É, em síntese, o relatório.

Não procede a irresignação. Com efeito, estatui o art. 39 da Lei n. 4.886/65, com a redação que lhe deu o art. 1º da Lei n. 8.420/92, que o foro competente para julgar e processar os conflitos oriundos de contrato de representação comercial é o do domicílio do representante.

Ora, estabelecida por lei a competência para o processo e julgamento de litígios entre representante e representado, e tratando-se de norma de ordem pública, não a pode modificar a convenção das partes que dispõe sobre o foro de eleição

Veja-se, a propósito:

“— Competência. Litígio entre representante comercial e representado.

“— Nos termos do art. 39 da Lei 4.886/65, com a nova redação que lhe deu o art. 1º da Lei n. 8.420/92, o foro do domicílio do representante é o competente para julgamento das controvérsias oriundas do contrato de representação comercial. Norma de ordem pública, a disposição em causa

sobrepõe-se ao convenionado entre as partes, como bem o destacou a decisão.

“— Agravo desprovido” (AI n. 10.189, de Blumenau, rel. Des. João José Schaefer).

Ante o exposto, negou-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Silveira Lenzi.

Florianópolis, 14 de março de 2000.

Eder Graf,
Presidente com voto;
Sérgio Paladino,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.012612-9, DA CAPITAL

Relator: Des. Sérgio Paladino

Agravo de instrumento. Ação ordinária. Assistência judiciária gratuita concedida à pessoa jurídica de direito privado. Pedido objetivando que a benesse seja concedida de forma integral, abrangendo os honorários do perito. Caso excepcional. Recurso provido.

“De acordo com o art. 3º, V, da Lei n. 1.060/50, a assistência judiciária abrange também os honorários de perito” (RT 688/198).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 99.012612-9, da comarca da Capital (1ª Vara), em que é agravante Sanlevi Indústria e Comércio Confecções Ltda., sendo agravado o Banco do Brasil S/A:

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

Custas na forma da lei.

Irresignada com a decisão que, nos autos da ação de revisão e anulação de cláusulas contratuais que move contra o Banco do Brasil S/A, determinou o depósito prévio dos

honorários do perito, Sanlevi Indústria e Comércio Confeções Ltda. interpôs agravo de instrumento, objetivando a sua reforma, bem como a concessão do efeito suspensivo.

Alega, inicialmente, que teve seu pedido de assistência judiciária gratuita indeferido porque é pessoa jurídica, porém, em face de novos argumentos e com a demonstração de sua precária situação econômica, o Magistrado reconsiderou a decisão e concedeu o benefício.

Sustenta que a concessão do benefício compreende os honorários do perito, a teor do estatuído no inciso V do art. 3º da Lei n. 1.060/50, motivo pelo qual, ao abrigo da benesse, não se lhe pode exigir o adiantamento dos honorários do experto.

Suspensos os efeitos do despacho atacado e intimado o agravado para apresentar contraminuta, deixou transcorrer in albis o respectivo prazo.

Os autos foram remetidos à douta Procuradoria-Geral de Justiça, manifestando-se a Dra. Rosa Maria Garcia pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Procede a irrisignação. Sem embargo de esposar o entendimento consoante o qual as pessoas jurídicas não fazem jus à assistência judiciária gratuita, o caso concreto revela-se excepcional, por haver a agravante demonstrado a precariedade de sua situação econômico-financeira.

Além do mais, a agravante obteve a benesse, cujo deferimento não admite restrições, abrangendo a isenção todo o elenco de que tratam os in-

cisos I a V do art. 3º da Lei n. 1.060/50.

A propósito, assentou a jurisprudência:

“Assistência judiciária. Honorários de perito. Depósito prévio. A assistência judiciária compreende isenção dos honorários de perito (Lei n. 1.060/50, art. 3º, V); é integral e gratuita. Desse modo, o seu beneficiário não se acha obrigado a depositar quantia alguma, respondendo pela remuneração o não-beneficiário, se vencido, ou o Estado, ao qual incumbe a prestação da assistência. Recurso especial conhecido e provido” (RSTJ 37/484).

No mesmo sentido: RSTJ 57/275, RSTJ 96/257, RT 709/103, RT 688/198 e JTJ 161/49.

Nesse rumo, se a agravante declarou-se pobre, nos termos da Lei n. 1.060/50, o benefício que lhe foi concedido não se pode limitar à isenção de custas e honorários de advogado, alcançando também os honorários do perito, a teor do preceituado no art. 3º, inciso V, da mencionada Lei.

Ante o exposto, deu-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Silveira Lenzi.

Florianópolis, 15 de fevereiro de 2000.

Eder Graf,
Presidente com voto;
Sérgio Paladino,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.016072-6, DE PINHALZINHO**Relator: Des. Sérgio Paladino**

Agravo de instrumento. Ação cautelar. Partes. Identidade que deve existir entre os sujeitos que figuram no processo cautelar e no principal. Recurso provido.

“São partes legítimas para a ação cautelar os mesmos sujeitos perante os quais deve desenvolver-se a relação processual do Juízo de mérito” (Theodoro Júnior, Humberto, Curso de Direito Processual Civil, 2º vol., Rio de Janeiro, Forense, 1998, pág. 385).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 99.016072-6, da comarca de Pinhalzinho, em que é agravante Comasa Comercial de Máquinas Ltda., sendo agravado Hilário Orozimbo Furlan:

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

Custas na forma da lei.

Irresignada com a decisão proferida nos autos da medida cautelar inominada proposta por Hilário Orozimbo Furlan contra Banco Bradesco S/A, a qual ordenou ao autor que, aditando a inicial, procedesse à substituição da pessoa indicada para figurar no pólo passivo da relação processual e concedeu a liminar, determinando a exclusão do nome do agravado dos cadastros das entidades de proteção ao crédito, Comasa Comercial de Máquinas Ltda. interpôs agravo de instrumento, objetivando a sua reforma, bem como a atribuição de efeito suspensivo ao recurso.

Sustenta que não detém legitimidade para figurar no pólo passivo do processo cautelar, eis que as ins-

crições no Serasa ocorrem por solicitação de instituições financeiras, e não de pessoas jurídicas de direito privado que se dedicam ao ramo de atividade da agravante.

Aduz que na ação principal requereu a denúncia da lide ao Banco Bradesco S/A, que a aceitou e ofereceu resposta, oportunidade em que passou a integrar a relação processual na condição de litisconsorte passivo, razão pela qual deve ser igualmente citado para promover a retirada do nome do agravado dos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito, posto que foi exatamente o litisdenuciado quem efetivou a inscrição em data de 20/4/95.

Negado o efeito suspensivo, o agravado deixou transcorrer in albis o prazo para contraminutar.

É o relatório.

A questão em debate diz respeito à legitimidade passiva na ação cautelar.

Pelo exame dos autos constata-se que a ação principal foi intentada em decorrência da emissão e desconto indevidos de duplicata, da qual era credora a ora agravante e portador o

Banco Bradesco S/A (vide instrumento de protesto de fls. 80).

Em razão disso, a agravante postulou na contestação a denunciação da lide à instituição financeira, alegando que emitira o título, mas que o desconto irregular fora realizado pelo Banco Bradesco S/A, motivo pelo qual impunha-se o seu chamamento para integrar a relação processual.

Em virtude da inscrição do seu nome nos cadastros do Serasa, o agravado intentou ação cautelar (fls. 10/13) apenas contra o litisdenuciado, não a tendo dirigido contra a agravante.

Verificando a falha, a Magistrada ordenou a emenda da inicial, à consideração de que as partes que integram a relação processual na ação cautelar incidental devem ser as mesmas que litigam na ação principal.

No entanto, o procurador do agravado, em vez de aditá-la para desferir a medida também contra a agravante, requereu a substituição da instituição bancária, que até então figurava no pólo passivo, pela empresa Comasa Comercial de Máquinas Ltda., acolhida pela Dra. Juíza a quo pela decisão recorrida.

Ora, sendo “partes legítimas para a ação cautelar os mesmos sujeitos perante os quais deve desenvolver-se a relação processual do Juízo de mérito” (Theodoro Júnior, Humberto, Curso de Direito Processual Civil, Rio de Janeiro, Forense, 1998, 2º vol., pág. 385), conforme sublinhou a Magistrada (fls. 16), mister se faz a presença tanto da agravante quanto do Banco Bradesco S/A no pólo passivo da demanda.

Destarte, o despacho agravado não pode subsistir, sendo imperativo que o Banco Bradesco S/A seja chamado para integrar a relação processual também na cautelar, impondo-se-lhe e à agravante a exclusão do agravado dos cadastros do Serasa.

Ante o exposto, deu-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Silveira Lenzi.

Florianópolis, 8 de fevereiro de 2000.

Eder Graf,
Presidente com voto;
Sérgio Paladino,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.001999-3, DE BLUMENAU

Relator: Des. Torres Marques

Agravo de instrumento — Arrendamento mercantil — Leasing — Ação civil pública — Ministério Público — Ilegitimidade ativa — Direitos individuais disponíveis — Interesse coletivo inexistente — Extinção do processo.

“1. Se a defesa de um interesse, ainda que apenas coletivo ou individual homogêneo, convier direta ou indiretamente à coletividade como um todo, não se há de recusar o Ministério Público de assumir sua tutela. Quando, porém, se tratar da defesa dos interesses coletivos ou individuais homogêneos, de pequenos grupos, sem características de indisponibilidade nem suficiente abrangência social, pode não se justificar a iniciativa do Ministério Público. Por fim, na defesa de interesses estritamente individuais, de consumidores, raramente se justificará a iniciativa da instituição” (Hugo N. Mazzilli). Outra conclusão equivaleria a ‘transformar o Ministério Público em defensor de interesses individuais disponíveis, quando sua atribuição institucional é mais relevante’ (Kazuo Watanabe).

“Não interessa à ‘coletividade como um todo’ a demanda aforada em defesa dos que celebraram contrato de arrendamento mercantil com cláusula de reajuste das prestações de acordo com a variação do dólar.

“2. ‘Não tem o Ministério Público legitimidade ativa para propor ação civil pública para defesa de interesses individuais plúrimos, que não se confundem com interesses coletivos’ (REsp n. 59.164, Min. César Asfor Rocha), definidos, no Código de Defesa do Consumidor, como ‘os transindividuais de natureza indivisível’ (art. 81, II)” (Agravado de Instrumento n. 99.002426-1, da Capital, rel. Des. Newton Trisotto).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 99.001999-3, da comarca de Blumenau, em que é agravante Sudameris Arrendamento Mercantil S/A, sendo agravado o representante do Ministério Público:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por maioria de votos, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Sudameris Arrendamento Mercantil S/A, contra decisão interlocutória proferida pelo

Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da comarca de Blumenau, nos autos da ação civil pública promovida pelo Ministério Público, que deferiu em parte a liminar, autorizando os consumidores da comarca, que firmaram com a agravante contrato de leasing em dólar, a efetuar o pagamento das prestações com vencimento a partir de janeiro de 1999, com base na prestação vencida em dezembro de 1998, corrigida pelo INPC, e ordenando às instituições bancárias o recebimento, sob pena de multa diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais).

Aduz a agravante, em síntese, que o Ministério Público é parte ativa

ilegítima para interpor ação civil pública, no presente caso, e que os contratos de arrendamento mercantil não se subordinam ao Código de Defesa do Consumidor.

O então relator, Excelentíssimo Senhor Desembargador Xavier Vieira, em despacho às fls. 83/84, negou o efeito suspensivo ao recurso.

Contra-razões às fls. 92/115, pugnando pela manutenção da r. decisão vergastada.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se, às fls. 118/149, por intermédio do Excelentíssimo Senhor Procurador Joel Rogério Furtado, opinando pelo conhecimento e desprovemento do agravo.

É o relatório.

Inicialmente, cumpre ser analisada a preliminar de legitimidade ativa ad causam do representante do Parquet para ingressar com ação civil pública no presente caso. Nesse sentido, mister se faz definir, previamente, qual a natureza do interesse que o Ministério Público pretende tutelar.

Dispõe o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 81, que a "defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente ou a título coletivo". Será exercida coletivamente quando se tratar de:

"I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

"II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os 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;

"III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os que decorrem de origem comum".

O artigo 82, por sua vez, preceitua:

"Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

"I — o Ministério Público".

Teori Albino Zavascki leciona a respeito da diferenciação conceitual existente entre os diversos tipos de interesses ou direitos legitimados pela norma:

"Os direitos difusos e os direitos coletivos, ambos transindividuais, e indivisíveis, são espécies do gênero direitos coletivos, denominação também adotada para identificá-los em conjunto. No entanto, direitos individuais, conquanto homogêneos, são direitos individuais e não transindividuais. Peca por substancial e insuperável antinomia afirmar-se possível a existência de direitos individuais transindividuais" (Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos, Revista Forense 329/150).

"Do ponto de vista objetivo, assemelham-se os interesses difusos aos coletivos; ambos são indivisíveis, não podem ser satisfeitos nem lesados senão em forma que afete a todos os possíveis titulares, difusa ou coletivamente considerados. O que os diferencia são seus aspectos subjetivos: embora ambos sejam transindividuais, a indeterminação dos sujeitos titulares

é absoluta quando se trata de interesses difusos, mas é relativa em se tratando de interesses coletivos. É que nos difusos a ligação entre os titulares decorre de mera circunstância de fato, enquanto que os titulares de interesses coletivos têm a ligá-los, entre si ou com o obrigado, uma relação jurídica-base. Tal forma de ligação relativiza a indeterminação dos sujeitos, tornando possível identificá-los por grupos, classes ou categorias. Nos dois casos, entretanto, os interesses são transindividuais e indivisíveis. Diferentemente é o que ocorre com os chamados 'interesses ou direitos individuais homogêneos'. Estes são divisíveis e individualizáveis e têm titularidade determinada. Constituem, portanto, direitos subjetivos na acepção tradicional, com identificabilidade do sujeito, determinação do objeto e adequado elo de ligação entre eles. Decorrendo, ademais, de relações de consumo, têm, sem dúvida, natureza disponível. Sua homogeneidade com outros direitos da mesma natureza, determinada pela origem comum, dá ensejo à defesa de todos em forma coletiva, mediante ação proposta, em regime de substituição processual, por um dos órgãos ou entidades para tanto legitimados concorrentemente no art. 82. Tal legitimação recai, em primeiro lugar, no Ministério Público" (Ministério Público, a ação civil pública e defesa de direitos individuais homogêneos, Revista Forense 333/122).

Dessa forma, conclui-se que são disponíveis, divisíveis e não transindividuais os interesses ou direitos que defluem do contrato de arrendamento mercantil, impedindo se reconheça a legitimação do Ministério Público para tutelá-los com fundamento

no disposto nos incisos I e II do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor.

Cumpra analisar-se ainda o inciso III que trata de "interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum".

Na exordial da ação civil pública interposta, o representante do Ministério Público informa que, "no caso em tela, estamos a discutir o direito do consumidor sobre o aspecto dos interesses 'coletivo' e 'difuso'. Não se trata de defender interesses individuais e sim de um contingente determinado de pessoas já contidas na relação contratual com as requeridas e outro número ilimitado de pessoas que certamente um dia assinarão contratos de mútuo e leasing" (fls. 69).

A lei expressamente prevê, como foi citado, a legitimidade do Ministério Público para a ação coletiva em defesa do consumidor. A autorização está contida no art. 82 da Lei n. 8.078/90. Porém, para que ela seja aceita, a defesa dos "interesses ou direitos individuais homogêneos", se disponíveis, deve transcender o próprio indivíduo ou o grupo no qual se insere para alcançar, como consequência inafastável, o "interesse social" (CF, art. 127), conforme Zavascki:

"Não se trata, obviamente, da proteção individual, pessoal, particular, deste ou daquele consumidor lesado, mas da proteção coletiva dos consumidores, considerada em sua dimensão comunitária e impessoal. O mesmo se diga em relação aos poupadores que investem seus recursos no mercado de valores mobiliários ou junto a instituições financeiras. Con-

quanto suas posições subjetivas individuais e particulares possam não ter relevância social, o certo é que quando consideradas em sua projeção coletiva passam a ter significado de ampliação transcendental, de resultado maior que a simples soma das posições individuais. É de interesse social a defesa destes direitos individuais, não pelo significado particular de cada um, mas pelo que a lesão deles, globalmente considerada, representa em relação ao adequado funcionamento do sistema financeiro, que, como se sabe, deve sempre estar voltado às suas finalidades constitucionais de 'promover o desenvolvimento equilibrado do País e de servir os interesses da coletividade' (CF, art. 192)" (Ministério Público e defesa de direitos individuais homogêneos, Revista Trimestral de Direito Público 7/152).

Nas "conclusões" arremata:

"2. Os interesses sociais, assim entendidos aqueles cuja tutela é importante para preservar a organização e o funcionamento da sociedade e para atender as suas necessidades de bem-estar e desenvolvimento, não se confundem com os interesses das entidades públicas e nem, simplesmente, com o conjunto de interesses de pessoas ou de grupos, mesmo quando tenham origem comum.

"3. Entretanto, há interesses individuais que, considerados em seu conjunto, passam a ter significado ampliado, de resultado maior que a simples soma das posições individuais, e cuja lesão compromete valores comunitários privilegiados pelo ordenamento jurídico. Tais interesses individuais, visualizados nesta dimensão coletiva, constituem interesses sociais

para cuja defesa se legitima o Ministério Público.

"4. A identificação destes interesses sociais compete tanto ao legislador (como ocorreu, v. g., nas Leis ns. 8.078/90, 7.913/89 e 6.024/74), como ao próprio Ministério Público, caso a caso, mediante o preenchimento valorativo do conceito, decorrente da interpretação de atos, fatos e normas jurídicas, e à luz dos valores e princípios consagrados no sistema jurídico, tudo sujeito ao crivo do Poder Judiciário, a quem caberá a palavra final sobre a adequada legitimação.

"5. A atuação do Ministério Público em juízo, em defesa dos citados interesses, dar-se-á em forma de substituição processual e será pautada pelo trato impessoal e coletivo dos direitos lesados, visando, portanto, à sentença de caráter genérico. Não é compatível com esta forma de atuação a execução específica da sentença, em representação do próprio lesado, nos moldes previstos no art. 98 do Código de Defesa do Consumidor.

"6. À falta de procedimento específico previsto em lei, a defesa dos interesses sociais há de ser feita mediante utilização de procedimento analogicamente adequado, inclusive o previsto no Título III da Lei n. 8.078/90, ou do procedimento ordinário" (ob. cit., págs. 157/8).

Outrossim, dispõe a Súmula 7 do Ministério Público do Estado de São Paulo:

"O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, como: a) os que digam respeito à saúde ou à segurança das pessoas, ou o acesso

das crianças e adolescentes à educação; b) aqueles em que haja extraordinária dispersão dos lesados; c) quando convenha à coletividade o zelo pelo funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico.

“Fundamento: A legitimação que o Código do Consumidor confere ao Ministério Público para a defesa de interesses individuais homogêneos há de ser vista dentro da destinação institucional do Ministério Público, que sempre deve agir em defesa de interesses indisponíveis ou de interesses que, pela sua natureza ou abrangência, atinjam a sociedade como um todo”.

A jurisprudência inclina-se no sentido de não admitir a legitimidade do Ministério Público para a defesa de direitos disponíveis que não traduzam, ainda que por via reflexa, interesse social:

“Não se tratando de interesses difusos ou coletivos, mas sim de interesses individuais de um grupo específico de estudantes de entidades educacionais, o Ministério Público não tem legitimidade para promover ação civil pública.

“No caso de supostos aumentos abusivos de mensalidades escolares, não se está frente a interesses difusos e coletivos, mas de um grupo de alunos, de determinados colégios particulares, cujos interesses são homogêneos no que tange à sua origem comum, entretanto, nada têm de transindividuais e indivisíveis, o que afasta, por completo, a legitimidade do Ministério Público para propor a ação civil pública.

“Ademais, a circunstância de o estabelecimento de ensino exercer

um serviço público e social, como o é a educação, não tem o condão de convertê-lo em ente público. É inconcebível, então, que o aumento de valor de mensalidades escolares possa ser impugnado em Juízo por representantes ministeriais, agindo em nome dos pais dos alunos, até porque estes, considerando ilegal o aumento, podem se opor individualmente, o que demonstra, ainda mais, o caráter de divisibilidade e disponibilidade do direito em comento” (Ap. Cív. n. 97.014730-9, Des. Carlos Prudêncio).

“As mensalidades escolares praticadas por instituições particulares de ensino, ainda que com abusividade das imposições legais atinentes, não revelam direitos ou interesses difusos ou coletivos. Embora homogêneos, os direitos dos pais ou representantes dos alunos de se contraporem, judicialmente, aos valores impostos, quando desconformes com os critérios em lei preconizados, são essencialmente divisíveis e disponíveis. Esse caráter de disponibilidade retira do Ministério Público qualquer legitimidade para, em defesa dos interesses dos usuários de estabelecimentos particulares de ensino, invocar, em casos tais, via ação civil pública, a tutela jurisdicional correspondente” (AI n. 96.008999-3, Des. Trindade dos Santos).

“Não tem legitimidade o Ministério Público para a propositura de ação civil pública, que tem por fim a defesa de direitos disponíveis ou de interesses genuinamente privados, como é o caso das mensalidades escolares, visto que os serviços assumidos pela escola particular servem para determinado grupo específico e não universal, que deles se utiliza mediante contrato e pagamento” (JTJ 51/20).

“O Ministério Público tem legitimação extraordinária para propositura da ação coletiva, em defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos, quando sejam estes indisponíveis, ou, sendo embora disponíveis, expressem valores jurídicos que transcendem importância social, como os de adquirentes de unidade de conjunto habitacional, cujos vícios de construção lhes ameaçam a todos a integridade física” (AI n. 261.450-1, Des. Cezar Peluso).

“Ilegitimidade de parte — Ativa — Ocorrência — Ação civil pública — Propositura pelo Ministério Público — Interesses e direitos individuais homogêneos — Relevância ou interesse social não evidenciado — Carência da ação — Processo extinto, na forma do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil — Recurso provido. Visando à tutela jurídica interesses ou direitos de membros de um grupo, portanto, sem o caráter da indivisibilidade, não se enquadram na figura legal de coletivos propriamente ditos tais interesses e direitos, mas na classe dos interesses e direitos individuais homogêneos. Nessa hipótese, a legitimidade do Ministério Público depende da existência do interesse social do objeto da demanda, que se mede através da extraordinária dispersão de interessados ou da dimensão comunitária das demandas coletivas, diante de sua finalidade institucional, já que preordenado à defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, nos termos do artigo 127 da Constituição Federal” (AC n. 264.428-2, Des. Ruyter Oliva).

“Não tem o Ministério Público legitimidade ativa para propor ação civil pública para defesa de interesses

individuais plúrimos, que não se confundem com interesses coletivos” (REsp. n. 59.164-3—MG, Min. César Asfor Rocha).

Decidindo matéria semelhante à dos presentes autos, deixou asentado o ínclito Desembargador Newton Trisotto, no acórdão proferido no Agravo de Instrumento n. 99.002426-1, da Capital:

“No caso sub judice, os beneficiários da demanda são, na sua expressiva maioria — ou, arriscaria a dizer, todos eles —, arrendatários de veículos. Por certo, não se encontrará um só que possa ser classificado como hipossuficiente. São em número inexpressivo e, pelo que se vê nos agravos já interpostos, muitos dos contratos têm por objeto automóveis de luxo, de elevado valor. O pleito é abrangente, bem como a decisão que deferiu a antecipação da tutela, beneficiando pessoas jurídicas que sequer podem ser qualificadas como ‘consumidor’ para efeito de proteção da Lei n. 8.078/90 (art. 2º). Não se justifica a iniciativa do Ministério Público como substituto processual dessas pessoas.

“Na Apelação Cível n. 96.003874-4, a Terceira Câmara teve oportunidade de apreciar matéria que guarda similitude com a exposta no agravo.

“O Ministério Público aforara ação civil contra APL – Incorporações e Construções Ltda. visando fosse compelida a não se utilizar, ‘para a atualização dos valores das prestações do mês de julho de 1995 dos consumidores adquirentes de apartamentos nos Residenciais Viñas Del Mar, Moradas do Luar e San Felipe de percentual superior a 35,10% (trinta e

cinco vírgula dez por cento), acrescido de diferencial, a ser calculado caso a caso, em razão da data da assinatura de cada contrato, bem como idêntica determinação em relação aos resíduos dos Residenciais Viñas Del Mar, Moradas do Luar, San Felipe, Hannover, Hamburg e Havana'. APL .

"Por votação unânime, a Câmara decidiu que 'o Ministério Público não tem legitimidade para promover ação civil pública na defesa de direitos individuais disponíveis'".

"O Superior Tribunal de Justiça, também por unanimidade de votos, confirmou a decisão. Do voto do relator, Ministro Garcia Vieira, consta:

'Estabelece o art. 127, caput, da CF, que o Ministério Público 'é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis'.

'Assim, cabe ao Ministério Público a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

'A Lei Complementar n. 75/93 atribui a ele competência para proteção de interesses individuais homogêneos (art. 6º), indisponíveis (art. 6º, VII, d). Sua legitimidade é para cuidar de interesses sociais difusos ou coletivos e não para patrocinar direitos individuais, privados ou disponíveis. A defesa a título coletivo só será por ele exercida, quando tratar-se de direitos difusos ou interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, de acordo com o Código do Consumidor (art. 81, caput) ou transindividuais de natureza indivisível (parágrafo único, item II). Para estas finalidades está ele legitimado (art. 81, I).

'No caso concreto, está o Ministério Público defendendo interesse privado e disponível, movendo a ação contra a empresa APL — Incorporações e Construções Ltda., cisando impedir a ré de atualizar as prestações da casa própria do mês de julho de 1995, com o percentual de 35,10%, acrescido de diferencial, a ser calculado, caso a caso, em razão da data de assinatura de cada contrato, bem como, idêntica determinação em relação aos resíduos dos residenciais Viñas Del Mar, Moradas do Luar, San Felipe e Residencial Hannover Hamburg Havana (fls. 13). O pedido é para determinar à requerida que não se utilize referido percentual no reajustamento das prestações da casa própria, no mês de julho de 95, dos adquirentes de apartamentos nos prédios referidos. Como se vê, está o Ministério Público patrocinando direitos privados, individuais e disponíveis de um grupo de pessoas que adquiriu seus imóveis em determinados prédios. Para isso, não tem ele legitimidade. A questão já é conhecida desta eg. Turma. No REsp n. 59.164-3—MG, DJ de 8/5/95, rel. Min. César Rocha, entendemos que:

'Não tem o Ministério Público legitimidade ativa para propor ação civil pública para defesa de interesses individuais plúrimos, que não se confundem com interesses coletivos'.

'Ao decidir o REsp n. 46.130-8—PR, DJ de 20/6/94, relator designado, Min. Demócrito Reinaldo, entendeu esta eg. Turma que o Ministério Público só tem legitimidade para promover ação civil pública na defesa de interesses difusos ou coletivos e não de direitos individuais afetos a determinado grupo.

‘No REsp n. 32.182-0—RO, DJ de 5/12/94, rel. Min. Milton Luiz Pereira, decidimos questão igual ao caso em exame. De sua ementa extrai-se que:

‘Processual civil. Reajustes de prestações. Sistema financeiro de habitação. Ação civil pública. Legitimidade do Ministério Público Estadual, CF, art. 129, III, Lei n. 7.347/85 e Lei n. 8.625/93.

‘A parla de particularizados interesses dos mutuários, vicejadas cláusulas diferenciadas de reajustes, conforme a sua renda familiar, não se revela a legitimidade ativa ad causam do Ministério Público Estadual para promover ação civil pública, vindicando direitos não contemplados nas suas funções estabelecidas em lei.

‘Recurso improvido.

‘Nego provimento ao recurso’.

“O acórdão está assim ementado:

‘A legitimidade do Ministério Público é para cuidar de interesses sociais difusos ou coletivos e não para patrocinar direitos individuais privados e disponíveis’”.

Pelas razões acima expostas, decide a Câmara, por maioria de votos, acolher a preliminar de ilegitimidade ativa do Ministério Público suscitada, dando provimento ao agravo para extinguir o processo relativo à ação civil pública.

Participaram do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Gaspar Rubik e, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo.

Sr. Dr. Procurador Joel Rogério Furta-
do.

Florianópolis, 24 de fevereiro de 2000.

Gaspar Rubik,
Presidente com voto vencedor;
Torres Marques,
Relator.

Declaração de voto vencido do
Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Mar-
tins:

EMENTA ADITIVA

Ação civil pública. Legitimação do Ministério Público. Banco. Fornecedor. Prestação de serviços de natureza bancária, financeira e de crédito. Art. 3º, caput, e § 2º do Codecon. Direitos individuais homogêneos. CDC, arts. 82, inc. I, e 90. Preliminar afastada.

É fato notório que a repentina desvalorização da moeda brasileira — o Real, em relação ao Dólar norte-americano, foi resultado de uma súbita e inesperada mudança na política cambial que colheu quase toda a sociedade de surpresa, circunstância que pode ser considerada como imprevisível para a maioria da população brasileira, até mesmo porque as autoridades da República insistentemente afirmavam que não iriam ocorrer alterações importantes na área.

Desse modo, os contratos que previam a indexação pela variação da cotação do dólar tornaram-se excessivamente onerosos para os mutuários e consumidores que contrataram com as entidades financeiras nessas circunstâncias, com o conseqüente desequilíbrio das relações contratuais.

Identifica-se a relevância social justificadora da tutela coletiva e do manejo da ação civil pública pelo Ministério Público se ato do banco esteja afetando um número considerável de clientes ao negar-se o pagamento das prestações com vencimento a partir de janeiro de 1999, com base na prestação vencida em dezembro de 1998, corrigida pelo INPC.

Nesse caso, tratando-se de direitos individuais homogêneos em que os titulares são identificáveis e o objeto é divisível e cindível, na perspectiva coletiva essa lesão pode justificar a propositura do pedido pelo Ministério Público para que o fornecedor seja impedido de prosseguir na prática indesejada.

Sudameris Arrendamento Mercantil S/A opôs o agravo, com pedido de efeito suspensivo, em ação civil pública que tramita no Juízo da 1ª Vara Cível da comarca de Blumenau promovida pelo Ministério Público, contra decisão que deferiu em parte a liminar, autorizando os consumidores da comarca a realizarem o depósito das prestações com vencimento a partir de janeiro de 1999, com base na prestação vencida em dezembro de 1998, com a aplicação do índice do INPC em vez da variação cambial do dólar norte-americano.

Votei vencido no sentido de afastar a preliminar de ilegitimidade ativa do Ministério Público.

Tratam-se de contratos de arrendamento mercantil que se subordinam ao Código de Defesa do Consumidor.

I. Tem-se que o art. 3º, §§ 1º e 2º, do CDC inclui a atividade financeira, de crédito ou bancária, no conceito

de prestação de serviços, decorrendo daí a aplicação do disposto no art. 6º, inc. V, da mesma Lei n. 8.078/90, que autoriza a revisão e a modificação das cláusulas que estabeleçam prestações desproporcionais ou tornem o objeto da obrigação excessivamente oneroso para uma das partes.

É fato notório que a repentina desvalorização da moeda brasileira — o Real, em relação ao Dólar norte-americano, foi resultado de uma súbita e inesperada mudança na política cambial que colheu quase toda a sociedade de surpresa, circunstância que pode ser considerada como imprevisível para a maioria da população brasileira, até mesmo porque as autoridades da República insistentemente afirmavam que não iriam ocorrer alterações importantes na área.

Desse modo, os contratos que previam a indexação pela variação da cotação do dólar, tornaram-se excessivamente onerosos para os mutuários e consumidores que contrataram com as entidades financeiras nessas circunstâncias, com o conseqüente desequilíbrio das relações contratuais.

A propósito do tema relativo à indexação à variação cambial das prestações em contrato de leasing, são colacionados precedentes deste Tribunal de Justiça:

1) Agravo de Instrumento n. 99.004706-7, de Brusque, rel. Des. Eder Graf, Terceira Câmara Civil, j. 10/8/99:

“Consignação em pagamento — Arrendamento mercantil — Correção monetária — Indexação pela variação do dólar norte-americano — Elevação súbita do valor da moeda estrangeira — Onerosidade excessiva

— Depósito das prestações corrigidas pelo INPC — Possibilidade.

“Deve ser deferido o depósito incidente das prestações do contrato de leasing, corrigidas de acordo com os índices do INPC, tendo em vista que a repentina desvalorização do Real, em relação ao Dólar norte-americano, decorrente da imprevisível e drástica mudança da política cambial, onerou excessivamente as contraprestações dos contratos de arrendamento que continham cláusulas vinculando-as a essa moeda, caracterizando-se como fato superveniente que implicou em desequilíbrio manifesto das relações contratuais” (Des. Silveira Lenzi).

Trecho do v. acórdão:

“A matéria já tem sido alvo de diversas decisões neste Tribunal, bastando colacionar o seguinte precedente:

“Arrendamento mercantil. Concessão da tutela antecipada initio litis. Brusca alteração cambial. Contratos com índices fixados em dólar. Depósito incidente das prestações corrigidas com base no INPC. Requisitos presentes. Verossimilhança e risco de dano comprovados. Admissibilidade.

“Deve ser deferido o depósito incidente das prestações do contrato de leasing, corrigidas de acordo com os índices do INPC, tendo em vista que a repentina desvalorização do Real, em relação ao Dólar norte-americano, decorrente da imprevisível e drástica mudança da política cambial, onerou excessivamente as contraprestações dos contratos de arrendamento que continham cláusulas vinculando-as a essa moeda, caracterizando-se como fato superveniente

que implicou em desequilíbrio manifesto das relações contratuais.

“Contratos bancários. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Possibilidade. Banco. Fornecedor. Prestação de serviços de natureza bancária, financeira e de crédito. Inteligência do art. 3º, caput, e § 2º, do Codecon.

“As atividades desenvolvidas pelas instituições financeiras incluem-se no conceito legal de serviços, previsto no Código de Defesa do Consumidor, sendo-lhes aplicável a legislação pertinente.

“Recurso desprovido” (AI n. 99.006192-2, de Rio do Sul, Des. Silveira Lenzi, j. 22/6/99).

“Os Tribunais de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios também tiveram oportunidade de manifestar-se a respeito, veja-se:

“Agravo regimental. Decisão do relator negando liminar em agravo de instrumento manejado pela arrendadora contra decisão concessiva de antecipação de tutela ao consumidor. Contrato nominado de arrendamento mercantil (leasing), com cláusula de correção pela variação cambial. Permissão de depósitos das prestações corrigidas pela variação do INPC. Juristicidade da antecipação de tutela.

“Inequívoca a verossimilhança da alegação da consumidora, posto que absolutamente inusitada a drástica variação cambial, alçando, em poucos dias, o dólar norte-americano a patamar elevado e inesperado, contrariando, inclusive, a palavra dos mais dignos representantes do governo brasileiro. Configuração de fato superveniente que torna excessivamente onerosa a cláusula ajustada de corre-

ção das prestações pela variação cambial. E o que o art. 6º, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor, consagra como 'direito básico do consumidor' precisamente 'a revisão' de cláusulas contratuais 'em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas' (...).

"Não se põe em dúvida, de outra parte, que, com a elevação súbita da prestação, em face da variação cambial, sem recursos a consumidora para pagá-la, pode perder a posse do veículo arrendado e a oportunidade de adquiri-lo. Aí a caracterização de possibilidade de dano irreparável. E não há perigo de irreversibilidade, eis que possível, se for o caso, cobrança do saldo que remanescer, garantindo o veículo, a ser restituído à agravante em caso de rescisão contratual, o eventual direito da mesma" (AgRg no AI n. 1999002001447-4, Des. Mário Machado, j. 22/6/99)".

2) Agravo de Instrumento n. 99.004349-5, de Xanxerê, rel. Des. Carlos Prudêncio, Primeira Câmara Civil, j. 28/6/99:

"Processual civil. Tutela antecipada. Requisitos presentes. Verossimilhança e risco de dano comprovados.

"Satisfeitos os requisitos de existência de prova inequívoca e de verossimilhança, com possibilidade de ocorrência de dano em tempo inferior ao da defesa, é de se conceder a antecipação da tutela in initio litis.

"No caso, é de ser deferido o depósito incidente das prestações do contrato de leasing devidamente corrigidas com base no INPC, evitando que o contratante, por conta da abrupta desvalorização da moeda nacional

frente ao dólar americano, decorrente da mudança da política financeira do Banco Central, tenha que desembolsar quantia excessiva para pagamento de prestações de contratos de adesão corrigidas com base na variação cambial.

"Contratos bancários. Código de Defesa do Consumidor. Aplicabilidade.

"A atividade desenvolvida pelas instituições bancárias encontra plena tipificação na expressão fornecedor descrita pelo caput do artigo 3º, uma vez que prestam serviços de natureza bancária, financeira e de crédito. A referência aos serviços bancários, financeiros e de crédito absorve a atividade de fornecimento de crédito.

"Dessa forma, os contratos de abertura de crédito, de financiamento, de leasing, de alienação fiduciária estão incluídos no conceito legal de serviços previsto no Código de Defesa do Consumidor. Assim, não há como afastar a sua incidência aos contratos firmados pelas instituições financeiras".

No mesmo sentido, Agravo de Instrumento n. 99.002409-1, de São Francisco do Sul, Terceira Câmara Civil, rel. Des. Eder Graf, j. 29/6/99.

II. Afirma-se a legitimação ativa do Ministério Público para a promoção de ação civil pública na defesa de interesses coletivos difusos e individuais homogêneos conforme as disposições constitucionais e legais abaixo reproduzidas:

1) Constituição Federal:

"Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

"(...) III — promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos".

2) Lei n. 8.625 de 12/2/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público):

"Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:

"(...) IV — promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:

"a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos".

3) Lei n. 8.078 de 11/9/90 (Código de Defesa do Consumidor):

"Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em Juízo individualmente, ou a título coletivo.

"Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

"I — interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

"II — interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os 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;

"III — interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

"Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

"I — o Ministério Público; (...)".

Kazuo Watanabe discorre sobre os dispositivos dos arts. 81 e 82 do CDC na obra Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, Ada Pellegrini Grinover... (et al.), 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1998, págs. 640/641:

"Legitimação do Ministério Público — A Constituição Federal, no art. 129, III, estabeleceu como uma das funções institucionais do Ministério Público "promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos".

"Os interesses ou direitos dos consumidores, sem dúvida alguma, estão abrangidos pela cláusula de encerramento contida na parte final do texto.

"Também incumbe ao Ministério Público proteger os interesses individuais, desde que homogêneos e tratados coletivamente, na forma do inc. III do parágrafo único do art. 81 do Código (cf. comentário ao art. 110, em frente, onde é exposta toda a evolução da ampliação da legitimidade ad causam do Parquet).

"Como ficou bem anotado nos comentários aos incs. I e II do pará-

grafo único do art. 81 (v. supra), tanto os interesses ou direitos difusos como os coletivos, para os efeitos do Código, devem ser "transindividuais de natureza indivisível". A indivisibilidade do bem jurídico tutelando, nota mais marcante dos interesses ou direitos difusos e coletivos, deve dizer respeito a toda a coletividade (difusos) ou a todo o grupo, categoria ou classe de pessoas (coletivos), o que significa que entidades privadas e públicas, inclusive o Ministério Público, não estão legitimados para a tutela de interesses individuais agrupados (exclusão feita à hipótese prevista no inc. III do mesmo dispositivo), mormente em se tratando de interesses contrapostos de membros de um mesmo grupo, classe ou categoria de pessoas.

"Essa mesma interpretação deve prevalecer em relação ao inc. III do art. 129, CF, sob pena de se transformar o Ministério Público em defensor de interesses individuais disponíveis, quando a sua atribuição institucional é mais relevante, ao que se extrai do texto dos arts. 127 e seguintes da Constituição Federal (v. adiante, comentário n. 8 ao § 2º, vetado). Em linha de princípio, somente os interesses individuais indisponíveis estão sob a proteção do Parquet. Foi a relevância social da tutela a título coletivo dos interesses ou direitos individuais homogêneos que levou o legislador a atribuir ao Ministério Público e a outros entes públicos a legitimação para agir nessa modalidade de demanda molecular (cf. comentários aos arts. 110, 111, 112, 114 e 117, em frente).

"Como já ressaltado, somente a relevância social do bem jurídico tutelando ou da própria tutela coletiva poderá justificar a legitimação do Mi-

nistério Público para a propositura de ação coletiva em defesa de interesses privados disponíveis.

"A jurisprudência tem reconhecido, por exemplo, a relevância social, admitindo assim a legitimidade do Ministério Público, em se tratando de discussão ligada ao direito à educação, que é um direito fundamental. Assim, tem sido admitida ação civil pública ajuizada pelo Parquet tendo por objeto a fixação e a cobrança de mensalidades escolares (STJ, REsp n. 70.997—SP, Quarta Turma, rel. Min. Ruy Rosado; REsp n. 39.757—MG, Quarta Turma, rel. Min. Fontes de Alencar; REsp n. 68.141—RO, Quarta Turma, rel. Min. Barros Monteiro; REsp n. 38.176—MG, Quarta Turma, rel. Min. Ruy Rosado).

"Essa mesma linha de argumentação é também desenvolvida no acórdão do Supremo Tribunal Federal acima citado, proferido recentemente, em 26/2/97, no RE n. 163.231—SP, relatado pelo eminente Min. Maurício Corrêa.

"Mas há, também, a relevância social da própria tutela coletiva em razão da peculiaridade do conflito de interesses. Imagine-se o caso de um fabricante de óleo comestível que esteja lesando os consumidores em quantidade bem pequena, insuficiente para motivar um ou mais consumidores isoladamente a procurar a Justiça para reclamar a reparação do seu prejuízo. Se é ínfima a lesão individual, não o será, certamente, a lesão na perspectiva coletiva, que poderá estar afetando milhões de consumidores. Em casos assim, de dispersão muito grande de consumidores lesados e de insignificância da lesão na perspectiva indivi-

dual, haverá certamente relevância social na tutela coletiva, para que o fornecedor seja obstado no prosseguimento da prática ilícita”.

Ora, no caso concreto há relevância social justificadora da tutela coletiva e do manejo da ação civil pública pelo Ministério Público, pois parte-se do pressuposto de que o banco agravante estaria afetando um número considerável de consumidores ao negar-se o pagamento das prestações de contrato de leasing em dólar,

corrigidas pelo INPC, diante do disposto no art. 47 do CDC.

Nesse caso, tratando-se de direitos individuais homogêneos em que os titulares são identificáveis e o objeto é divisível e cindível, na perspectiva coletiva esta lesão poderá justificar a propositura do pedido pelo Ministério Público para que o fornecedor seja impedido de prosseguir na prática indesejada.

É a declaração de voto.

Nelson Schaefer Martins.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.014408-9, DA CAPITAL

Relator: Des. Cesar Abreu

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

Precedentes da Suprema Corte. Autoridade moral das decisões superiores, prestigiada pelo legislador ao estabelecer os diversos graus de jurisdição.

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

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

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

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

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

Agravo de instrumento improvido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 99.014408-9, da comarca da Capital, em que é agravante o Condomínio Residencial Bellaggio, sendo agravados o Diretor-Presidente e o

Chefe da Divisão de Arrecadação da Casan — Cia. de Águas e Saneamento:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, à unanimidade, negar provimento ao agravo.

Custas ex lege.

I — Relatório

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Condomínio Residencial Bellaggio contra decisão da MMA. Juíza da 2ª Vara da Fazenda Pública da Capital que, nos autos do Mandado de Segurança n. 023.99.038926-2, indeferiu o pedido de liminar de suspensão da cobrança da Taxa de Esgotos Sanitários — TES, sob o fundamento da existência de controvérsia doutrinária e jurisprudencial quanto à natureza jurídica da cobrança do serviço, a embaraçar a relevância do pleito.

Sustenta o agravante, em resumo síntese, a ausência de dúvida quanto à natureza jurídica, uma vez que a obrigatoriedade da ligação do sistema às construções torna nítida a natureza tributária, impondo observar-se o princípio da reserva legal, consoante o disposto no artigo 150, III, b, da Constituição Federal e artigos 3º, 77 e 97, I, do Código Tributário Nacional. Afirma que a Casan não detém poderes para, por meio de normatização de caráter interno, fixar o valor da taxa. E mais, que a vinculação da taxa de esgoto com a tarifa de água é arbitrária, violando os princípios constitucionais da anterioridade e da legalidade. A final, consigna a necessidade da concessão do efeito ativo ao agravo porque presentes o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, este último retratado pela previsibilidade de uma futura e morosa demanda para repetição do indébito.

Negada a liminar e transcorrido o prazo de contraminuta, os autos foram à douta Procuradoria-Geral de

Justiça que, em parecer do Dr. Sérgio Antônio Rizelo, opinou pelo provimento do agravo.

II — Voto

A concessão de liminar em mandado de segurança pressupõe a concorrência do *fumus boni juris*, representado pela relevância dos motivos articulados e do *periculum in mora*, que diz respeito à possibilidade da ocorrência de lesão irreparável, na dicção do art. 7º, inciso II, da Lei n. 1.533/51.

Aquilatar da relevância do fundamento não liberta o magistrado do necessário juízo valorativo da contenda. Celso Ribeiro Bastos (Do Mandado de Segurança, Ed. Saraiva, 1978, pág. 24) afirma que “o exame, contudo, da relevância da fundamentação não pode ser cindido completamente da análise do mérito”. E prossegue: “Não vemos como possa o juiz ter o pedido por irrelevante sem, *ipso facto*, estar prejulgando a causa”.

Nesse contexto, para que se possa conceder o efeito ativo ao agravo necessário que se responda a uma única indagação: a denominada taxa de esgotos sanitários tem natureza jurídica de preço público ou de taxa?

Não deve impressionar, para efeito de conclusão, o nome (taxa) emprestado ao serviço de esgoto. Comentando o sistema tributário na Constituição de 1988, Sacha Calmon Navarro Coêlho (Comentários à Constituição de 1988 Sistema Tributário, 3ª ed., Rio, Forense, 1991, pág. 53) assinala que “o nome pouco importa na espécie e tampouco as parvoíces extrajurídicas”. É que, como diria o poe-

ta, o nome não dá natureza às coisas e o perfume de uma mulher será sempre o perfume de uma flor, pouco importando a sua graça.

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

Delano Carneiro da Cunha Câmara, em trabalho publicado na Revista Consulex, Doutrinas, Pareceres e Pontos de Vista, ao tratar da matéria Taxa, Tarifa & Preço Público, citando Kiyoshi Harada (in Direito Financeiro e Tributário), ressalta que “a confusão existente entre taxa e preço público tem sido uma constante, tanto no campo legislativo como no campo jurisprudencial, apesar da nítida diferenciação do regime jurídico de uma e de outro”. Conclui dizendo que “ninguém é dono da verdade de forma absoluta. Assim, a presente proposta de fixação de diferença entre taxa, tarifa e preço público não constitui fato imutável, mas, sim, uma tentativa de contribuir para a elucidação dos questionamentos que pairam a respeito do polêmico assunto. Dentro de um mundo globalizado, as amarras e conceitos do passado são inadequados para a compatibilidade com as rápidas transformações, o surgimento de novas tecnologias e diferentes necessidades sociais” (págs. 325/333).

A. D. Giannini, invocado por Mário Jorge Góis Lopes, em comentário publicado na Revista de Direito Tributário (Ed. RT, vol. 2, pág. 275), adverte que “as dificuldades surgem quando se trata de aplicá-la às situa-

ções concretas, como ocorre nos casos de exercício estatal de atividades industriais, nas quais nem sempre é fácil reconhecer a natureza pública ou privada da relação jurídica entre o Estado e o usuário”. Mais adiante afirma o comentarista: “Ao que parece, doutrina e jurisprudência jamais chegaram a um critério firme de distinção. O critério teórico de Giannini e o enunciado da Súmula 545 bem comportam aquela crítica de Waline à noção jurisprudencial francesa de serviço público – concepção variável segundo as consequências que dela se trata de tirar nos casos concretos a propósito dos quais a questão é posta” (Précis de Droit Administratif, vol. 1, Ed. Montchérrien, 1969, pág. 455).

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

De qualquer modo, ao relacionar as diversas teorias, exalta: “(...) d) finalmente, a dos que distinguem a taxa do preço, afirmando que a execução de atividades inerentes à soberania (que tenham a possibilidade de ser divisíveis) só pode dar lugar a taxas, e que todas as outras somas que o Estado venha a exigir como contraprestação de um bem (a concessão de um uso, a execução de uma obra ou a prestação de um serviço não inerente) dá lugar a um preço, que poderá ser um preço público, mas que não é o tributo denominado taxa”. Esclare-

ce ainda, que "(...) para os adeptos desta última posição, as somas de dinheiro que se exigem, por exemplo, pelos serviços postais, telegráficos, telefônicos e de comunicação em geral, de provisão de eletricidade e energia, de gás natural, de água corrente e esgoto, de instrução pública, de transporte estatizados etc., outra coisa não são senão preços públicos". E não é só, "Aceitamos, desde o plano conceitual estas colocações, embora reconheçamos que em nosso direito positivo várias atividades que não podem ser consideradas inerentes à soberania dão lugar a prestações que os legisladores denominam taxas. Assim, na legislação argentina são consideradas taxas as de varreção e limpeza das ruas, as de recolhimento de lixo e as de correio e comunicação. Não são consideradas taxas as somas pagas em retribuição aos serviços de transporte e de energia elétrica, existindo grandes dúvidas e discrepâncias jurisprudenciais acerca da provisão de água corrente e dos serviços de esgoto. Porém, os critérios de distinção são caprichosos e não correspondem a nenhum conceito jurídico racional" (ver, a respeito, Giuliani Fonrouge, *Derecho...*, t. 2, pág. 999).

Ora, muito embora em nosso sistema jurídico a Jurisprudência não tenha valor normativo, é preciso admitir que em certos países, como na Alemanha e na Espanha, os precedentes judiciais são obrigatórios para os juízes. Nos de direito romanista, nos quais se inclui o Brasil, os tribunais de todos os graus de jurisdição inclinam-se, em regra, perante as decisões reiteradas e exaustivamente motivadas, embora sem admitir o princípio do stare decisis dos países anglo-saxões.

Admitem, na verdade, a força de fato da jurisprudência, preocupados em sobrelevar o exclusivismo da lei. Resistem em atribuir à jurisprudência a qualidade de fonte formal do direito, como que negando a própria influência dos julgados na renovação do direito posto.

J. Mendes de Almeida Júnior, ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal (1916/1922), em sua obra *Direito Judiciário Brasileiro* (Rio, Livraria Freitas Bastos S/A, 1960), nos dá uma importante lição da realidade, e que vai de encontro ao espírito da decantada Súmula Vinculante, ao dizer: "A influência exercida pelas decisões dos magistrados superiores sobre os inferiores – tem outro fundamento, porque, independentemente de sua autoridade moral, aqueles magistrados têm o poder de fazer triunfar as suas doutrinas pela reforma das decisões dos juízes subalternos; portanto, quando estes se conformam à jurisprudência de uma magistratura mais elevada. Não cedem à autoridade moral somente, entram no espírito do legislador que, em sua sabedoria, estabeleceu os diversos graus de jurisdição".

Não há dúvidas de que a Jurisprudência dos Tribunais, principalmente do Excelso Pretório, tem se revelado como importante instrumento na edificação do Direito Financeiro, particularmente do Direito Tributário, o que basta para explicar haver a obra de Myrbach Rheinfeld (in *Précis de droit financier*, Paris, Giard Brière, 1910) sido considerada o marco inicial do Direito Financeiro, relacionando como fontes desse então novo ramo da ciência jurídica além da lei a jurisprudência.

Assim, corolário das defeituosas redações legislativas, da vacilação com que alguns publicistas se exprimem, quando se propõem a estabelecer as diferenças entre preços públicos e taxas, é razoável que a doutrina e a jurisprudência claudiquem no determinar a natureza do gênero da receita e por vezes reconheçam a existência de uma taxa em que impera um preço público e vice-versa.

No particular da receita que remunera o serviço de água e esgoto, sempre se deu — na palavra do legislador — a denominação de taxa de água e esgoto. Aliás, não apenas se denominava, mas também se considerava taxa, sob o ponto de vista jurídico, a receita que remunerava esse serviço.

O Supremo Tribunal Federal, em acórdão da lavra do então Ministro Hermes Lima, em grau de Embargos, Sessão Plenária, reformando a decisão da 1ª Turma no RE n. 54.194, datada de 25/3/65, entendeu que “a receita que remunera o serviço de água e esgoto configura preço público e não taxa” (RDA, vol. 82, págs. 100/116).

Esse entendimento, na verdade, já era prevalecente na 2ª Turma do STF, haja vista a decisão proferida no RE n. 54.491, Relator o mesmo Ministro Hermes Lima, que acentuou:

“O critério da obrigatoriedade para a taxa e da voluntariedade para o serviço público é, desde o primeiro exame, muito simplista. O que torna compulsória a aceitação e pagamento do serviço na ordem pública são as exigências do interesse coletivo. A espécie lembra a antiga distinção entre normas éticas e técnicas, as primeiras

seriam obrigatórias. As segundas, de cumprimento voluntário. Essa distinção falseia o caráter social de ambas as normas. As técnicas são produto de elaboração mais consciente. Porém, à medida que a experiência lhes consagra a utilidade social, acentua-se o caráter de obrigatoriedade, a tal ponto que chegam a ser impostas. Assim, toda a casa onde passa rede d’água é obrigada a abastecer-se da rede. É obrigada também a servir-se da rede de esgotos. De onde vem essa obrigatoriedade? Da soberania do Estado? Não parece. Decorre, antes de tudo, das exigências do convívio coletivo. Esse convívio impõe regras de organização de serviços gerais, a que o Estado não pode ficar indiferente, mas o motivo delas não está na força de uma compulsoriedade política típica do Poder Público. O Estado é, aí, pela capacidade representativa de que está investido e pela superioridade de meios que controla, o agente dos interesses gerais da saúde, do bem-estar, do conforto. Exatamente por ser tal, agente, ele não poderia permanecer indiferente a tais problemas. Os problemas são de todos, nasceram de necessidades comumente sentidas, mas o Estado tem deles a iniciativa pela natureza das funções sociais que lhe são atribuídas e reconhecidas pela sociedade de que é fiador. Colocar o Estado e cidadão, no que concerne ao bem-estar social, numa rígida posição de credor e devedor é falsear os pressupostos da convivência, relacionando as duas partes — público e Estado — como categorias separadas, que só se encontram no terreno recíproco do que receberam e pagaram. Ora, a questão neste ponto gira em torno de uma característica

muito especial. O Estado nada faz para ganhar dinheiro. Não é comerciante. Ele organiza serviços para a comodidade e o conforto geral. Colabora para a manutenção e financiamento dos mesmos, em benefício de todos. Daí derivam as chamadas rendas industriais do Estado. A meu ver, tudo quanto cair na rubrica das rendas industriais do Estado é preço público, escapando, portanto, às exigências do art. 141, § 34, da Constituição (Constituição de 1946). Assim, as contraprestações havidas pelo Departamento Sanitário do Estado pelos usuários das redes de água e esgotos do Recife são preço público, apesar do nome taxa que lhe vem sendo dado”.

Evidente, portanto, que a obrigatoriedade da utilização do serviço, por si só, não é suficiente para diferenciar o preço público da taxa.

As legislações federal (Lei n. 2.312/94, Código Nacional de Saúde, art. 11) e Estadual (Código Sanitário, Lei n. 6.320/83, art. 40, § 2º, e Decreto n. 24.980/85), que dispõem sobre a obrigatoriedade da ligação das construções habitáveis à rede pública de água e esgoto, não constituem elemento tipificador da remuneração do serviço, eis que, como anotado pelo Min. Hermes Lima, denunciam apenas uma exigência do convívio em sociedade e não uma decorrência do poder de império do Estado.

Essa orientação remanesce na Suprema Corte, como demonstrado em precedentes (RE n. 77.162/SP, Relator Ministro Leitão de Abreu – RTJ 82/763) e, mais recentemente, nos despachos proferidos no RE 207.609/DF, publicado no DJU de

19/5/99, relator Ministro Néri da Silveira, e Ag. de Inst. 225.143, j. em 22/9/98, Relator Ministro Marco Aurélio, ambos com menção expressa aos antecedentes assinalados.

Argumenta o Ministro Néri da Silveira: “O ponto crucial da questão aqui discutida está em saber se a tarifa mínima instituída pelo Decreto n. 5.552, de 31/10/80, que aprovou o Regulamento de Classificação de tarifas dos Serviços de Água e Esgoto do Distrito Federal, é taxa ou preço público. Marcos Aurélio Greco e Hamilton Dias de Souza, in *Natureza Jurídica das Custas Judiciais*, Ed. OAB/SP e Resenha Tributária, 1983, pág. 111, assim se pronunciam a respeito da matéria, à luz da Outorga de 1969: ‘Destarte, na Constituição o critério para identificar a taxa e o preço público não pode mais calcar-se na compulsoriedade ou facultatividade da figura, mas no tipo de atividade exercida; se for atividade econômica, tal como definida no título III da Constituição Federal, haverá preço; se for atividade própria do Estado, teremos taxa’. Por sua vez, Geraldo Ataliba dissertando sobre o conceito elaborado por Greco e Souza ensina que: ‘Pondo esta corretíssima conclusão em termos da Constituição de 1988, impõe afirmar que: Se se trata de atividade pública (art. 175) o correspondente será taxa (art. 145, II). Se se tratar de exploração de atividade econômica (art. 173), a remuneração far-se-á por preço’ (autor citado, in *Hipótese de Incidência Tributária*, 4ª ed., Ed. RT, 1990, pág. 172). Portanto, de acordo com a melhor doutrina, a tarifa cobrada pelo fornecimento de água é preço público, não possuindo, via de consequência, caráter tributário, porquanto

as taxas remuneram os serviços públicos, e os demais serviços que não têm essa natureza são remunerados pelos chamados preços públicos, cobrados pelo Poder Público, direta ou indiretamente. Tratando-se de preço público, a cobrança da tarifa mínima de água pela Caesb é, indiscutivelmente, constitucional, não se configurando, in casu, qualquer violação ao princípio da legalidade estrita, segundo o qual é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exigir ou aumentar tributos sem lei que o estabeleça”.

O preço público nada mais é do que a retribuição pecuniária pelo valor do bem, do serviço ou da atividade que se adquire ou se utiliza. O que caracteriza o preço público é a existência de uma atividade estatal em benefício do interesse principalmente privado, embora de um modo secundário seja também interesse do Estado, peculiarmente quando interessa à coletividade.

Assim é que, quando o Estado se instrumentaliza para, em regime de direito privado (art. 173 e §§ da CF de 1988), embora sob concessão ou permissão, prestar serviços de utilidades, como é o caso da água e esgoto, legítima é a adoção do regime de preços.

A discussão pode até parecer estéril diante das sentidas divergências no campo doutrinário e jurisprudencial, onde a opção de julgamento, qualquer que seja, reconheça-se a tarifa de água e esgoto como preço público ou taxa, encontrará fortes fundamentos jurídicos. Estar-se-ia diante de um impasse, de uma causa sem solução? Creio que não, se a decisão a ser to-

mada pautar-se em critérios de justiça.

A discricionariedade judicial tem despertado agudos embates entre os juristas, marcando a história recente a polêmica entre o inglês Herbert L. A. Hart e o norte-americano Ronald Dworkin, que teve início com a publicação, pelo primeiro, em 1961, do livro *The Concept of Law*.

Esse poder atribuído ao juiz, que para muitos pode transformar-se em instrumento da tirania judicial se privado por longo tempo da legitimação democrática, pela via legislativa, guarda relevância em hipóteses jurídicas complexas, nos chamados casos difíceis, em que podem sobrevir duas ou mais interpretações para solução de uma mesma causa.

Hart, em sua obra *O Conceito de Direito* (2ª ed., 1994, Lisboa Fundação Calouste Gulbenkian, tradução de A. Ribeiro Mendes, pág. 338), exprime uma lição que se mantém atual: “(...) a justiça é tradicionalmente concebida como mantendo ou restaurando um equilíbrio ou uma proporção, e o seu preceito condutor é frequentemente formulado como tratar da mesma maneira os casos semelhantes; ainda que devamos acrescentar a este último e tratar diferentemente os casos diferentes”.

Vige, pois, o princípio do tratamento igual para os casos iguais e de trato desigual para as situações desiguais. Essa solução não seria adequada nem possível se o intérprete se limitasse a aplicar estritamente o que provém dos textos legais, se negasse a jurisdição sob o pretexto da ausência ou obscuridade da lei ou em face

de circunstâncias outras nela não previstas.

Evidente que há dificuldade em julgar com acerto quando se faz necessária a aplicação do poder criador ou da ação discricionária do julgador, até porque, por óbvio, muito mais fácil julgar bem conforme a lei.

Pois bem, a meu sentir, a aplicação de uma solução justa passa por se conferir importância ao controle jurídico e não à natureza da paga. Explico-me. Importa ao usuário a constatação de que o preço público guarda relação real com o serviço disponibilizado, que não há abuso ou excesso nos preços praticados. Pouco interessa se o serviço a ser remunerado pelo usuário está no campo da receita industrial (preço público) ou da receita tributária (taxa). A contraprestação pecuniária é devida exclusivamente pelo usuário do serviço para não incidir o enriquecimento sem causa, impondo-se à sociedade como um todo, que já investe no sistema, a responsabilidade da manutenção de um serviço de utilização ainda restrita.

Conclui-se, portanto, pela inexistência dos pressupostos para concessão da liminar, pois, tratando-se de preço público, não se tem presente a relevância do fundamento, inaplicáveis as disposições legais (arts. 3º, 77 e 97, I, do CTN) e constitucionais (arts. 145, II, 150 e 175 da CF/88) in-

vocadas, e pela evidente necessidade da contraprestação pecuniária, restando afastada a possibilidade da ocorrência de dano irreparável.

Quanto à existência ou não de direito líquido e certo, questão suscitada no despacho inicial (fls. 122), é preciso ponderar, como adverte Seabra Fagundes, que “o intrincado do aspecto de direito, a obscuridade da norma a aplicar ou a dúvida sobre qual seja ela, não excluirão, por si sós, o cabimento do pedido, porquanto já não se exige que o texto da lei também se ofereça claro, isto é, que o ato denegatório do direito seja manifestamente contrário a ela” (in O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, 4ª ed., 1968, pág. 299). É que o direito líquido e certo diz respeito ao direito subjetivo do impetrante.

III — Diante do exposto, à unanimidade, nega-se provimento ao agravo.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Gaspar Rubik e dele participou, também com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 30 de março de 2000.

Anselmo Cerello,
Presidente para o acórdão;
Cesar Abreu,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 00.001171-1, DA CAPITAL**Relator: Des. Cesar Abreu**

Agravo de instrumento. Arrendamento mercantil. Contrato de leasing. Reintegração de posse. Viabilidade. Notificação prévia. Regularidade. Aquisição de computador e impressora. Alegada essencialidade para o exercício da atividade produtiva da empresa. Não acolhimento. Recurso improvido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 00.001171-1, da Capital, em que é agravante Pandorga Representação Comercial Ltda., sendo agravada a Cia. Itauleasing de Arrendamento Mercantil — Grupo Itaú:

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

Custas legais.

I — Relatório

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Pandorga Representação Comercial Ltda. contra decisão concessiva de liminar de reintegração de posse em ação proposta pela Cia. Itauleasing de Arrendamento Mercantil — Grupo Itaú.

Sustenta a agravante a ausência de notificação prévia, sendo inválida a utilização do edital para o efeito de caracterização da mora, e a essencialidade dos bens para o regular funcionamento da empresa.

Negado o efeito suspensivo e apresentada a contraminuta, foi designada a data de julgamento.

II – Voto

Como acentuado no despacho — fls. 51/52 — pelo eminente Desembargador Nilton Macedo Machado, “Na hipótese, não se evidencia risco algum de lesão que a demora na decisão possa lhe trazer, tendo em vista que não só deixou de efetuar o pagamento de 12 (doze) das 24 (vinte e quatro) parcelas pactuadas como o último destes pagamentos ocorreu há exatos 24 (vinte e quatro) meses, não consignou os valores em atraso e tampouco buscou discuti-los em juízo”.

Evidentemente, o agravo deve ser desprovido.

A reintegração liminar, aliás, aperfeiçoou-se em 14/1/2000, decorridos 1 (um) ano de sua concessão, o que bem demonstra o calvário percorrido pela agravada.

A mora encontra-se caracterizada pela notificação extrajudicial realizada por meio do Cartório de Títulos e Documentos. Aliás, a inadimplência é confessada, o quanto basta para prosperar a ação reintegratória.

O instrumento de protesto, embora dificultada a leitura pela qualidade da fotocópia, aponta a ocorrência de intimação por carta AR seguida de Edital. O título apontado, aliás, corres-

ponde ao próprio Contrato de Arrendamento Mercantil de n. 749.684.

A inadimplência, assim, é inequívoca, sendo própria a pretensão reintegratória, presentes os pressupostos do art. 927 do CPC.

Não se justifica, por outro lado, a pretensão de permanência do bem com a empresa devedora. Trata-se, em verdade, de um computador e de uma impressora, que não se pode considerar como essenciais às atividades da agravante. O desgaste do equipamento e sua desvalorização, decorrentes do tempo da posse, justificam, para minimizar os prejuízos da

agravada, a imediata retirada da disposição da devedora.

III – Decisão

Diante do exposto, à unanimidade, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Gaspar Rubik.

Florianópolis, 28 de setembro de 2000.

Anselmo Cerello,
Presidente com voto;
Cesar Abreu,
Relator.

AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO

AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 00.018153-6, DA CAPITAL

Relator: Des. Cesar Abreu

Agravo de instrumento. Ação civil pública. Preceito cominatório de obrigação de fazer. Prestação de serviços médico-hospitalares. Delineamento traçado pelo Ministério Público. Pretensão que submete ao controle e administração judicial, no todo ou em parte, o Hospital Infantil Joana de Gusmão, no que respeita às atividades médico-curativas infantis do Estado. Inteligência dos arts. 194 e 227 da CF e arts. 1º, 4º, 7º, 11 e 208 da Lei n. 8.069/90 (ECA). Normas programáticas. Invocação de precedentes judiciais.

Casos concretos e individualizados. Preservação do direito à vida. Razões de ordem ético-jurídica impondo soluções casuísticas. Afirmação do postulado constitucional de proteção à inviolabilidade do direito à vida: sendo a vida o primeiro dos direitos, não há direitos que a ele se sobreponha, nem postulações que nele, por si só, não se legitimem. Hipóteses que não se confundem com a generalidade das postulações do Parquet. Ausência de previsão legislativa e adequação orçamentária. Princípio da tripartição do exercício dos poderes do Estado. Impertinência da avocação, pelo judiciário, de deliberações próprias à administração pública. Receitas públicas administradas segundo as destinações do orçamento anualmente votado pelo Poder Legislativo que diz, soberanamente, onde, como, quando e em que circunstâncias devam ser feitos os gastos públicos. Ação Civil Pública que resultaria, em admitida, na quebra do sistema, por pretender impor a realização de despesas não previstas na lei orçamentária, nela não consideradas nem aportadas. Estatuto da Criança e do Adolescente que permeia encargos vários aos três entes políticos do país (União, Estados e Municípios), omitindo-se quanto à proveniência dos recursos destinados ao seu atendimento, que ficou, assim, a critério do legislador ordinário, ano a ano, segundo as disponibilidades. Carência de ação reconhecida. Impossibilidade jurídica do pedido. Extinção do processo principal, sem julgamento do mérito. Procedência do agravo, ditada em decisão singular do relator (CPC, art. 557, § 1º-A). Interposição, pelo Ministério Público, do agravo interno. Apreciação pelo órgão colegiado. Decisão monocrática mantida por seus fundamentos. Sucesso do agravo interno, ademais, dependeria da demonstração de que a decisão do relator contraria a orientação, no particular, de tribunais superiores. Recurso improvido.

ACORDAM, em Câmara Cível Especial, à unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

Trata-se de recurso de agravo interposto pelo douto órgão do Ministério Público, com fundamento no art.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo no Agravo de Instrumento n. 00.018153-6, da comarca da Capital, em que é agravante o Estado de Santa Catarina, sendo agravados Gercino Gerson Gomes Neto e outro:

557, § 1º, do Código de Processo Civil, visando, por retratação, ou julgamento em mesa, a reforma do despacho proferido no Agravo de Instrumento n. 00.018153-8, da Capital, que, ao dele conhecer, monocraticamente extinguiu, ab initio, por falta de possibilidade jurídica do pedido, a Ação Civil Pública n. 02300033326-6 postulada. No caso, insurgira-se o Estado de Santa Catarina contra a decisão proferida pelo MM. Juízo da Vara da Infância e da Juventude da comarca da Capital que acolhera pedido liminar, com preceito cominatório de obrigação de fazer, compelindo-o, sem sua prévia audiência, à prestação de serviços médico-hospitalares, segundo delineamento traçado pelo Parquet, reproduzido nas razões de recurso em apenso, o qual, por seu contexto e conteúdo, na prática, põe sob a administração judicial, no todo ou em parte, o Hospital Infantil Joana de Gusmão, senão todas as atividades médico-curativas infantis do Estado.

Entendendo manter o despacho vergastado, nos seus precisos termos, cujos fundamentos restaram adotados e renovados, os autos foram submetidos à apresentação em Mesa, independentemente de anúncio em pauta, por ter sido assim requerido pelo agravante (fls. 156), em que pese não se ignore os precedentes judiciais a respeito (STJ — 1ª Turma, REsp n. 151.229—PE — Ag. Reg., rel. Min. José Delgado, apud Theotônio Negrão, CPC Anotado, 30ª ed., 1999, art. 557, nota 7e), que o entendem necessário. É que às partes legítimo é, para acelerar a entrega da prestação jurisdicional, renunciar a prerrogativas que só a elas pertenciam. Assim, princípio geral, se a parte

dá-se por ciente dispensa-se a intimação, como de resto suprida fica com o comparecimento espontâneo. A tanto equivale, certamente, a formal dispensa de intimação, antecipada e expressamente formulada pelo Ministério Público que, no caso, antes de custos legis, é o autor da ação, substituto processual de terceiros, sem parceiros outros, legitimado por força da lei.

II – Voto

Inicialmente é preciso considerar que o despacho monocrático vergastado, fundado no art. 557 e seu § 1º-A, do Código de Processo Civil, que admite o abreviamento da instância recursal quando presentes os pressupostos que o informam, enseja também a extinção dela, por economia de Juízo, se se constatar, de plano, a inexistência de possibilidade jurídica do pedido, vale dizer, a ausência de fundamentos que viabilizem a composição judicial instaurada, ou em vias de instauração, como é o caso (concessão de liminar sem audiência da parte ex adversa).

Nota-se que, a teor da última parte do § 1º do art. 557 do Código de Processo Civil, se provido o presente agravo, o recurso terá seguimento, vale dizer, reformada a decisão monocrática, suprimido o incidente processual, devolve-se ao Relator a competência plena para prosseguir, como se óbice algum tivesse ocorrido. Ou seja, cumpre ao Relator, retomando o caminho, examinar, preliminarmente, em seus termos e em sua extensão, os pedidos (alternativo e principal, salvo quanto à extinção abrupta da instância), tal como formulados no instrumento de agravo, ensejando ao Parquet, ato contínuo, a im-

pugnação, no prazo legal, do agravo de instrumento, que deve correr os seus trâmites, plena a competência do Relator, antes e depois, para a prática dos atos que lhe são pertinentes, ex officio, se assim entender — ou for o caso —, como também em atenção à postulação formulada no instrumento de agravo.

Pois bem, recebido o agravo inominado previsto no § 1º do art. 557 do CPC, oposto pelo Ministério Público, autor da ação principal, em homenagem ao princípio constitucional da ampla defesa foi ouvido o ora agravado, que se manifestou, e a douta Procuradoria-Geral de Justiça.

Complementa-se, todavia, o relatório inserto no despacho monocrático recorrido (fls. 135/137), mencionando que a inserção de uma e outra das manifestações, tanto do agravante como do agravado, neste incidente, interessam substancialmente às questões de direito, envolvendo a matéria principal discutida no instrumento.

Resta ainda pontuar que, dado provimento ao agravo, para extinção, de plano, do processo principal, sem julgamento de mérito, forte no art. 557, § 1º-A do CPC, considerada a decisão em manifesto confronto com a jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores, impunha-se ao recorrente, a tanto autorizado pelo § 1º do art. 557 do digesto processual, para efeito de reforma do decisum impugnado, fazer prova de que a jurisprudência majoritária não é aquela afirmada pelo Relator.

O sucesso do agravo do § 1º do art. 557 do CPC depende da demonstração de que a orientação jurisprudencial invocada não se apresenta

dominante nos Tribunais Superiores, vale dizer, no STF ou STJ.

Essa prova não foi realizada, invocando o recorrente decisões em casos isolados, em que o julgador, entre proteger o direito à vida ou fazer imperar um interesse financeiro e secundário do Estado, por razões de ordem ético-jurídica, optou pelo respeito indeclinável à vida.

De qualquer forma, pela relevância da matéria em destaque e pela qualidade de quem se apresenta como parte autora na ação civil pública, passo a proferir o voto de fundo, tal como o recomenda a penúltima parte do § 1º do art. 557 do Código de Processo Civil. E o faço confirmando a decisão monocrática, ou seja, que extinguiu o processo sem o julgamento do mérito, dado que, diante da impossibilidade jurídica do pedido, é o autor carecedor da ação proposta, tal como formulada. Com efeito.

A decisão monocrática, que deu ensejo ao agravo, e à qual me reporto, na sua parte substancial está assim concebida (transcrevo):

“6. Inicialmente cumpre assinalar que a ação civil pública, a teor do art. 1º da Lei n. 7.347, de 24/7/85, tem por escopo a responsabilização pelos danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, bem como por infrações da ordem econômica e, ainda, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo nas circunstâncias de fato e de direito nele sinalizados e, por efeito, a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer e não fazer (art.

3º). Literalmente, portanto, o direito de ação, em princípio, nasceria da consumação do ato danoso, moral ou patrimonial, admitida, todavia, a ação cautelar preparatória ou incidente (art. 4º).

“Na verdade, entretanto, embora ainda inexistente o dano, mesmo assim, demonstrada a potencialidade de sua ocorrência, a ação pode ser desde logo proposta, por se tratar de cautelar satisfativa, que independe da propositura de outra, dita principal (Hugo Nigro Mazzilli, *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, RT, SP, 5ª ed., pág. 114), para tanto legitimado, dentre outros, o Órgão do Ministério Público (art. 5º).

“A ação de que se trata, portanto, é cautelar satisfativa, que prescinde da principal, eis que não visa à condenação com base em ocorrências danosas pretéritas, mas quer prevenilas na forma e nas condições sinalizadas na inicial.

“7. Posta a questão nestes termos, conclui-se que a inserção do Ministério Público no episódio fundamenta-se no art. 201, V, da Lei n. 8.069, de 13/7/90 (ECA), art. 1º, inciso IV, da Lei n. 7.347, de 24/7/85 (LACP), ou seja, proteção dos interesses difusos relativos à infância e à adolescência, que é a espécie de que se cuida, dado que os interesses coletivos que o inciso sinaliza têm como pressuposto, no magistério de Péricles Prade (*Conceito de Interesses Difusos*, 2ª ed., RT, SP, 1987, pág. 39), aqueles perseguidos através de processo associativo, co-natural ao homem (família, corporação profissional, empresa, sindicato). Já os interesses difusos, segundo o autor

(idem, pág. 45), são aqueles que pertencem de maneira idêntica a uma pluralidade de sujeitos mais ou menos vasta e mais ou menos determinada, a qual pode ser, ou não, unificada e unificada mais ou menos estreitamente, em uma coletividade.

“Acomoda-se a doutrina, ao que se infere, ao que dispõe o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11/9/90, arts. 81 e 117), quando se ocupa da espécie versada: difusos são os interesses ou direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Já os interesses ditos coletivos são os interesses ou direitos 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.

“8. Admite-se, portanto, mesmo porque a isto não se opõe o agravante, que a espécie, objeto da presente ação civil pública, por seus pressupostos de fato e de direito, confere ao Ministério Público legitimidade para, como substituto processual, postular os direitos e interesses nela configurados.

“9. Prosseguindo, ainda enfocando os pressupostos da ação proposta, impõe-se trazer à colação precedentes judiciais que do tema têm-se ocupado. Com efeito.

“No Recurso em Mandado de Segurança n. 6.564/RS (95.0068782-8), recorrido o Estado do Rio Grande do Sul, o Superior Tribunal de Justiça, enfrentando tema da espécie, Relator o Ministro Demócrito Reinaldo, ao de-

cidir, houve por bem assinalar (da ementa):

‘Normas constitucionais meramente programáticas — ad exemplum, o direito à saúde — protegem um interesse geral, todavia, não conferem, aos beneficiários desse interesse o poder de exigir sua satisfação — pela via do mandamus — eis que não delimitado o seu objeto, nem fixada a sua extensão, antes que o legislador exerça o munus de completá-las através da legislação integrativa. Essas normas (arts. 195, 196, 204, 227 da CF) são de eficácia limitada, ou, em outras palavras, não têm força suficiente para desenvolver-se integralmente, ou não dispõem de eficácia plena, posto que dependem, para ter incidência sobre os interesses tutelados, de legislação complementar.

‘Na regra jurídico-constitucional que dispõe, todos têm direito e o Estado dever — dever de saúde — como afixam os constitucionalistas, na realidade todos não têm direito, porque a relação jurídica entre o cidadão e o Estado devedor não se fundamenta em vinculum juris gerador de obrigações, pelo que falta ao cidadão o direito subjetivo público, oponível ao Estado, de exigir em juízo as prestações prometidas a que o Estado se obriga por proposição ineficaz dos constituintes.

‘No sistema jurídico pátrio, a nenhum órgão ou autoridade é permitido realizar despesas sem a devida previsão orçamentária, sob pena de incorrer em desvio de verbas’.

‘É do contexto do acórdão em referência, ainda, informado no magistério de Hely Lopes Meirelles (Mandado de Segurança e Ação Popular,

págs. 11/12), o entendimento que segue, pertinente à ação em causa, por seus fundamentos, não apenas ao mandamus:

‘Normas programáticas, como ensinam os doutrinadores, certamente protegem um interesse geral, mas não conferem aos beneficiários desse interesse o poder de exigir sua satisfação: não delimitando seu objeto, nem fixando sua extensão, não fornecem os meios para sua realização, antes que o legislador cumpra o dever de completá-las com a legislação integrativa. No máximo, aí, se verifica um interesse simples, não exigível positivamente pelos eventuais beneficiários, que podem ter uma expectativa de sua concretização através da legislação interpretativa ou de outra atividade do Poder Público’.

‘10. De outra parte, também invocado José Afonso da Silva (Aplicabilidade das Normas Constitucionais, pág. 73) delimita, com indiscutível juridicidade, o campo de abrangência, delineando as características das normas de princípios programáticos, como as da espécie, quais sejam:

‘I — são normas que têm por objeto a disciplina dos interesses econômico-sociais, tais como: a realização da justiça social; valorização do trabalho como condição da dignidade humana; desenvolvimento econômico, repressão ao abuso do poder econômico; proteção à saúde; previdência social; intervenção do Estado na ordem econômica; proteção aos trabalhadores; amparo à família; combate à ignorância; estímulo à cultura, à ciência e à tecnologia;

‘II — são normas que não tiveram força suficiente para desenvol-

ver-se integralmente, sendo acolhidas, em princípio, como programa a ser realizado pelo Estado, por meio de leis ordinárias ou de outras providências;

‘III — são normas de eficácia reduzida, não sendo operante relativamente aos interesses que lhes constituem objeto específico e essencial’.

‘E para completar, ainda servindo-me do acórdão em referência, vale trazer à colação o magistério de Pinto Ferreira, outro eminente constitucionalista (Comentários à Constituição Brasileira, vol. 7º, pág. 17):

‘A saúde é um direito de todos e um dever do Estado (art. 196). Tal direito à saúde na realidade é bastante inócuo, pois não cabe a determinada pessoa uma ação para exigir do Estado o cumprimento de tal direito.

‘Apesar de o CC estabelecer em seu art. 75 que a todo direito corresponde uma ação que o assegura não há nenhuma ação conferida à pessoa para tornar completo o direito à saúde. Um direito sem ação a assegurará-lo nada é; também uma ação sem direito que a fundamente não é nada.

‘Assim sendo, o direito à saúde é uma mera ilusão constitucional caso não seja estatuído como um direito público subjetivo acionável contra o Estado ou o Poder Público. Mesmo assim só terá possibilidade prática de realização se houver infra-estrutura econômica e material que permita a construção de hospitais, fabricação de medicamentos, a elevação do número de médicos e a sua eficiência no combate à doença’.

‘Tal como o fez, Pinto Ferreira, igualmente reportando-se ao art. 75 do Código Civil, que, segundo os processualistas, sinaliza o direito concreto de agir, quando em verdade se trata de direito abstrato, abrangente e incondicionado, porque dependente da só vontade do agente, José Cretella Júnior (Comentários à Constituição de 1988, vol. XIII, pág. 4.334), também citado no acórdão, assim se expressa:

‘Na regra jurídica constitucional que dispõe, todos têm direito e o Estado o dever — dever de saúde — na realidade todos não têm direito, porque a relação jurídica entre o cidadão-credor e o Estado-devedor não se fundamenta em vinculum juris gerador de obrigações, pelo que falta ao cidadão o direito subjetivo público, oponível ao Estado, de exigir em juízo as prestações prometidas, a educacional e a da saúde, a que o Estado se obriga por proposição ineficaz dos constituintes, representantes do povo. O Estado deve, mas o devedor tem conteúdo ético, apenas, conteúdo que o bônus administrador procurará proporcionar a todos embora a tanto não esteja obrigado’.

‘11. No caso destes autos, lembra-se, o agravado fundamenta o direito que postula em favor dos substitutos processuais, a quem representa, substancialmente, nos arts. 6º e 227 da Constituição:

‘Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma dessa Constituição.

‘(...).

‘Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão’.

“Em consonância com os textos constitucionais invocados adita-se a legislação infraconstitucional da espécie, ou seja, os arts. 7º e 11 da Lei n. 8.069, de 13/7/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), os quais, a despeito de sua expressividade, por si só não bastam para descaracterizar o conteúdo meramente programático dos direitos e interesses neles versados, como vêm sinalizando os Tribunais, atentos à gama de princípios e leis que informam a matéria e impedem, por isso, a pronta e exata aplicação dos dispositivos em causa, nos termos e na forma postulados pelo douto Órgão do Ministério Público.

“12. Para começar reportar-se ao contexto da inicial, onde o agravante, a par de outras invocações, traz à colação o AI n. 9.890, da Capital, segundo o qual os mencionados dispositivos acima referidos da lei de regência, ainda que expressivos, efetivamente ‘configuram normas programáticas, que valem apenas pelo seu teor recomendatório ou orientador ao destinatário’. E prossegue: ‘A norma programática, ao reverso da norma de cunho imperativo, não se destina à pluralidade de pessoas ou organismos. Ela prima por destinar-se de ma-

neira exclusiva à singularidade de pessoas e organismos’.

“De lembrar-se, também, outros julgados, cujos fundamentos, mais abrangentes, vêm em abono às teses levantadas pelo agravante, inclusive de ordem processual, como sejam:

“a) Agravo de Instrumento n. 8.844, de Xaxim — Acórdão datado de 9/6/94, da 4ª Câmara Civil deste Tribunal, relator o Des. Alcides Aguiar, segundo o qual, necessária a observância do princípio da tripartição dos Poderes e de sua independência, há que se considerar, ainda, na execução de obras que impliquem em despesa, a indispensabilidade de previsão orçamentária, o que, desatendido — ou não considerado — enseja a extinção do processo por inviabilidade jurídica do pedido, e teor do art. 165 da Constituição, art. 120 da Constituição do Estado, e art. 267, VI, do Código de Processo Civil, acrescida a circunstância de que falece ao Poder Judiciário ‘impor ao Poder Executivo a realização de obras, ainda que em nome de direitos sociais, indiferente às normas de previsão programática e orçamentária’.

“Reporta-se o acórdão em referência a memorável aresto do Des. Rubem Córdova, tantas vezes citado (AI n. 8.443), no qual, acolhido o pedido de reforma, foi declarada a extinção da ação civil pública proposta pelo Ministério Público contra o Estado, por carência de ação, em face da impossibilidade jurídica do pedido, com base no art. 267, VI, e seu § 3º, uma vez que a pretensão deduzida na inicial não encontra admissibilidade no ordenamento jurídico vigente, na medida em que não podem o Juiz tanto quan-

to o próprio Tribunal avocar para si a deliberação de atos da Administração Pública.

“b) Em outro julgado, ainda da lavra do Des. Alcides Aguiar (Agravado de Instrumento n. 8.899, de Chapecó, de 27/10/94), ficou decidido que a implantação em determinado prazo e sob pena de multa diária, pela Municipalidade, com vistas ao atendimento dos programas sócio-educativos previstos nos incisos III, IV e V do art. 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente depende de previsão legislativa e adequação orçamentária, respeitado, outrossim, o princípio da tripartição do exercício dos poderes do Estado.

“c) Vale referir, ainda, o acórdão prolatado pelo Des. Pedro Manoel Abreu, no Agravado de Instrumento n. 9.890, de 21/3/96, da Capital, cujo contexto, com pertinência, assinala:

‘Ação civil pública. Despacho saneador. Ação proposta pelo Ministério Público objetivando compelir o Estado à aquisição de medicamentos e equipamento para o manuseio de drogas tóxicas, à contratação de profissional médico oncologista e ativação de outros leitos na internação oncológica de hospital. Impossibilidade jurídica do pedido. Inteligência do art. 11, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Recurso provido.

‘O art. 11 e seu § 2º da Lei n. 8.069/90 configuram normas programáticas, que valem apenas pelo seu teor recomendatório ou orientador do destinatário. A norma programática, ao reverso da norma de cunho imperativo, não se destina à pluralidade de pessoas ou organismos. Ela prima por destinar-se de maneira exclusiva à

singularidade de pessoas ou organismos. Sendo destinatário do art. 11 e seu § 2º da Lei n. 8.069/90 o Poder Executivo, não se admite o Poder Judiciário como destinatário secundário, apto, pois, na hipótese de omissão, para o exercício de atividade substitutiva. Somente no caso de norma imperativa, a omissão do Poder Executivo pode redundar em atividade substitutiva do Judiciário, se houver a devida provocação.

‘Impossibilidade jurídica do pedido reconhecida. Extinção do processo sem o julgamento do mérito’.

“13. No caso em referência acima a ação civil pública patrocinada pelo Ministério Público objetivava compelir o Estado, então agravante, à compra de medicamentos destinados ao tratamento de crianças e adolescentes, bem como de equipamento adequado para o manuseio de drogas tóxicas e ainda a contratação de profissional médico oncologista, sob pena de pagamento de multa diária.

“Do despacho saneador prolatado no processo em causa o Estado de Santa Catarina interpôs recurso de agravo de instrumento contra o despacho saneador proferido pelo Dr. Juiz de Direito da Vara da Infância e Juventude da comarca da Capital, arrolando os fundamentos igualmente considerados no feito sub judice: ‘extinção do processo sem o julgamento do mérito porque o pedido é juridicamente impossível, uma vez que não pode o Poder Judiciário compelir o Executivo a praticar atos de Administração, sob pena de ferir o princípio de separação dos poderes federados, além do que, em assim agindo, estaria compelindo

a administração pública a olvidar as normas licitatórias’.

“Ao ensejo do julgamento o recurso interposto pelo Estado foi provido no sentido de extinguir o processo por carência de ação, pois em que pesem os nobres motivos ensejadores da pretensão do Ministério Público, o pedido é juridicamente impossível, eis que o art. 11 e seu § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, é de natureza programática e não imperativa, motivo pelo qual não pode o Judiciário compelir o Executivo ao seu cumprimento.

“Reporta-se o julgado ao parecer da Procuradoria de Justiça, que em resumo pode ser assim retratado:

“a) o art. 11 da Lei n. 8.069/90 (ECA) recomenda a programação do Poder Executivo de forma a assegurar à criança e ao adolescente acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde;

“b) ao consignar o ECA, no § 2º do citado art. 11, que incumbe ao Poder Público fornecer gratuitamente àqueles que necessitarem os medicamentos, próteses etc., a norma é orientada no sentido de ser propiciada, a tempo, a correspondente previsão (orçamentária).

“Lembra, outrossim, o Parquet que o destinatário do art. 11 e seu § 2º é o Poder Executivo, a nível federal, estadual e municipal, não se admitindo o Poder Judiciário como destinatário secundário, apto, pois, na hipótese de omissão, para o exercício de atividade substitutiva, o que só poderia ocorrer se a norma fosse imperativa, e omissa o Poder Executivo.

“14. Por conseguinte, é forçoso concluir que os dispositivos legais invocados pelo Ministério Público, que embasam o pedido, não têm força para impor ao Poder Público, vale dizer, à União, aos Estados e Municípios, a obrigação de que se trata, em termos de ser exigível, na forma e condições estatuídas no despacho recorrido, tanto que complementos legais se impõem, inclusive e especialmente os de natureza financeira e orçamentária.

“Por outro lado, é preciso sinalizar que em matéria de Finanças Públicas, sujeitos todos à Lei do Orçamento, não podem ser concebidas despesas ilimitadas, como quer impor o despacho agravado, haja vista o tópico:

‘O deferimento da liminar postulada não significa tirar do Poder Público o seu direito-dever fiscalizador e gestor. Significa, sim, obrigá-lo a usar tais poderes para criar meios, condutas e mecanismos rápidos e eficazes para a garantia da saúde das crianças e adolescentes catarinenses’.

“É preciso considerar que o Poder Executivo não dispõe das receitas públicas, administra-as, segundo as destinações do orçamento anualmente votado pelo Poder Legislativo que diz, soberanamente, onde, como, quando e em que circunstâncias devam ser feitos os gastos públicos. E não seria o Poder Executivo, e mesmo o Poder Judiciário, que poderia romper o sistema, para impor a realização de despesas não previstas, porque nela, na Lei Orçamentária, não consideradas nem aportadas.

“Assinala-se, outrossim, por consabido, que as leis que criam encargos

ao Estado, vale dizer despesas, devem indicar a fonte dos recursos pertinentes. Na omissão, essa indicação impõe-se ou a uma nova lei ou à Lei Orçamentária anual, como é o caso da lei regência da espécie. O Estatuto da Criança e do Adolescente permeia encargos vários aos três entes políticos do País (União, Estados e Municípios), omitindo-se quanto à proveniência dos recursos destinados ao seu atendimento, que ficou, assim, a critério do legislador ordinário, ano a ano, segundo as disponibilidades.

“Isto tudo, tal como referido, é preciso destacar, é imperativo do Estado Democrático de Direito!

“Ao arremate, porque oportuno, vale reproduzir a preocupação manifestada pelo Des. José Maria Rosa Tesheiner, do Estado do Rio Grande do Sul, quando vencido em matéria similar:

‘Nem tudo tem solução jurisdicional. Fala-se de um modo muito impreciso, em direito à alimentação, direito à habitação, direito à saúde, direito a uma vida digna. Podem-se conceituar esses ditos direitos como verdadeiros direitos subjetivos, amparáveis jurisdicionalmente? Penso que não. Hoje temos um caso isolado e a concessão da segurança não criará problema maior. Mas como nos veremos, se tivermos uma avalanche de mandados de segurança, uns pedindo medicamentos, outros pedindo arroz, outros pedindo habitação? Vamos resolver os problemas da pobreza, da dor e do sofrimento através de decretos judiciais? Atualmente, há certa resistência a se reconhecer que há na Constituição normas meramente programáticas, mas a verdade é esta: há

na Constituição normas que não podem senão ser interpretadas como declarações de objetivos a atingir, não como outorgadoras de direitos subjetivos, exigíveis judicialmente’ (Agravo Regimental n. 593012578, 1º Grupo de Câmaras Cíveis, rel. Des. Milton dos Santos Martins, j. em 5/3/93).

“Essa é a questão. O povo sofre, é sacrificado em nome da estabilidade econômica, nunca consolidada, e em nome da qual tudo é permitido, desde o arrocho aos proventos e às pensões; à inalterabilidade dos vencimentos dos servidores públicos, civis e militares, a despeito dos resíduos inflacionários; o fomento ao desemprego que corta o trabalho dos que o tem e impede que novas gerações a ele possam acessar. A saúde pública sucateada; os hospitais mal aparelhados, sem equipamentos e remédios; doentes morrendo em corredores, antes de serem atendidos; famílias dormindo ao relento para conquistar vagas nas escolas públicas; outras fugindo das escolas particulares em função do aperto salarial, aliado ao aumento das mensalidades escolares. O interesse público exige o combate a esses vícios e às irregularidades que campeiam País afora, representados por obras inacabadas, quando não abandonadas, pelo clientelismo das verbas orçamentárias, pela subdivisão política indiscriminada e inconseqüente para simples promoção de empreguismo, pela fartura de recursos destinada nacionalmente à saúde das unhas encravadas, em contraste com a míngua das dotações destinadas ao tratamento das doenças endêmicas que afetam a nossa gente. Este é o clima que o povo vive no seu dia a dia. Contudo, a solução

dos graves problemas nacionais não se implementa por decretos judiciais.

“Em suma, a despesa pública sujeita-se à imposição da lei. Por mais justa, nobre que seja, sem previsão legal não pode ser feita, porque quem governa ou administra os dinheiros públicos deles não dispõe. Obstado por força desse imperativo legal, seria estranho que, substituindo-o, o Judiciário, como que intervindo na área do Poder Executivo, pudesse determinar a realização de despesa não autorizada pela lei.

“15. Assim, por tais fundamentos, ausente a possibilidade jurídica do pedido, impõe-se a extinção do processo sem o julgamento do mérito, por carência de ação, na forma e nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

“Diante do exposto, com fulcro no art. 557, § 1º-A, do CPC, dou provimento ao presente agravo para extinguir o processo sem o julgamento do mérito, por impossibilidade jurídica do pedido”.

Pois bem. Trata-se de ação civil pública fundada na Lei n. 7.347, de 24/7/85, alterada pela Lei n. 8.078, de 11/9/90 (CDC), que, a teor dos arts. 1º e 3º, define-se como uma ação de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados (inciso IV), a qualquer (outro) interesse difuso ou coletivo, tendo por escopo a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (sic), sendo que (art. 11), nesse caso, isto é, quando tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer e não fazer, o juiz, sob pena de execução específica, determinará: (a) o cumprimento da prestação da atividade devida; ou (b)

a cessação da atividade nociva; ou (c) cominação de multa diária, se esta for suficiente e compatível (CPC, art. 614).

Os réus são, necessariamente, aqueles que, por força da lei (não da convenção, ou do contrato), obrigam-se à prestação que lhes corresponde segundo o objeto da ação.

No caso concreto, o autor, na condição de substituto processual de titulares de direitos e interesses difusos ou coletivos, atribuindo ao Estado de Santa Catarina a condição de obrigado à prestação correspondente, a teor do pedido liminar, fixando prazos e condições,

a) visa a obter dele o atendimento médico-hospitalar, universal e igualitário de “todas as crianças e adolescentes com consultas médicas agendadas ou em listas de espera do Hospital Joana de Gusmão ou da Central de Marcação de Consultas ou das demais Unidades de Saúde da Secretaria de Estado da Saúde, sendo que as listas atualizadas deverão ser entregues em juízo no prazo de 10 (dez) dias a contar da intimação” (alínea a, fls. 158/9);

b) impõe a manutenção de “agendamento das consultas e listas de espera, oficiando (sic) aos Secretários Municipais de Saúde e às Regionais de Saúde sobre a abertura das listagens durante todos os dias da semana, não suspendendo a marcação sob qualquer hipótese” (alínea d, fls. 159);

c) exige continuidade de atendimento “aos novos pedidos de marcação de consultas (listas de espera) efetuadas desde a concessão da liminar” (alínea e, fls. 159);

d) apraza (15/12/2000) consultas e cirurgias (alíneas b, c, e, f e g, fls. 159).

Para esse efeito invoca (fls. 168) o art. 208, inciso VII, e parágrafo único, da Lei n. 8.069, de 13/7/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente — ECA), que, a seu ver, confere-lhe todo esse imenso poder de impor e exigir, incondicionadamente, do Estado, em nome dos respectivos substituídos (crianças e adolescentes), a prestação dos serviços médico-hospitalares que indica, nos prazos e condições que elege, bem como o fornecimento dos medicamentos necessários, disponha ou não de recursos orçamentários, pessoal e equipamentos bastantes, bem como de espaço na unidade selecionada para esse mister (Hospital Joana de Gusmão).

Não apenas, convida — ou incita — o Judiciário a com ele somar-se para a consecução do objetivo, haja vista o que insere a fls. 169, por ser esta a vontade do legislador infraconstitucional:

“Quis claramente o legislador infraconstitucional dar poder ao Estado-Juiz quando o Estado-Administração fosse negligente ou omissa.

“O caso em tela demonstra, sem qualquer dúvida, que o direito à saúde não é norma programática, dizendo como deve ser feito e a forma como o Estado-Juiz (refere-se, certamente ao Judiciário) poderá intervir.

“Não concebemos como o Estado-Juiz abdicar desta sua prerrogativa, em defesa da sociedade, de fazer o Estado-Administração (seria o Poder Executivo?) cumprir o seu papel.

“É certo que nós, os operadores do direito (seriam os juristas, em geral ou apenas os membros do Ministério Público?), conservadores por natureza, demoramos às vezes a acompanhar as mudanças sociais e legislativas, mas, data venia, chegou a hora do Judiciário dizer um basta aos desmandos e descumprimentos das leis e da Constituição Federal.

“O Ministério Público está fazendo sua parte, trazendo a demanda social ao Judiciário e requer que este faça e obrigue o Executivo a fazer a sua”.

O excerto honra e dignifica quantos, integrando o Ministério Público, têm a missão de pugnar em defesa dos direitos e interesses difusos e coletivos, como tal definidos no art. 81, parágrafo único, da Lei n. 8.078, de 11/9/90 (CDC). É uma proposta e um desafio, mas que não podem ser acolhidos, em seus termos, porque todos, uns e outros, sujeitam-se aos ditames das leis. Não pode, pois, surpresa haver se Estado-Juiz, instado nesses termos, não possa acompanhá-lo na empreitada que, meritória, sujeita-se aos condicionamentos, não apenas das leis que no conjunto dominam a espécie, como a conjuntura que limita o poder-dever da administração pública.

Com efeito, por assim entender, em homenagem aos ilustres Promotores que cumprem a honrosa e gratificante missão de ocupar-se com a higidez física e mental da juventude brasileira que vive em Santa Catarina, permito-me ser longo, tentando ser convincente, quanto baste para dirimir a questão jurídica que regula a espécie. Para isto relaciono a legislação,

constitucional e infra, a jurisprudência, que deve ser vista no seu exato contexto, e mais o que se imponha:

(1) Para esse fim começa-se com a legislação, a partir da Lei n. 7.347, de 24/7/85, que dispõe sobre a ação civil pública (ACP):

“Art. 1º. Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos causados:

“(…)”

“IV — a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

“(…)”

“Art. 3º. A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer e não fazer.

“(…)”

“Art. 5º. A ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios (…).”

“(…)”

“§ 1º. O Ministério Público se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

“(…)”

“Art. 11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor”.

(2) A esta lei (da ACP) soma-se, pelas modificações nela havi-

das, o Código de Defesa do Consumidor — CDC (Lei n. 8.078, de 11/9/90), no caso, os arts. 83 e 84:

“Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

“Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

“(…)”

“§ 5º. Para efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial (equivale ao § 5º do art. 461 do CPC, introduzido pela Lei n. 8.952, de 13/12/94)”.

(3) O Código de Processo Civil, por sua vez, especialmente após a reforma de 1994 (Lei n. 8.952, de 13/12/94), também deve ser especificamente considerado, em parte até redundantemente:

“Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem resultado prático equivalente ao do adimplemento.

“(…)”

“§ 5º. Para efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

“(…)”.

“Art. 632. Quando o objeto da execução for obrigação de fazer, o devedor será citado para satisfazê-la no prazo que o juiz assinar, se outro não estiver determinado no título executivo.

“(…)”.

“Art. 644. Na execução de sentença em que credor pedir o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, determinada em título judicial, o juiz, se omissa a sentença, fixará multa por dia de atraso e a data a partir da qual será devida (v. parágrafo único)”.

(4) Compulsando o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em busca de subsídio legal para a espécie, constata-se interessar à causa as seguintes disposições da lei que o consubstancia (Lei n. 8.069, de 13/7/90):

“Art. 11 (caput). É assegurado atendimento médico à criança e ao adolescente, através do Sistema Único de Saúde, garantido o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.

“(…)”.

“Art. 14 (caput). O Sistema Único de Saúde promoverá programas de

assistência médica e odontológica para a prevenção das enfermidades que ordinariamente afetam a população infantil, e campanhas de educação sanitária para pais, educadores e alunos.

“(…)”.

“Art. 86. A política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

“(…)”.

“Art. 148. A Justiça da Infância e da Juventude é competente para:

“(…)”.

“IV - conhecer das ações civis fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente, observado o disposto no art. 209 (art. 209/competência).

“(…)”.

“Art. 201. Compete ao Ministério Público:

“(…)”.

“V — promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência, inclusive os definidos no art. 220, § 3º, inciso II, da Constituição Federal.

“(…)”.

“Art. 202. Nos processos e procedimentos em que não for parte, atuará obrigatoriamente o Ministério Público na defesa dos direitos e interesses de que cuida esta lei (...).

“(…)”.

“Art. 208. Regem-se pelas disposições desta lei as ações de res-

ponsabilidade por ofensa a direitos assegurados à criança e ao adolescente, referente ao não oferecimento ou oferta irregular:

"(...).

"VII — de acesso às ações e serviços de saúde.

"(...).

"Parágrafo único. As hipóteses previstas neste artigo não excluem da proteção judicial outros interesses individuais, difusos ou coletivos, próprios da infância e da adolescência, protegidos pela Constituição e pela lei.

"Art. 210. Para as ações cíveis fundadas em interesses coletivos ou difusos, consideram-se legitimados concorrentemente:

"I — o Ministério Público;

"(...).

"Art. 213. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

"§ 1º. Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.

"§ 2º. O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo para o cumprimento do preceito.

"§ 3º. A multa só será exigível do réu após o trânsito em julgado da

sentença favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento.

"(...).

"Art. 215. O juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte".

(5) Em sentido geral, o Serviço Unificado de Saúde — SUS, abrangendo toda a comunidade nacional, foi editada a Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre a promoção, proteção e recuperação da saúde e o funcionamento dos serviços correspondentes, merecendo destaque:

"Art. 2º. A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

"§ 1º. O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de risco de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

"§ 2º. O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

"Art. 3º. A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.

“Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

“Art. 4º. O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração Direta e Indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde — SUS.

“(…)”

Art. 5º. São objetivos do Sistema Único de Saúde — SUS:

“(…)”

“III — a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas.

“Art. 6º. Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde — SUS:

“I — a execução de ações:

“(…)”

“d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica.

“(…)”

“Art. 7º. As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde — SUS são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

“I — universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

“II — integralidade de assistência, entendida como um conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;

“(…)”

“IV — igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;

“(…)”

“IX — descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:

“a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;

“(…)”

“XI — conjugação de recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população;

“(…)”

“XIII — organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.

“(…)”

“Art. 8º. As ações e serviços de saúde, executados pelo Sistema Único de Saúde — SUS, seja diretamente ou mediante participação complementar da iniciativa privada, serão organizados de forma regionalizada e hierarquizada em níveis de complexidade crescente.

“Art. 9º. A direção do Sistema Único de Saúde — SUS é única, de

acordo com o inciso I do art. 198 da Constituição Federal, sendo exercida em cada esfera de governo pelos seguintes órgãos:

"I — no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde;

"II — no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, pela respectiva Secretaria da Saúde ou órgão equivalente; e

"III — no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria da Saúde ou órgão equivalente.

"(...).

"Art. 16. À direção nacional do Sistema Único de Saúde— SUS compete: (nota: União — Ministério da Saúde).

"(...).

"XI — identificar os serviços estaduais e municipais de referência nacional para o estabelecimento de padrões técnicos de assistência à saúde;

"(...).

"XIII — prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional;

"(...).

"XV — promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente de abrangência estadual e municipal;

"(...).

"XVII — acompanhar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde, respeitadas as competências estaduais e municipais;

"(...).

"Art. 17. À direção estadual do Sistema Único de Saúde — SUS compete:

"I — promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde;

"(...).

"III — prestar apoio técnico e financeiro aos Municípios e executar supletivamente ações e serviços de saúde;

"(...).

"Art. 18. À direção municipal do Sistema Único de Saúde — SUS compete:

"I — planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde;

"(...).

"XII — normatizar complementarmente as ações e serviços públicos de saúde no seu âmbito de atuação.

"Art. 35. Para o estabelecimento de valores a serem transferidos a Estados, Distrito Federal e Municípios, será utilizada a combinação dos seguintes critérios, segundo análise técnica de programas e projetos:

"I — perfil demográfico da região;

"(...).

"VII — ressarcimento do atendimento a serviços prestados para outras esferas de governo.

"§ 1º. Metade dos recursos destinados a Estados e Municípios será distribuída segundo o quociente de sua divisão pelo número de habitantes independentemente de qualquer procedimento prévio".

(6) Em complemento, alterando a Lei n. 8.080, de 19/9/90, que trata do Sistema Único de Saúde, sobreveio a Lei n. 8.142, de 28/12/90, da qual é de se destacar:

“Art. 2º. Os recursos do Fundo Nacional de Saúde (FNS) serão alocados como:

“(…)”.

“IV — cobertura das ações e serviços de saúde a serem implementados pelos Municípios, Estados e Distrito Federal.

“Art. 3º. Os recursos referidos no inciso IV do art. 2º desta lei serão repassados de forma regular e automática para os Municípios, Estados e Distrito Federal, de acordo com os critérios previstos no art. 35 da Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990.

“(…)”.

“§ 2º. Os recursos referidos neste artigo serão destinados, pelo menos setenta por cento, aos Municípios, afetando o restante aos Estados”.

(7) A Lei de Responsabilidade da Gestão Fiscal — REFIS (Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000), por sua vez, dispõe:

“Art. 1º. Esta Lei Complementar estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade da gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição.

“(…)”.

“Art. 8º. (...)”.

“(…)”.

“§ 2º. Não serão objeto de limitação as despesas que constituem obrigações constitucionais e legais do ente, inclusive aquelas destinadas ao

pagamento do serviço da dívida, e as ressalvadas pela lei de diretrizes orçamentárias.

“(…)”.

“Art. 15. Serão consideradas não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público a geração de despesa ou assunção de obrigação que não atendam o disposto nos arts. 16 e 17.

“Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento de despesa será acompanhado de:

“(…)”.

“II — declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

“§ 1º. Para os fins desta Lei Complementar, considera-se:

“I — adequada com a lei orçamentária anual, a despesa objeto de dotação específica e suficiente, ou que esteja abrangida por crédito genérico, de forma que somadas todas as despesas da mesma espécie, realizadas e a realizar, previstas no programa de trabalho, não sejam ultrapassados os limites estabelecidos para o exercício;

“(…)”.

“Art. 17. Considera-se obrigatória de caráter continuado a despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixem para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios.

“§ 1º. Os atos que criarem ou aumentarem despesa de que trata o

caput deverão ser instruídos com a estimativa prevista no inciso I do art. 16 e demonstrar a origem dos recursos para seu custeio.

“(…).

“§ 6º. O disposto no § 1º não se aplica às despesas destinadas ao serviço da dívida nem ao reajustamento de remuneração de pessoal de que trata o inciso X do art. 37 da Constituição”.

(8) Não é estranha, em sentido amplo, à matéria a legislação que dispõe sobre a assistência social (Lei n. 8.742, de 7/12/93):

“Art. 2º. A assistência social tem por objetivos:

“I — a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

“II — o amparo às crianças e adolescentes carentes;

“(…).

“Art. 31. Cabe ao Ministério Público zelar pelo efetivo respeito aos direitos estabelecidos nesta Lei”.

(9) Já a Constituição Federal, onde a legislação ordinária busca legitimidade, a par de garantir o direito à vida (art. 5º, caput, especificamente no que pertine, dispõe:

“Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais”: (seguem-se três incisos e 11 parágrafos, a examinar).

“(…).

“§ 2º. A proposta de orçamento da seguridade social será elaborada de forma integrada pelos órgãos responsáveis pela saúde, previdência social e assistência social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias, assegurada a cada área a gestão de seus recursos.

“(…).

“Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

“(…).

“Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

“I — descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

“II — atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

“III — participação da comunidade.

“Parágrafo único. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

“(…).

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absolu-

ta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

(10) Da política em referência ocupa-se, também, a Constituição do Estado:

“Art. 153. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

“(…)”.

“Art. 187 (caput). O Estado assegurará os direitos da criança e do adolescente previstos na Constituição Federal”.

(12) A estas leis, finalmente, todas somam-se as leis anuais (anualmente votadas, para ter vigência só naquele ano, perdendo vigência e eficácia pelo simples decurso do tempo, em 31 de dezembro), ou sejam: (a) a Lei de Diretrizes Orçamentárias; e (b) a Lei do Orçamento, esta sujeita não só à Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000, acima evidenciada, como à Lei n. 4.320, de 17 de março de 1964 (Lei de Diretrizes Financeiras), que serão consideradas em outro local.

Ao prosseguir, rememorando para melhor fluência do raciocínio, sinaliza-se que o agravante, autor na ação principal (Ação Civil Pública), objetiva não a prática de certo e determinado ato mas a execução de procedimentos administrativos sob o comando do Juiz da Vara da Infância e Juventude, tendo

a acolitá-lo, certamente, o Ministério Público, que se posiciona nestes autos, na prática, como agente qualificado e privilegiado de controle externo das atividades administrativas do Poder Executivo, área da saúde, em relação à qual se arroga a prerrogativa de impor-lhe, incondicionadamente, as ações que, a seu juízo, constituam direitos difusos, inquestionáveis e imposteráveis, das pessoas que, em caráter universal e igualitário, por força da lei, estejam sob sua especial proteção, no caso a criança e o adolescente.

Para esse desiderato, deduz-se do contexto da inicial e da petição de Agravo, basta ao Ministério Público conhecer da situação de fato, avaliá-la, isolada e subjetivamente, para exigir a sua pronta satisfação, sem cogitar se há pessoal suficiente, espaço físico, instalações, equipamentos, recursos orçamentários e financeiros.

E, no que tange a este objetivo, que se justifica por si mesmo, porque não, todos devem colaborar sem criar embaraços, porque a causa é justa, o interesse social muito mais. Mas não é bem assim: os administradores públicos estão sujeitos às leis.

Em abono às teses que servem de substrato à postulação ministerial são invocados precedentes jurisprudenciais, casuísticos, oriundos não só do Supremo Tribunal Federal, como também — e sobretudo — do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, dentre os quais alguns deles da minha lavra.

Todos esses precedentes — ou quase todos —, alinhados em favor das teses patrocinadas, compreendem casos concretos, individualizados; as doenças, raras; as objeções administrativas, embora institucional e

juridicamente relevantes, são relegadas, todavia, diante da situação de fato, representada pelo direito à vida, que deve ser preservado, como fez sentir o Min. Celso de Mello, com amplo e geral aplauso da magistratura:

“Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida (...) ou fazer prevalecer (...) um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo — uma vez configurado o dilema — que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida” (Pedido de Suspensão de Liminar n. 1.246-1).

Estas decisões, colegiadas ou monocráticas, casuísticas, não formam jurisprudência porque não se respaldam em texto abstrato, de fundo concretamente legal que as inspire, tanto que elas próprias, por sua singularidade, em si mesmas são fontes de direito, cujo enunciado, no bom sentido, poderia ser este: sendo a vida o primeiro dos direitos, não há direitos que a ele se sobreponha, nem postulações que nele, por si só, não se legitimem.

Mas vem a indagação dos especialistas em contabilidade pública: tudo bem, mas onde apropriar a despesa, eis que esta submete-se, estritamente, ao princípio da reserva legal, ou seja, deve ser atendida por crédito orçamentário próprio, que disponha de saldo suficiente? Bem vista a matéria, o mais indicado seria, diante de tais precedentes, com rigoroso comedimento, inseri-la entre as que devam — ou possam — ser cobertas por crédito extraordinário (Lei n. 4.320/64, art. 41, III), que são justamente aquelas que, embora não previstas no orçamento (anual), devam imperativamente ser

atendidas, como são os casos de calamidade, comoção intestina, guerra.

Na linha do entendimento supra são os precedentes judiciais reiterada e amplamente invocados pelo Parquet para servir de respaldo ao agravo oposto ao despacho recorrido, um da lavra do Min. Celso de Mello e o outro proferido pelo Des. Pedro Manoel Abreu, este naquele inspirado. É deles, portanto, que inicialmente devo ocupar-me:

a) por primeiro, o despacho do Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, igualmente monocrático, proferido no Pedido de Suspensão Liminar (Autos n. 1.246-1, DJU de 13/2/97), aportado aos autos com base em voto do Des. Pedro Manoel Abreu, proferido na Apelação Cível n. 98.006659-0, de Criciúma. Como tal, ilustrando a argumentação, a ele reporta-se o agravante várias vezes no contexto (fls. 2/157; 10/165; 15/170; 18/173; 23/178);

b) por último, o acórdão da lavra do Des. Pedro Manoel Abreu, proferido basicamente no acórdão acima referido, prolatado na citada Apelação Cível n. 98.006659-0, de Criciúma, referenciado várias vezes na petição de agravo (fls. 2/157; 9/164; 10/165; 15/170; 18/173; 22/178).

Ambos são da mesma espécie, ou melhor, têm causa de pedir da mesma espécie, deduz-se do contexto reproduzido às fls. 165, cujo objeto, conforme a ementa, era o fornecimento de medicamentos essenciais para conter a progressão da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS/SIDA), no primeiro caso, e para o combate à distrofia muscular de Duchene, no segundo, haja vista o que inserem o voto e o despacho. Veja-se:

“Abordando conflito semelhante, conquanto se tratasse de outra moléstia grave (distrofia muscular de Duchenne), o Supremo Tribunal Federal (Min. Celso de Mello, Pedido de Suspensão Liminar n. 1.246-1) consignou: Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendendo — uma vez configurado o dilema — que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida” (Des. Pedro Manoel Abreu, in Apelação Cível n. 98.006659-0, de Criciúma).

Trata-se, ao que se observa, de decisões que refletem situações extraordinárias que, pelas circunstâncias, reclamam tratamento administrativo — e também judicial — diferenciado. O caso é que, diante do dilema: o direito à vida e as razões de ordem ético-jurídica, na expressão do Min. Celso de Mello, adotado pelo Des. Pedro Manoel Abreu, a opção foi feita em prol do direito à vida. Para os não iniciados, no sentido popular, foram postas de lado, diante da relevância da despesa, as filigranas jurídicas, como tal qualificada pelos que não alcançam a complexidade de questões jurídicas mais sofisticadas.

Opções tais como as acima evidenciadas, adotadas nos casos indicados, tive-as de fazer, eu próprio, como de resto tantos outros magistrados, em circunstâncias talvez não iguais, mas assemelhadas. E delas, aliás, das que proferi, ocupam-se alentadamente as razões que ilustram o recurso, com o propósito, certamen-

te, de alertar-me, tanto que no juízo do agravante, ao indeferir-lhe a postulação no caso sub judice, estaria desdoando daquelas outras. Mas não procede a conclusão do ilustre postulante. Revejo as decisões colacionadas:

* Apelação Cível n. 98.001183-3, da Capital

* Apelação Cível n. 98.002097-2, da Capital

* Apelação Cível n. 98.001207-4, da Capital

* Apelação Cível n. 98.002098-0, da Capital

* Apelação Cível n. 98.001182-5, da Capital

* Apelação Cível n. 98.001206-6, da Capital

Todas: Espécie: Medida cautelar preparatória de reconhecimento de direito.

Objeto: fornecimento de medicamentos, pelo Estado, aos portadores de AIDS.

A estes casos somam-se outros, sob relatoria certamente mais experimentada, igualmente casuísticas, com a mesma solução:

(a) Apelação Cível n. 98.004451-0, rel. Des. Carlos Prudêncio. Espécie: Ação ordinária. Medida cautelar inominada. Objeto: Fornecimento gratuito de medicamentos — AIDS. Decisão: Procedência do pedido.

Do acórdão, referido às fls. 174, pág. 19 da petição de recurso, in fine: “Diante do delicado estado de saúde de pessoa de poucos recursos, impõe-se ao Estado dar prioridade aos serviços assistenciais, assegurando-lhe o recebimento gratuito de toda a medica-

ção necessária a obstar o avanço do maléfico vírus”.

(b) AR em AI n. 96.010052-0, rel. Des. Alcides Aguiar. Espécie: Ação ordinária. Cautelar — Medida preparatória. Objeto: Fornecimento gratuito de Saquinavir — AIDS. Decisão: Procedência do pedido.

Do acórdão: “Em sede de cautelar, a salvaguarda do direito natural, em que se insere a preservação da vida, deve prevalecer em face de disposições constitucionais outras a merecerem exame apenas por ocasião da ação principal”.

Diferente não é a situação no que se refere aos demais precedentes judiciais colacionados pelo agravante.

É o caso do Recurso em Mandado de Segurança n. 11.184/PR (1999/0083884-0), referido a fls. 170 (pág. 15 do agravo), cuja ementa (parcial) sinaliza:

“Constitucional. Recurso ordinário. Mandado de segurança objetivando o fornecimento de medicamento (riluzol/rilutek) por ente público à pessoa portadora de doença grave: esclerose lateral amiotrófica-ela (...)” (o realce é do original).

Não menos significativo — e também da mesma espécie — a conhecida decisão da lavra do Ministro Marco Aurélio (Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 238.328-0/Rio Grande do Sul). Sugere a ementa (parcial):

“Saúde. Promoção. Medicamentos. O preceito do artigo 196 da Constituição Federal assegura aos necessitados o fornecimento pelo Estado dos medicamentos indispensáveis ao restabelecimento da saúde,

especialmente quando em jogo doença contagiosa como é a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida”.

O decantado acórdão merece ser comentado. Vê-se do contexto, segundo o eminente prolator, que o direito assegurado não é universal, isto é, a todos alcançando, como objetiva a ACP em curso. Além de casuisticamente deferido — aquele medicamento, para aquele cidadão —, restringe-se o fornecimento dos medicamentos aos necessitados, isto é, sem a universalidade preconizada no agravo, mencionando, ainda, qualificando mais a situação, o caráter contagioso da doença.

Não é diferente o objeto do Recurso Especial n. 57.614-8—RS (94/00337174-8), rel. Min. Humberto Gomes de Barros:

“Processual. Mandado de segurança. Recusa de fornecimento de medicamento. Prova. Confirmação pela autora coatora (...)”.

O acórdão, no contexto, colaciona outra decisão do STJ (REsp. n. 57.857/RS), que impôs ao Estado o dever de importar medicamento destinado ao tratamento de menor:

“(...) Proteção ao menor. Fenilcetonúria. Importação de medicamentos. Obrigação do Estado. Tema de direito constitucional (...)”.

Não é diferente a referência à Apelação Cível n. 96.010052-0, da Capital, que cuida, igualmente, de fornecimento de medicamento destinado ao tratamento da AIDS (fls. 174, pág. 19 da petição).

A estas decisões somam-se outras, de teor diverso, é verdade, mas nem por isso favorecente, como é o caso desta, da lavra do Des. Pedro

Manoel Abreu, prolatada no AI n. 97.012856-8, da Capital (fls. 175, pág. 20 da petição), a que me reporto.

Trata-se aqui de ação civil pública dispondo sobre o agendamento dos serviços de diagnose/terapia/SADT, pela Central de Marcação de Consultas e Serviços. No caso foi concedido efeito ativo ao agravo, fazendo cessar os efeitos do ato normativo, que a ação principal, pelo que se deduz, na prática parece querer reverter, pois de agendamento prévio ocupa-se, como fonte válida de ação e atuação.

Depois da extensa referência aos casos concretos, arestos outros povoam os repertórios, com outra conotação, onde a abstração é a fonte das decisões, casuística ou não a postulação:

(1) Do Superior Tribunal de Justiça: Recurso em Mandado de Segurança n. 6.564/RS (95.0068782-8), rel. Min. Demócrito Reinaldo — Excerpta da ementa:

“Normas constitucionais meramente programáticas — ad exemplum, o direito à saúde — protegem um interesse geral, todavia, não conferem aos beneficiários desse interesse o poder de exigir sua satisfação — pela via do mandamus — eis que delimitado o seu objeto, nem fixada a sua extensão, antes que o legislador exerça o munus de completá-las através da legislação integrativa. Essas normas (arts. 195, 196, 204 e 227 da CF) são de eficácia limitada, ou, em outras palavras, não têm força suficiente para desenvolver-se integralmente, ou não dispõem de eficácia plena, posto que dependem, para ter incidência sobre os interesses tutelados, de legislação complementar.

“Na regra jurídico-constitucional que dispõe, todos têm direito e o Esta-

do o dever — dever de saúde — como afixam os constitucionalistas, na realidade todos não têm direito, porque a relação jurídica entre o cidadão e o Estado devedor não se fundamenta em vinculum juris gerador de obrigações, pelo que falta ao cidadão o direito subjetivo público, oponível ao Estado, de exigir em Juízo as prestações prometidas a que o Estado se obriga por proposição ineficaz dos constituintes.

“No sistema jurídico pátrio, a nenhum órgão ou autoridade é permitido realizar despesas sem a devida previsão orçamentária, sob pena de incorrer no desvio de verbas”.

Observa-se que, no caso, o impetrante buscava forçar o Estado do Rio Grande do Sul a fornecer-lhe “numerário suficiente para a importação dos Estados Unidos de aparelho apropriado (marca-passo) para seu uso, visto sofrer de síndrome da hipoventilação alveolar central”.

(2) Do Superior Tribunal de Justiça: Recurso Especial n. 57.614-8/RS (94.0037174-8), rel. Min. Demócrito Reinaldo — Excerto da ementa:

“Inexiste direito certo se não emanado da Lei ou da Constituição. Normas meramente programáticas protegem um interesse geral, mas não conferem aos respectivos beneficiários o poder de exigir a sua satisfação antes que o legislador cumpra o dever de complementá-las com a legislação integrativa.

“No sistema jurídico-constitucional vigente, a nenhum órgão público ou autoridade é conferido o poder de realizar despesas sem a devida previsão orçamentária”.

Nesse caso, o postulante tinha por escopo compelir a Secretaria da Saúde do Rio Grande do Sul “a lhe for-

necer, pelo período de 6 (seis) meses, o medicamento Lofenala, que depende de importação dos Estados Unidos, ou alocar, à disposição (...), o numerário correspondente”.

(3) Do Tribunal de Justiça do Estado: Agravo de Instrumento n. 9.890, da Capital, em ação civil pública, rel. Des. Pedro Manoel Abreu — Excerto da ementa:

“Ação civil pública. Despacho saneador. Ação proposta pelo Ministério Público, objetivando compelir o Estado à aquisição de medicamentos e equipamento para o manuseio de drogas tóxicas, à contratação de profissional médico oncologista e ativação de outros leitos na internação oncológica de hospital. Impossibilidade jurídica do pedido. Inteligência do art. 11, e § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Recurso provido.

“O art. 11 e seu § 2º da Lei n. 8.069/90 configuram normas programáticas, que valem apenas pelo seu teor recomendatório ou orientador ao destinatário. A norma programática, ao reverso da norma de cunho imperativo, não se destina à pluralidade de pessoas ou organismos. Ela prima por destinar-se de maneira exclusiva à singularidade de pessoas ou organismos. Sendo destinatário do art. 11 e seu § 2º da Lei n. 8.069/90 o Poder Executivo, não se admite que o Poder Judiciário como destinatário secundário, apto, pois, na hipótese de omissão, para o exercício da atividade substitutiva. Somente no caso de norma imperativa, a omissão do Poder Executivo pode redundar em atividade substitutiva do Judiciário, se houver a devida provocação”.

Por outro lado, embora não trate especificamente da matéria principal versada, qual seja, a saúde, vale referir outros arestos que se ocupam da questão orçamentária, comum a todas as situações:

(4) Do Tribunal de Justiça do Estado: Agravo de Instrumento n. 8.445, de Xaxim, rel. Des. João Martins — Excerto da ementa:

“Não pode o julgador deliberar a respeito de atos da Administração Pública, que resultem sempre e necessariamente de exame de conveniência, oportunidade e conteúdo de atos de exercício de outros poderes — Executivo e Legislativo — do Estado. Aliás, a Administração Pública só pode fazer o que contenha em seus recursos e há de fazê-lo segundo as previsões programáticas e orçamentárias, com a participação do Poder Legislativo”.

(5) Do Tribunal de Justiça do Estado: Agravo de Instrumento n. 8.899, de Chapecó, rel. Des. Alcides Aguiar — Ementa:

Ação civil pública. Estatuto da Criança e do Adolescente. Liminar concedida para que o município implante em determinado prazo e sob pena de multa diária a municipalização de atendimento aos programas socioeducativos previstos nos incisos III, IV e V do art. 112 do ECA (Lei n. 8.069/90). Necessidade de adequação à previsão legislativa e orçamentária. Princípio da tripartição dos poderes. Medida, ademais, desde logo satisfativa, quando o tema exige aprofundado exame. Liminar insubsistente. Agravo provido.

(6) Do Tribunal de Justiça do Estado: Agravo de Instrumento n. 8.444, de Xaxim, rel. Des. Alcides Aguiar — Ementa:

“Ação civil pública. Liminar concedida a fim de que o Estado de Santa Catarina, no prazo assinado no despacho, apresente projeto destinado à implantação de melhorias em escola estadual, sob pena de multa diária. Direitos sociais postergados (educação, segurança, lazer). Art. 6º da CF/88. Inobservância do princípio da tripartição dos poderes e de sua independência. Obras que implicam despesa. Indispensabilidade de previsão orçamentária. Inviabilidade jurídica do pedido. Extinção do processo. Arts. 165 da CF/88, 120 da CE/89 e 267, VI, do CPC. Recurso provido.

“Ao Poder Judiciário falece competência para impor ao Poder Executivo a realização de obras, ainda que em nome da realização de direitos sociais, com indiferente às normas de previsões programáticas e orçamentárias em que se assentam as realizações afetas à Administração Pública”.

A ação civil pública com esse desfecho revela-se inviável juridicamente.

(7) Do Tribunal de Justiça do Estado: Apelação Cível n. 46.195, de Cunha Porã, rel. Des. Solon D’Eça Neves — Ementa:

“Apelação cível. Ação civil pública. Estatuto da Criança e do Adolescente. Sentença obrigando o município a implantar, em determinado prazo e sob cominação de multa diária, a municipalização dos programas previstos nos artigos 88, V, 90, 101, 112, 213 da Lei n. 8.069/90 (ECA). Impossibilidade do Judiciário interferir em decisões administrativas. Princípio da tripartição dos poderes. Recurso improvido”.

Todos os precedentes judiciais postos em evidência, a título ilustrativo, em homenagem ao ilustre Órgão

postulante, dizem respeito à saúde, salvo os três últimos, sem envolver os direitos que emergem do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Para legitimar as postulações que persegue, reporta-se o agravante ao art. 208, VII, da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, segundo o qual regem-se por suas disposições as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referente ao não-atendimento ou oferta irregular de acesso às ações e serviços de saúde.

A espécie, certamente, não é a de que se cuida, pois de ação de responsabilidade não se trata. Se o acesso às ações e serviços de saúde, no Estado, não são os que a lei reclama — ou pode exigir e impor — sem comedimentos, a via para a apuração e equacionamento da espécie há de efetivar-se em instância própria, mediante regular composição judicial.

Certamente que, positivado e definido o interesse (acesso às ações e serviços de saúde), de outros interesses individuais, difusos ou coletivos, próprios da infância e da adolescência, protegidos pela Constituição e pela Lei não se trata (art. 208, parágrafo único).

Deduz-se do aludido artigo que à criança e à adolescência, entre outros, são assegurados os direitos enumerados no art. 208, programaticamente, tanto que dependentes de leis outras que os formalizem, mesmo porque sujeitos às implicações da legislação como um todo que governa o País. Em verdade as leis editadas acomodam-se, no contexto geral, às demais que compõem o complexo jurídico-político do País. Como tal harmonicamente devem ser aplicadas, sem en-

trechoques, pois todas, tal como o rio e seus afluentes que descem do planalto, formando uma imensa bacia hidrográfica, deságuam pacífica e des cansadamente na planície. A essas regras submetem-se também as leis que regem a vida e os bens da vida das crianças e dos adolescentes, que não se impõem de forma absoluta, pois deste privilégio desfruta apenas a legislação constitucional originária.

Em verdade, regrados os poderes-deveres da Administração Pública, não podem os agentes que a representam dispor dos bens e rendas públicas senão nos termos da lei.

Assim, o orçamento, por exemplo, não é uma obra de ficção. Por meio dele o Poder Legislativo, privilegiadamente, diz a si próprio e aos demais Poderes quanto gastar (montante geral que não pode ser superior ao do ano anterior, mais os que a conjuntura legitimar: excesso de arrecadação, novos tributos, efeitos do crescimento do PIB etc.), no que gastar (custeio e investimento), limitadamente, neste ou naquele programa (ex.: saúde em geral, e em particular, criança e adolescente, doenças sociais etc.; educação e outros).

Limitadamente, sim, porque não há créditos (orçamentários) ilimitados. Podem, certamente, ser suplementadas as dotações orçamentárias, à conta de excesso de arrecadação, se demonstrado este; demonstração esta, ressalva-se, sujeita ao controle externo do Poder Legislativo, pela via do Tribunal de Contas, superávit financeiro, anulação parcial ou total de dotações orçamentárias, nas mais das vezes, se não tiver havido delegação, ouvido o Poder Legislativo, operações de crédito (Lei n. 4.320/64, arts. 42, 43 etc.). Mas além das suplementações,

créditos especiais podem ser abertos, sempre com indicação das fontes supridoras dos recursos (CF, art. 167, V), ou seja, as mesmas indicadas para as suplementações (excesso de arrecadação, superávit, ou anulação de dotação orçamentária, operações de crédito). Os créditos especiais visam a atender despesas sem previsão orçamentária.

Por outro lado, quando estas despesas, não previstas, tenham conotação especial (caso de guerra, comoção intestina ou calamidade pública), os créditos a serem abertos já não serão os especiais, mas extraordinários, que se distinguem, por independem de fonte supridora, isto é, de recursos (Lei n. 4.320/64, art. 44. A Lei n. 4.320 Comentada, J. Teixeira Machado Jr. e outro, IBAM, 8ª ed., pág. 104).

Esta rápida inserção na matéria orçamentária justifica-se diante da idéia geral segundo a qual se não há verba suficiente para atender esta ou aquela despesa suplementa-se. Sim, possível é, mas nem sempre provável é que assim possa acontecer, pois as despesas orçamentárias são estabelecidas tomando-se por base o mínimo necessário, portanto, sem sobras previsíveis, salvo supressão de programas.

Então, quando se afirma que uma certa despesa não foi prevista não significa que não haja dotação orçamentária própria para a espécie. Significa, isto sim, que as despesas previstas são aquelas, tão-só aquelas, dimensionadas na proposta orçamentária, sendo que outras que a elas se somem, surgidas no curso da execução do orçamento, ainda que do mesmo gênero e espécie, sujeitam-se às limitações previstas. Se por acaso estas devam ser atendidas, antes que as outras, isto é, as an-

teriormente previstas, a opção, discricionária, é do Ordenador de Despesa.

Em suma, sendo o orçamento uma lei anual, não havendo previsão orçamentária, qualquer despesa nele não prevista, a despeito de autorizada por lei anterior, não pode ser atendida, por mais privilegiadamente que seja, salvo por abertura de crédito especial, condicionado este à existência de recursos (Lei n. 4.320/64, arts. 42, 43 e outros): superávit, excesso de arrecadação, operação de crédito, anulação de dotação. A esta situação submetem-se — e equiparam-se — as despesas que, embora previstas na Lei do Orçamento, pelo gênero (verba), ou espécie (consignação) excedam à previsão orçamentária.

Reportando-me ao contexto do agravo, tem-se que as despesas com a saúde são de cunho programático. O que deve ser entendido é que a Constituição, ao dispor sobre a saúde, direito de todos e dever do Estado, fê-lo programaticamente, tanto que não impositiva a disposição, eis que esse direito é garantido mediante políticas sociais e econômicas que viessem a redução (não a eliminação) do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (CF, art. 196).

A política nacional de saúde foi instituída, consubstanciada no Serviço Unificado de Saúde — SUS, universal e igualmente acessível, na conformidade e nos limites dos recursos de que dispõe, como tal programados e executados pelos Órgãos que integram a rede nacional montada no País, direcionada tanto para a medicina preventiva como para a curativa (postos de saúde, hospitais etc.). A respeito, assinala o § 1º do art. 2º da Lei n. 8.080, de 19/9/90, que a garantia do Estado relacionada com a es-

pécie consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de risco de doenças e outros agravos:

“Art. 2º. A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

“§ 1º. O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de risco de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

“§ 2º. O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

“Art. 3º. A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.

“Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social”.

Já quanto ao Estatuto da Criança e do Adolescente — diz a Lei n. 8.069, de 13/7/90 —, submete o exercício do direito à proteção e defesa da saúde da criança e do adolescente ao SUS, a cujo sistema certamente se sujeita:

“Art. 11 (caput). É assegurado atendimento médico à criança e ao

adolescente, através do Sistema Único de Saúde, garantido o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.

“Art. 14 (caput). O Sistema Único de Saúde promoverá programas de assistência médica e odontológica para a prevenção das enfermidades que ordinariamente afetam a população infantil, e campanhas de educação sanitária para pais, educadores e alunos.

“Art. 86. A política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

Evidente, portanto, a ausência de sustentação na tese defendida pelo Ministério Público.

Aliás, a título de reforço de argumentação, basta considerar em seus efeitos a Emenda Constitucional n.

29, de 13/9/2000, pendente de regulamentação, que visa a assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde.

III — DECISÃO

Diante do exposto, à unanimidade, conhece-se do recurso e nega-se-lhe provimento para o efeito de manter a decisão recorrida.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nilton Macedo Machado e dele participou, também com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jaime Ramos. Lavrou parecer, pela Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Raul Schaefer Filho.

Florianópolis, 21 de dezembro de 2000.

Alcides Aguiar,

Presidente para o acórdão;

Cesar Abreu,

Relator.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 99.007737-3, DA CAPITAL

Relator: Des. Carlos Prudêncio

Ação direta de inconstitucionalidade — Associação intitulada de âmbito nacional — Pretensão à impugnação de norma estadual perante esta Corte de Justiça — Inviabilidade — Inteligência dos arts. 102, inc. I, letra a, e 103, inc. IX, da Carta Magna — Pretensão não agasalhada no âmbito estadual — Art. 85, inc. VI — Especificidade da ADIn.

Cuidando a Constituição da República, de forma expressa, sobre a legitimidade das associações de âmbito nacional para impugnação tanto à norma federal quanto estadual (art. 102, I, a, c/c art. 103, IX) perante a Suprema Corte, não há falar em legitimidade à entidade de classe de âmbito nacional para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade no Estado, quando violados preceitos estaduais.

Diante da especificidade da ação direta de inconstitucionalidade e da previsão para impugnação acerca de normas federal e estadual, como já consignado, parece irrecusável que a propositura se dê perante o colendo STF, concluindo-se, assim, do próprio texto constitucional no âmbito da Federação e do Estado — neste, regulado pelo art. 85, inc. VI, da CE — que a legitimação possui caráter exaustivo e excepcional, inadmitindo a orientação, via de consequência, interpretação extensiva.

Assim, o status jurídico da requerente revela a necessidade de propositura da ação pretendida perante o Guardião Maior da Constituição, a saber, o colendo STF, eis que, como dito, da hipótese cuidou a Constituição Federal, na combinação dos seus respectivos artigos 102, I, a, e 103, IX.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 99.007737-3, da comarca da Capital, em que é requerente ABRAERP — Associação Brasileira das Administradoras de Estacionamentos Rotativos Públicos, sendo requerida a Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Órgão Especial, à unanimidade, julgar extinto o processo, sem julgamento de mérito.

Custas legais.

I — Relatório

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta por ABRAERP — Associação Brasileira das Administradoras de Estaciona-

mentos Rotativos Públicos — em face da edição da Lei Estadual n. 10.792 de 13 de julho de 1998 promulgada pelo Presidente da augusta Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina.

Dizendo-se entidade de classe de âmbito nacional, e, após expender argumentos em torno de sua legitimidade para a propositura da presente ação, aduziu que a Assembléia Legislativa deste Estado — apesar do veto do Sr. Governador — promulgou, pelo seu Presidente, a citada Lei Estadual n. 10.792/98, integrando o art. 2º, que dispõe, genericamente, sobre todas as áreas de estacionamento rotativo existentes no âmbito estadual, abrangendo, inclusive, as de âmbito municipal, ferindo, dessa forma, a garantia constitucional de competência dos municípios.

Aduz que a disciplina do trânsito, nas zonas urbanas, é de competência dos municípios e, sem dúvida, é atribuição administrativa, ínsita às funções próprias do Poder Executivo que a exercerá, é certo, com observância das leis e direitos fundamentais do cidadão, não sendo possível, assim, regramento por iniciativa legislativa alheia à discricionariedade própria das funções administrativas.

Acrescenta que o novo Código Nacional de Trânsito trouxe a municipalização do trânsito, fazendo com que, dentro dos limites urbanos, as prefeituras sejam responsáveis pelas autuações e aplicação de medidas administrativas relacionadas ao estacionamento rotativo pago, circulação e parada de veículos.

Requer, assim, seja declarada a inconstitucionalidade da Lei n. 10.792 de 13 de julho de 1998, em especial, seu art. 2º, considerando seus efeitos residuais, pelas razões anteriormente expostas e expressando que defluem do art. 32 da Constituição Estadual e art. 2º da Carta Magna.

É o relatório.

II — Voto

In casu, ainda que se comprove nos autos representação de âmbito nacional — o que não se pode afirmar estar plenamente evidenciado — a meu ver, não poderá ter seguimento a presente ação, por faltar, para tanto, legitimidade à requerente, pelo que entendo despicienda abordagem em torno da comprovação do seu possível ou provável caráter nacional.

Sem desenvolver grande raciocínio mental, visualiza-se de plano a ile-

gitimidade da associação postulante, que se intitula de âmbito nacional, defluindo a conclusão da interpretação combinada de ambas as Constituições, Federal e Estadual, senão vejamos:

A Constituição Federal outorga à entidade de classe de âmbito nacional legitimidade para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, I, a, e 103, IX), restando evidente, portanto, que, diante de possível inconstitucionalidade de normas federais ou estaduais, poderá a entidade de classe de âmbito nacional propor a respectiva ação direta, logicamente perante o colendo STF.

A Carta Estadual, por sua vez, em seu art. 85, inc. VI, cuidando também da legitimidade para propor este tipo de ação, deixa assente que:

“São partes legítimas para propor a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal contestado em face desta Constituição:

“(…)”

“VI — as federações sindicais e as entidades de classe de âmbito estadual”.

Decorre daí que, a titularidade para a propositura da ADIn, no âmbito estadual, é de associação de classe com representação no Estado e não no território Nacional, como pretende a postulante, não valendo aqui a máxima “quem pode o mais pode o menos”. A conclusão deve-se à especificidade do tratamento conferido a este tipo de ação pela própria Carta Magna, sendo importante notar que de sua orientação não se percebe qualquer restrição às associações de âmbito nacional para vi-

abilizar impugnação tão-somente à lei federal, vislumbrando a hipótese contrariedade à lei estadual, como expressa o refalado art. 102, I, a.

Em outras palavras, se a Constituição da República, ao tratar da matéria, confere legitimidade para as associações de âmbito nacional para impugnação tanto à norma federal quanto estadual (art. 102, I, a, c/c art. 103, IX), não vejo razão para se pretender conferir legitimidade a entidades de âmbito nacional para a propositura de ações diretas de inconstitucionalidade no Estado, quando violados preceitos estaduais.

Diante da especificidade da ação direta de inconstitucionalidade e da previsão para impugnação de atos normativos oriundos das duas esferas normativas, federal e estadual, como já consignado, parece irrecusável que, em casos tais, a propositura se dê perante o colendo STF, concluindo-se, assim, do próprio texto constitucional no âmbito da Federação e do Estado — neste, regulado pelo art. 85, inc. VI, da CE — que a legitimação possui caráter exaustivo e excepcional, inadmitindo a orientação, via de consequência, interpretação extensiva.

O status jurídico da requerente revela a necessidade de propositura da ação pretendida perante o Guardião Maior da Constituição, a saber, o STF, eis que, como dito, da hipótese cuidou a Constituição Federal, na combinação dos seus respectivos artigos 102, I, a, e 103, IX, conforme busquei enfatizar.

Nesse sentido, tem-se decisão análoga do próprio STF, aplicável à espécie, proferida na ADIn. n. 43—DF, j. em 4/5/89, nos seguintes termos:

“Ação direta de inconstitucionalidade de lei federal. Ilegitimidade ativa de entidade de classe de âmbito estadual.

“Entidade de classe de âmbito estadual — e não nacional — não tem legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade de lei federal.

“Interpretação dos arts. 103, inciso IX, e 102, I, a, da CF de 1988”.

Do corpo do citado aresto, extrai-se manifestação do Sr. Ministro Sydney Sanches, Relator da referida ADIn.:

“O art. 103 da CF de 1988, no inc. IX, outorga à entidade de classe de âmbito nacional legitimidade para propositura de ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, I, a).

“(…).

“...na hipótese de ação direta de impugnação de lei, em tese, por inconstitucionalidade, a legitimidade ativa, prevista no inc. IX do art. 103, só é conferida à confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. E não é esse, pelo que se viu, o status jurídico da requerente”.

A tudo isso, acrescenta-se — ainda que se conferisse legitimidade a entidades de classe de âmbito nacional para a propositura de ação direta no Estado — não são legitimadas as entidades que “configurem uma reunião de associações, ou seja, uma associação de associações, pois nesse caso, os representados pela associação são as próprias associações e não diretamente os seus afiliados” (in Revista de Processo n. 79, pág. 138).

Além disso, como decidiu o eminente Des. Anselmo Cerello, ao apreciar a ADIn. n. 99.000235-7, de Joinville, tendo igualmente a requerente como defla-

gradadora da ação, "O STF, a fim de verificar se uma entidade de classe tem âmbito nacional, utiliza, por analogia, regras relativas ao mesmo assunto, aplicável a partidos políticos, exigindo, pois, que uma entidade de classe tenha atuação em pelo menos nove Estados para que possa ajuizar ação direta de inconstitucionalidade". E continua afirmando que, "O mesmo critério deve ser adotado no âmbito estadual, reclamando-se a atuação da entidade em pelo menos um terço dos municípios" (RTJ 129/959, 136/479, 14/13 e 147/322).

A partir desse raciocínio, resta saber se esta parcela, 1/3, refere-se aos municípios em sua totalidade, ou diz respeito a 1/3 dos municípios que dispõem do serviço?

Este é um aspecto que também não favorecerá à legitimação, posto não ter a requerente demonstrado qualquer dessas representatividades.

Desse modo, sou pela negativa de seguimento ao pedido, com a consequente extinção do feito.

É o voto.

III — Decisão

Ante o exposto, acolhendo-se o voto do relator, decide este Colegiado, à unanimidade de votos, extinguir o processo, sem julgamento de mérito.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Sérgio Paladino, João Martins, Xavier Vieira, Wilson Guarany, Francisco Oliveira Filho, João José Schaefer, Alcides Aguiar, Alberto Costa, Amaral e Silva, Álvaro Wandelli, Anselmo Cerello, Genésio Noll, Jorge Mussi e Francisco Borges. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo Sr. Dr. Odil José Cota.

Florianópolis, 3 de maio de 2000.

Xavier Vieira,
Presidente com voto;
Carlos Prudêncio,
Relator.

AÇÃO RESCISÓRIA

AÇÃO RESCISÓRIA N. 96.000798-9, DA CAPITAL

Relator: Des. João Martins

Ação rescisória — Acórdão que reconheceu o direito à gratificação complementar de remuneração paritária.

Preliminar de ilegitimidade ativa ad causam do Estado — Afastamento — É parte legítima para propor ação rescisória a pes-

soa jurídica de direito público que sucumbiu no mandado de segurança.

O Tribunal de Justiça possui competência originária para processar e julgar mandado de segurança interposto contra ato do Comandante-Geral da Polícia Militar.

Não viola literal disposição de lei a decisão que acolhe corrente jurisprudencial existente à época do julgado — Aplicação da Súmula 343 do STF — Pedido julgado improcedente.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória n. 96.000798-9, da comarca da Capital, em que é autor o Estado de Santa Catarina, e réus Anacleto Amaral e outros:

ACORDAM, em Seção Civil, por votação unânime, afastada a preliminar, julgar improcedente o pedido.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de ação rescisória ajuizada pelo Estado de Santa Catarina, por seu procurador, visando à desconstituição do acórdão prolatado no Mandado de Segurança n. 9.368, impetrado por Anacleto Amaral e outros, qualificados nos autos, o qual foi julgado pelo Segundo Grupo de Câmaras, sendo relator o Excelentíssimo Senhor Des. Nestor Silveira. Fundamenta o pedido no artigo 485, incisos II (incompetência absoluta) e V (violação de literal disposição de lei), do Código de Processo Civil.

Sustenta o autor a incompetência absoluta do Tribunal de Justiça de Santa Catarina para processar e julgar originariamente os mandados de segurança impetrados contra atos do

Excelentíssimo Senhor Comandante-Geral da Polícia Militar, com base no art. 83, inciso XI, c, da Constituição Estadual, e art. 125, § 1º, da Constituição Federal.

Alega que houve violação a literal disposição de lei porque o acórdão rescindendo não observou que as leis de regência das inatividades dos réus (art. 99 da Lei n. 4.762/72; art. 104, §§ 2º e 3º, II, da Lei n. 5.522/79; arts. 87 e 88, parágrafo único, da Lei n. 5.645/79; e arts. 50, § 1º, III, e 113, §§ 2º e 4º, I, da Lei n. 6.218/83) ordenam que os subtenentes, quando transferidos para a reserva remunerada ou quando reformados, terão os respectivos proventos calculados com base no soldo correspondente ao grau hierárquico superior. Aduz que soldo não se confunde com vencimentos, remuneração ou proventos, de acordo com os arts. 3º, 4º e 91, a e b, da Lei n. 4.762/72, e arts. 3º, 4º, II e III, 5º, 80, I, II, III e IV, e 84 da Lei n. 5.645/79, de modo que os réus não possuem direito aos proventos correspondentes ao posto hierárquico imediato superior, mas tão-somente ao soldo base.

Assevera, ainda, que houve violação a literal disposição de lei na parte em que o acórdão rescindendo, atribuindo aos réus o direito aos proventos relativos à remuneração de 1º

ou 2º Tenente, também reconheceu-lhes o direito de receber a Gratificação Complementar de Remuneração Paritária, a qual tem como beneficiários exclusivos, no âmbito da Polícia Militar, apenas os integrantes do Grupo Segurança Pública — Polícia Militar, Subgrupo “Autoridade Policial Militar”, conforme o art. 6º da LC n. 137/95, do qual não fazem parte os Subtenentes, que estão enquadrados no Subgrupo “Atividade Técnico Profissional”, de acordo com o art. 2º, I e II, parágrafo único, e anexos I e II, da LC n. 52/92. Pelas razões expostas, entende o autor que não se aplica ao caso o art. 40, § 4º, da CF/88.

Requer a rescisão do acórdão, com posterior remessa à Vara dos Feitos da Fazenda Pública, caso seja reconhecida a incompetência absoluta do Tribunal (art. 485, II); ou a desconstituição do acórdão, para que seja denegada a ordem requerida na ação mandamental (art. 485, V), condenando-se os réus ao pagamento de custas e honorários advocatícios, bem como à restituição dos valores recebidos, acrescidos de juros e correção monetária.

Citados, os réus contestaram a ação (fls. 211/220), arguindo, em preliminar, a ilegitimidade ativa ad causam do Estado, com base no art. 487 do CPC, uma vez que terceiros juridicamente interessados são apenas os mencionados nos arts. 50, 56, 62, 70 e 77 do CPC, sendo que o autor não se enquadra em nenhuma das hipóteses. Pedem a extinção do feito, sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, IV e VI, do CPC.

No mérito, sustentam a legitimidade do Tribunal de Justiça para pro-

cessar e julgar, originariamente, os mandados de segurança impetrados contra atos do Comandante-Geral da Polícia Militar, com fulcro nos arts. 27, 33 e 115 da Lei n. 9.831/95.

Afirmam que foram reformados ou transferidos para a reserva remunerada com proventos integrais de 1º ou de 2º Tenente PM, de acordo com os respectivos atos constantes dos autos, o que significa que possuem direito à remuneração daqueles cargos, incluídos aí o vencimento e as vantagens pecuniárias (art. 81 da Lei 6.745/85). Dessa forma, requerem a improcedência do pedido, mantendo-se a decisão pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. José Antônio Salvadori, opinou pela rejeição das preliminares suscitadas e, no mérito, pela improcedência da ação rescisória (fls. 240/249).

Em petição às fls. 252/257, o autor reitera os termos da inicial, pugnano pela procedência da ação.

É o relatório.

II — Voto

a — Preliminar de ilegitimidade ativa ad causam

Inicialmente, deve ser apreciada a preliminar de ilegitimidade ativa ad causam do Estado, argüida pelos réus, ao argumento de que ele não se enquadra nas hipóteses do art. 487 do CPC, uma vez que não era parte no mandado de segurança e tampouco terceiro juridicamente interessado, pois não figurou como assistente, oponente, nomeado à autoria, denun-

ciado à lide ou chamado ao processo (arts. 50, 56, 62, 70 e 77, do CPC).

Como é cediço, o mandado de segurança é dirigido contra a autoridade apontada como coatora, a qual, entretanto, não possui legitimidade para recorrer, pertencente à pessoa jurídica de direito público interessada. No caso dos autos, em se tratando de autoridade do Poder Executivo estadual, a pretensão recursal pertence ao ente público, que sofre as consequências jurídicas relativas à sucumbência. Dessa forma, mister concluir-se que, tendo o Estado legitimidade para interpor recursos contra essas decisões, possui também legitimidade para propor ação rescisória.

A matéria já foi examinada pelo colendo Órgão Especial desta egrégia Corte:

“A pessoa jurídica de direito público é parte legítima para interpor apelo de pronunciamento negativo em mandado de segurança. Mutatis mutandis, satisfeitos os pressupostos necessários, tem legitimidade ativa ad causam para deflagrar ação rescisória” (Ação Rescisória n. 721, da Capital, relator Des. Francisco Oliveira Filho, j. em 18/5/94).

É do corpo do acórdão:

“Ora, é de sabença corriqueira que a pessoa jurídica de direito público afetada pela concessão do remédio heróico é parte legítima para interpor o apelo (RTJ 118/377). E mais: ‘O coator é notificado para prestar informações. Não tem ele legitimidade para recorrer da decisão deferitória do mandamus. A legitimação cabe ao representante da pessoa jurídica interessada’ (RTJ 105/404 e RTJ 114/1.225). Mutatis mutandis, a legiti-

midade ativa ad causam na rescisória é também da pessoa jurídica de direito público que sucumbiu no mandado de segurança, diante do reclamo manejado”.

Afasta-se, portanto, a preliminar suscitada.

b — Mérito

A ação rescisória fundamenta-se nos incisos II e V do art. 485 do CPC, cujas hipóteses versam, respectivamente, sobre a possibilidade de rescisão quando a decisão for proferida por órgão absolutamente incompetente, ou em violação a literal disposição de lei.

1. Incompetência absoluta — CPC, art. 485, II

O autor fundamenta a incompetência absoluta deste egrégio Tribunal para processar e julgar, originariamente, os mandados de segurança impetrados contra ato do Comandante-Geral da Polícia Militar nos arts. 125, § 1º, da Constituição Federal, e 83, inciso XI, c, da Constituição Estadual.

Reza o art. 125, § 1º, da CF/88, verbis:

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

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

O art. 83, XI, c, da CE, por sua vez, atribui ao Tribunal de Justiça a competência originária para processar e julgar os mandados de segurança impetrados contra atos e omissões dos Secretários de Estado.

A Lei Estadual n. 9.831, de 17/2/95, em seu art. 115, expressamente estabelece:

“Os cargos de Comandante-Geral e Chefe do Estado Maior da Polícia Militar, privativos de oficiais da ativa do último posto da Corporação, terão status, remuneração e prerrogativas de Secretário de Estado e de Secretário Adjunto, respectivamente”.

Ora, se por força do art. 83, XI, c, da Carta Estadual, o Tribunal de Justiça tem competência originária para decidir os mandados de segurança impetrados contra atos dos Secretários de Estado, é evidente que, em decorrência da lei supramencionada, também a tem em relação ao Comandante-Geral da Polícia Militar, uma vez que este último tem em seu favor as prerrogativas daqueles, vale dizer, os privilégios com os quais os Secretários de Estado foram contemplados, dentre os quais se insere o foro privilegiado ou especial.

Nesse sentido os acórdãos proferidos nos Mandados de Segurança ns. 96.010297-3 e 97.001757-0, relator Des. Eder Graf, bem como no MS n. 97.003344-3, relator Des. Sérgio Paladino, cuja ementa segue:

“Mandado de segurança contra ato do Comandante-Geral da Polícia Militar. Status, remuneração e prerrogativas de Secretário de Estado. Art. 115 da Lei Estadual n. 9.831/95. Competência originária desta Corte. Art. 83, inciso XI, letra c, da Constituição Estadual. Preliminar rejeitada.

“Havendo a Lei Estadual n. 9.831/95 conferido ao Comandante-Geral da Polícia Militar status, remuneração e prerrogativas de Secretário de Estado, firma-se, em razão

disso, a competência originária deste Pretório para conhecer de mandado de segurança contra ato ou omissão daquela autoridade, nos termos no art. 83, inciso XI, letra c, da Carta Estadual”. (Mandado de Segurança n. 97.003344-3, da Capital, Relator Des. Sérgio Paladino).

A ação rescisória não merece prosperar, portanto, nesse aspecto, ficando afastada a incompetência do Tribunal no julgamento do mandamus.

2. Violação a literal disposição de lei — art. 485, V, do CPC

O autor requer, ainda, a rescisão do decisum, alegando ter sido proferido em violação a literal disposição de lei.

O acórdão rescindendo (MS n. 9.368, da Capital, decisão unânime do Segundo Grupo de Câmaras) transitou em julgado em 11/3/1996, e foi assim ementado:

“PoliciaI militar. Gratificação Complementar de Remuneração Paritária. LC n. 137/95 e Decreto n. 206/95. Vantagem concedida apenas aos ocupantes de cargos integrantes do Subgrupo Autoridade Policial Militar, excluídos os policiais da reserva que foram beneficiados com o instituto da estabilidade financeira. Violação a direito líquido e certo.

“Segurança concedida”.

O eminente relator, Des. Nestor Silveira, consignou em seu voto:

“Os impetrantes, conforme se infere dos documentos de fls. 16/58, foram transferidos para a reserva com proventos integrais de 1º ou de 2º Tenente PM, posto que integram o Subgrupo Autoridade Policial Militar.

“Inegável, portanto, que, por força do princípio da estabilidade financeira e do disposto no art. 40, § 4º, da Constituição Federal, não poderiam ter sido preteridos em relação aos policiais da ativa, que estão percebendo o benefício.

“Conforme assinalou o douto Procurador de Justiça, Dr. José Antônio Salvadori, em seu judicioso parecer, ‘a finalidade do § 4º do art. 40 da Constituição da República é manter as condições financeiras do servidor público inativo em nível de subsistência adequado, assegurando-lhe quaisquer benefícios ou vantagens concedidas ao servidor em atividade, considerando o direito aos proventos do cargo ou posto pelo qual se inativou, conforme iterativos julgados.

‘Pois bem, embora Subtenentes, os impetrantes demonstraram à saciedade que passaram para a reserva com os proventos previstos em lei, integrais de 1º ou de 2º Tenente, direito este materializado nas apostilas dos atos aposentatórios que anexaram (fls. 20 e segs.).

‘Ora, estando o direito juridicamente apostilado, passa a integrar o patrimônio jurídico dos impetrantes, não podendo prejudicá-los a circunstância de continuarem ostentando a patente de Subtenentes, já que a atual remuneração, beneficiando servidores da ativa, lhes é extensível por força da garantia constitucional que assegura o direito líquido e certo de continuarem percebendo a vantagem conquistada no momento em que foram transferidos para a reserva remunerada: proventos integrais de 1º e 2º Tenente.

‘Logo, se a transferência para a reserva se consumou com os proventos integrais pagos ao Tenente, tal ato jurídico significa que o servidor militar inativo merece continuar percebendo essa remuneração, excluídas as vantagens de caráter pessoal, sob pena de afronta ao direito adquirido e ao princípio da estabilidade financeira.

‘Não há como confundir o princípio da estabilidade financeira com o cargo ou patente, tanto que pode existir independentemente deste, como sucede no caso. O militar continua com a designação de seu posto (Subtenente), mas percebendo (pela figura da estabilidade financeira) os proventos do posto pelo qual licitamente foi para a reserva.

‘Conseqüentemente, se a gratificação referida foi concedida aos Tenentes da PMSC, obrigatoriamente deve se estender aos impetrantes, como de direito”.

Diversos outros arestos foram proferidos, na mesma época, em idêntico sentido (Mandados de Segurança ns. 96.000751-2, 96.000310-0, 96.011795-4, 97.000966-6, 96.010468-2, 96.004904-5, 96.007828-2, dentre outros).

Havia, entretanto, entendimento em sentido contrário:

“Mandado de segurança — Polícia Militar — Subtenentes da reserva remunerada — Gratificação Complementar de Remuneração Paritária — Direito inexistente — Litispendência.

“A Gratificação Complementar de Remuneração Paritária é devida somente aos oficiais, integrantes do Grupo Segurança Pública — Polícia Militar (LC n. 137/95).

“Os Subtenentes inativados não fazem jus à gratificação posto que a lei apenas lhes assegura a percepção do soldo e não dos proventos do posto hierarquicamente superior (Lei n. 4.762/72, art. 99)” (Mandado de Segurança n. 96.001417-9, da Capital, rel. Des. Newton Trisotto, Primeiro Grupo de Câmaras, julgado em 8/10/97).

A divergência jurisprudencial acerca da matéria, existente à época, foi, inclusive, afirmada no corpo do acórdão supracitado, do qual se extrai:

“Devo registrar que há decisões em sentido diverso, notadamente do colendo Segundo Grupo de Câmaras Cíveis:

‘O apostilamento do direito à estabilidade financeira torna inarredável a extensão da Gratificação Complementar de Remuneração Paritária, instituída pela Lei n. 9.847/95 e concedida aos ocupantes de cargos integrantes do Subgrupo Autoridade Policial Militar (LC 137/95) — ao qual pertencem os 2º Tenentes — a todos os policiais militares transferidos para a reserva com os proventos integrais destes’ (MS n. 96.000310-0, Des. Eder Graf).

‘Mandado de segurança. Gratificação Complementar de Remuneração Paritária. Subtenente da Polícia Militar inativado com mais de 30 anos de serviço. Lei n. 6.218/83 — Estatuto dos Policiais Militares do Estado de Santa Catarina. Direito à percepção de proventos correspondentes ao posto de 2º Tenente. Ordem concedida’ (MS n. 96.002268-6, Des. Paulo Gallotti).

‘O apostilamento do direito à estabilidade financeira torna inarredável a extensão da Gratificação Complementar de Remuneração Paritária, instituída pela Lei n. 9.847/95 e concedida aos ocupantes de cargos integrantes do Subgrupo Tenentes — a todos os policiais militares transferidos para a reserva com proventos integrais destes’ (MS n. 96.007828-2, Des. Anselmo Cerello).

“No entanto, neste Grupo, inclusive no Órgão Especial deste Soldado, como anotado acima (MS n. 7.158), é o entendimento predominante (Mandados de Segurança ns. 96.008639-0, 96.007780-4, 96.002272-4, — os demais acórdãos relativos à matéria ainda não foram publicados)” (grifos nossos).

É indubitável, portando, que havia dissídio jurisprudencial entre os órgãos julgadores do Tribunal de Justiça de Santa Catarina sobre a questão de mérito objeto do acórdão rescindendo.

Hoje a matéria já se encontra pacificada, tendo prevalecido o entendimento no sentido da denegação da ordem (MS n. 99.006606-1, relator Des. Gaspar Rubik, votação unânime, Primeiro Grupo de Câmaras, julgado em 7/12/99; e MS n. 97.003344-3, relator Des. Sérgio Paladino, votação unânime, Segundo Grupo de Câmaras, julgado em 8/11/99).

Necessário, portanto, fazer-se uma análise do alcance da coisa julgada e da possibilidade de rescisão de acórdão, com fundamento no inciso V do art. 485 do CPC, por violação de literal disposição de lei, quando a interpretação jurisprudencial a respeito da matéria era divergente, à época, ten-

do-se firmado em sentido diverso do adotado, posteriormente.

A fim de tutelar o princípio da segurança jurídica, dando a característica de imutabilidade à prestação jurisdicional que põe fim ao litígio, o legislador pátrio erigiu à condição de garantia constitucional (art. 5º, XXXVI, da CF) o instituto da coisa julgada, a qual não pode ser objeto de modificação posterior, seja pela via judicial, ou mesmo em decorrência de lei. Nesse sentido: Humberto Theodoro Júnior, *Direito Processual Civil ao Vivo — Sentença*, vol. I, Aide, 1996, pág. 62; Liebman, *Eficácia e Autoridade da Sentença*, n. 15, pág. 55; Ugo Rocco, *Tratado*, 2ª ed., vol. II, pág. 321; e Moniz Aragão, *Sentença e Coisa Julgada*, n. 153, pág. 218.

As hipóteses de modificação da res judicata estão taxativamente previstas no art. 485 do Código de Processo Civil, cujo rol é *numerus clausus* (STF, AR 1037-0/SP, in RT 619/211).

O inciso V do referido artigo fala sobre a possibilidade de rescisão da sentença ou do acórdão quando houver ofensa a literal disposição de lei.

Entretanto, dispõe a Súmula 343 do STF: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

Segundo ensina Humberto Theodoro Júnior:

“Quando o Código, excepcionalmente, admite a rescisão da sentença passada em julgado a pretexto de violação de literal disposição de lei, o faz tendo por objetivo o erro grave

do julgador na inteligência da norma, ou seja, o erro que lhe conspurca o sentido unívoco e lhe frustra o objetivo evidente. (...) Assim, a tendência exegetica das regras excepcionais que possibilita a rescisória deve ser sempre no rumo restritivo e jamais ampliativo.

“É nesse contexto que se compreende a razão de ser da Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, a proclamar a inadmissibilidade da rescisória, por violação a literal disposição de lei, se o julgado, em meio à controvérsia jurisprudencial sobre a interpretação de certa lei, adotou uma das correntes conflitantes (...)”.

“Fixado, portanto, posteriormente o consenso sobre uma das exegeses conflitantes, nunca se poderá afirmar que, ao tempo do antigo dissídio, teria a corrente vencida cometido ofensa à literalidade da lei” (Humberto Theodoro Júnior, *Direito Processual Civil ao Vivo — Sentença*, vol. I, Aide, 1996, págs. 96/99, g.n.).

Dessa forma, é impassível de rescisão o acórdão que, adotando exegese de lei cujo entendimento jurisprudencial era controverso, deu à lide uma determinada solução, ainda que, posteriormente, o entendimento tenha sido pacificado no sentido oposto, tendo em vista a enorme valorização, em nosso Direito, da garantia da res judicata, elevada ao patamar constitucional.

Humberto Theodoro Júnior prossegue, esclarecendo que, se assim não fosse, o instituto da coisa julgada restaria enormemente esvaziado, pois “bastava uma das naturais oscilações da jurisprudência para que todas as sentenças trânsitas em julga-

do perdessem sua estabilidade. A rescindibilidade, em vez de exceção, tornar-se-ia a regra nos pretórios, gerando avalanches intermináveis de ações rescisórias que, fatalmente, acabariam por provocar rescisórias de rescisórias num moto perpétuo intolerável e inconcebível. Não é, obviamente, com tal propósito tumultuário que se concebeu a ação rescisória" (obra citada, pág. 101).

E conclui: "não há ofensa a literal disposição de lei quando a coisa julgada adota uma das correntes interpretativas dentre as várias que conflitam nos tribunais acerca de determinada norma" (ob. cit., pág. 103).

Já deixou assentado o egrégio Tribunal de Justiça gaúcho:

"Aliás, é tão excepcional o juízo rescisório que, sob o fundamento em questão, não se admite o seu cabimento mesmo quando a interpretação, depois, tenha-se fixado favoravelmente à pretensão do autor. Não se admite mesmo contra a violação de Súmula (RTJ, 107/19)" (TJRGS, in Wilson Bussada, Súmulas do Supremo Tribunal Federal, SP, Ed. Jurídica Brasileira, 1994, vol. II, pág. 451, g.n.).

É da ensinança de Cândido Rangel Dinamarco:

"A força que tenha a tomada de posição do juiz, ou que tenham as repetidas decisões coincidentes e (tanto maior quanto mais elevado for o órgão jurisdicional), é mera influência 'moderada', ou seja, influência que não chega a caracterizar-se como poder. Decisões que contrariem a jurisprudência não são ilegítimas por essa razão e não comete desvio de poder o juiz que as profere. O Supremo Tribu-

nal Federal chegou inclusive a proclamar essa liberdade dos juízos inferiores e outros tribunais, o que fez em dois importantes enunciados de sua Súmula. Em primeiro lugar, disse que não constitui violação a literal disposição de lei a opção por uma entre duas ou várias interpretações que o texto legal vier recebendo na jurisprudência: o Supremo Tribunal tem por juridicamente impossível a demanda rescisória nesse caso, com o que afirma a liberdade de julgar de modo divergente da corrente dominante. Está também assentado que não 'nega vigência' à lei a sua interpretação razoável, 'ainda que não seja a melhor'. Por mais que a jurisprudência influa os julgamentos inferiores, portanto, a sua infringência não é assim rigorosamente hostilizada pelos próprios tribunais" (Cândido Rangel Dinamarco, A Instrumentalidade do Processo, 2ª ed., São Paulo: RT, 1990, págs. 156/157, g.n.).

Colhe-se da jurisprudência, a respeito da matéria:

"Ação rescisória.

"Se, ao tempo em que foi prolatada a decisão rescindenda, era controvertida a interpretação do texto legal por ela aplicado, não se configura a violação literal a dispositivo de lei, para justificar sua rescisão (artigo 485, V, do CPC), ainda que a jurisprudência do STF venha, posteriormente, a fixar-se em sentido contrário. É essa, aliás, a orientação seguida na Súmula 343. Recurso extraordinário não conhecido" (STF – RE 89824/SP, Ministro Moreira Alves, RTJ 91/312, g.n.).

"Ação rescisória proposta contra julgado, fundada em violação de literal disposição de lei, para restabele-

cer o entendimento do Tribunal de Justiça.

“À época da decisão, era controvertida a interpretação do texto legal invocado, vindo, posteriormente, a se fixar em sentido contrário; entretanto, em tais casos, aplica-se a jurisprudência desta Corte, segundo a qual ‘Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais’ (Súmula 343), ainda que a jurisprudência do STF venha, posteriormente, a fixar-se em sentido contrário’ (STF — RE n. 89.924-SP, rel. Min. Moreira Alves, in RTJ 91/312). Ação julgada improcedente” (AR 1326/RJ, Min. Maurício Corrêa, DJU 6/6/97, pág. 24.867, g.n.).

“Não tendo a Turma julgadora examinado frontalmente a constitucionalidade de lei, mas atendo-se ao aspecto da legalidade, como era de sua competência, restaria indagar sobre se o texto legal era de interpretação controvertida nos tribunais.

“Evidenciada a controvérsia, à época dos fatos, apesar de a jurisprudência posteriormente se ter inclinado na direção das pretensões do autor — legitimidade da cobrança do tributo — não cabe ação rescisória” (STJ — AR 380/SP, Min. Hélio Mosimann, DJU 4/9/1995, pág. 27.792).

Extrai-se, ainda, dos julgados deste egrégio Tribunal:

“Ação rescisória — Violação a literal disposição de lei (CC, art. 945, § 1º) e erro de fato — Inocorrência — Pedido improcedente.

“A ofensa a literal disposição de lei que justifica a rescisória deve se

traduzir em ‘estridente contrariedade ao dispositivo’ (STF, RTJ 120/978), não servindo eventual injustiça no decisum ou má apreciação da prova.

“Eventual controvérsia na interpretação de lei não enseja a rescisória (STF, Súmula 343)” (Ação Rescisória n. 97.000856-2, de Blumenau, relator Des. Nilton Macedo Machado, j. em 19/10/98).

“Ação rescisória. Ofensa a literal disposição de lei. Incoerência. Texto legal de interpretação controvertida nos tribunais. Improcedência” (Ação Rescisória n. 687, de Santa Cecília, relator Des. Nestor Silveira).

Assim, verifica-se que não há, no caso em exame, violação a literal disposição de lei que justifique a rescisão do julgado, tendo em vista que existiam, na época, divergências interpretativas a respeito das normas aplicáveis. Ainda que hoje a matéria encontrasse-se pacificada no sentido favorável à pretensão do autor, esse fato, por si só, não autoriza a rescisão do acórdão, conforme já demonstrado.

Ressalte-se que o Estado deixou transcorrer in albis o prazo para interpor os recursos cabíveis contra o decisum vergastado, pretendendo agora a sua reapreciação, valendo-se da ação rescisória como sucedâneo do recurso não interposto, o que é inadmissível.

Diante de todo o exposto, afasta-se a preliminar e julga-se improcedente o pedido.

Deixa-se de condenar o Estado nas custas processuais, tendo em vista a sua isenção, de acordo com o art. 35, h, da Lei Complementar n. 156/97, com redação dada pela Lei Comple-

mentar n. 161/99. Deixa-se também de aplicar a multa prevista no inciso II do art. 488 do CPC, em razão do disposto no parágrafo único do mesmo artigo, que isenta o Estado do depósito prévio, e condena-se ao pagamento dos honorários advocatícios, arbitrados em R\$ 300,00 (trezentos reais), de acordo com o art. 20, § 4º, do CPC.

III — Decisão

Nos termos do voto do relator, decide a Seção Civil, à unanimidade, afastada a preliminar, julgar improcedente o pedido.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Francisco Oliveira Filho, Alcides Aguiar, Gaspar Rubik, Pedro Manoel Abreu, Orli Rodrigues, Trindade dos Santos, Silveira Lenzi, Cláudio Barreto Dutra, Sérgio Paladino, Solon d'Eça Neves, Mazoni Ferreira e Nilton Macedo Machado. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. José Antônio Salvadori.

Florianópolis, 4 de setembro de 2000.

João Martins,
Presidente e Relator.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CÍVEL

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CÍVEL N. 99.016739-9, DA CAPITAL

Relator: Des. Francisco Oliveira Filho

Embargos declaratórios — Art. 535 do Código de Processo Civil — Pressupostos indemonstrados — Rejeição.

Constando no acórdão que a Lei n. 9.528 de 10 de dezembro de 1997, deu nova redação ao art. 16, § 2º, da Lei n. 8.213/91, tacitamente foi revogado o § 3º do art. 33 da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), e, conseqüentemente, somente o enteado e o menor tutelado, desde que caracterizada a dependência econômica, equiparam-se a filho mediante declaração do segurado.

Inexiste nesse contexto omissão.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração

opostos por V. R. P. e sua mulher ao acórdão da Apelação Cível n.

99.016739-9, da comarca da Capital (1ª Vara), em que são apelantes V. R. P. e sua mulher, sendo apelado T. R. B. P.:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, rejeitar os embargos opostos.

Custas na forma da lei.

V. R. P. e sua mulher, por sua advogada, invocando permissivos legais, opuseram embargos declaratórios ao v. acórdão (fls. 109/112) prolatado na Apelação Cível n. 99.016739-9, da Capital, destacando, em resumo, a existência de omissão, consubstanciada no fato de que não teria havido pleito exclusivamente para fins previdenciários, mas sim de guarda e responsabilidade provisória. Salientam que há dependência econômica de sua filha e neto, não obstante por comodidade, liberdade e independência adquiriram imóvel que ocupam, visando proporcionar-lhes conforto, fato insuscetível de indicar que haveria autonomia de sustento próprio, isto é, força para arcar com as despesas usuais.

Após outras considerações que, por brevidade, ficam incorporadas a esta suma, enfatizam que “é justamente a dependência econômica, e não a residencial, do ponto de vista legal, a ser observada” (fls. 112).

Pedem a procedência da súplica, com o reconhecimento da omissão indicada.

Autos conclusos.

Cabe recordar que este reclamo não representa “crítica ao ofício judicante, mas servem-lhe ao aprimoramento. Ao apreciá-los, o órgão deve fazê-lo com espírito de compreensão,

atentando para o fato de consubstanciar verdadeira contribuição da parte em prol do devido processo legal” (AI n. 163.047-5/PR — AgRg — Edcl., DJU 8/3/96, pág. 6.223).

Dito isso, constata-se, de pronto, ou seja, com facilidade, que o v. acórdão ostenta em sua motivação (fls. 105 usque 106) a circunstância de a Lei n. 9.528 de 10 de dezembro de 1997 ter dado nova redação ao art. 16, § 2º, da Lei n. 8.213/91. Conseqüentemente o § 3º do art. 33 da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) foi derogado tacitamente. Logo, somente o “enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida”. A hipótese sub judice, que é de guarda e responsabilidade provisória, não se encontra naquelas exceções para fins do Regime Geral da Previdência Social.

Inexiste, pois, omissão, ambigüidade ou contradição. E mais: o remédio utilizado não serve “para obter manifestação do Tribunal sobre questão que, motivadamente, o acórdão embargado reputou impertinente ao caso concreto” (RTJ 152/960).

Ante o exposto, os embargos opostos são rejeitados.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Carlos Prudêncio e Orli Rodrigues.

Florianópolis, 25 de abril de 2000.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente e Relator.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CÍVEL N. 99.017015-2, DE BARRA VELHA**Relator: Des. Sérgio Paladino**

Embargos de declaração. Questão não deduzida anteriormente. Impossibilidade de se conhecer de ofício. Alegada omissão. Inocorrência. Recurso desprovido.

“Inexiste omissão suprível através de embargos declaratórios se se trata de matéria cuja apreciação dependia de provocação da parte, que não ocorreu” (Moreira, José Carlos Barbosa, Comentários ao Código de Processo Civil, 7ª ed., 1998, Forense, Rio de Janeiro, vol. V, pág. 539).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração na Apelação Cível n. 99.017015-2, da comarca de Barra Velha, em que é embargante Valdir Praia Hotel Ltda., sendo embargado o Banco do Brasil S/A:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, à unanimidade, negar provimento ao recurso.

Custas ex lege.

Valdir Praia Hotel Ltda. opôs embargos de declaração ao acórdão exarado na apelação cível interposta contra sentença proferida nos autos dos embargos opostos à execução que lhe move o Banco do Brasil S/A, alegando que contém omissão, por não haver fixado o valor da multa e sustentando que os honorários advocatícios devem ser arbitrados de acordo com o disposto no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

Com efeito, a embargante postulou no apelo que fosse declarada ilegal a cumulação da multa contratual com a verba honorária, argumento, aliás, repellido pela Câmara.

No entanto, em momento algum pleiteou a redução da referida multa ou a alteração dos honorários advocatícios, suscitando tais questões somente nos embargos de declaração.

Ora, o recorrente manejou os embargos de declaração deduzindo argumentos novos e pretendendo a modificação do julgado. Contudo, a via processual eleita não se presta a tal finalidade, servindo apenas para sanar eventual obscuridade, contradição ou omissão existente no decisum.

Com efeito, “a existência efetiva de omissões, obscuridades ou contradições é que delimita o núcleo jurídico dos embargos declaratórios, objetivando, essencialmente, a complementação do julgamento, expungindo da prestação jurisdicional aquelas máculas” (EMS n. 6.318, da Capital, relator Des. Trindade dos Santos).

No caso concreto, a par da questão não haver sido ventilada anteriormente, não comporta conhecimento de ofício pelo julgador. Exsurge clara, portanto, a ausência de omissão no acórdão embargado, o qual apreciou o recurso nos limites do inconformismo, dando-lhe a solução adequada.

No rumo da lição de José Carlos Barbosa Moreira, “inexistiu omissão suprível através de embargos declaratórios se se trata de matéria cuja apreciação dependia de provocação da parte, que não ocorreu” (Comentá-

rios ao Código de Processo Civil, 7ª ed., 1998, Forense, Rio de Janeiro, vol. V, pág. 539).

Ante o exposto, negou-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Silveira Lenzi.

Florianópolis, 3 de fevereiro de 2000.

Eder Graf,
Presidente com voto;
Sérgio Paladino,
Relator.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA N. 156 (99.80405-7), DE BLUMENAU

Relator: Des. Carlos Prudêncio

Embargos de divergência — Feito originário de ação de retificação de área — Pleito julgado procedente em primeira instância — Recurso apelatório do Ministério Público ao argumento de necessidade de citação dos alienantes ou seus sucessores — Inteligência do art. 213, § 2º, da Lei n. 6.015/73 — Lei dos Registros Públicos — Entendimento da turma recursal nesse sentido — Modificação do decísium — Manutenção da sentença — Provimento dos embargos.

É plenamente possível o deferimento de pleito que visa à retificação de área em casos que tenha havido tão-somente a citação dos confrontantes, sendo desnecessária a dos alienantes ou seus sucessores, quando se verifica que a data da transcrição ou da matrícula remonta a mais de vinte anos, o que corresponde à orientação legal contida na Lei n. 9.039/95 que deu nova redação ao § 2º do art. 213 da Lei n. 6.015/73.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Divergência n. 156 (99.80405-7), da comarca de Blumenau, em que é embargante Espólio de José Klock e de Maria da Silva Klock, sendo embargado o representante do Ministério Público:

ACORDAM, em Seção Civil, por votação unânime, dar provimento aos embargos.

Custas legais.

I — Relatório

Trata-se de embargos de divergência opostos por Espólio de José Klock e de Maria da Silva Klock ao acórdão proferido pela Segunda Turma de Recursos de Blumenau que, por maioria de votos, deu provimento a recurso de apelação originário de ação de retificação de área, interposto pela Representante do Ministério Público daquela Comarca, para decretar a anulação do feito ab initio a fim de que se proceda a citação de todos os interessados na forma da lei, “atendendo ao disposto no art. 213, § 2º, e seguintes da Lei de Registros Públicos.

O feito tem origem em ação de retificação de área de um terreno cuja suposta metragem real não corresponde à constante de sua escrituração, constituindo aquela 567,26m², enquanto esta, 523m², o que indica tratar-se de retificação de área para maior.

A sentença restou em favor do autor, ora embargante, tendo o douto Magistrado a quo determinado que se

procedesse a retificação na forma postulada.

Houve recurso do Ministério Público pretendendo a anulação do decum, sob a argumentação de não terem sido autenticados os documentos públicos de fls. 5, 6, 7, 9, 10 e 21; inexistência de certidão atualizada do Registro do imóvel retificando; falta da prova da cadeia sucessória dos confrontantes; ausência de memorial descritivo elaborado por profissional técnico, além de não citação dos alienantes ou seus sucessores.

Devidamente processado o recurso, adveio o julgamento proferido no acórdão embargado, de fls. 53/8, restando acolhido o pleito ministerial.

Inconformado, opôs o vencido os presentes embargos de divergência, alegando inicialmente não ter havido contestação do pedido ainda que citados os três confrontantes e a Prefeitura Municipal de Blumenau; terem sido atendidas três das providências reclamadas pelo Ministério Público, restando omissa apenas “a prova da cadeia sucessória dos confrontantes” e a “citação dos alienantes ou seus sucessores”, sendo que aquela restou afastada de plano pela Turma de Recursos, enquanto esta foi acolhida por maioria, residindo neste ponto a irresignação dos recorrentes.

Colacionando algumas jurisprudências, primeiramente afirmando que a citação dos alienantes, in casu, é aspecto meramente formal e providência desnecessária ante o lapso de tempo decorrido desde a alienação, que perfaz mais de 40 anos, e, frisando inexistir contestação apesar de terem sido os interessados citados, a fim de justificar ainda mais a relevância da

oposição dos presentes embargos, apontaram como paradigma o acórdão proferido na Ap. Cív. n. 0617-1/94, de Blumenau, da mesma Turma julgadora.

Desse modo, requereu o provimento dos presentes embargos, a fim de se deferir a retificação sem a citação dos alienantes ou seus eventuais sucessores.

Impugnação às fls. 75/8.

Instada a se manifestar, a dou-ta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio de parecer da lavra do Dr. Joel Rogério Furtado, opinou pelo conhecimento e provimento dos presentes embargos.

É, em síntese, o relatório.

II — Voto

Retrata a espécie, que o imóvel objeto dos autos foi vendido para José Klock e Maria da Silva Klock em 1952. Esta faleceu em 1982, com 72 anos e aquele, em 1990, com 86. O meritíssimo Juiz de Direito diz na sentença que "...a citação dos alienantes, cuja dispensa foi requerida na inicial, por serem falecidos, e implicitamente dispensada pelo despacho de fls. 14, não teria qualquer significado prático no caso dos autos, onde a alienação em favor do autor da herança se deu há mais de quarenta anos (fls. 79)...".

A ementa do acórdão combatido apresenta-se assim redigida:

"Desprezado o princípio da comunicação (art. 214 do CPC), ocorre a ausência do pressuposto processual de desenvolvimento objetivo, acarretando a ineficácia de todos os atos subsequentes, mormente quando se tratar

de retificação que resultar em pedido de aumento ou diminuição de área".

Por sua vez, a ementa do acórdão paradigma enuncia:

"Se, como na hipótese, os alienantes falecerem sem deixar descendentes, tendo se operado a transferência do domínio há mais de 40 anos, dispensa-se a citação de possíveis sucessores, eis que prejuízos não se vislumbra. Aplicação do art. 1.109 do CPC".

Procedem os embargos, pois realmente desnecessária a citação dos alienantes ou seus sucessores nos termos da Lei n. 9.039/95, que, dando nova redação ao § 2º da Lei n. 6.015/73, deixa assente que "se da retificação resultar alteração da descrição das divisas ou da área do imóvel, serão citados, para se manifestar sobre o requerimento em dez dias, todos os confrontantes e o alienante ou seus sucessores, dispensada a citação destes últimos se a data da transcrição ou da matrícula remontar a mais de vinte anos".

É o caso dos autos, em que os autores do espólio adquiriram o imóvel em 1952.

No caso dos autos, portanto, procede a alegação de ser dispensável a citação dos alienantes ou seus sucessores, porque aqueles são falecidos, estes inexistentes e o negócio se deu há quarenta anos, o que muito ultrapassa o período vintenário descrito na lei.

Ante o exposto, há de se conhecer dos presentes embargos de divergência, dando-se-lhes provimento, a fim de modificar a decisão recorrida, diante da desnecessidade da aludida

citação, em conformidade com a orientação dada pela lei.

III — Decisão

Por todo o exposto, decide este colegiado, à unanimidade de votos, dar provimento aos embargos.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Gaspar Rubik, Pedro Manoel Abreu, Orli Rodrigues, Trindade dos Santos, Cláudio Barreto Dutra, Silveira Lenzi, Newton Trisotto, Sérgio Paladino,

Vanderlei Romer, Xavier Vieira, João José Schaefer, Anselmo Cerello e Francisco Borges. Lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Joel Rogério Furtado.

Florianópolis, 16 de novembro de 1998.

Xavier Vieira,
Presidente com voto;
Carlos Prudêncio,
Relator.

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

HABEAS CORPUS

HABEAS CORPUS N. 99.004968-0, DE JARAGUÁ DO SUL

Relator: Des. Alberto Costa

Habeas corpus — Crime contra a propriedade imaterial — Violação de direito autoral e de marcas — Trancamento da ação penal — Alegação de carência de direito de ação do querelante por desconprovação, ut documentos, da titularidade do direito autoral, e descumprimento das disposições do artigo 527 do Código de Processo Penal, quanto à diligência de busca e apreensão realizada — Arguição de incompetência da Justiça Estadual — Intervenção do querelante como terceiro interessado em sede de habeas corpus — Prefacial de incompetência da Justiça Estadual afastada — Viabilidade da intervenção do querelante como interessado em sede de habeas corpus. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça — descrevendo a petição exordial, à suficiência e à vista da farta documentação nela acostada, fatos que, em tese, constituem infrações penais de violação de direito autoral e de fraude ao comércio, inadmissível declarar a carência de direito de ação do querelante, no restrito campo do habeas corpus, no qual não se admite aprofundado exame da prova — Ordem denegada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 99.004968-0, da comarca de Jaraguá do Sul (2ª Vara), em que são

impetrantes os Drs. Sylvio José de Oliveira Ramos e outros, sendo pacientes Flávio José Marcatto e outros:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, afastar a preliminar de incompetência da Justiça Estadual e, no mérito, denegar a ordem.

Trata-se de ordem de habeas corpus impetrada em favor de João Carlos Marcatto, Márcio Mauro Marcatto, Paulo Roberto Marcatto, Jutta B. Marcatto e Lorenzo Marcatto, sob o argumento de estarem sofrendo constrangimento ilegal, em virtude de o Magistrado da 2ª Vara da comarca de Jaraguá do Sul ter recebido ação penal privada subsidiária da pública contra eles oferecida, por terem praticado os delitos previstos nos artigos 175, inciso I, 184, §§ 1º e 2º, e 180, todos do Código Penal.

Os impetrantes objetivam o trancamento da referida ação penal, alegando carência de direito de ação da querelante, pois não comprovou, documentalmente, a titularidade do direito autoral, tendo, apenas, juntado aos autos certificados de registros de marcas. Ademais, por tratar-se o caso de ação privada, a busca e apreensão deveria ter sido realizada de conformidade com as disposições do artigo 527 do Código de Processo Penal, o que in casu não ocorreu.

Finalmente, argúi a incompetência da Justiça Estadual para processar e julgar a referida ação penal, pois, por tratar-se a querelante de organismo internacional (empresa estrangeira) e ter invocado as garantias previstas na convenção de Berna, para justificar a ausência nos autos de qualquer documento relativo ao alegado direito autoral, a competência é da Justiça Federal, consoante o dis-

posto no artigo 109, incisos III e V, da Constituição Federal.

Solicitadas as informações, a autoridade judiciária apontada como coatora esclarece que, em 17/2/98, a empresa NBA Properties, Inc., apresentou notícia crime à autoridade policial da Comarca, informando estar a empresa Marcatto Indústria de Chapéus Ltda., dirigida pelos pacientes, praticando violação de direito autoral e, a pedido daquela autoridade, foi deferida a expedição de mandado de busca e apreensão em 18/2/98, sendo este cumprido pelos oficiais de justiça e a mercadoria apreendida periciada pelos peritos da Secretaria de Segurança Pública, cujo laudo foi homologado pelo Juízo.

Acrescenta ter a empresa NBA Properties Inc. ingressado no dia 14/5/98 com queixa-crime contra os pacientes, por terem praticado os delitos dos artigos 189, inciso I, 190, inciso I, e 195, inciso III, todos da Lei n. 9.279/96, sendo recebida parcialmente e designado os dias 5 e 6 de maio de 1999 para proceder aos interrogatórios dos querelados e pacientes.

Por derradeiro, assegura que a referida empresa, no dia 23/2/99, com fulcro no artigo 29 do Código de Processo Penal, ingressou com ação penal privada subsidiária da pública contra os pacientes e outras pessoas, dando-os como incurso nas sanções dos artigos 175, inciso I, 180 e 184, §§ 1º e 2º, todos do Código Penal, e, por decisão do Juízo datada de 10/3/99, foi recebida parcialmente a queixa-crime e designados os mesmos dias acima relacionados para serem os querelados interrogados.

Com vista dos autos, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Demétrio Constantino Serratine, opinou pela denegação da ordem.

Entretantes, a querelante NBA Properties Inc. peticionou a fls. 1.308 usque 1.347 (3º volume), pleiteando sua admissão como terceiro interessado, com a juntada de vários documentos, objetivando a denegação da ordem por total falta de seus pressupostos.

Os autos retornaram com vista à ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça, tendo o Dr. Demétrio Constantino Serratine reiterado as considerações postas no parecer de fls. 1.299 a 1.302, no sentido da denegação da ordem, ao mesmo tempo em que se manifestou contrariamente ao pedido de admissão de terceiros interessados.

O julgamento do presente writ foi adiado, uma vez a pedido dos impetrantes (fls.1.770) e outra a requerimento do terceiro interessado (fls.1.773).

Este é o relatório.

Inicialmente, no que pertine ao pedido de intervenção do querelante como terceiro interessado em sede de habeas corpus, necessário enfatizar sua viabilidade, em face dos precedentes jurisprudenciais do Excelso Pretório e do colendo Superior Tribunal de Justiça, ínsitos nos arestos AGRPET 423/SP — Plenário, rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJU 13/3/92, pág. 2.921, e REsp n. 33.527—AM — 6ª Turma, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU 21/8/93, pág. 14.292.

Na espécie dos presentes autos, o querelante posiciona-se contra a concessão da ordem, por falta dos pressupostos legais.

De outra parte, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, oficiando nos autos, como já referido, opinou para que fosse indeferida a admissão do querelante como terceiro interessado, e, no mérito, pela denegação da ordem.

Em que pese o parecer contrário do representante do Órgão Ministerial deste Segundo Grau de Jurisdição, admite-se a intervenção do querelante no processo, como terceiro interessado, firme na orientação das duas Cortes Superiores de Justiça, manifestada nos arestos acima citados.

Por outro lado, e no que tange aos argumentos expostos na impetração, impende asseverar pela sua total improcedência.

De fato, não há falar em incompetência da Justiça Comum para o julgamento da matéria, quer se trate de direito marcário, fundamento da Queixa-Crime n. 036.98.002708-5, ou de direito autoral, fulcro da Ação Penal Privada Subsidiária da Pública n. 036.98.0022713-1, aforadas pelo querelante.

Bem a propósito já decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça, in verbis: "Processual penal. Competência. Crime contra a propriedade industrial. Verificando-se que o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) não é parte nem assistente nos autos, compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime contra a propriedade industrial" (Conflito de Competência n. 5.773-6 — Rio de Janeiro

— Relator Min. Assis Toledo, DJU 21/3/94).

“Processual penal. Competência. Conexão. Crime de descaminho e de violação de direitos autorais. Arquivado o inquérito, pelo Juízo Federal, em relação ao descaminho, deixou de existir conexão entre os dois crimes, razão pela qual falece competência à Justiça Federal para apreciar eventual crime de violação de direitos autorais” (Conflito de Competência n. 7.768-0 — São Paulo — Rel. Min. Assis Toledo, DJU de 15/8/94).

Este último julgado cita precedente do extinto Tribunal Federal de Recursos, da lavra do Min. Jesus Costa Lima, transcrito: “Penal — Violação de direito autoral — Competência. Competente para processar e julgar o delito de violação de direito autoral, na modalidade de depósito para fim de venda relativa a fitas ‘clandestinamente reproduzidas’ é o juiz do local da infração” (CC 7.031 — TFR, DJ de 26/6/86).

Os julgados acima citados se aplicam como uma luva ao presente mandamus, por isso que, com fundamento neles, afasta-se a argüição de incompetência da Justiça Estadual para processar e julgar tanto a queixa-crime quanto a ação penal subsidiária da pública, apontadas na impetração.

No que tange ao segundo fundamento da impetração, qual o da carência de direito de ação do querelante para alegar violação de direito autoral, ou como afirmam, ainda, os impetrantes, ilegitimidade do querelante para propor ação por violação de direito autoral, melhor não é a sorte deles, impetrantes.

Ora, se a ação penal privada subsidiária foi aforada tempestivamente, descrevendo, à suficiência e à vista da farta documentação acostada à petição exordial, fatos que, em tese, constituem infrações penais de violação de direito autoral e de fraude ao comércio, não há como declarar a carência de direito de ação do querelante, principalmente no restrito campo do habeas corpus, no qual não se admite aprofundado exame da prova.

Do mesmo modo, não há falar em trancamento da ação penal privada subsidiária da pública intentada pela querelante, por descumprimento do preceituado no artigo 527 do Código de Processo Penal, em virtude do fato de a busca e apreensão ter sido realizada ex vi legis, com supedâneo no artigo 240, § 1º, do Código de Processo Penal, na fase inquisitorial a pedido do representante do Ministério Público (fls. 213), deferida e homologada pelo Magistrado.

Bem a propósito, a decisão do colendo Superior Tribunal de Justiça, em aresto da lavra do eminente Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, in verbis: “REsp — Penal — Processual penal — Crime contra a propriedade imaterial — Ação penal — Corpo de delito — A ação penal relativa aos crimes contra a propriedade imaterial é de iniciativa privada. Assim, personíssima. O corpo de delito, inclusive homologação, entretanto, pode ser colhido e providenciado por terceiro. Uma vez obtido, constitui fato relevante” (STJ — REsp n. 57540—SP — 6ª Turma, DJU 20/11/95, pág. 39.642).

Ante o exposto, à unanimidade, afasta-se a preliminar de incompetên-

cia da Justiça Estadual e, no mérito, denega-se a ordem.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Jorge Mussi e Maurílio Moreira Leite. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o

Exmo. Sr. Dr. Demétrio Constantino Serratine.

Florianópolis, 26 de outubro de 1999.

Alberto Costa,
Presidente e Relator.

HABEAS CORPUS N. 99.019401-9, DE BLUMENAU

Relator: Des. Alberto Costa

Habeas corpus — Crimes contra a ordem tributária — Writ objetivando o trancamento da ação penal, por falta de justa causa, sob os seguintes argumentos: a) o débito fiscal foi parcelado antes do recebimento da denúncia, ocorrendo, in casu, a extinção da punibilidade dos pacientes; b) inexistente inquérito policial para embasar a peça acusatória; c) o Ministério Público está impedido de instaurar e presidir inquéritos, e os documentos utilizados para deflagrar a ação penal foram obtidos no Ministério Público Federal, tornando-os, em consequência, documentos ilícitos; e, d) não estar comprovada a responsabilidade de dois pacientes na prática do delito, pois não figuram no contrado social como sócios-gerentes da empresa — Argüições improcedentes — Ordem denegada.

— A extinção da punibilidade, nos crimes de sonegação fiscal, só ocorre pelo pagamento do tributo e seus acréscimos legais após a satisfação integral da obrigação fiscal, e não como pretende o impetrante, com o simples parcelamento da dívida efetuado antes do recebimento da denúncia.

— O inquérito policial, por ser procedimento meramente informativo, não constitui peça essencial à deflagração da ação penal, sendo exigido, apenas, que a peça acusatória esteja embasada em elementos demonstrativos da existência do crime e de indícios de sua autoria.

— O Ministério Público, possuindo a prerrogativa garantida pela Constituição Federal (art. 129, I) de propor ação penal pública, não está impedido para exercer este desiderato, de requisitar a instauração de inquérito policial, diligências investigatórias, infor-

mações, documentos, inclusive oriundos de investigação procedida pela Polícia Federal, a fim de respaldar a peça acusatória a ser oferecida contra aqueles que praticam, como in casu, delitos contra a ordem tributária.

— A participação ou não dos pacientes na prática do delito, por constituir matéria de prova, queda insuscetível de ser deslindada no restrito campo do habeas corpus.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 99.019401-9, da comarca de Blumenau (1ª Vara), em que é impetrante o Dr. Rubens Garcia, sendo pacientes Marcio Cardoso e outros:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, denegar a ordem.

Trata-se de ordem de habeas corpus, com pedido liminar, impetrada em favor de Márcio Cardoso, Alcício Bonatti, Marlene da Silva Bonatti e Marileuda Batista Lima, sob o argumento de estarem sofrendo constrangimento ilegal por parte do Juízo da 1ª Vara Criminal da comarca de Blumenau, por ter recebido denúncia contra eles oferecida pela prática do delito previsto no artigo 1, incisos I, II, III e IV, da Lei n. 8.137/90, c/c o artigo 71 do Código Penal.

O impetrante objetiva o trancamento da ação penal, por falta de justa causa, uma vez que: a) o débito fiscal foi parcelado antes do recebimento da denúncia, ocorrendo, in casu, a extinção da punibilidade dos pacientes; b) inexistente inquérito policial, sendo este necessário para embasar a denúncia; c) o Ministério Público está impedido de instaurar e presidir inquérito policial, e os documentos utilizados

para deflagrar a ação penal foram obtidos no Ministério Público Federal, tornando-os, em consequência, documentos ilícitos; e, d) não ficou comprovada a responsabilidade dos pacientes Márcio Cardoso e Marileuda Batista Lima, pois não figuram no contrato social como sócios-gerentes da empresa.

A liminar foi denegada a fls. 696.

Solicitadas as informações, a autoridade judiciária apontada como coatora esclarece que os pacientes foram denunciados pela prática dos delitos previstos no artigo 1º, incisos I, II, III e IV, da Lei n. 8.137/90, c/c o artigo 71 do Código Penal, tendo recebido a peça acusatória e indeferido pedido de prisão preventiva requerido pelo Ministério Público contra o paciente Márcio Cardoso.

Finaliza, informando ter interrogado os pacientes e, após apresentarem defesa prévia, inquiriu as testemunhas de acusação e uma de defesa, encontrando-se o processo no aguardo da oitiva de testemunhas arroladas pela defesa, em substituição àquelas não encontradas.

Com vista dos autos, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Luiz Fernando

Sirydakís, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

O primeiro fundamento, centrado na extinção da punibilidade dos pacientes, pelo parcelamento do débito fiscal antes do recebimento da denúncia, não pode prosperar.

Com efeito, a extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária só ocorre após o pagamento total da obrigação fiscal, e não com o simples parcelamento do débito, consoante dispõe o artigo 34 da Lei n. 9.249/95, in verbis:

“Art. 34. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei n. 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia” (grifei).

Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“A extinção da punibilidade quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia (Lei n. 9.249/95, art. 34), pressupõe a satisfação integral do débito, e não apenas o seu parcelamento” (HC n. 74.754—SP — Relator Ministro Néri da Silveira — j. em 4/3/97).

E, desta Corte de Justiça:

“Extinção da punibilidade pelo parcelamento da dívida, antes do oferecimento da denúncia. Entendimento jurisprudencial, inclusive do STF no sentido da necessidade de quitação integral da dívida” (Habeas Corpus n. 98.015416-2, de Indaial).

Ora, in casu, não ocorreu a satisfação integral do débito que teve como origem a prática do crime contra a ordem tributária descrito na exordial acusatória, não havendo, assim, falar em extinção da punibilidade dos pacientes.

Ademais, compulsando-se detidamente os autos, verifica-se que, além de apenas uma parcela, em relação às notificações fiscais ns. 506.165-16, 506.166-17 e 506.167-18, ter sido paga antes do recebimento da denúncia (fls. 527), a Secretaria da Fazenda, por intermédio da 3 Gerência Regional com sede na cidade de Blumenau, denegou aos pacientes o parcelamento do crédito tributário requerido, consoante se infere às fls. 561 a 563.

Quanto ao segundo fundamento da impetração, constata-se a sua improcedência, porque o inquérito policial, por tratar-se de mera peça informativa, não constitui peça essencial à deflagração da ação penal, pois a denúncia pode ser oferecida com base em outros elementos de convicção que demonstrem a existência do crime e indícios de quem seja o seu autor.

Nesse sentido:

“O Inquérito Policial, procedimento de natureza puramente informativa, não é peça indispensável à promoção da ação penal, exigindo-se tão-somente que a denúncia seja embasada em elementos demonstrativos da existência do fato criminoso e de indícios de sua autoria” (STJ — RHC n. 5.094/RS — 6 Turma — Relator: Min. Vicente Leal — DJU de 20/5/96, pág. 16.742).

Por outro vértice, inconsistente o argumento do impetrante no sentido

de que o Ministério Público está impedido de instaurar inquéritos.

É que, possuindo o Ministério Público a prerrogativa garantida pela Constituição Federal (artigo 129, inciso I), de propor ação penal pública, não está impedido, para exercer este desiderato, de requisitar a instauração de inquérito policial, diligências investigatórias, informações e documentos, inclusive, como in casu, oriundos de investigação procedida pela Polícia Federal e remetidos pelo Ministério Público Federal, a fim de respaldar a peça acusatória a ser oferecida contra aqueles que praticam, como no caso sub judice, delitos contra a ordem tributária.

A jurisprudência, em casos que tais, deixou assentado:

“O Ministério Público tem legitimidade para proceder a investigações ou prestar tal assessoramento à Fazenda Pública para colher elementos de prova que possam servir de base à denúncia ou ação penal. (...)” (RT 651/313).

De outro modo, o fato de ter o Ministério Público Federal encaminhado ao Ministério Público Estadual documentos para, se fosse o caso, deflagrar ação penal contra os pacientes, não os erigem à condição de documentos ilícitos, pois, ante a prerrogativa acima citada, não está o Ministério Público Estadual impedido de requisitar e receber documentos, seja qual for a sua origem, para a formação da opinião delicti e promover a competente ação penal.

Aliás, a denúncia está embasada, também, em documentos oriundos

da Secretaria da Fazenda do Estado e nas notificações fiscais emitidas.

Doutra feita, despicando o outro argumento do impetrante de estar o Ministério Público impedido de presidir inquérito, eis que, consabido e ressaltado na própria impetração, tal competência é da autoridade policial.

Por derradeiro, a afirmação do impetrante de inexistir responsabilidade dos pacientes Márcio Cardoso e Marileuda Batista Lima na prática dos delitos, por não figurarem no contrato social da empresa como sócios-gerentes, não pode prevalecer, porque, a uma, os delitos descritos nos incisos I, II, III e IV, do artigo 1º, da Lei n. 8.137/90, têm como sujeito ativo o titular da empresa, o sócio-gerente, o diretor e mesmo o empregado da empresa sob subordinação e dependência econômica daqueles; e, a duas, porque a análise de suas participações, ou não, na prática dos delitos, que exige para a sua configuração o dolo específico, é matéria que demanda aprofundado exame da prova, sendo, portanto, insuscetível de ser deslindada no restrito campo do habeas corpus.

Pelo exposto, denega-se a ordem.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Jorge Mussi e Maurílio Moreira Leite. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Luiz Fernando Sirydakis.

Florianópolis, 21 de dezembro de 1999.

*Alberto Costa,
Presidente e Relator.*

HABEAS CORPUS N. 00.025002-3, DE RIO DO SUL**Relator: Des. Amaral e Silva**

Habeas corpus — Representação contra advogado na OAB — Trancamento de ação penal — Fato atípico — Concessão da ordem.

Não injúria nem difama quem, em regular procedimento, representa contra advogado perante o Órgão competente da OAB.

Se o fato descrito na queixa-crime não é típico, a ação penal deve ser trancada por ausência de justa causa.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 00.025002-3, da comarca de Rio do Sul, em que é impetrante e paciente Harold Radloff:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, conceder a ordem.

I — Relatório

Trata-se de habeas corpus contra ato do MM. Juiz da Vara Criminal da comarca de Rio do Sul, que recebeu a queixa-crime dando o paciente como incurso nas sanções dos arts. 139 e 140, c/c o art. 69, todos do Código Penal.

Sustenta o impetrante, em síntese, que, inconformado com imputações falsas que o advogado Estevão Ruchinski irrogou contra ele em juízo — ação de cobrança n. 027.94.000274-0, da comarca de Ibirama —, ofereceu representação na Ordem dos Advogados do Brasil, Subseção de Rio do Sul, requerendo a instauração de processo disciplinar contra o causídico.

Acrescenta que essa representação motivou a deflagração da ação

penal pelo advogado, que se sentiu ofendido na honra subjetiva e objetiva.

Alegando falta de justa causa, pleiteia o trancamento da ação penal.

A digna autoridade, apontada como coatora, informou o trâmite processual, esclarecendo que designou o dia 22 de março de 2001 para o interrogatório.

A liminar foi indeferida pelo Dr. Jaime Ramos, da egrégia Câmara de Férias (fls. 118/119).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça é pela concessão da ordem. Entende faltar o elemento subjetivo, já que o paciente apenas exerceu o regular direito de representação no órgão disciplinar da OAB.

II — Voto

1 — É cabível a concessão de habeas corpus por ausência de justa causa, em caráter excepcional, quando ela é manifesta, 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” (Mirabete, Julio Fabbrini.

Processo Penal, 10ª ed., São Paulo, Atlas, 2000, pág. 719).

Da jurisprudência:

“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 perfunctório, 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” (HC n. 99.008921-5, de Joinville, rel. Des. Jorge Mussi).

“Habeas corpus — Ação penal — Trancamento por falta de justa causa e inépcia da denúncia — Circunstância que exsurge do exame perfunctório da prova acostada à impetração — Constrangimento ilegal caracterizado — Ordem concedida” (HC n. 98.003569-4, de Biguaçu, rel. Des. Alberto Costa).

No caso, o constrangimento ilegal exsurge manifesto, porquanto a queixa-crime oferecida contra o paciente, dando-o como incurso nas sanções dos arts. 139 e 140, c/c o art. 69, todos do Código Penal, não descreve crime, apenas refere-se a uma representação formulada na OAB, que corre em sigilo.

Consta da inicial:

“O direito de oferecer representação junto à Ordem dos Advogados do Brasil, não permite ao queixoso ex-

trapolar o relato dos fatos, servindo-se do expediente para agredir a honra do representado. In casu, o que interessa, é que o ora querelado, revelando gênio belicoso, valeu-se da representação para atacar de forma mendaz e inconsistente a pessoa do querelante, dizendo:

“...O pedido de indenização pela litigância de má-fé também foi rejeitado na r. sentença, porém, devia-se aplicar essa má-fé, sim, ao Representado, que teve e tem inúmeros processos disciplinares contra si na OAB, pela sua conduta, notoriamente incompatível com o exercício da advocacia...’ (grifamos).

“Assim, se expressando, o querelado enxovalhou a honra objetiva do querelante, qualificando-o como pessoa desprovida de caráter.

“Denota-se igualmente ódio ensandecido do querelado, quando ataca a honorabilidade pessoal e profissional do querelante, ao dizer, noutra parte da Representação, o seguinte:

“...Como não assimilou ou não aprendeu essa matéria, pela qual, revelando-se inepto, seu exercício profissional deveria ser suspenso, submetendo-se a frequentar curso de reabilitação profissional até demonstrar aptidão, prestando o devido exame, com aprovação, para voltar às lides forenses (art. 34, inciso XXIV, e art. 37, parágrafo 3º, do Estatuto...’.

“Neste ataque, o querelado vilipendiou o comportamento do Querelante, além de enodoar sua capacidade profissional” (fls. 19/20).

Não há, na representação, qualquer injúria com ofensa à dignidade ou ao decoro, muito menos difamação, apenas o exercício do direito de

representação previsto no estatuto da OAB.

Como se vê, o fato descrito na vestibular é atípico, por lhe faltar um dos elementos — a tipicidade —, explicada por Julio Fabbrini Mirabete, como “a correspondência exata, a adequação perfeita entre o fato natural, concreto, e a descrição contida na lei” (Manual de Direito Penal, Parte Geral, vol. 1, 16ª ed., São Paulo, Atlas, 2000, pág. 115).

No mesmo sentido o entendimento de Eugenio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, para quem a tipicidade “é a característica que tem uma conduta em razão de estar adequada a um tipo penal, ou seja, individualizada como proibida por um tipo penal.

“(…)”.

“O juiz comprova a tipicidade comparando a conduta particular e concreta com a individualização típica, para ver se se adequa não a ela” (Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, pág. 445).

O crime de difamação, como cediço, tem como elemento subjetivo “a intenção má de denegrir ou macular a reputação alheia (animus diffamandi) (Hungria, Néelson. Comentários ao Código Penal, vol. VI, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1980, pág. 88).

“É indispensável, o animus diffamandi, que indica o fim de ofender a honra alheia. Não atua com esse elemento subjetivo do tipo quem pratica o fato com animus jocandi, narrandi, consulendi, defendendi etc.” (Mirabete, Julio Fabbrini. Código Penal Interpretado, São Paulo, Atlas, 1999, pág. 786).

Também no crime de injúria, “compreende-se perfeitamente que palavras e expressões injuriosas só se tornam crime quando revestidas do propósito manifesto de ofender a dignidade ou o decoro de alguém. Deve haver o chamado ‘elemento subjetivo do injusto’, que faz parte do tipo, e que consiste no animus injuriandi, na intenção de denegrir, ferir, humilhar.

“(…)”.

“Por outro lado, a vontade de injuriar e a consciência da ilicitude da ação, compõem elemento essencial para o preenchimento do resultado típico. O animus faz parte do tipo, integra o tipo.

“(…)”.

“A inexistência do elemento subjetivo importará na falta de adequação típica” (Rosa, Antônio José Miguel Feu. Direito Penal, Parte Especial, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, págs. 248/249).

Este Tribunal já decidiu:

“Habeas corpus — Ação penal — Crime contra a honra — Difamação — Dolo específico — Animus diffamandi — Ausência — Ordem concedida — Trancamento da ação penal.

“(…)”.

“Para caracterizar o crime de difamação, a conduta do agente deve resultar de vontade deliberada objetivando ofender a honra de alguém” (HC n. 99.012133-0, da Capital, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

No caso, o fato natural (representação perante o órgão de classe) não se adapta ao fato típico (difamação e injúria) por lhe faltar, claramente, o elemento subjetivo (animus diffamandi ou injuriandi).

Com efeito, do contexto da vestibular, vê-se que o paciente exerceu regularmente o direito que lhe faculta o art. 72 da Lei n. 8.906/94.

Para tanto, descreveu, pormenorizadamente, as condutas que impôs ao causídico, previstas no art. 34, incisos XXIV e XXV, do Estatuto da OAB, verbis:

“Art. 34. Constitui infração disciplinar:

“XXIV — incidir em erros reiterados que evidenciem inépcia profissional;

“XXV — manter conduta incompatível com a advocacia”.

Assim, ao referir que o “pedido de indenização pela litigância de má-fé também foi rejeitado na r. sentença, porém, devia-se aplicar essa má-fé, sim, ao representado, que teve e tem inúmeros processos disciplinares contra si na OAB, pela sua conduta, notoriamente incompatível com o exercício da advocacia...” (grifamos) e que como “...não assimilou ou não aprendeu essa matéria, pela qual, revelando-se inepto, seu exercício profissional deveria ser suspenso, submetendo-se a freqüentar curso de reabilitação profissional até demonstrar aptidão, prestando o devido exame, com aprovação, para voltar às lides forenses (art. 34, inciso XXIV, e art. 37, parágrafo 3º, do Estatuto)”, o impetrante tão-somente narrou um fato, adequando-o ao regulamento da Ordem.

Não há, como se vê, animus diffamandi, nem injuriandi. Apenas animus narrandi.

Não havendo tipicidade no fato descrito na queixa-crime, a ação pe-

nal, fadada ao insucesso, merece trancada por falta de justa causa.

Não fosse por isso, o comportamento do paciente, conquanto no limite de sua atuação profissional, estaria abrigado pela imunidade conferida aos advogados pela Constituição Federal de 1988 — art. 133, posteriormente regulada pela Lei n. 8.906/94.

Sobre o assunto confira-se a análise feita pelo eminente Dr. Nilton Macedo Machado nos autos de Habeas Corpus n. 00.002512-7, de Timbó, assim ementado:

“Habeas corpus — Crime contra a honra — Difamação — ofensa dirigida a juiz em petição — Advogado — Imunidade relativa caracterizada.

“Os limites de imunidade penal do advogado em relação aos crimes contra a honra após a edição da Lei n. 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil) não foram ampliados, pois a troca da expressão ‘na discussão da causa’, pelos enunciados ‘em juízo ou fora dele’ e ‘no exercício da atividade’, compatibilizando-se com valores constitucionais (igualdade, liberdade de manifestação do pensamento...), restringiu seu reconhecimento às hipóteses de as ofensas guardarem estreita conexão com o exercício da atividade.

“Estampadas palavras ofensivas, tidas como difamatórias em petição processual dirigida pelo advogado ao juiz da causa (= no exercício de atividade profissional), não há dúvida que acobertadas pela imunidade (que não se estende a eventual crime de calúnia)”.

Do voto:

“Os limites de imunidade penal do advogado em relação aos crimes contra a honra, anteriormente explicitados pelo art. 142, I, do CP (não constitui injúria ou difamação punível: a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador), foram consideravelmente modificados com a Constituição Federal de 1988, que o considerou ‘indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei’ (art. 133 da CF).

“Mais tarde, o novo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, instituído pela Lei n. 8.906/94, regulando o dispositivo constitucional (...nos limites da lei), ao dispor que ‘o advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação ou desacato puníveis qualquer manifestação de sua parte, no ‘exercício de sua atividade’, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer’ (art. 7º, § 2º), além de revogar tacitamente o inc. I, do art. 142, do CP, criou, no âmbito do direito penal, causa de exclusão de antijuridicidade, decorrente do exercício regular de direito; nas palavras de Heráclito Antônio Mossin, ‘o advogado, que no exercício de sua profissão, quer em juízo, quer fora dele, ofender alguém, atua segundo lhe permite a lei, age dentro do exercício regular de um direito’ (Imunidade Profissional do Advogado, in RJ 209/42).

“Ressalve-se que a expressão ‘ou desacato’ contida no dispositivo em comento teve sua eficácia suspensa pelo colendo Supremo Tribunal Federal na ADIn. n. 1.127-8/DF.

“Nesse passo, conquanto alguns entendam que os limites da imunidade do advogado foram ampliados, o certo é que a troca da expressão ‘na discussão da causa’, pelos enunciados ‘em juízo ou fora dele’ e ‘no exercício da atividade’, compatibilizando-se com novos valores constitucionais (igualdade, liberdade de manifestação do pensamento...), restringiu o reconhecimento do privilégio às hipóteses de as ofensas guardarem estreita conexão com o exercício da atividade.

“Segundo Damásio de Jesus, a Constituição de 1988 concedeu ao advogado ‘a imunidade penal judiciária (material), semelhante à dos parlamentares (CF, art. 53, caput). Trata-se de causa de isenção profissional de pena, com efeito extintivo da punibilidade (da pretensão punitiva). Significa que não responde por eventuais delitos contidos em seus atos e manifestações orais e por escrito (petições, razões, debates, etc.), como a calúnia, a difamação, a injúria e o desacato. Impede o inquérito policial e a ação penal. Exige-se estreita relação entre a eventual ofensa e o exercício da profissão (defesa de um direito)’ (Código Penal Anotado, 4ª ed., SP, Saraiva, 1994, pág. 416).

“Na conclusão de Fábio Medina Osório, ‘a imunidade penal do advogado incide sempre que as ofensas, as manifestações de injúria, difamação ou desacato, se mostrem indispensáveis à ‘administração da justiça’ (art. 133 da CR), porque essa é a destinação constitucional do exercício da advocacia’ (A Imunidade Penal do Advogado na Lei 8.906, de 4.7.94 — Estatuto da OAB, in Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, vol. 33, pág. 54).

"A propósito, vide HC n. 99.012133-0, da Capital, deste Relator, j. em 24/8/99".

Observou, com a acuidade que lhe é peculiar, o culto Procurador de Justiça Dr. Vilmar José Loef:

"Ora, evidente que in casu se cuida de fato com ausência de dolo por parte do impetrante, porquanto teria agido no exercício regular de seu direito, que era o de promover a representação junto à Ordem dos Advogados do Brasil, entendendo estar o querelante/representado infringindo dispositivos do Estatuto da classe.

"Conforme o inciso XV do art. 34 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, constitui infração disciplinar fazer, em nome do constituinte, sem autorização escrita deste, imputação a terceiro de fato definido como crime.

"Ademais, o processo disciplinar tramita em sigilo, até o seu término, só tendo acesso às informações as partes, seus defensores e a autoridade judiciária competente (art. 74, § 2º, da Lei n. 8.906/94).

"Oportuno salientar ainda que para a configuração de ambos os delitos em questão (injúria e difamação), é necessário o dolo de dano, ou seja, o propósito de ofender, o que não se vê no caso em tela, uma vez que os fatos narrados pelo impetrante na representação feita em face do querelante/representado estão imbuídos apenas do animus narrandi.

"O colendo Supremo Tribunal Federal assentou:

"A jurisprudência dos Tribunais tem ressaltado, a partir do magistério expendido pela doutrina (Julio Fabbri-

ni Mirabete, Manual de Direito Penal, vol. 2/141 e 148, 7ª ed., 1993, Atlas; Damásio de Jesus, Código Penal Anotado, págs. 401 e 411, 4ª ed., 1994, Saraiva; Euclides Custódio da Silveira, Direito Penal — Crimes contra a pessoa, pág. 239, 2ª ed., 1973, RT, dentre outros), que as expressões eventualmente contumeliosas, quando proferidas em momento de exaltação ou no calor de uma discussão, bem assim o exercício, pelo agente, do direito de crítica ou de censura profissional, ainda que veemente, atuam como fatores de descaracterização do tipo subjetivo peculiar aos crimes contra a honra (RT 481/307 — RT 525/391 — RT 544/381)' (RTJ 168/504).

"Ausente o elemento subjetivo na conduta do agente, não há tipicidade e a ordem deve ser concedida.

"Por derradeiro:

"Habeas corpus — Crime contra a honra — Prática atribuída a alunos de Faculdade de Direito (PUC/SP) — Reclamação por eles oferecida, em termos objetivos e serenos, contra professora universitária — Animus narrandi — Descaracterização do tipo penal — Ausência de justa causa para a ação penal — Pedido deferido.

"Crimes contra a honra — Elemento subjetivo do tipo.

"A intenção dolosa constitui elemento subjetivo, que, implícito no tipo penal, revela-se essencial à configuração jurídica dos crimes contra a honra.

"A jurisprudência dos Tribunais tem ressaltado que a necessidade de narrar ou de criticar atua como fator de descaracterização do tipo subjetivo

peculiar aos crimes contra a honra, especialmente quando a manifestação considerada ofensiva decorre do regular exercício, pelo agente, de um direito que lhe assiste (direito de petição) e de cuja prática não transparece o *pravus animus*, que constitui elemento essencial à positivação dos delitos de calúnia, difamação e/ou injúria.

“*Persecutio criminis* — Justa causa — Ausência.

“A ausência de justa causa deve constituir objeto de rígido controle por parte dos Tribunais e juízes, pois, ao órgão da acusação penal — trate-se do Ministério Público ou de mero particular no exercício da querela privada —, não se dá o poder de deduzir imputação criminal de modo arbitrário. Precedentes. O exame desse requisito essencial à válida instauração da *persecutio criminis*, desde que inexistente qualquer situação de iliquidez ou

de dúvida objetiva em torno dos fatos debatidos, pode efetivar-se no âmbito estreito da ação de *habeas corpus*’ (HC n. 72.062/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. em 14/11/95)”.

2 — Pelo exposto, defiro o writ para trancar a ação penal.

III — Decisão

Acompanharam o voto do relator. Concederam a ordem.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Genésio Nolli e Souza Varella. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 6 de fevereiro de 2001.

Amaral e Silva,
Presidente e Relator.

HABEAS CORPUS N. 00.006548-0, DE CURITIBANOS

Relator: Des. Álvaro Wandelli

Habeas corpus — Processo crime — Nulidade absoluta — Sentença condenatória transitada em julgado — Matéria nova — Competência deste Tribunal — Conhecimento do writ.

Admite-se habeas corpus para obtenção de decretação de nulidade que ressalte evidente no processo penal, da qual decorra constrangimento ilegal e a matéria não tenha sido ventilada anteriormente.

Habeas corpus — Contradição nas respostas dos jurados — Deficiência e ausência de quesitos obrigatórios — Nulidades inexistentes — Ordem denegada.

“O fato de ter o jurado votado, a princípio, favoravelmente à tese da defesa e, depois, pelo reconhecimento de qualificadora do homicídio não induz contradição do julgamento. Como é sabido, as deliberações do Júri são tomadas por maioria e somente quando esta responde contraditoriamente é que ocorre a nulidade. Assim, não se há de invalidar o julgamento da maioria pela eventual incoerência de votos minoritários” (RT, 585/300).

O juiz deve formular os quesitos exclusivamente dentro dos limites das teses sustentadas pela defesa técnica.

O questionário sobre o dolo direto ou eventual só será obrigatório quando a ausência de dolo é invocada como fundamento da defesa.

Não há nulidade pela circunstância de, em face de a tese expressa da defesa ser a do homicídio culposo, haver-se formulado quesito sobre a culpa em sentido estrito, em vez de se indagar se o réu agiu dolosamente.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 00.006548-0, da comarca de Curitiba (2ª Vara), em que são impetrantes as Dras. Maria Aparecida Moraes e Josely Mary da Silva Müller, e paciente Marco Aurélio Ribeiro:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do pedido e denegar a ordem.

Trata-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado pelas Dras. Maria Aparecida Moraes e Josely Mary da Silva Müller em favor de Marco Aurélio Ribeiro, recolhido na Cadeia Pública da comarca de Curitiba, por força de sentença condenatória transitada em julgado, em que foi condenado pelo Tribunal do Júri à pena de cumprimento de 12 (doze) anos de reclusão, em regime integral-

mente fechado, por infração ao art. 121, § 2º, inc. IV, do CP.

Sustentam as impetrantes que o julgamento deve ser anulado porquanto houve defeito e omissão na formulação dos quesitos, resultando contraditória a votação dos senhores jurados, sendo admissível o remédio heróico para declaração de nulidade absoluta do processo.

A liminar foi indeferida (fls. 118).

As informações foram dispensadas, requisitando-se cópia integral do processo.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Hipólito Luiz Piazza, opinou pelo conhecimento do pedido e denegação da ordem.

É o relatório.

1. Não há dúvida que se admite habeas corpus como substitutivo de

revisão criminal nesta Instância, quando de eventual nulidade possa decorrer constrangimento à liberdade da pessoa e a matéria não tenha sido ventilada anteriormente.

Nesse sentido já decidiu esta egrégia Segunda Câmara Criminal:

“Habeas corpus – Processo crime — Sentença condenatória transitada em julgado — Possibilidade nos casos de nulidade absoluta — Conhecimento do writ.

“Ainda quando a sentença condenatória haja transitado em julgado, admite-se o habeas corpus como meio hábil, fazendo as vezes de revisão criminal, para obtenção da decretação de nulidade que ressalte evidente no processo penal, da qual decorra constrangimento ilegal, porque o remédio heróico tem, justamente, função específica contra ilegalidade.

“Habeas corpus — Nulidades em processo com recurso de apelação 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” (HC n. 99.010569-5, de Jaguaruna, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. 24/8/99).

É o caso dos autos: foram apontadas questões formais novas não discutidas nem apreciadas quando do recurso de apelação interposto contra a sentença condenatória (Ap. Crim. n. 99.000032-0, j. 15/6/99), o que faz com que esta Câmara continue competente para conhecê-lo.

2. Quanto à alegada nulidade por “confusão ou mesmo contradição dos jurados na hora da votação dos quesitos” (fls. 5) porque “ora votaram numa das teses apresentadas, ora votaram em outra” (fls. 5), além de descabida, registre-se, os jurados foram suficientemente esclarecidos sobre os quesitos e, do que consta da ata de julgamento, “passou-se à formação dos quesitos e tanto o Promotor de Justiça quanto os defensores concordaram com os mesmos. Lidos os quesitos aos Srs. jurados e perguntado se estavam aptos a votar, responderam afirmativamente” (fls. 1.612).

Por outro lado, consoante a conjugação dos arts. 488 (as decisões do júri serão tomadas por maioria de votos) e 489 (se a resposta a qualquer dos quesitos estiver em contradição com outra ou outras já proferidas, o juiz, explicando aos jurados em que consiste a contradição, submeterá novamente à votação os quesitos a que se referirem tais respostas), do CPP, “o fato de ter o jurado votado, a princípio, favoravelmente à tese da defesa e, depois, pelo reconhecimento de qualificadora do homicídio não induz contradição do julgamento. Como é sabido, as deliberações do Júri são tomadas por maioria e somente quando esta responde contraditoriamente é que ocorre a nulidade. Assim, não se há de invalidar o julgamento da maioria pela eventual incoerência de votos minoritários” (RT, 585/300).

Nesse passo, não havendo contradição ou evidência de perplexidade do Conselho de Sentença nas respostas dos jurados, cumpre rejeitar a pretendida nulidade.

3. Não fosse isso, as ilustres impetrantes pugnam pelo reconhecimento de nulidade do julgamento pela necessidade de quesitação a respeito das teses da ausência de dolo e legítima defesa, esta levantada tanto nas alegações finais quanto reconhecida na pronúncia e na contrariedade ao libelo.

No entanto, conforme se pode verificar pela transcrição do trecho da ata de julgamento e de sua leitura integral, em momento algum se requereu a inclusão de quesito pertinente ao dolo do agente ou levantada a tese da legítima defesa; o juiz, por óbvio, deve formular os quesitos exclusivamente dentro dos limites das teses sustentadas pela defesa técnica, inclusive com a conotação dada por esta.

Por isso, apesar de a leitura da inicial dar conta de que haveria omissão quanto à inclusão da tese da legítima defesa, na verdade, durante todo o processo, a fala do paciente remete-nos às teses apresentadas nas duas oportunidades em que foi levado a julgamento: desclassificação para homicídio culposo e homicídio privilegiado. Tanto porque, como bem se mencionou no acórdão da Ap. Crim. n. 99.000032-0, de Curitiba, da lavra do eminente Des. Nilton Macedo Machado, j. em 15/6/99, colhe-se dos autos a existência de duas versões acerca dos fatos: a primeira, sustentada pelo acusado (fls. 98, 425 e 593), com apoio nas declarações do co-réu Adelmo Moraes (fls. 100 e 429) e Adejaime José Kern (fls. 78v., 186v. e 452), testemunhas presenciais, enquanto Sérgio Evair Alencar (fls. 188v.), Valdir Gomes Damaceno (fls. 190v. e 448) e Edison Normelio de Oli-

veira Matos (fls. 192v. e 456) não teriam visto o momento do disparo, sugere a hipótese de homicídio culposo, porquanto teria ocorrido uma luta pela posse da arma entre Marco Aurélio e as demais pessoas que o seguravam, e o tiro teria sido disparado acidentalmente; a segunda versão, acolhida pelo júri, narrada pelas testemunhas Heron Bini da Silva (fls. 5, 143v. e 432), Dionei Fernando Dall'Igna (fls. 38, 150 e 437) e Maurício Tagliari (fls. 41v., 168v. e 440), aponta o apelante como o autor do disparo fatal em Luciano, dado praticamente à queima-roupa, sem que ele o tivesse agredido ou pretendesse fazê-lo, sendo, logo após, dominado, momento em que ocorreu o segundo tiro (para o alto).

Ora, por nenhuma das versões dos autos conclui-se estivesse o acusado agindo, nem sequer em tese, escludado por uma excludente de criminalidade, especialmente da legítima defesa, o que seria, aliás, incompatível com a negativa de autoria sustentada pela combativa defesa técnica do paciente, repita-se, nos dois julgamentos a que foi submetido, amparada na versão dada aos fatos por este: "...que o interrogando desceu as escadas, retornando para a calçada; que quando chegou no último degrau da escada, próximo à calçada, sentiu que alguém o segurou por trás, pelo pescoço; que tentou se desvencilhar quando sua jaqueta abriu; que ouviu alguém gritar: 'tira a arma'; que levou a mão à arma; que parece que foi a mão esquerda, pois esta ficou machucada; que outra pessoa segurou a arma junto com o interrogando, não sabendo precisar quem; que nesse momento puxaram a arma; que nesta

hora havia outras pessoas tentando dominar o interrogando; que ficaram lutando pela posse da arma, quando ocorreu um disparo; que não consegue identificar quem estava lutando pela posse da arma nem quem estava tentando dominá-lo; que é destro; que demonstrou como se encontrava o coldre e a arma, bem como a possibilidade de sacá-la tanto com a mão direita quanto com a esquerda; que não apontou para ninguém quando o disparo foi efetuado; que não sabe dizer se a vítima estava lutando com o interrogando pela posse da arma; que com o disparo a pessoa que o estava segurando pelo pescoço deu um grito e relaxou a pressão que fazia sobre o pescoço do interrogando; que com isto conseguiu esticar o braço (acredita o esquerdo), onde estava a arma; que não viu ninguém ferido, que ainda puxavam pelo braço do interrogando, não agarrando revólver; que também não identifica quem estava puxando seu braço; que viu os Policiais Militares passando, sendo novamente puxado para trás, quando então foi disparado mais um tiro" (fls. 593/594).

Só para argumentar, em acórdão da lavra deste Relator já se afirmou a incompatibilidade da excludente da legítima defesa com a tese de negativa de autoria sustentada no interrogatório do paciente nas oportunidades em que foi inquirido.

4. Da mesma forma, não pode prosperar a alegada ausência de questão quanto ao dolo, no caso a intenção de matar, se "não argüida a tese da legítima defesa durante os debates perante o plenário do Tribunal do Júri" (HC n. 98.015705-6, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Souza Varella, j. 1º/12/98).

Como se tem decidido, o questionário sobre o dolo direto ou eventual só será obrigatório quando a ausência de dolo é invocada como fundamento da defesa; no caso, tanto o réu quanto a defesa técnica alegaram que a ação foi culposa.

Hermínio Alberto Marques Porto, com a propriedade que lhe é característica, tratando da tese defensiva de desclassificação para homicídio culposo, ensina que:

"A desclassificação imprópria representa decisão dos jurados pelo afastamento da competência do Júri, dizendo, cumulativamente, da definição de um novo crime. Se, por exemplo, o réu está pronunciado por prática de homicídio consumado, simples ou qualificado, e a defesa em Plenário alega ter agido culposamente (art. 18, II, do CP), estará motivando a inclusão no questionário do quesito indagador de homicídio culposo, que será o terceiro; afirmado tal quesito [— O réu agiu culposamente (por imprudência; por negligência; por imperícia)?], os jurados estão definindo o homicídio culposo, operando uma desclassificação em relação à classificação fixada pela decisão de pronúncia, e apontando qual o crime pelo réu praticado, aspecto que indica a desclassificação imprópria" (Júri — Procedimentos e Aspectos do Julgamento — Questionários, 8ª ed., Malheiros, SP, 1996, pág. 136).

Ademais, nulidade haveria se, incluído o quesito do dolo, este fosse reconhecido, excluindo erroneamente a tese expressamente sustentada pela defesa de que o paciente agiu com culpa (homicídio culposo); o próprio Supremo Tribunal esclarece a contro-

vêrsia ao ementar que “esta Corte, por ambas as Turmas, já firmou orientação no sentido de que não há nulidade pela circunstância de, em face de a tese da defesa ser a da ocorrência de homicídio culposo, se haver formulado quesito sobre a negativa de dolo, ao invés de se indagar se o réu agiu culposamente” (HC n. 73.579—RS, rel. Min. Moreira Alves, DJU 13/12/96, pág. 50.162).

Ou ainda, “se a defesa sustenta a prática de crime culposo e não doloso, o Conselho de Sentença deverá definir se o réu agiu sob influência de um dos elementos do crime culposo referidos no art. 18 do Código Penal. Afirmativa ou negativa a resposta, os jurados terão definido a modalidade de culpa ou, afastando-a, fixado a sua competência” (STF, HC n. 72.341, rel. Min. Maurício Corrêa, DJU 20/3/98).

Assim, sendo “alternativa” da defesa a inclusão do quesito referente ao dolo do agente quando a tese sustentada é a do homicídio culposo, no caso quesitada, afasta-se a nulidade aventada.

5. Por fim, como bem assentou o ilustre Procurador de Justiça, “vê-se

que também não é verdade a ausência de indagação referente à atenuante da menoridade, posto que o quesito 5 foi formulado abrangendo as possíveis ‘atenuantes’ em prol do paciente, havendo os senhores jurados acolhido por maioria de votos (5 a 2). Observa-se que, inclusive, a pena foi reduzida, na segunda fase da dosimetria, em razão da existência da atenuante genérica, resultando a pena final no mínimo legal previsto para a espécie” (fls. 140).

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. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Hipólito Luiz Piazza.

Florianópolis, 23 de maio de 2000.

Alberto Costa,
Presidente com voto;
Álvaro Wandelli,
Relator.

HABEAS CORPUS N. 00.007243-5, DA CAPITAL

Relator: Des. Álvaro Wandelli

Habeas corpus — Expedição de mandado de prisão antes do trânsito em julgado — Direito líquido e certo assegurado na sentença — Ausência de motivos para a segregação cautelar — Ordem concedida.

O Pacto de São José da Costa Rica, que instituiu a Convenção Americana sobre direitos humanos, não impediu que se ordene a privação antecipada da liberdade do indiciado, do acusado ou do con-

denado (art. 7º, n. 2), mas, por certo, tal segregação deve ajustar-se às hipóteses previstas no ordenamento jurídico brasileiro.

Aplica-se à hipótese a mesma regra que ensina que se o acusado respondeu ao processo em liberdade e a sentença condicionou a prisão ao seu trânsito em julgado, ausentes motivos para segregação cautelar, não se lhe deve determinar a prisão, até o trânsito em julgado do recurso especial interposto.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 00.007243-5, da comarca da Capital (3ª Vara), em que são impetrantes os Drs. Leoberto Baggio Caon, Rita Bruno Corrêa de Moraes e Hélio Rubens Brasil, sendo paciente Guilherme Riegenbach Veríssimo Ribeiro:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conceder a ordem.

Custas na forma da lei.

Trata-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado pelos Drs. Leoberto Baggio Caon, Hélio Rubens Brasil e Rita Bruno Corrêa de Moraes em favor de Guilherme Riegenbach Veríssimo Ribeiro, preso na comarca da Capital (3ª Vara Criminal) por força de sentença condenatória, confirmada pela Segunda Câmara Criminal deste Tribunal, em que foi condenado à pena de cumprimento de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime semi-aberto, e 20 (vinte) dias-multa, por infração ao art. 157, § 2, incs. I e II, c/c art. 14, inc. II, e 29, todos do CP.

Sustentam os impetrantes que há constrangimento ilegal porque, não tendo a decisão condenatória transitado em julgado, pendente julgamento de recurso especial no colendo Supe-

rior Tribunal de Justiça, não poderia o Dr. Juiz de Direito ter determinado a expedição de mandado de prisão.

A liminar foi indeferida, e, solicitadas informações, a autoridade judiciária apontada como coatora esclareceu que “os autos baixaram a este juízo no dia 13 do corrente, sendo que proferi despacho expedindo mandado de prisão, visando ao cumprimento da decisão” (fls. 136).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Vilmar José Loef, opinou pela concessão da ordem.

É o relatório.

1. Não obstante o entendimento esposado pelo ilustre relator que me antecedeu, Dr. Nilton Macedo Machado, no despacho que indeferiu o pedido de liminar, a ordem deve ser concedida, tampouco se olvide de inúmeras decisões, inclusive do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que “a mera interposição dos recursos de natureza excepcional — recurso especial (STJ) e recurso extraordinário (STF) — não tem, só por si, o condão de impedir a imediata privação da liberdade individual do condenado, eis que as modalidades recursais em referência não se revestem de eficácia suspensiva” (RTJ, 168/526).

No caso, entretanto, é incontroverso que, na sentença penal conde-

natória, o Juiz concedeu ao paciente o direito de apelar em liberdade, determinando a expedição de competente mandado de prisão “ao trânsito em julgado” (fls. 40), sendo essa a verdade processual que se tem de tomar em consideração, não se podendo interpretar a lei penal em desfavor do réu com base em discussões sobre o alcance da expressão “trânsito em julgado”.

Por outro lado, o Pacto de São José da Costa Rica, que instituiu a Convenção Americana sobre direitos humanos, não impediu que se ordene a privação antecipada da liberdade do indiciado, do acusado ou do condenado (art. 7º, n. 2), mas, por certo, tal segregação deve ajustar-se às hipóteses previstas no ordenamento jurídico brasileiro; ou seja, aplica-se à hipótese a mesma regra que ensina que se o acusado respondeu ao processo em liberdade e a sentença condicionou a prisão ao seu trânsito em julgado, ausentes motivos para decretação da prisão preventiva, não se lhe deve determinar a prisão, até o julgamento do recurso especial interposto.

Pela lógica, “se o réu, primário e de deduzíveis bons antecedentes,

respondeu solto ao processo (...) a severa segregação cautelar, por força da sentença condenatória recorrível, deve ser, em casos tais, fundamentada” (RHC 7071—PA, rel. Min. Felix Fischer, DJ de 23/3/98, pág. 119).

Assim, como o paciente é primário e presumidamente possui bons antecedentes, residência fixa e ocupação lícita e a segregação cautelar não restou justificada, decorrendo objetivamente do cumprimento da decisão condenatória recorrível, a ordem deve ser concedida.

Diante do exposto, decidiu a Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conceder a ordem.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jorge Mussi. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 16 de maio de 2000.

Alberto Costa,
Presidente com voto;
Álvaro Wandelli,
Relator.

HABEAS CORPUS N. 00.023093-6, DA CAPITAL

Relator: Des. Genésio Nollí

Habeas corpus. Trancamento da ação penal em relação a um dos delitos atribuídos ao paciente. Denúncia que não descreveu a participação do paciente no delito a ele imputado.

“É indispensável que na denúncia se descreva, ainda que sucintamente, o fato atribuído ao acusado, não podendo ser recebida a

inicial que contenha descrição vaga, imprecisa de tal forma lacônica que torne impossível ou extremamente difícil ao denunciado entender de qual fato preciso está sendo acusado” (Julio Fabbrini Mirabete, Código de Processo Penal Interpretado, 6ª ed., São Paulo, Atlas, 1999, pág. 93).

Ausência de materialidade. Substância apontada como toxicológica não apreendida. Inexistência de laudo de constatação.

“Nos precisos termos do parágrafo primeiro do artigo 22 da Lei n. 6.368/76, a ausência do Laudo de Constatação, por ausência absoluta da prova da materialidade, obsta o oferecimento da denúncia” (HC n. 9.525, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Wladimir d’Ivanenko).

Ordem concedida para trancar a ação penal em relação ao crime capitulado no art. 12 da Lei de Tóxicos, estendendo seus efeitos aos demais acusados pelo mesmo crime, na forma do artigo 580 do Código de Processo Penal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 00.023093-6, da comarca da Capital (1ª Vara), em que são impetrantes os Drs. Marco Aurélio Soar e José M. Soar, sendo paciente Armando Taranto Junior:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, conceder a ordem para trancar a ação penal em relação ao crime do art. 12 da Lei de Tóxicos, estendendo seus efeitos aos demais acusados pelo mesmo delito.

Trata-se de ordem de habeas corpus impetrada pelos Drs. Marco Aurélio Soar e José M. Soar em favor de Armando Taranto Junior, denunciado por infração ao disposto nos arts. 171, caput, c/c arts. 29 e 71, 288, todos do Código Penal, e art. 12 da Lei n. 6.368/76.

De início esclarecem os impetrantes que a irresignação limita-se à acusação da prática do delito de tráfico de entorpecentes.

Sustentam que a denúncia é omissa com relação a eventual conduta do paciente, não descrevendo quaisquer fatos que pudessem imputar-lhe a prática do crime capitulado no art. 12 da Lei n. 6.368/76, nem sua participação no suposto delito, não obstante, ao final da peça acusatória, atribuir ao paciente a prática do delito em conjunto, em concurso de pessoas.

Argumentam, ainda, que não foi comprovada a materialidade do crime, estando ausente nos autos o indispensável exame de corpo de delito, o que por si só autoriza o trancamento da ação penal.

Requer, ao final, seja deferido o writ para trancar a ação penal com referência ao delito tipificado no art. 12

da Lei n. 6.368/76, pelas razões expostas.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 18/87.

Solicitadas informações, apresentou-as o douto Magistrado a quo (fls. 92/106) que relatou os fatos denunciados e a situação atual do processo.

Com as informações vieram os documentos de fls. 107/253.

Instada a manifestar-se, a doutra Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem.

É o necessário relatório.

Em que pese o parecer ministerial, assiste razão aos impetrantes.

A peça acusatória é flagrantemente omissa com relação a eventual conduta do paciente no que tange ao crime tipificado no art. 12 da Lei n. 6.368/76, não descrevendo qualquer participação deste no suposto delito, em total inobservância ao disposto no art. 41 do CPP.

É oportuna a transcrição de extrato da denúncia, no qual é descrito o delito em comento pelo douto representante ministerial:

“O denunciado Sergio Severo Matos, Gerente Financeiro do Hospital de Caridade, dinamizando as atividades do grupo, constituiu a empresa Serata Comércio e Representações Ltda. (coincidentemente Sergio e Ataíde), com endereço contratual na rua João Câncio Jácques, 1.115, Costeira do Pirajubaé, nesta Cidade e Comarca (fls. 32/36), e endereço em documento fiscal na Av. Max Schramm, 3.437, Loja 2, Estreito, em sociedade com o denunciado Ataíde Manoel Pereira, tendo referida empresa, por coincidência, como farmacêutico res-

ponsável, o denunciado Luiz Augusto Schneider, chefe da farmácia do Hospital de Caridade, passando então esta empresa a fornecer medicamentos para o Hospital.

“Para tanto, contavam com a participação do denunciado Everson de Oliveira, que se apresentava como vendedor da empresa Serata Comércio e Distribuidora Ltda., e como tal visitava, fazia os contatos, e vendas fictícias para o Hospital de Caridade, efetuando a emissão de Notas Fiscais ‘frias’ contra o Hospital de Caridade, sem a entrega total dos medicamentos ali constantes.

“Com o fornecimento de medicamentos, constatou-se que, mediante informação enganosa prestada pelo denunciado Luiz Augusto Schneider, chefe da Farmácia do Hospital, orientado pelo denunciado Ari Osvaldo Carvalho, o Hospital pagou à Serata por medicamentos que não recebeu, constantes das Notas Fiscais de números 270/97, 281/97, 293/97 e 297/97, nos valores de R\$ 9.654,42 (nove mil, seiscentos cinquenta e quatro reais e quarenta e dois centavos); R\$ 11.702,00 (onze mil, setecentos e dois reais); R\$ 4.901,70 (quatro mil, novecentos e um reais e setenta centavos) e R\$ 4.866,15 (quatro mil, oitocentos e sessenta e seis reais e quinze centavos), respectivamente (fls. 1.599/1.602).

“Diante destes fatos, verificou-se, não só o desaparecimento, como também a falta de entrega de medicamentos controlados e relacionados na Portaria n. 344/9 (aprova o regulamento técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial), da Secretaria Nacional de

Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, sendo 440 (quatrocentas e quarenta) ampolas do medicamento Dormonid — 15mg (Midazolam).

“Da mesma, em relação a um total de 1.140 (um mil cento e quarenta) ampolas de Nubain — 10mg (Cloridato de Nalbufina), os denunciados lesaram o hospital, não efetuando também a entrega.

“Em data de 27 de março de 1998, a empresa Serata remeteu ao Hospital de Caridade uma correspondência (fls. 301/305), buscando justificar o desaparecimento das ampolas dos medicamentos Dormonid e Nubain, que foram lançadas ficticiamente no estoque da farmácia do Hospital, permanecendo citados medicamentos ilícitamente em poder da empresa Serata, que passou a manter em depósito, guardar e vender ilegalmente substâncias medicamentosas capazes de determinar dependência física ou psíquica (relacionadas na Portaria n. 344/98 e seus anexos, da Secretaria Nacional de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde), pertencentes ao Hospital de Caridade e dele desviadas, estando assim em desacordo com determinação legal ou regulamentar, incidindo, por isso, os denunciados Armando Taranto Junior, Sérgio Severo Matos, Ari Osvaldo Carvalho, Ataíde Manoel Pereira, Luiz Augusto Schneider e Everson de Oliveira nas sanções do art. 12 da Lei n. 6.368/76”.

Ora, da simples leitura da peça acusatória, vislumbra-se patente que não descreveu nenhuma conduta do paciente que possa imputar-lhe o crime de tráfico de entorpecentes. Sendo seis os acusados, é indispensável

que os fatos a eles apontados reflitam a participação, de forma pormenorizada, individualizando a conduta de cada um.

Da forma como estão expostos os fatos, não há do que o paciente defender-se, sabendo-se que o acusado se defende dos fatos articulados na prefacial acusatória e não da capitulação a eles dada.

Leia-se a propósito o escólio de Julio Fabbrini Mirabete:

“É indispensável que na denúncia se descreva, ainda que sucintamente, o fato atribuído ao acusado, não podendo ser recebida a inicial que contenha descrição vaga, imprecisa de tal forma lacônica que torne impossível ou extremamente difícil ao denunciado entender de qual fato preciso está sendo acusado” (Código de Processo Penal Interpretado, 6ª ed., São Paulo, Atlas, 1999, pág. 93).

Ainda do mesmo autor:

“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 (...).

“Na hipótese de concurso de pessoas, a denúncia deve especificar a participação de cada um dos co-devedores ou partícipes, esclarecendo-se o modo como cada um deles concorreu para o evento” (Processo Penal, São Paulo, Atlas, 1996, págs. 127/128) (grifo nosso).

Nesse sentido, decisum do Superior Tribunal de Justiça:

“Inepta é a denúncia que não descreve os fatos com precisão e clareza, de modo a definir a atuação dos

acusados nos crimes praticados em co-autoria.

“Sem possibilitar o exercício da defesa, pelas falhas da denúncia, tem-se a ação penal como procedimento ilegal, a ser sanado pelo remédio heróico.

“Ordem concedida para anular o processo a partir do despacho de recebimento de denúncia” (HC n. 1957-1—RO, 6ª T., j. 31/8/93, rel. Min. José Cândido, DJU 11/10/93).

E do STF:

“É inepta a denúncia que não descreve pormenorizadamente o fato criminoso, dificultando o exercício da ampla defesa” (RT 562/427).

Destarte, no que toca ao delito capitulado no art. 12 da Lei n. 6.368/76, não pode a denúncia prosperar, por conter vício que a torna imprestável para o desenvolvimento da ação penal.

Também sob o segundo argumento aventado, o trancamento da ação penal é medida que se impõe.

Com efeito, in casu, pode-se, pelo do exame perfunctório da prova, reconhecer a falta de justa causa, por manifesta ausência de materialidade, dada a ausência do indispensável exame de corpo de delito.

A ausência do laudo de constatação obsta o oferecimento de denúncia, porquanto, para que a conduta descrita no art. 12 da Lei n. 6.368/76 seja típica depende que dois peritos oficiais atestem, em laudo técnico, que a substância apreendida é mesmo entorpecente, a teor do disposto no art. 22, § 1º, da Lei de Tóxicos.

Consoante preleciona Vicente Greco Filho, “a omissão do Laudo de

Constatação torna nula a prisão em flagrante e configura a falta de justa causa para a ação penal, ‘porque é condicionante de ambos’ (Tóxicos — 1977, pág. 128)”.

No presente caso, a substância dita entorpecente sequer foi apreendida, inviabilizando, assim, a persecução criminal.

Nesse sentido é o entendimento unânime dos Tribunais pátrios:

“Tóxicos — Tráfico — Crime contra a saúde pública — Falta de apreensão da substância considerada entorpecente — Impossibilidade do oferecimento da denúncia ou condenação. Sem a apreensão da substância considerada entorpecente é impossível o oferecimento da denúncia, posto que falta o exame de corpo de delito, e a condenação, porque o Juiz não pode decidir a causa sem o exame químico toxicológico, cuja venda é punível” (TJSP, Ap. Crim. n. 211.297, Limeira, rel. Des. Bittencourt Rodrigues, j. 27/12/96).

“Tráfico. Laudo de exame químico toxicológico não anexado aos autos. Inadmissibilidade. Sentença anulada. É nula a sentença condenatória, em processos por infração ao art. 12 (e também Lei Antitóxicos, art. 16), proferida sem que tenha sido anexado aos autos o indispensável laudo de exame químico-toxicológico, que não é suprido pelo laudo de constatação preliminar ou por qualquer outra prova. A juntada posterior não convalida a nulidade visceral já configurada, afrontando que já estava o princípio constitucional do contraditório, uma vez que subtraída ao defensor a oportunidade para falar sobre o serôdio laudo” (TJSP, HC n. 173873-3-2, 5ª C.).

“Para que o corpo de delito se torne certo, em se tratando de substância tida como entorpecente, é indispensável a formalização da apreensão através do respectivo auto. A falta de auto de apreensão, portanto, leva à absolvição do réu, mercê da previsão do art. 386, VI, do CPP” (TJRS, AC n. 68.602.716-0, rel. Nelson Luiz Púperi, RJTJRS 120/182).

E do STJ:

“Tóxicos — Materialidade — Peritos — Sentença — Nulidade — Habeas corpus. Em crime de tóxicos, a materialidade só é comprovada se dois peritos oficiais atestarem, em laudo técnico, que a substância apreendida é mesmo entorpecente (CPP, art. 159, caput, nova redação pela Lei n. 8.862/94). Derrogada a jurisprudência em sentido contrário. É nula a sentença condenatória que aceita materialidade do crime apoiando-se em laudo técnico realizado por um só perito oficial. Substitutivo de Recurso Ordinário conhecido, pedido deferido parcialmente para anular o processo a partir do laudo, inclusive, determinando-se imediata soltura do Réu, se por outro

motivo não estiver preso” (STJ, HC n. 4.272-RJ, rel. Min. Edson Vidigal, j. 27/2/96, DJU 17/6/96).

Isso posto, a ordem é concedida para trancar a ação penal em relação ao crime capitulado no artigo 12 da Lei de Tóxicos e, ante a ausência de materialidade delitiva, estender seus efeitos aos acusados Sérgio Severo Matos, Ari Osvaldo Carvalho, Ataíde Manoel Pereira, Luiz Augusto Schneider e Everson de Oliveira pelo mesmo delito, com fundamento no artigo 580 do Código de Processo Penal.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Souza Varella e Solon d’Eça Neves. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Valdir Vieira.

Florianópolis, 19 de dezembro de 2000.

Amaral e Silva,
Presidente;
Genésio Nollí,
Relator.

HABEAS CORPUS N. 00.023384-6, DE BIGUAÇU

Relator: Des. Maurílio Moreira Leite

Habeas corpus. Porte ilegal de armas de fogo. Prisão em flagrante. Alegado constrangimento ilegal em face da ausência de fundamentação do despacho denegatório da liberdade provisória. Não ocorrência. Decisão que faz remissão à promoção ministerial, no sentido da necessidade de resguardar a ordem pública. Fundamentação suficiente. Ordem denegada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n.

00.023384-6, da comarca de Biguaçu, em que é impetrante Jenilson Merlin de

Oliveira, sendo paciente Jean Carlo Fasolo:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, denegar a ordem.

Na comarca de Biguaçu, 1ª Vara Criminal, Jean Carlo Fasolo e Manoel Delfino da Silva foram denunciados pela prática do crime definido no artigo 10, § 3º, inciso I, da Lei n. 9.437/97, com pena prevista de 2 a 4 anos de reclusão e multa, porquanto, segundo afirmado: “No dia 14 de novembro de 2000, por volta das 11 horas, policiais militares em serviço nesta Cidade, receberam comunicação via Copom para interceptarem um veículo VW/Gol, placa ADK 0924, pois no seu interior havia dois suspeitos da prática de assaltos na vizinha cidade de São José/SC, em data de 3/11/2000.

“Que atendendo ao pedido, os policiais dirigiram-se até a Rodovia BR 101, na altura da ponte sobre o Rio Biguaçu, nesta Cidade, fecharam o trânsito, no sentido sul-norte, quando abordaram o veículo descrito na comunicação conduzido pelo denunciado Jean Carlo Fasolo, estando no banco do carona o denunciado Manoel Delfino da Silva.

“Após receber a revista no veículo, foi encontrado no porta-malas duas pastas, uma de couro preta e outra de nylon preta, a qual continha no seu interior um revólver marca Taurus, calibre 38 Special, cano longo, numeração 1900731, e outro revólver marca Rossi, calibre 38, cano médio, com numeração raspada, mais 16 munições calibre 38, conforme o termo de apreensão de fls. 8, estando em

poder dos denunciados, sem autorização e em desacordo com determinação legal.

“Os denunciados Jean Carlo Fasolo e Manoel Delfino da Silva tinham em seu poder as armas descritas no termo de apreensão de fls. 8 que se encontravam em condições de uso conforme perícia de fls. Sendo que o revólver calibre 38, marca Rossi, estava com a sua numeração suprimida (raspada) impedindo sua identificação”.

Encontra-se preso em decorrência de flagrante, devidamente homologado pela autoridade judiciária competente. Por meio de habeas corpus, impetrado pelo Dr. Jenilson Merlin de Oliveira, é pretendido que solto o paciente responda ao processo, pois seu recolhimento à prisão representa inequívoco constrangimento ilegal, porquanto pedido de concessão de liberdade provisória foi indeferido sem a necessária fundamentação.

Após prestadas as informações, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho, manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

Sem dúvida, há necessidade de que o despacho que negar a concessão de liberdade provisória diga as razões, sob pena de nulidade. E segundo lição de Mirabete, citada pelo impetrante, “Evidentemente, não é necessário que o despacho seja longo, como se o juiz fundamentasse uma decisão condenatória, sendo suficiente que aponte os fatos em que funda a decisão, expondo a conveniência da custódia. Essa exposição é regida pelo denominado princípio da confiança

dos juízes, próximos dos fatos, e das pessoas envolvidas no episódio perante os tribunais”.

O indeferimento, fazendo remissão à promoção da representante do Ministério Público, teve por fulcro a necessidade de resguardar a ordem pública, haja vista a reiteração de prática delituosa em curto lapso temporal, eis que ambos teriam praticado dois roubos, na comarca de São José, em data de 3 de novembro, próximo passado.

Além disso, segundo constou da informação de fls. 53, “o paciente não é primário, praticou o delito na comarca de Santa Cruz do Sul—RS, e se encontrava em liberdade condicional quando foi autuado em flagrante em nossa Comarca”.

Da validade de o fundamento denegatório ter por fulcro manifestação do Ministério Público, já decidiu esta egrégia Câmara: “mesmo sendo prática não recomendável, segundo orientação majoritária dos Tribunais Superiores, a adoção, como razão de

decidir, da manifestação do representante do Ministério Público, não é de se ter como inválida a decisão judicial que se utilizou deste expediente para indeferir o pedido de concessão de liberdade provisória, posto que naquela há argumento suficiente para justificar o indeferimento contestado” (Habeas Corpus n. 00.008435-2, de Tubarão, deste Relator, julgado em 6 de junho de 2000).

Em face do exposto, a ordem é denegada.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Irineu João da Silva. Lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho.

Florianópolis, 12 de dezembro de 2000.

Alberto Costa,
Presidente com voto;
Maurílio Moreira Leite,
Relator.

HABEAS CORPUS N. 99.022050-8, DE CRICIÚMA

Relator: Des. Nilton Macedo Machado

Habeas corpus — Prisão civil — Inadimplemento de obrigação alimentar — Limites temporais — Parcelas vencidas no curso da demanda — Ordem denegada.

Na via estreita do habeas corpus cabe, apenas, “o exame da legalidade ou não da decretação da prisão civil do paciente inadimplente de pensão alimentícia, a qual, por previsão legal (art. 5º, LXVII, CF), poderá ser decretada, desde que devidamente fundamentada (art. 5º, LXI, e 93, IX, CF)” (STJ).

A prisão civil deve ser limitada ao não pagamento das parcelas dos últimos 3 (três) meses antes da citação, mais aquelas vencidas no curso da demanda, antes da decretação; as demais vencidas anteriormente à citação devem ser cobradas pelos meios processuais normais (CPC, art. 732).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 99.022050-8, da comarca de Criciúma (Vara de Exceção, Família, Infância e Juventude), em que é impetrante o Dr. Édio Wilson Fraga Izidoro, sendo paciente L. G.:

ACORDAM, em Câmara de Férias, por votação unânime, denegar a ordem.

Trata-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado pelo Dr. Édio Wilson Fraga Izidoro, em favor de L. G., contra ato do MM. Juiz de Direito da Vara de Exceção, Família, Infância e Juventude da comarca de Criciúma, que decretou a prisão civil do paciente pelo prazo de 60 (sessenta) dias, em face do inadimplemento de prestações alimentícias, alegando que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal porque, estando desempregado, não possui condições de arcar com a obrigação alimentícia.

A liminar foi deferida em parte pelo ilustre Des. Eder Graf, relator sorteado, e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra da Dra. Hercília Regina Lemke, opinou pela denegação da ordem.

É o breve relatório.

1. Como bem salientou o ilustre Des. Eder Graf, ao apreciar o pedido de liminar, não se vislumbra qualquer abuso ou ilegalidade do decreto prisional, "porquanto inexistente justificativa

plausível do paciente para o inadimplemento das prestações acordadas junto à genitora das crianças.

"É certo que tanto a doutrina como a jurisprudência recomendam temperamento quando se trata de tal medida, reconhecendo seu caráter meramente coercitivo, o que afasta qualquer idéia de pena ou correção.

"Por outro lado, dada a natureza da prestação cobrada, indispensável à subsistência dos alimentados, a referida constrição foi albergada inclusive pela Constituição Federal de 1988 para os casos de 'inadimplemento voluntário e inescusável' (art. 5º, LXVII), pressupostos indispensáveis à sua decretação.

"Ocorre que, no âmbito restrito do habeas corpus, deve-se examinar tão-somente os aspectos formais da legalidade do ato, sendo impossível apreciar alegações relativas à ausência de recursos para saldar o débito, por se tratar de questão de prova a ser dirimida na via judicial própria.

"Nesse sentido, Yussef Said Cahali comenta:

'Refere Costa Manso que, em se tratando de prisão civil por dívida de alimentos, somente se apura, no âmbito do habeas corpus, se a lei, em tese, a admite e se foi determinada por autoridade competente, com observância das formalidades legais.

'A seu turno, o STF tem reiterado o entendimento de que, admitido o

habeas corpus como meio idôneo para reparar decisão abusiva ou ilegal que gere o constrangimento, o que importa distinguir é o âmbito reservado ao writ (limitado) e o do recurso específico impugnando a decretação, pois, se cabe, em tese, o writ contra o decreto de prisão do devedor de alimentos, não se presta o mesmo, todavia, como sucedâneo do agravo de instrumento, meio específico para impugnação do decisório, sujeito, assim, a limites o juízo do habeas corpus.

‘Daí as afirmações do mesmo STF no sentido de que a prisão do devedor, no âmbito do habeas corpus, é de ser examinada apenas do ponto de vista formal (2ª Turma, 17/11/1969, RTJ 53/3); inadmite-se, nesta sede, pretensão do devedor de abater da dívida valor correspondente a pagamento efetuado diretamente aos menores, pois o cumprimento da obrigação alimentar deve ser feito através da mãe, que os tem sob sua guarda (1ª Turma, 17/4/1979, RTH 89/828); a alegação de que o paciente não tem condições para cumprir a obrigação alimentar é irrelevante em habeas corpus, porquanto é questão a ser decidida no juízo cível (1ª Turma, 7/10/1983), JSTJ 61/3.888 e RT 590/241’ (Dos Alimentos, 3ª ed., RT, 1998, págs. 1.112/1.113).

‘Em igual norte o Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

‘Constitucional. Processual. Prisão civil por débito de natureza alimentar. Legalidade. Alegação de impossibilidade de saldar a dívida. Questão de mérito. Obediência ao rito do CPC, art. 733. Decreto prisional desfundamentado. Habeas corpus. Recurso.

‘1. Não constitui constrangimento ilegal a decretação de prisão civil em desfavor do inadimplente em obrigação alimentícia.

‘2. O âmbito restrito do habeas corpus presta-se apenas para o exame do aspecto formal e da legalidade da decretação da prisão; a alegação de impossibilidade para saldar a dívida deve ser feita na via revisional própria.

‘3. Resultando o decreto prisional de motivação suficiente e não padecendo de falta de fundamentação, mantém-se a ordem de prisão civil contra o paciente’ (RHC n. 6940/RJ, Min. Edson Vidigal, j. 5/2/98).

‘Ainda:

‘Habeas corpus. Alimentos. Desemprego do paciente. Inexistência de constrangimento ilegal.

‘I — Não constitui o habeas corpus o remédio adequado para examinar aspectos fático-probatórios em torno da capacidade financeira do paciente para prosseguir no pensionamento de filho menor. Precedentes do STJ.

‘II — Inocorrência, de qualquer forma, de alegado constrangimento ilegal, desde que não justificada de maneira plausível o não pagamento das prestações acordadas junto à mãe do menor.

‘III — Habeas corpus denegado’ (HC n. 9.386/RS, Min. Waldemar Zveiter, j. 29/6/99).

‘In casu, quanto aos aspectos formais do decreto prisional, verifica-se que consta do valor do débito o quantum correspondente à soma das cinco últimas prestações (fls. 40), abrangendo o trimestre anterior ao

mês da citação, acrescido das parcelas que se vencerem posteriormente”.

2. A prisão foi decretada tendo em vista o inadimplemento dos alimentos referentes aos três meses anteriores à citação — junho, julho e agosto de 1999 —, acrescidas das parcelas vencidas no curso da demanda, antes da decretação — setembro e outubro, no valor de R\$ 804,81 (oitocentos e quatro reais e oitenta e um centavos), bem esclarecendo o ilustre Magistrado na decisão atacada que o cumprimento do mandado de prisão será sobrestado “na hipótese de pagamento do valor devido, assim entendido o trimestre anterior ao mês da citação, acrescido das parcelas que se vencerem posteriormente (art. 290 do CPC)” (fls. 38).

Por isso a decisão atacada é mantida pois que, “na execução prevista pelo artigo 733 do Código de Processo Civil, a legitimidade da prisão civil para coagir o devedor de alimentos ao adimplemento de sua obri-

gação está vinculada às três últimas prestações vencidas antes da citação. Todavia, permanecendo a inadimplência do executado no curso da execução proposta nos termos do artigo 733 do CPC, o aprisionamento pode também a elas se estender, não sendo o caso de execução do saldo na forma do artigo 732 do mesmo diploma” (STJ — RHC 8.602/SC, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 23/8/99, pág. 126).

3. Por essas razões, denega-se a ordem.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cesar Abreu. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Robson Westphal.

Florianópolis, 31 de janeiro de 2000.

João José Ramos Schaefer,
Presidente com voto;
Nilton Macedo Machado,
Relator.

HABEAS CORPUS N. 00.002255-1, DE PAPANDUVA

Relator: Des. Nilton Macedo Machado

Habeas corpus — Crimes contra a honra — Rito especial — Competência da Justiça Comum, com aplicação dos institutos despenalizadores da Lei n. 9.099/95.

Os crimes contra a honra, porque perseguidos mediante procedimento especial regrado no Código de Processo Penal, não são de competência dos Juizados Especiais Criminais (Lei n. 9.099/95), embora sejam aplicáveis os institutos despenalizadores previstos na mesma Lei.

Constitucional — Vereador — Crime contra a honra — Imunidade material — Limites — Inviolabilidade assegurada — Ação

penal trancada — Habeas corpus concedido.

A partir da Carta Política de 88, o vereador tem garantida a inviolabilidade por suas “opiniões, palavras e votos, no exercício do mandato e na circunscrição do Município” (art. 29, VIII, renumeração dada pela EC n. 1/92), não podendo ser indiciado em inquérito policial nem submetido a processo penal “por atos que, qualificando-se como delitos contra a honra (calúnia, difamação e injúria), tenham sido por ele praticados no exercício de qualquer das funções inerentes ao mandato parlamentar: função de representação, função de fiscalização e função de legislação” (STF — RTJ 169/969).

Vistos, relatados e discutidos, estes autos de Habeas Corpus n. 00.002255-1, da comarca de Papanduva, em que é impetrante o Dr. José Malikoski, sendo paciente Alcides Malikoski:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conceder a ordem para trancar a ação penal.

Trata-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado pelo Dr. José Malikoski em favor de Alcides Malikoski, denunciado na comarca de Papanduva, com o co-réu Cezar Augusto Bussolaro dos Santos, como incurso nas sanções do art. 140, c/c art. 141, II e III, do CP, alegando que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal em face de ausência de justa causa para a ação penal eis que “não pode contar com a transação prevista no art. 76 da Lei n. 9.099/95”, e também não foi observado o disposto no art. 81 da mesma Lei; sustentou ainda que, como vereador no exercício de seu mandato, e dentro da circunscrição do seu Município, está amparado pela imunidade, nos termos do art. 29, inc. VIII, da CF.

Ao final, requereu liminarmente, o “mediato trancamento da ação penal” ou, alternativamente, o sobrestamento do processo até o julgamento final do writ.

O pedido de liminar foi deferido, tão-somente para suspender o curso do processo em relação ao paciente, até julgamento desse writ.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

1. Primeiramente impressiona a questão da competência.

Pelo entendimento majoritário, considerando a especialidade do rito dos crimes contra a honra (CPP, arts. 519/523) e diante da reserva contida no art. 61 da Lei n. 9.099/95, tem-se que é crime a ser perseguido perante a Justiça Comum, não obstante sejam aplicáveis os institutos despenalizadores contidos na lei especial, ainda mais porque se trata, no caso, de ação penal pública condicionada.

Com efeito, dispõe o citado art. 61 da Lei n. 9.099/95:

“Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, pa-

ra os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial”.

Julio Fabbrini Mirabete, comentando a disposição ordinária esclarece que “além das infrações que estão sujeitas à Justiça Especial (crimes eleitorais e crimes militares), expressamente exclui a lei da competência do Juizado Criminal os crimes que são objeto de procedimento especial, quer estejam eles previstos no Código de Processo Penal, quer sejam tipificados em lei especial. Assim, estão excluídos da competência do Juizado, embora com pena máxima não superior a um ano, os crimes de responsabilidade de funcionários públicos (arts. 503 a 512 do CPP), os crimes contra a honra de competência do juiz singular (arts. 519 a 523 do CPP), os crimes contra a propriedade imaterial (arts. 524/530 do CPP), os crimes de abuso de autoridade (Lei n. 4.898 de 9/12/68), os crimes de imprensa (Lei n. 5.250 de 9/2/67) etc.

“Não estão inseridos na competência do Juizado Criminal as infrações penais, crimes ou contravenções, cometidas por agentes públicos que detêm prerrogativa de foro, segundo a Constituição Federal ou as Constituições estaduais, quando submetidos a procedimento especial ratione materiae, pelos Tribunais (Tribunal de Justiça, Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais Eleitorais, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior Eleitoral e Supremo Tribunal Federal)” (Juizados Especiais Criminais, 2ª ed., SP, Atlas, 1997, pág. 33.

A propósito, já decidiu este egregio Tribunal de Justiça:

“A Lei n. 9.099/95, que criou os Juizados Especiais Criminais, estabeleceu que os crimes aos quais é atribuído procedimento especial, caso dos crimes contra a honra, é vedada a sua aplicação. E, por conexão, o delito de ameaça também é julgado por este Tribunal” (Ap. Crim. n. 97.008555-9, de São João Batista, rel. Des. Genésio Nollis, j. 26/8/97).

Anota o doutrinador, ainda, “que não se pode excluir a aplicação a esses acusados das matérias de direito penal inerentes às regras processuais da Lei n. 9.099/95. Assim, embora permaneça a competência dos Tribunais para o processo e julgamento, e em rito processual próprio, deve ser propiciada aos réus a possibilidade de proposta de composição dos danos sofridos pela vítima e de proposição de pena não privativa de liberdade. Excluir tal possibilidade é infringir o princípio de isonomia em caso de prerrogativa de foro, que privilegia o autor da infração pela função que exerce” (ob. cit., pág. 34).

Assim, “qualquer que seja o tipo de procedimento, comum ou especial, previsto no Código de Processo Penal ou em lei extravagante, da competência da Justiça comum ou da especial, não importa o órgão julgador, se o autor do fato se imputar a prática de crime ou contravenção punidos com pena não superior a um ano, aplicam-se as normas da Lei n. 9.099/95 que cuidam da transação e da composição civil extintiva da punibilidade, comuns ao Direito Penal e ao Processo Penal” (Weber Martins Batista e Luiz Fux, Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão Condicional do Processo, Rio, Forense, 1996, pág. 291).

Nesse sentido: Queixa-Crime n. 98.006293-4 e Representação n.

97.015552-2, de Joinville, rel. Des. Álvaro Wandelli, j. em 4/11/98 e 3/6/98.

2. Definida a competência da Justiça Comum, conhece-se do pedido de habeas corpus, concedendo-se a ordem.

As palavras tidas como injuriosas foram proferidas pelo paciente como vereador, no exercício do mandato e em razão dele, dentro do recinto da Câmara de Vereadores em face de disputa pertinente ao preenchimento de cargos da Mesa Diretora.

A Constituição Federal de 88, no art. 29, dita as regras para a organização do Município, preconizando atendimento aos princípios nela estabelecidos, assim como na Constituição do respectivo Estado e, mais especialmente, para a hipótese dos autos, "inviolabilidade dos vereadores por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município" (inciso VI), bem como "julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça" (inciso VIII).

Trata-se da imunidade que vem do latim *immunitate* e significa "condição de não ser sujeito a algum ônus ou encargo; isenção", denotando, juridicamente, "direitos, privilégios ou vantagens pessoais de que alguém desfruta por causa do cargo ou função que exerce" (Dicionário Aurélio Eletrônico, verbete imunidade).

Já percebidas no direito romano pela inviolabilidade dos tribunos e dos edis no exercício das suas funções ou fora delas, impedindo que pudessem ser acusados, presos ou punidos, as imunidades foram criadas em meados da Idade Moderna e consolidadas pelo direito inglês no Bill of Rights de 1688, com os contornos atuais, como corolário da defesa da li-

vre existência e independência do Parlamento, pelo duplo princípio da *freedom of spech* (liberdade de palavra) e da *freedom front arrest* (imunidade à prisão arbitrária).

Desde lá, as imunidades foram inscritas em quase todas as constituições como garantias do livre exercício do Poder Legislativo.

No Brasil, a Constituição Imperial de 1824 já previa que "os Membrs de cada uma das Câmaras são invioláveis pelas opiniões, que proferirem no exercício das suas funções" (art. 26) e, "nenhum Senador, ou Deputado, durante a sua deputação, pode ser preso por Autoridade alguma, salvo por ordem da sua respectiva Câmara, menos em flagrante delicto de pena capital" (art. 27), prevendo, inclusive, a hipótese de suspensão de processo criminal da competência do Tribunal do Júri, caso algum Senador ou Deputado fosse pronunciado, deliberando a respectiva Câmara sobre a continuação do processo e suspensão do exercício das funções (art. 28).

Salvo alguns breves períodos da história deste século, em que a liberdade cedeu lugar ao arbítrio, alterando o sistema das imunidades parlamentares para possibilitar a responsabilização por crime de difamação, calúnia, injúria, ultraje à moral pública ou provocação pública ao crime (arts. 42 e 43 da Constituição de 1937) ou no caso de crime contra a Segurança Nacional (Emendas à Constituição de 1969 ns. 1/69 e 11/78) as regras democráticas das prerrogativas parlamentares têm sido respeitadas.

A Constituição Federal promulgada em 1988, por sua vez, prevê dois tipos de imunidades, materiais e for-

mais, dispondo que “os Deputados e Senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos” (art. 53, caput), “não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Casa” (art. 53, § 1º), sendo que “o indeferimento do pedido de licença ou a ausência de deliberação suspende a prescrição enquanto durar o mandato” (art. 53, § 2º) e, “no caso de flagrante de crime inafiançável, os autos serão remetidos, dentro de vinte e quatro horas, à Casa respectiva, para que, pelo voto secreto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão e autorize, ou não, a formação de culpa” (art. 53, § 3º).

As imunidades materiais ou absolutas estão disciplinadas no caput do art. 53 da CF/88, inovando-se quanto aos fatos ocorridos fora do exercício das funções de deputado ou de senador, quando “as Cartas anteriores somente consideravam inviolável o parlamentar por suas palavras, opiniões e votos ‘no exercício do mandato’, que, segundo entendimento doutrinário, ‘significa na atividade própria do congressista na casa a que pertence, ou em missão oficial, por determinação dela. A repetição do discurso em outro lugar, inclusive em campanha eleitoral, não está coberta pela imunidade’ (Helene Fragoso, Comentários ao Código Penal, 6ª ed., vol. I, t. I, 256, Forense; no mesmo sentido Pontes de Miranda, Comentários à Constituição de 1967, 2ª ed., t. III/6, Ed. RT)” (Sérgio de Oliveira Médici, Imunidades Parlamentares na Nova Constituição, RT 666/403).

Continua o ilustre Promotor de Justiça e Professor de Direito Penal que “como a Carta atual não faz referência ao exercício do mandato, de-

ve-se entender que ficará excluída a punibilidade do parlamentar por eventual crime decorrente de opinião praticado fora das funções próprias do congressista.

“Essas imunidades (materiais) referem-se aos delitos de opinião, isto é, cometidos por meio de discurso (em sentido amplo) do parlamentar. Abrangem os crimes contra a honra (calúnia, injúria e difamação) comuns e praticados por meio de imprensa; incitação ao crime; apologia de crime ou criminosos; vilipêndio a culto religioso etc. Não haverá exclusão de pena nos demais crimes, como homicídio, furto, roubo, estelionato, estupro, peculato etc.

“Configurada a imunidade material, não se instaura a ação penal, mesmo após o término do mandato do parlamentar. Trata-se de prerrogativa da função e, por isso, não se estende ao co-réu ou participe sem aquela qualidade (cf. Súmula 245 do STF).

“As imunidades materiais ampliadas pela nova Carta retroagem aos fatos ocorridos antes do dia 5/10/88, de acordo com o princípio da retroatividade da lei penal benigna, estabelecido no artigo 2º, parágrafo 2º, do CP e consagrado no art. 5º, XL, da CF vigente”.

Dessa forma, apesar de divergência doutrinária quanto à natureza jurídica da imunidade material, como excludente de crime para Nelson Hungria e José Afonso da Silva, ou de causa excludente da própria criminalidade, no entendimento de Basileu Garcia, ou, ainda, de mera causa de isenção de pena, como lecionam Damásio de Jesus, Aníbal Bruno e Helene Cláudio Fragoso, “o fato é que, nos delitos contra a honra objetiva (calúnia

e difamação) ou contra a honra objetiva (injúria), praticados em razão do mandato parlamentar, tais condutas não são mais puníveis” (José Celso de Mello Filho, *A Imunidade dos Deputados Estaduais*, *Justitia* 43/114).

As imunidades formais ou relativas, por sua vez, disciplinadas no art. 53, § 1º, da CF, não excluem a punibilidade, mas conferem prerrogativas de natureza processual: impossibilidade de prisão (salvo flagrante de crime inafiançável) e licença da Câmara ou do Senado para a ação penal.

No caso dos Deputados Estaduais e Vereadores, tratou a Constituição Cidadã de estender as prerrogativas que até então eram exclusivas dos membros do Congresso Nacional (Deputados Federais e Senadores); aos primeiros, de acordo com o art. 27, § 1º, tanto a imunidade material quanto formal, devendo as Constituições estaduais regulamentar a matéria.

Em relação aos vereadores, que não possuíam qualquer prerrogativa funcional, estão protegidos pela imunidade material, sendo invioláveis “por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do município” (CF, art. 29, VIII); deve o juiz, “em cada caso, verificar se há nexo de implicação entre os atos do agente e sua condição de parlamentar, não subsistindo a imunidade se as ofensas forem gratuitas e sem nexo com os interesses que defende em virtude de seu mandato, tratando-se, assim, de imunidade material relativa” (Celso Delmanto e outros, *Código Penal Comentado*, 5ª ed. atual. e amp., RJ, Renovar, 2000, pág. 276).

Resulta certo que aos vereadores foi assegurada a imunidade material unicamente por suas opiniões, pa-

lavras e votos (crimes de calúnia, difamação e injúria), no exercício do mandato e na circunscrição do Município (JC 69/473; RT ns. 660/347, 672/340, 677/388, e 680/389, dentre outros), não podendo o legislativo municipal, portanto, estabelecer imunidades e prerrogativas aos edis extrapolando os limites estabelecidos pela Constituição Federal.

A esse propósito, escreve José Afonso da Silva:

“Estabelece-se expressamente a inviolabilidade dos vereadores por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato, na circunscrição do Município. A inviolabilidade, como se sabe, significa que o beneficiado fica isento da incidência de norma penal definidora de crime. Vale dizer que, dentro da circunscrição do município, o Vereador não comete crime de opinião. E é claro, se não o comete, não poderá ser processado por aquelas ações. Contudo, não se previu a imunidade processual dos Vereadores em relação a outras infrações penais. Logo, se cometer qualquer crime, ficará sujeito ao respectivo processo, independentemente de autorização de sua Câmara” (Curso de Direito Constitucional Positivo, 9ª ed., SP, Malheiros, 1993, pág. 551; idem, Hely Lopes Meirelles, *Direito Municipal Brasileiro*, pág. 458).

Assim, “desde que no exercício do mandato e na circunscrição do seu município, pela nova Constituição, é o Vereador totalmente inviolável por suas opiniões, palavras e votos, mesmo que de suas expressões se infira prática de crime contra a honra. Trata-se de inovação da atual Carta Magna, cuja virtude e vigência prescindem de re-

gumentação local, sendo aplicável pela Justiça, de ofício, em qualquer instância, para, reconhecendo-se em razão de extinção de punibilidade, trancar-se a ação penal ou obstar-se sua eventual instauração” (RJDTACrim 7/77).

Nesse sentido a palavra final do colendo Supremo Tribunal Federal, em julgado publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência n. 169, pág. 969:

“Habeas corpus — Vereador — Crime contra a honra — Recinto da Câmara Municipal — Inviolabilidade (CF, art. 29, VIII, com a remuneração dada pela EC n. 1/92) — Trancamento da ação penal — Pedido deferido. Estatuto político-jurídico dos vereadores e inviolabilidade penal.

— A Constituição da República, ao dispor sobre o estatuto político-jurídico dos Vereadores, atribuiu-lhes a prerrogativa da imunidade parlamentar em sentido material, assegurando a esses legisladores locais a garantia indisponível da inviolabilidade, ‘por suas opiniões, palavras e votos, no exercício do mandato e na circunscrição do Município’ (CF, art. 29, VIII).

“Essa garantia constitucional qualifica-se como condição e instrumento de independência do Poder Legislativo local, eis que projeta, no plano do direito penal, um círculo de proteção destinado a tutelar a atuação institucional dos membros integrantes da Câmara Municipal.

“A proteção constitucional inscrita no art. 29, VIII, da Carta Política estende-se — observados os limites da circunscrição territorial do Município — aos atos do Vereador praticados racione officii, qualquer que tenha sido o

local de sua manifestação (dentro ou fora do recinto da Câmara Municipal).

“Imunidade formal — Prévia licença da Câmara Municipal — Prerrogativa constitucional não outorgada pela Carta Política ao vereador.

— Os Vereadores — embora beneficiados pela garantia constitucional da inviolabilidade — não dispõem da prerrogativa concernente à imunidade parlamentar em sentido formal, razão pela qual podem sofrer persecução penal, por delitos outros (que não sejam crimes contra a honra), independentemente de prévia licença da Câmara Municipal a que se acham organicamente vinculados. Doutrina. Jurisprudência (STF).

“Trancamento da ação penal nos crimes contra a honra.

— O Vereador, atuando no âmbito da circunscrição territorial do Município a que está vinculado, não pode ser indiciado em inquérito policial e nem submetido a processo penal por atos que, qualificando-se como delitos contra a honra (calúnia, difamação e injúria), tenham sido por ele praticados no exercício de qualquer das funções inerentes ao mandato parlamentar: função de representação, função de fiscalização e função de legislação.

“A eventual instauração de persecutio criminis contra o Vereador, nas situações infracionais estritamente protegidas pela cláusula constitucional de inviolabilidade, qualifica-se como ato de injusta constrição ao status libertatis do legislador local, legitimando, em consequência do que dispõe a Carta Política (CF, art. 29, VIII), a extinção, por ordem judicial, do próprio procedimento penal

persecutório” (HC n. 74.201/MG, rel. Min. Celso de Mello, j. 12/11/96).

No mesmo diapasão é o entendimento do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“Constitucional. Processual penal. Vereador. Imunidade. Opinião no exercício do mandato. Ação penal. Trancamento.

— Segundo o cânon inscrito no art. 29, VI, da Constituição, o vereador é inviolável por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato, no debate de assuntos de interesse do Município.

— Instaurado inquérito policial contra Vereador sob a acusação de crime contra a honra de Prefeito Municipal, impõe-se o Reconhecimento da imunidade parlamentar e o consequente trancamento da ação penal, se as opiniões emitidas denunciavam ir-

regularidades sobre questão de peculiar interesse municipal.

— Habeas corpus concedido” (HC n. 8.518/SP, rel. Min. Vicente Leal, DJU 20/9/99, pág. 00087).

3. Diante do exposto, conceda-se a ordem para trancar a ação penal em relação ao paciente, ratificada a liminar.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jorge Mussi. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho.

Florianópolis, 14 de março de 2000.

Alberto Costa,
Presidente com voto;
Nilton Macedo Machado,
Relator.

RECURSOS CRIMINAIS

RECURSO CRIMINAL N. 00.010289-0, DA CAPITAL

Relator: Des. Genésio Nolli

Recurso criminal — Justiça Militar — Crime contra a pessoa — Lesões corporais leves — Inaplicabilidade da Lei n. 9.099/95 estatuída pela Lei n. 9.839/99 — Delito praticado na vigência da nova lei — Suspensão condicional do processo inviável.

A Lei n. 9.839/99 que acrescentou o art. 90-A ao texto da Lei n. 9.099/95, vedando a aplicação desta no âmbito da Justiça Militar, não padece de inconstitucionalidade devendo ser aplicada aos deli-

tos ocorridos após a sua vigência.

Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Criminal n. 00.010289-0, da comarca da Capital (Auditoria da Justiça Militar), em que é recorrente Sidney Ribeiro, sendo recorrida a Justiça, por seu Promotor:

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

Custas de lei.

Na comarca da Capital (Auditoria da Justiça Militar), Sidney Ribeiro foi denunciado por infração ao art. 209 do CPM.

A denúncia foi recebida e designado dia para a audiência de qualificação e interrogatório do acusado (fls. 50).

Na data aprazada, o ato se realizou, sendo que a defesa na oportunidade pleiteou a suspensão condicional do processo na forma do art. 89 da Lei n. 9.099/95, o que foi indeferido (fls. 61).

Inconformado com a decisão interpôs recurso criminal objetivando a suspensão condicional do processo. Sustenta que a Lei n. 9.839/99 ao vedar a aplicação da Lei n. 9.099/95 aos crimes militares é inconstitucional por violar o princípio da igualdade e proporcionalidade.

Contra-arrazoado o recurso e mantida a decisão, ascenderam os autos e a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo seu conhecimento e improvimento.

É o relatório.

Sem razão o recorrente.

A Lei n. 9.839/99, publicada em 27/9/99, acrescentou o art. 90-A ao texto da Lei n. 9.099/95 vedando a aplicação desta no âmbito da Justiça Militar a partir de então.

O delito imputado ao recorrente foi praticado em 10/10/99, portanto, já na vigência da nova Lei, o que, é bom frisar, não é negado pela defesa.

Assim, não há como aplicar as benesses legais da Lei n. 9.099/95 ao recorrente por vedação expressa do seu art. 90-A.

A alegada inconstitucionalidade do referido artigo inexistente.

O princípio da isonomia ou da igualdade (art. 5º da CF) estabelece na verdade que a lei deve realizar a igualização das condições desiguais, ou seja, deve estabelecer fórmulas de tratamento a fim de identificar as desigualdades existentes entre os diversos grupos sociais e tratá-los de forma diferenciada para não gerar injustiças.

É cediço que os militares e os civis integram grupos sociais distintos, o que, por si só, justifica a forma diferenciada de tratamento legal existente entre eles.

A própria Constituição Federal reconhece e consagra a desigualdade existente entre os Militares e os Civis ao consagrar no seu art. 124 que “à Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei”.

Frise-se que o constituinte não fez qualquer diferenciação quanto à natureza do delito — militar próprio ou

impróprio —, dispôs, tão-somente, que caberia à lei ordinária definir quais os crimes militares.

Destarte, não é lógico ou racional supor que os delitos praticados pelos militares no exercício da função tenham a mesma repercussão negativa na sociedade do que os delitos praticados pelos civis.

Ademais, os militares tem o munus de dar segurança à sociedade e no momento em que passam a delinqüir é razoável que tenham um tratamento diferenciado pela legislação, o que, de forma alguma, viola os princípios invocados.

Nessa esteira, a modificação introduzida pela Lei n. 9.839/99 não fere o princípio da igualdade nem o da proporcionalidade, não existindo qualquer vício que impeça a sua aplicação ao caso em análise.

Assim, a distinção existente entre os militares e os civis justifica a forma diferenciada de processo e pressupostos para obtenção de benefícios, sendo plenamente justificado o tratamento diferenciado estabelecido pela

legislação, tanto nos delitos militares próprios como nos impróprios, para o militar que praticar delitos no exercício da sua função.

Além disso, a Constituição Federal também deixou para ser regulado em Lei Ordinária quais seriam os crimes de menor potencial ofensivo (art. 98, I), não havendo qualquer inconstitucionalidade na Lei n. 9.099/95, que regulou a matéria, em excluir os delitos afetos à Justiça Castrense por entender que estes não seriam de menor potencial ofensivo.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Francisco Borges e Nilton Macedo Machado. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Robison Westphal.

Florianópolis, 29 de agosto de 2000.

*Genésio Nollí,
Presidente e Relator.*

RECURSO CRIMINAL N. 00.002063-0, DE PIÇARRAS

Relator: Des. Jorge Mussi

Pronúncia — Profunda incursão na prova e na matéria de direito — Decisão que extrapolou o juízo de admissibilidade — Aferição que deve ser feita pelo Tribunal do Júri — Excesso de linguagem configurado — Nulidade do decisum que se impõe, devendo outro ser prolatado — Recurso em sentido estrito provido.

Constrangimento ilegal — Provisional anulada pela segunda vez — Acusado que se encontra segregado há quase um ano — Demora para a qual a defesa não colaborou e nem deu causa — Con-

cessão de habeas corpus, de ofício, a fim de que o réu seja posto em liberdade.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Criminal n. 00.002063-0, da comarca de Piçarras, em que é recorrente José João Maestri, sendo recorrida a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, prover o recurso em sentido estrito para anular a sentença de pronúncia, a fim de que outra seja proferida; e, de ofício, conceder habeas corpus, determinando-se a expedição do competente alvará de soltura em favor do recorrente se por aí não estiver preso.

Custas legais.

1 — Na comarca de Piçarras, José João Maestri foi denunciado como incurso nas sanções do art. 121, caput, do Código Penal, porque, conforme narra a exordial acusatória de fls. 3 e 4:

“(…) no dia 5 de abril do corrente ano (1999), por volta das 20 horas, o denunciado, que é policial civil da Delegacia desta cidade de Piçarras, foi atender uma ocorrência no ‘Bar do Cido’, no Bairro Nossa Senhora da Paz neste Município, acolhendo denúncia de que havia no local tumulto provocado por Zezir Granemann Tibes, conhecido por Zecão, que lá se encontrava totalmente embriagado, ameaçando os presentes.

“Quando lá chegou, iniciou revista em dito cidadão, que oferecia resistência devido ao seu estado, a fim de verificar se o mesmo estava arma-

do, porém ele portava apenas uma bolsa tipo pochete na cintura.

“Irritado com os fatos a vítima Victorino Belarmino, brasileiro, viúvo, aposentado, nascido em 7/1/25, com setenta e quatro anos, que no local estava, e também alcoolizado, passou a discutir com o denunciado dizendo que aquilo não era tratamento digno e que o policial deveria respeitar seus cabelos brancos e outros impropérios. Além disso, a vítima que sempre carregava consigo um canivete para cortar fumo, com lâmina de 8 (oito) centímetros, permanecia com o mesmo em punho, porém escondido nas costas.

“Enquanto a vítima em estado lamentável de embriaguez desacatava o policial, o mesmo dizia para Belarmino ficar quieto. Momento em que entrou na viatura e após seguir por alguns metros, observou que a vítima ainda estava gritando ‘seu cachorro, prevalecido, vocês não prestam, a polícia civil não presta e tu és o pior de todos’ dentre outras palavras, quando então parou o automóvel e aceitando as provocações foi em direção a Belarmino, portando um revólver marca Taurus, calibre 38, cano 4, acabamento em aço inoxidável, cabo de madeira, n. da série 2.168.389.

“Ato contínuo, apontou a referida arma para a vítima dizendo que iria matá-la, quando esta não se intimidando disse para o denunciado atirar. Instante em que Maestri, como é conhecido, efetuou dois disparos, o primeiro na direção do chão e o outro no peito, caindo a vítima desfalecida no local.

“O denunciado então em prantos e dizendo que a vítima tinha acabado com a sua vida, colocou-a na viatura policial e rumou até o Hospital de Itajaí, a fim de prestar-lhe socorro.

“O tiro dado na região peitoral esquerda, causou na vítima anemia aguda e choque hemorrágico, razão de sua morte, conforme está descrito no exame cadavérico de fls. 3”.

Concluída a fase do *judicium accusationis*, o acusado foi pronunciado, para ser submetido a julgamento popular, como incurso nas sanções dispostas no art. 121, § 2º, inciso IV, do Código Penal.

Inconformado com o teor do decidido, a defesa do réu, tempestivamente, recorreu em sentido estrito, com fundamento no art. 581, inciso IV, do Código de Processo Penal, pretendendo, em preliminar, a nulidade da sentença de pronúncia, em face da omissão do previsto no art. 408, §§ 1º e 2º, do mesmo Diploma Processual, vez que não expôs se mantinha ou não o recorrente segregado, bem como ter se utilizado de excesso de linguagem. No mérito, postulou a absolvição sumária do acusado, sob o argumento de que este agiu amparado nas excludentes de criminalidade, primeiramente, do estrito cumprimento do dever legal e após da legítima defesa. Alternativamente, requereu a exclusão da qualificadora da surpresa inculpada no inciso IV do § 2º do art. 121 do Código Penal, alegando que, além de não estar descrita e nem capitulada na denúncia, assim como não ter sido almejada pelo Órgão Ministerial quando do oferecimento das alegações finais, não restou caracteriza-

da no contexto probatório colacionado aos autos.

Contra-arrazoado o recurso, no qual o Ministério Público manifestou-se pelo acolhimento das prefaciais argüidas ou, então, pela desclassificação do delito qualificado para o tipo simples, a decisão foi mantida, sendo na mesma data prolatado novo *decisum*, o qual pronunciou o acusado para ser submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, inciso IV, do Estatuto Repressivo, negando-lhe o direito de recorrer em liberdade.

Foi acostado ao caderno processual telex informando que este Tribunal, de ofício, ao julgar o Habeas Corpus n. 99.018419-6, havia anulado a primeira sentença provisional, mantendo a segregação do acusado (fls. 239).

Irresignado com a nova decisão, o réu recorreu em sentido estrito, oportuno tempore e com fulcro no art. 581, inciso IV, do Código de Processo Penal, requerendo, em preliminar, a nulidade da sentença; no mérito, a absolvição sumária; e, caso assim não se entenda, a exclusão da qualificadora, tudo de acordo com as razões apresentadas no primeiro inconformismo.

Rebatido o recurso, o Órgão Ministerial manifestou-se pelo seu provimento a fim de que fossem acolhidas as prefaciais aventadas, ou, então, fosse desclassificado o delito para a sua forma simples.

Mantida a decisão, os autos ascenderam a este Grau de Jurisdição, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e provimento do recurso defensivo, para

que fosse anulada a sentença de pronúncia, por excesso de motivação, devendo outra ser proferida, e, ainda, a concessão de habeas corpus, de ofício, diante do evidente excesso de prazo na formação da culpa.

É o relatório.

2 — Merece ser provido o recurso em sentido estrito aforado pela defesa do acusado José João Maestri quando pretende ver anulada a sentença de pronúncia contra si proferida, haja vista o excesso de motivação contido no decism, ultrapassando em muito os limites do juízo de admissibilidade.

Esta colenda Câmara, em 9/11/99, ao apreciar e julgar os autos do Habeas Corpus n. 99.018419-6, onde o recorrente figurava como paciente, decidiu, à unanimidade, denegar a ordem e, de ofício, conceder o writ para anular a sentença de pronúncia de fls. 150 usque 156, a fim de que outra fosse prolatada, sustentando que esta se houve com excesso de linguagem, fazendo profunda incursão na prova e na matéria de direito, tendo buscado a certeza da culpabilidade do acusado, como se fosse um verdadeiro juízo de condenação (Acórdão de fls. 304 a 313).

Estranhamente, no dia 11/11/99, antes que o Juízo a quo tivesse notícia, pelo menos oficialmente dentro dos autos, de que a provisional havia sido anulada e por qual motivo, foi proferido despacho de manutenção (fls. 227) e na mesma data, precipitadamente, foi prolatada nova sentença de pronúncia, a qual, exceto quanto à segregação do recorrente, trouxe a mesma fundamentação já exposta na anteriormente anulada, incorrendo,

ante a repetição da motivação, em inaceitável excesso (fls. 228/234).

Ora, do corpo do acórdão referente ao remédio heróico suso mencionado, extrai-se, in verbis:

“Com efeito, sabe-se que a admissibilidade da acusação a ser submetida ao julgamento popular, deve valorar as provas, com análise dos indícios da autoria e materialidade do crime, bem como em relação às qualificadoras, não ultrapassando de forma alguma os limites de uma verificação não aprofundada, pois, como se orienta este Tribunal, segundo se extrai da JC 50/352 (rel. Des. Marcio Batista): ‘a sentença de pronúncia tem de ser fundamentada em termos sóbrios e comedidos, como ensinam a jurisprudência e a doutrina, a fim de não exercer qualquer influência no ânimo dos jurados’.

“Portanto, ‘Na sentença de pronúncia deve o Magistrado dar os motivos de seu convencimento. Esse convencimento refere-se à existência de prova da materialidade da infração aos indícios suficientes da autoria e à natureza da infração capazes de legitimar a segunda fase do processo, com a classificação do delito que o Juiz admitir, apontando o elemento de prova existente, sem valorá-lo como apto a condenar’ (RT 596/412).

“Ora, a decisão em questão ingressou demasiadamente no mérito, pois, como é sabido, o Juiz deve se convencer da existência do crime e dos indícios da autoria, sob pena de impronunciar os réus (art. 409, CPP), devendo indicar, em sentença fundamentada, as razões que o levaram a esse convencimento, mas sem con-

frontar a prova até então produzida no caderno processual.

“Veja-se como se apresenta a jurisprudência:

‘Extravasa de sua competência o juiz, que, ao prolatar o despacho de pronúncia, aprecia com profundidade o mérito, perdendo-se em estudo comparativo das provas colhidas, repudiando umas e, com veemência, valorizando outras, exercendo atribuições próprias dos jurados’ (RT 521/439).

“No mesmo prisma extrai-se:

‘Não pode e não deve o Magistrado, ao proferir a sentença de pronúncia, fazer apreciação subjetiva dos elementos probatórios coligidos, cumprindo-lhe limitar-se única e tão-somente a apontar os indícios e as provas do crime e sua autoria, deixando aos jurados o exame aprofundado da matéria. Não tocando a ele o julgamento dos delitos dolosos contra a vida, a incursão sobre o mérito da causa importa indébita invasão da competência que a Carta Magna reservou ao julgador leigo’ (RT 591/301).

“Contudo, na espécie em exame, ao afastar categoricamente qualquer possibilidade de ter o paciente agido amparado na excludente de antijuridicidade da legítima defesa ou no estrito cumprimento do dever legal, sem sombra de dúvida o decisum excedeu-se na motivação e na fundamentação, porquanto isto é matéria para ser aferida pelo Tribunal do Júri, Juízo natural dos crimes dolosos contra a vida e não da fase de pronúncia, cuja decisão não faz res judicata e os seus termos devem ser sóbrios e téc-

nicos, para que não tenha reflexo direto no espírito dos juízes de fato.

“Neste sentido colaciona-se julgado do Estado de São Paulo:

‘Embora não se exija que o juiz, na decisão de pronúncia, se limite a um simples relato da prova dos autos, cabendo-lhe fazer considerações que a justifiquem, não lhe é dado, entretanto, extravasar de sua competência, perdendo-se no exame aprofundado da prova, que somente ao Tribunal do Júri cabe apreciar’ (RT 644/258).

“Da lição de Hermínio Alberto Marques Porto destaca-se:

‘Na fundamentação, a valoração das provas, envolvendo indícios de autoria relacionados com a culpabilidade, é expressada nos limites de uma verificação não aprofundada, mas eficiente à formalização de um esquema classificador. Nem só ao rebater os argumentos das partes, como ao oferecer o seu convencimento, o Juiz, na pronúncia, para não ultrapassar o permissivo à decisão interlocutória de encaminhamento da imputação, e para não influir, indevidamente, no espírito dos jurados, deve ter o comedimento das expressões, para que não sejam ultrapassados os limites de decisão marcadamente de efeitos processuais’ (in Júri, Procedimento e Aspectos do Julgamento, 8ª ed., São Paulo, Malheiros, pág. 84).

“Adriano Marrey, Alberto Silva Franco e Rui Stoco também discorrem sobre o tema:

‘Na fundamentação da pronúncia deve o juiz usar de prudência, evitando manifestação própria quanto ao mérito da acusação. Cumpre-lhe abster-se de refutar, a qualquer pretexto, as teses da defesa, contra-argumen-

tando com dados do processo, nem mesmo para acolher circunstâncias elementares do crime.

‘Sua precípua função é verificar a existência do *fumus boni juris* que justifique o julgamento do réu pelo Júri.

‘Devem ser abolidas expressões como: ‘O réu é culpado, O réu não agiu em legítima defesa..., O réu agiu com torpeza..., O réu provocou a vítima..., O réu confessou plenamente o delito, tanto na polícia como em Juízo..., e outras que conduzam a prejulgamento, em prejuízo da defesa no Plenário’ (in *Teoria e Prática do Júri*, 6ª ed., Revista dos Tribunais, 1997, pág. 222).

“Diferente não é o entendimento jurisprudencial, leia-se:

‘A eloquência acusatória de que se reveste o conteúdo do decreto de pronúncia impugnado constitui claro exemplo de ofensa aos limites que, juridicamente, devem restringir a atuação processual do Magistrado e dos Tribunais no momento da prolação desse ato decisório que encerra, no procedimento penal escalonado do Júri, a fase do *judicium accusationis*’ (RTJ 140/917).

“In casu, a decisão provisional entendeu comprovadas a materialidade e a autoria delitivas, afirmando que não houve legítima defesa, ao proferir que ‘se o acusado não estava repelindo injusta agressão, atual, usando moderadamente dos meios necessários e repelindo injusta agressão, legítima defesa não há’ (fls. 15).

“Tocante ao estrito cumprimento do dever legal, aduziu que ‘a partir do momento que o acusado adentrou no carro, andou com o mesmo alguns

metros e depois saltou, para defender um ataque a sua pessoa, diga-se de passagem verbal, não há sequer que falar-se em excesso no cumprimento do dever legal e sim de que o acusado desceu do veículo para resolver um problema pessoal e portanto isso não está previsto em norma jurídica e não deriva da lei penal ou extrapenal’ (fls. 16).

“E efetivamente, na hipótese versada, a decisão se houve com excesso, invadindo a competência do Tribunal Popular, vindo a emitir prévio julgamento condenatório, no exame profundo das provas até ali produzidas, ultrapassando as barreiras do mero juízo de admissibilidade da acusação.

“O *decisum*, a toda evidência, apresentou análise do mérito da causa com apreciação crítica e valorativa das teses de defesa, ao invés de limitar-se, de forma breve e com parcimônia de palavras a remeter a causa à apreciação da Corte de Jurados, quando deveria ser feita de maneira perfunctória, sem expressar opinião ou valorar expressivamente a prova, eis que a classificação sempre é provisória, e serve para encaminhamento do caso a julgamento pelo órgão competente.

“Assim, havendo manifesto prejuízo à defesa, posto que a provisional em exame gerou a probabilidade de influenciar na decisão dos jurados, em detrimento ao devido processo legal e à ampla defesa, merece, de ofício, ser anulada, devendo outra ser prolatada” (fls. 308 a 312).

Em recente julgado, o colendo Superior Tribunal de Justiça assim decidiu:

“Penal. Processual. Pronúncia. Nulidade. Habeas corpus.

“1. A pronúncia é decisão de natureza processual em que o juiz proclama admissível a acusação e envia o réu para julgamento pelo Tribunal do Júri.

“2. O Juiz pronunciante não deve aprofundar-se no exame das provas; deve, antes, limitar-se a apontar a prova da materialidade e os indícios de autoria, utilizando-se de linguagem cometida e sóbria.

“3. Habeas corpus conhecido. Pedido deferido” (HC n. 11.343, do Mato Grosso do Sul, rel. Min. Edson Vidigal, j. em 2/3/2000).

Portanto, tendo a nova sentença de pronúncia sido prolatada, literalmente, de forma idêntica à primeira, a qual foi anulada por excesso de motivação, não há como permitir que a posterior subsista, um vez que incorreu no mesmo equívoco já apontado por este Sodalício, razão por que se anula a provisional atacada.

Destaca-se, por outro lado, que quando do julgamento daquele writ foi determinado que se desentranhasse a peça anulada dos autos; entretanto, compulsando-se o caderno processual, observa-se que a decisão, nesta parte, não foi cumprida, motivo pelo qual se reitera que sejam extraídas do feito não só a decisão de fls. 150/156, mas agora, também, a prolatada a fls. 228/234.

Por derradeiro, em virtude do evidente constrangimento ilegal a que está sendo submetido o recorrente, haja vista estar segregado há quase um ano, excesso advindo justamente pelo fato de haver pela segunda vez anulação da sentença de pronúncia, não tendo o acusado ou a sua defesa colaborado para tanto, de ofício, concede-se habeas corpus em favor do réu, determinando-se que seja expedido o competente alvará de soltura se por al não estiver preso.

3 — Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso em sentido estrito para anular a sentença de pronúncia, a fim de que outra seja proferida; e, de ofício, concede-se habeas corpus, determinando-se a expedição do competente alvará de soltura em favor do recorrente, se por al não estiver preso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Maurício Moreira Leite. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Hipólito Luiz Piazza.

Florianópolis, 28 de março de 2000.

Alberto Costa,
Presidente com voto;
Jorge Mussi,
Relator.

RECURSO CRIMINAL N. 99.010510-5, DE JOINVILLE**Relator: Des. Souza Varella**

Recurso criminal — Homicídio simples — Pedido objetivando absolvição sumária, declaração de nulidade da inquirição das testemunhas e desclassificação para o crime de rixa — Impossibilidade, do primeiro, ante interrogatório, nulidade não argüida no momento próprio e, por derradeiro, competência do Júri para apreciar a desclassificação pretendida — Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Criminal n. 99.010510-5, da comarca de Joinville (1ª Vara), em que é recorrente Vânio José Schappo, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

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

Custas de lei.

O Dr. Promotor de Justiça ofereceu denúncia contra Vânio José Schappo, dando-o como infrator do artigo 121, caput, do Código Penal, vazada nos seguintes termos:

“Em data de 17/7/93, durante o período noturno, quando realizava-se uma festa particular na residência da Sra. Ana Gioreli, situada à Rua Érico Veríssimo n. 107, bairro Fátima, houve contenda generalizada entre convidados e ‘penstras’ que ao local compareceram sem a devida permissão. Durante a mencionada briga, o denunciado Vânio sacou de seu punhal aplicando um golpe contra a vítima Luciano Caetano, atingindo-a na região torácica e causando-lhe a morte conforme prova o laudo de fls. 5”.

Interrogado (fls. 42v.), e ouvidas as testemunhas arroladas na de-

núncia (fls. 54/59), sobreveio sentença de pronúncia na qual o denunciado restou incurso nas sanções do artigo 121, caput, do Código Penal.

Com essa decisão inconformou-se a defesa que recorreu stricto sensu objetivando a absolvição liminar eis que, segundo argumenta, em poder do pronunciado não foi apreendida qualquer arma, nada ficando suficientemente provado quanto à autoria e materialidade; quando muito teria ocorrido o crime de rixa. Pugna, também, pela anulação da inquirição das testemunhas da denúncia eis que não foi intimada para aquela audiência.

Contra-razões ofertadas dizendo do acerto decisório. Nesta Instância a Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo desprovimento do recurso.

E realmente assim deve ser.

A alegada nulidade — não intimação para a audiência de inquirição das testemunhas — deveria ser argüida no momento propício, qual seja, o do artigo 406 do Código de Processo Penal. Não o foi e, além do mais, incorreu prejuízo à defesa, eis que nomeado defensor para aquele ato o Dr. Luiz Miléo Júnior, causídico combativo e conhecido na Comarca.

Já com relação à autoria, esta encontra suportes em suas declarações tanto na fase policial quanto no seu interrogatório em Juízo, senão vejamos:

Na polícia: "...tendo neste momento a vítima novamente investido contra o irmão do declarante, onde novamente foi afastado, tendo então a vítima novamente investido com a chave de fenda contra o declarante; que neste ato retirou de sua veste um punhal, meio grande, momento em que a vítima investiu contra o declarante onde ambos vieram a cair no chão, ou melhor, quase caíram, tendo o declarante segurado-se em um caibro da garagem, que é baixo; (...)que ainda no local acabou o declarante por somente em localizar o cabo de seu punhal; (...)que tal cabo estava na entrada da garagem; (...)que esclarece-nos o declarante que há cerca de três anos tem tal arma branca, (...)” (fls.17 e verso), e, ainda, a corroborar o depoimento, o termo de apreensão de fls. 18.

Em Juízo: "...que na ocasião em que os fatos ocorreram, após ameaçado pela vítima, o interrogando deslocou-se até sua casa onde armou-se de uma faca, ficando a mesma na cintura durante todo o entrevero; que durante o entrevero, ao investir a vítima com a chave de fenda em uma das mãos o interrogando encostou-se em um caibro e sacou então da faca

que trazia à cintura, não tendo visto no entanto a vítima ser atingida” (fls. 42 verso).

Ora, em tema de pronúncia não se procede a um exame analítico e profundo da prova como se fosse um juízo de condenação no qual se busca a certeza, posto que “a sentença de pronúncia, como decisão sobre a admissibilidade da acusação, constitui juízo fundado de suspeita, não o juízo de certeza que se exige para a condenação” (RT 523/486).

Assim e ainda referentemente ao argumento defensivo de que ocorreu o crime de rixa (art. 137, CP), caberá ao Conselho de Sentença decidir, no Tribunal do Júri, verdadeiro Tribunal de consciência da comunidade, da ocorrência ou não de tal delito.

Por tais motivos a Câmara, unanimemente, nega provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Genésio Nolli. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Valdir Vieira.

Florianópolis, 22 de fevereiro de 2000.

Amaral e Silva,
Presidente com voto;
Souza Varella,
Relator.

RECURSO CRIMINAL N. 99.020070-1, DE TURVO**Relator: Des. Souza Varella**

Recurso em sentido estrito — Prisão preventiva revogada — Garantia da ordem pública — Recurso desprovido.

“O requisito da garantia da ordem pública para a decretação da custódia preventiva não abrange a garantia da incolumidade dos acusados. O Estado, que tem o encargo de zelar pela incolumidade de seus súditos, não pode cercear a liberdade dos cidadãos sob o fundamento de resguardá-los de represálias das vítimas ou da ira popular” (Rev. Jur. do TJRS 80/19).

Vistos, relatados e discutidos, estes autos de Recurso Criminal n. 99.020070-1, da comarca de Turvo, em que são recorrentes a Justiça, por seu Promotor e o Assistente do Ministério Público, sendo recorrido Genésio de Moraes:

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

Custas de lei.

Inconformado com a revogação da prisão preventiva do acusado Genésio de Moraes pelo Juiz de Direito ao argumento de que “...tenho que se no início os fundamentos da preventiva já eram diáfanos, agora se tornam injustos, eis que praticamente terminada a instrução, da fase de pronúncia”, recorreu o Promotor de Justiça dizendo não constituir constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa (Súmula 64 do STJ), arrematando: “Quanto à gravidade dos fatos e violência empregada, ao contrário do que exposto na decisão atacada, servem sim como argumento para a prisão cautelar, eis que em afronta a garantia da ordem

pública. Em que pese transcorrido mais de ano entre os fatos e a data de hoje, o clima de revolta existente no município de Jacinto Machado ainda persiste, pois o hediondo crime cometido ainda deixa marcas na comunidade que não esquece o acontecido. Uma vez em liberdade, Genésio de Moraes irá se evadir do município de Jacinto Machado, pois afora as diversas ameaças que receberá por parte dos familiares da vítima, não encontra as mínimas condições para que lá venha a trabalhar ou até mesmo morar”.

Contra-arrazoado o recurso, os autos subiram, tendo a Procuradoria-Geral de Justiça se manifestado pelo seu provimento.

É o sucinto relatório.

Entende-se, porém, que não procede a pretensão. E não procede porque o fundamento para revogar a decisão recorrida é a garantia da ordem pública, nesta se incluindo de que se pretende, com a medida segregacional, assegurar a incolumidade física do paciente contra eventuais ameaças dos familiares da vítima. Entretanto, tal argumento não tem a mínima sustentação legal e tampouco

se inclui no conceito de “garantia da ordem pública”.

Já decidiu este Tribunal:

“Ninguém pode ser mantido encarcerado, sob a justificativa de garantia da sua integridade física, ante eventuais ameaças dos familiares da vítima. Tal argumento não se inclui no conceito de ‘garantia da ordem pública’ (art. 312 do CPP)” (Habeas Corpus n. 10.183, de São José, relator Des. Wladimir d’Ivanenko, DJE de 24/12/91, pág. 12). Idem JC 30/464 e 38/410.

E do Tribunal de Justiça gaúcho:

“O requisito da ‘garantia da ordem pública’ para a decretação da custódia preventiva não abrange a garantia da incolumidade dos acusados. O Estado, que tem o encargo de zelar pela incolumidade de seus súditos,

não pode cercear a liberdade dos cidadãos sob o fundamento de resguardá-los de represálias das vítimas ou da ira popular” (Rev. Jur. do TJRS 80/19).

Por tais entendimentos a Câmara, unanimemente, nega provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Genésio Nolli. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho.

Florianópolis, 29 de fevereiro de 2000.

Amaral e Silva,
Presidente com voto;
Souza Varella,
Relator.

APELAÇÕES CRIMINAIS

APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.000066-4, DA CAPITAL

Relator: Des. Alberto Costa

Crime contra a saúde pública — Artigo 12 da Lei n. 6.368/76 — Cocaína — Apreensão do material tóxico em poder do acusado, preso em flagrante no ato da mercancia — Condenação — Recurso defensivo objetivando a desclassificação para o delito previsto no artigo 16 da Lei de Tóxicos — Pleito alternativo de redução da pena, ante a comparência da atenuante da confissão espontânea e primariedade do réu — Confissão extrajudicial que teve amparo nos demais elementos probatórios colhidos na polícia e em juízo, como

os depoimentos dos policiais que efetuaram o flagrante, os quais demonstraram-se insuspeitos e seguros, a declaração do comprador da droga, e a própria confissão do acusado, no interrogatório, afirmando que a droga lhe pertencia e que vendeu parte desta a um terceiro — Transgressão ao artigo 12 da Lei Antitóxicos caracterizada — Condição do réu de viciado-dependente do uso de cocaína que não tem influência na tipificação do delito mais grave, pois perfeitamente compatível com a traficância — Desclassificação impossível — Condenação mantida — dependência toxicológica do acusado constatada, devendo a ele ser dispensado tratamento ambulatorial nos termos do artigo 11 da Lei de Tóxicos — Pena-base fixada no quantum mínimo abstratamente cominada ao delito, à vista de serem os elementos do artigo 59 do Código Penal favoráveis ao apenado — Inviabilidade de redução da pena a quem desse patamar com base na eventual comparência de circunstância legal genérica de atenuação da reprimenda — A Lei n. 9.714 não se aplica ao crime de tráfico de entorpecentes. Recurso defensivo desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.000066-4, da comarca da Capital (4ª Vara), em que é apelante Luiz Antônio Siegel Filho, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Na comarca da Capital, 4ª Vara Criminal, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Luiz Antônio Siegel Filho, vulgo "Siri", e Francisco José Cardoso, dando-os como incurso, o primeiro, nas sanções do artigo 12, e o segundo, nas sanções do artigo 16, ambos da Lei n. 6.368/76, porque, segundo narra a exordial acusatória: "No dia 20 de agosto de 1998, por volta das 16 horas, policiais civis receberam uma co-

municação da existência de foragidos perambulando no Centro desta Capital, oportunidade em que diligenciaram pelas ruas desta Capital, com o intuito de verificarem a veracidade da informação.

"Ao chegarem na Rua Nunes Machado, Centro, a Força Pública ficou observando, discretamente, as atitudes dos denunciados, e perceberam a transação ilícita, onde o denunciado Luiz Antônio Siegel Filho, vendeu uma 'peteca' de cocaína, pesando 0,3g (três decigramas), ao denunciado Francisco José Cardoso, conforme Termo de Apreensão de fls. 13 e Laudo de Constatação Provisório de fls. 11.

"Ato contínuo, foi dada voz de prisão aos denunciados, e, ao serem submetidos a uma revista, foi encontrado em poder do denunciado Luiz Antônio Siegel Filho, dentro de sua pochete, 33 petecas de cocaína, pron-

tas para a venda a viciados, pesando no total 11,4g (onze gramas e quatro decigramas) e uma 'buchinha' de maconha, pesando 14,9g (quatorze gramas e nove decigramas), conforme Termo de Apreensão de fls. 12 e Laudo de Constatação Provisório de fls. 10.

"Ao depois, já na Delegacia, constataram através das fichas criminais, que os denunciados não eram foragidos da prisão" (fls. 2/3).

Durante a instrução, o Ministério Público propôs ao acusado Francisco José Cardoso a suspensão do processo prevista no artigo 89 da Lei n. 9.099/95, a qual foi aceita e restou homologada.

Concluída a instrução criminal, o Dr. Juiz sentenciou, condenando Luiz Antônio Siegel Filho, vulgo "Siri", às penas de 3 (três) anos de reclusão, em regime fechado, e 50 (cinquenta) dias-multa, por infringir o disposto no artigo 12 da Lei n. 6.368/76.

Inconformado, o acusado apelou objetivando a desclassificação do delito para o previsto no artigo 16 da Lei Antitóxicos, por não restar comprovada a narcotraficância, sendo que a droga apreendida é para seu consumo próprio, por tratar-se o réu de dependente ao uso de tóxicos. Alternativamente, requereu a redução da pena, ante a comparência da atenuante da confissão espontânea e primariedade do acusado.

Oferecidas as contra-razões, os autos ascenderam a esta Superior Instância, opinando a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Rui Carlos Kolb Schiefeler, pelo desprovimento do recurso.

A pretensão desclassificatória carece de procedência.

Na verdade, o crime de tráfico de entorpecente praticado pelo apelante restou sobejamente comprovado nos autos, pois, além dos depoimentos coerentes prestados pelos policiais Marcos Antônio Goudel (fls. 6 e 80), Sérgio Murilo dos Santos (fls. 7) e Jefferson Nascimento (fls. 7 e 76), que efetuaram a prisão em flagrante, existe a declaração do comprador da droga — Francisco José Cardoso — que, tanto na polícia quanto em Juízo, assegurou ter comprado "uma peteca" de cocaína do réu Luiz Antônio e pago o valor de R\$ 1,00 (um real), ficando, no entanto, devendo outros R\$ 4,00 (quatro reais), em face do preço total do material tóxico adquirido ser de R\$ 5,00 (cinco reais).

Entretanto, se não bastassem os depoimentos acima, temos, também, a confissão do réu prestada na polícia, com as garantias do artigo 6º, inciso V, do Código de Processo Penal, e quando interrogado em Juízo, afirmando ser verdadeira a imputação que lhe é feita, tendo sido "preso no centro da cidade, mais precisamente na Rua Nunes Machado, e tinha trinta e três petecas de cocaína e uma bucha de maconha" e que "foi preso em flagrante vendendo uma peteca de cocaína para Francisco pela importância de cinco reais".

Ora, in casu, restou cristalina e comprovada a narcotraficância, pois o acusado, com a sua ação, externada em vender ao cidadão Francisco José Cardoso uma "peteca" de cocaína, substância entorpecente capaz de causar dependência física e/ou psíquica, infringiu o disposto no artigo

12 da Lei n. 6.368/76, sendo inadmissível, assim, a desclassificação para o delito previsto no artigo 16 da Lei antes citada, pois o fato de ser o acusado viciado e dependente ao uso de cocaína, segundo posicionamento doutrinário e jurisprudencial consolidado, não é incompatível com a sua condição de traficante.

Ademais, convém ressaltar ter a defensora constituída do apelante, em suas razões recursais, admitido a prática da narcotraficância pelo réu, pois alegou que: “O apelante é viciado e pobre.

“Comprou a droga no Morro. Pagou pela mesma. Cede uma pequenina porção para outro doente, desafortunado como ele. Ora, se ele é pobre e pagou pela droga, logicamente, ao ceder para Francisco, é justo que receba pela mesma”.

Por outro vértice, à vista da conclusão do laudo de dependência toxicológica, que deu o acusado como dependente psíquico ao uso de cocaína, e estando sua capacidade de determinação reduzida apenas em relação ao uso da droga (art. 16 da Lei n. 6.368/76), o Magistrado sentenciante deveria ter determinado, no decurso, que no decorrer do cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada, ao réu fosse dispensado tratamento ambulatorial interno no sistema penitenciário onde for internado, de conformidade com o estatuído no artigo 11 da lei supracitada. Nesse sentido: JC 17/435 e Ap. Crim. n. 27.253, de São Miguel do Oeste, deste Relator.

Por outro lado, em relação ao pedido de redução da pena, ante a comparência da confissão espontânea e primariedade do acusado, faz

mister ressaltar ser totalmente inviável, pois, consoante se verifica da r. sentença condenatória, o Togado, levando em consideração os elementos do artigo 59 do Código Penal favoráveis ao réu, aplicou a pena-base em seu mínimo legal, ou seja, em 3 (três) anos de reclusão, não podendo, assim, a referida circunstância legal de diminuição de pena (confissão espontânea) reduzir a reprimenda aquém do seu quantum mínimo abstratamente cominado, máxime em se considerando que, in casu, repita-se, a pena-base foi aplicada no mínimo legal.

A jurisprudência desta Corte de Justiça, em casos que tais, deixou asentado:

“A circunstância legal da confissão espontânea, por integrar a segunda fase da dosimetria da pena (CP, art. 68, 2ª parte), não tem o condão de reduzir a pena aquém do quantum mínimo cominado. Pedido improcedente. Revisão indeferida” (Revisão Criminal n. 2.399, de Curitiba, deste Relator).

Por derradeiro, não obstante silente o apelante quanto à aplicação da Lei n. 9.714/98 ao caso sub judice, meu entendimento pessoal é da não aplicabilidade da referida lei à espécie versada nos presentes autos, que trata de crime de tráfico de entorpecentes, considerado como hediondo.

Na verdade, consoante já coloquei na Ap. Crim. n. 99.005524-8, desta Capital, relatada pelo ínclito Desembargador Nilton Macedo Machado, em voto vista, “frente ao intenso grau de reprovabilidade (culpabilidade), ínsito na conduta daquele que se dedica ao tráfico de entorpecentes, trate-se de pequeno, médio ou grande traficante,

ainda que viciado, conduta, no entanto, grávida de grande violência ao destinatário da droga, posto que suscetível de minar-lhe inexoravelmente a saúde, bem de relevante interesse público, sob obrigatória proteção do Estado, inadmissível, a meu sentir, a incidência da Lei n. 9.714/98 aos denominados crimes hediondos, dentre os quais se inclui o tráfico de entorpecentes”.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Jorge Mussi e Maurílio Moreira Leite. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo.Sr. Dr. Rui Carlos Kolb Schiefler.

Florianópolis, 17 de agosto de 1999.

Alberto Costa,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.003498-4, DE JARAGUÁ DO SUL

Relator: Des. Alberto Costa

Crime contra a saúde pública — Cocaína, maconha e crack — Narcotraficância — Condenação — Recurso ministerial visando à condenação de réu absolvido — Recursos defensivos — Preliminares de nulidade: de inépcia da denúncia por não atender as exigências do artigo 41 do CPP e de ocorrência de excesso de prazo para o oferecimento da exordial acusatória; de nulidade do auto de prisão em flagrante e do termo de apreensão do material tóxico; de cerceamento de defesa por não ter sido nomeado curador à acusada; de preterição do devido processo legal, em virtude de o delegado de polícia ter prestado depoimento como testemunha e de o material tóxico recolhido não ter sido submetido à perícia em sua integralidade — Mérito visando à absolvição por negativa de autoria decorrente de insuficiência de provas — Pleito alternativo de desclassificação do delito para a sua forma mais branda, artigo 16 da Lei de Tóxicos, ou o afastamento da majorante prevista no artigo 18, inciso III, da Lei n. 6.368/76, com a conseqüente redução da pena — Prefaciais de nulidade improcedentes — Rejeição — Contexto probatório carreado para o bojo dos autos a atestar a configuração do delito previsto no artigo 12 da Lei de Tóxicos e a culpabilidade dos apelantes — Condenação mantida — Pretensão desclassificatória inadmissível — Associação eventual dos agentes para o cometimento do delito — Majorante consignada no artigo 18, inciso III, da Lei de Tóxicos in-

cidente na espécie — Redução do quantum pertinente à aplicação da referida causa de especial aumento de pena ao seu mínimo legal — Precedente do Excelso Pretório — Recursos defensivos conhecidos e providos parcialmente apenas para adequar a reprimenda imposta, mantidas as demais cominações da sentença recorrida — Recurso ministerial julgado prejudicado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.003498-4, da comarca de Jaraguá do Sul (2ª Vara), em que são apelantes e apelados a Justiça, por seu Promotor, e Leno Alessandro Nagel, Adir Schulz e Henrique Maurici:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, afastar as preliminares de nulidade, conhecer dos recursos interpostos por Leno Alessandro Nagel, Adir Schultz e Henrique Maurici, e dar-lhes provimento parcial, apenas para adequar a pena, prejudicado o recurso ministerial interposto exclusivamente contra Gislene Scheever.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Jaraguá do Sul, Vara de Exceção Criminal, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Leno Alessandro Nagel, Adir Schulz, Henrique Maurici e Gislene Scheever, dando-os como incurso nas sanções dos artigos 12 e 14, c/c o artigo 18, inciso III, todos da Lei n. 6.368/76, e artigos 29 e 69, ambos do Código Penal, porque, segundo narra a exordial acusatória: “Em 22 de outubro de 1998, por volta das 23h30 min, policiais militares em exercício nesta comarca de Jaraguá do Sul, após terem recebido a denúncia anônima de que os denunciados haviam se dirigido à cidade de Joinville

para buscar droga a ser comercializada nesta comarca de Jaraguá do Sul, num veículo Gol 16 V, prata, placa LZU 9664, de propriedade de Leno Alessandro Nagel, ficaram de ‘campana’ em pontos estratégicos, esperando o retorno do referido veículo.

“Assim, já por volta da 1h30min do dia 23 de outubro de 1998, a Polícia Militar percebeu o veículo retornando à cidade, sendo que o mesmo parou junto à ‘Pensão do Italiano’, Bairro Czerniewicz, residência dos denunciados Henrique Maurici e Gislene Scheever, amásios, local usualmente utilizado para traficância de drogas pelos mesmos e pelos demais denunciados.

“Algum tempo depois, os denunciados desceram da pensão, entrando todos no veículo, com o intuito de se dirigirem ao Cowboys Bar, e praticarem a venda da droga, coisa que já havia sido feita horas antes, tendo sido a venda interrompida pelo término da droga, em razão do grande movimento de ‘clientes’ naquela noite, fato que motivou os denunciados a buscar mais droga para ser vendida.

“Quando o automóvel se encontrava próximo à Celesc, por volta das 2h30min, foi abordado pela Polícia Militar e, tendo sido seus ocupantes submetidos a revista, encontrou-se em poder do denunciado Leno

Alessandro Nagel 10 (dez) buchas de cocaína e 1 (uma) bucha de crack, e em poder do denunciado Henrique Maurici 2 (duas) buchas de cocaína, sendo que no interior do porta-luvas do veículo foram encontrados um torrão de cocaína bruta, um pacotinho de maconha, um rolo de fita durex (usada para fechar as buchas), um pedaço de saco plástico, recortado, da mesma cor das buchas (utilizado para fabricar as buchas), uma tesoura (utilizada para cortar o saco plástico e fabricar as buchas), três relógios de pulso (recebidos pelos denunciados como pagamento pela droga anteriormente vendida), um pacote de guardanapos e R\$ 308,74 (trezentos e oito reais e setenta e quatro centavos), em dinheiro, sendo a maioria em notas de dez e cinco reais (quinze e onze notas, respectivamente), o que igualmente demonstra a venda anterior de droga pelos denunciados.

“É sabido que as substâncias apreendidas em poder dos denunciados são drogas psicotrópicas, que podem causar dependência física e/ou psíquica, e seu uso está proibido em todo o território Nacional, de acordo com a Portaria n. 28, de 13/11/1986, da Dimed/MS.

“Tem-se, ainda, que os denunciados associaram-se para o fim de praticar, reiteradamente ou não, o crime previsto no art. 12 da Lei n. 6.368/76.

“De outro lado, o crime de tráfico aqui denunciado decorreu de associação entre os quatro denunciados” (fls. 3/4).

Em alegações finais, o Órgão Ministerial pugnou pela absolvição dos acusados em relação ao delito

previsto no artigo 14 da Lei de Tóxicos, haja vista não restar caracterizado nos autos.

Concluída a instrução criminal, o Dr. Juiz sentenciou, condenando Leno Alessandro Nagel e Henrique Maurici às penas de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, e 75 (setenta e cinco) dias-multa, por infringirem o disposto nos artigos 12 e 18, inciso III, ambos da Lei n. 6.368/76; Adir Schulz às penas de 6 (seis) anos de reclusão, em regime fechado, e 84 (oitenta e quatro) dias-multa, por infração aos artigos 12 e 18, inciso III, ambos da Lei Antitóxicos; e absolvendo Gislene Scheever com fundamento no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

Inconformados, o representante do Ministério Público e os réus condenados apelaram, explicitando o de nome Henrique Maurici que apresentaria as razões de recurso na Superior Instância. De seu lado, o representante do Parquet pugna pela condenação da ré absolvida Gislene Scheever, em virtude de restar comprovado, nos autos, ter praticado o delito previsto no artigo 12, c/c o artigo 18, inciso III, ambos da Lei n. 6.368/76.

Já os acusados Leno Alessandro Nagel e Adir Schulz objetivam a absolvição, alegando, em preliminar, a nulidade do processo por inépcia da denúncia, pois não descreveu e tampouco individualizou a conduta dos acusados, tendo, apenas, efetuado imputações genéricas e incompatíveis com a realidade dos autos e da Lei de Tóxicos, ocorrendo, inclusive, excesso de prazo para o seu oferecimento, o que causou prejuízos à defesa.

No mérito, afirmam ser nulo o auto de prisão em flagrante, porque: a agressão sofrida, na polícia, pelo réu Henrique Maurici somente foi apurada um mês após sua ocorrência; os policiais estavam intencionalmente procurando prejudicar o acusado Leno Alessandro, pois já tinham desavenças anteriores com ele; os depoimentos prestados pelo condutor e testemunhas foram efetuados de forma conjunta; a droga apreendida não estava no automóvel, e sim com o co-réu Adir Schulz; e, não foi nomeado curador à co-ré Gislene para defender seus interesses, pois quando da prisão possuía 19 anos de idade.

Acrescentam, também, a ocorrência de cerceamento de defesa e supressão do princípio do devido processo legal, porque o Delegado de Polícia depôs como testemunha sobre fatos que não se encontravam documentados no auto de prisão em flagrante.

Acoimam de ser frágil a prova testemunhal amalhada para embasar a condenação, eis que não confirmadas em Juízo e as declarações, prestadas pelos policiais participantes da diligência que redundou na prisão e apreensão do material tóxico, além de serem contraditórias, apenas confirmaram, superficialmente, sem qualquer detalhamento, as que foram prestadas no auto flagrancial. Ademais, o material tóxico apreendido, com exceção dos 12 papelotes de cocaína, não foi encontrado com os réus e tampouco submetidos à perícia, deixando comprovado, in casu, tratar-se de droga que faz parte de outro processo. Inclusive, não foi confirmada sua pontualidade lesiva, ou seja, a de produ-

zir o efeito de dependência ou entorpecimento de uma pessoa.

De outra banda, alegam não restar comprovada a narcotraficância por parte dos réus Leno Alessandro Nagel e Henrique Maurici, sendo os 12 papelotes de cocaína apreendidos de propriedade do co-réu Adir Schulz, o qual afirmou que seria para seu uso próprio, cuja condição de viciado foi atestada pelo laudo pericial de exame de dependência toxicológica, devendo, in casu, ser desclassificado o delito do artigo 12 para o 16 da Lei Antitóxicos.

Requerem, igualmente, a desclassificação do delito para o do artigo 16 da Lei n. 6.368/76 em relação ao apelante Leno Alessandro Nagel, pois, muito embora tenha negado na polícia ser dependente de drogas, ao exercer um direito de defesa, a pequena quantidade de droga apreendida e a inexistência de provas materiais quanto à prática da narcotraficância levam à presunção da prática do crime menor, ou seja, o do artigo 16 da lei supracitada.

Alternativamente, pugnam pela exclusão da causa de especial aumento prevista no artigo 18, inciso III, da Lei de Tóxicos, por não estar configurada no caso sub judice, ou a sua aplicação no valor mínimo legal, qual seja, de 1/3 (uma terça) parte.

Às fls. 377, o Dr. Juiz a quo determinou a cisão do processo em relação à acusada Gislene Scheever, pois não foi encontrada para constituir novo defensor, a fim de apresentar as contra-razões ao recurso do Órgão Ministerial, tendo continuidade em relação aos réus apelantes.

Os autos ascenderam a esta Superior Instância e, por intermédio do Edital n. 031/99 (fls. 380) foi aberto prazo à defesa do réu Henrique Maurici para apresentar as razões de apelação.

Em suas razões, o acusado Henrique Maurici objetiva a absolvição, alegando estar a denúncia embasada exclusivamente no auto de prisão em flagrante, o qual cita a presença dos entorpecentes denominados crack e torrão de cocaína bruto, sem, contudo, ser analisados ou evidenciados no laudo pericial de fls. 161/169.

Argumenta, também, no sentido de não existir prova nos autos de ter o acusado praticado o delito previsto no artigo 12 da Lei Antitóxicos, estando a condenação embasada nos depoimentos contraditórios prestados pelos policiais participantes da diligência que culminou com a apreensão do material tóxico e sua prisão, sendo este de propriedade do co-réu Adir Schulz para seu uso próprio.

Por derradeiro, afirma que no auto de prisão em flagrante as testemunhas oitivadas prestaram seus depoimentos em conjunto, sendo eles idênticos, não prestando como prova para embasar um decreto condenatório.

Oferecidas as contra-razões, os autos ascenderam a esta Superior Instância, opinando a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Anselmo Agostinho da Silva, pelo desprovimento dos recursos aforados pelos réus apelantes, e provimento do interposto pelo Órgão Ministerial, a fim de ser a co-ré Gislene Scheever condenada pela prática do delito previsto no artigo 12, c/c o

artigo 18, inciso III, ambos da Lei n. 6.368/76.

Preliminarmente, gize-se que o recurso aforado pelo representante do Ministério Público não pode ser conhecido nesta assentada de julgamento, em virtude de o Dr. Juiz de Direito a quo ter determinado a separação do processo em relação à co-ré Gislene Scheever, tramitando, destarte, a apelação do Órgão Ministerial em autos apartados.

Por outro vértice, ficam afastadas as prefaciais de nulidade suscitadas nos apelos dos réus Leno Alessandro Nagel e Adir Schulz.

De fato, não há falar, inicialmente, em inépcia da denúncia, quer pelo aventado excesso de prazo quanto ao seu oferecimento, quer por não atender a própria, segundo a ótica recursal, os ditames do artigo 41, do Código de Processo Penal.

Ora, quanto ao primeiro argumento, é de cediço conhecimento doutrinário e jurisprudencial, não repetido nesta oportunidade para evitar-se tautologia, que o recebimento da peça acusatória vestibular a des tempo não se erige em nulidade, e sim em mera irregularidade, sanada com o recebimento daquela. Ademais, oportuno registrar que, sentenciado o feito, inadmissível agitar-se a matéria pertinente a excesso de prazo para o oferecimento da denúncia.

No que tange ao segundo argumento, basta uma perfunctória leitura da exordial acusatória, transcrita no relatório deste decisum, para concluir que esta atende todas as exigências do artigo 41 do Código de Processo Penal, ensejando aos apelantes amplo direito de defesa.

De outra parte, inadmissível a arguição de ser nulo o auto de prisão em flagrante, à vista de a coação física sofrida pelo co-réu e apelante Henrique Maurici ter sido apurada um mês após sua prática e de não ter sido nomeado curador na fase pretérita à co-denunciada Gislene.

A uma, porque, a teor do disposto no artigo 565, última parte, do Código de Processo Penal, aos apelantes Leno e Adir é vedado arguir nulidade referente à formalidade cuja observância só à parte contrária interesse, no caso, Henrique e Gislene, impendendo ressaltar que no apelo de Henrique Maurici nenhuma menção existe sobre a aventada coação, e, quanto à Gislene, restou absolvida da increpação que lhe foi intentada.

A duas, em virtude de não ser nula a peça flagrantial.

No que tange ao co-apelante Henrique, ante a descomprovação da alegada agressão corporal, acrescentando-se que Henrique foi ouvido na polícia na presença de advogado, em cuja oportunidade, com toda certeza, o aludido apelante deveria ter manifestado a seu defensor, e não o fez, sobre a ocorrência. Se permaneceu calado, foi porque as supostas agressões incorreram.

Pertinentemente à Gislene Scheever, de registrar a desnecessidade de curador para ela, no flagrante, haja vista ter prestado suas declarações na presença de advogado que ao depois a assistiu no interrogatório judicial e patrocinou-lhe a defesa prévia.

Finalmente, e por sobre tudo isso, aduza-se o fato, sobejamente conhecido, de que as nulidades porven-

tura existentes no auto de prisão em flagrante ficam supridas com o recebimento da denúncia, não se comunicando à ação penal regularmente instaurada, consoante ocorrido in fattispecie.

De outra sorte, insubsistente o reclamo defensivo de que: a) houve violação, no auto flagrantial, ao princípio da incomunicabilidade das testemunhas, que prestaram depoimentos conjuntos; b) a droga apreendida não estava no automóvel; c) o Delegado de Polícia depôs como testemunha sobre fatos que não se encontravam documentados no auto de prisão em flagrante; d) o material tóxico apreendido não corresponde ao periciado; e, e) os policiais que participaram da diligência narrada na denúncia depuseram com o manifesto escopo de prejudicar o apelante Leno Alessandro Nagel.

De efeito, no que diz respeito aos depoimentos prestados no auto flagrantial, assim se expressou esta egrégia Câmara, no Habeas Corpus n. 98.01546-4, impetrado em favor dos ora apelantes, de minha relatoria:

“Não houve violação à incomunicabilidade das testemunhas, eis que os depoimentos prestados pelas mesmas, no auto de prisão em flagrante, não são idênticos, conforme se pode verificar naquela peça flagrantial. Ademais, naquela oportunidade, não houve protesto por parte do advogado que se fazia presente ao ato”.

De outro viso e no que se alude à apreensão do material tóxico, é bem de ver, conforme as declarações prestadas em Juízo pelos policiais Luciano Borck e Gilmar Bussarello (fls. 185/186 e 188/189), participantes da

diligência, em poder do réu Leno foram encontrados alguns papelotes de cocaína, e, com Henrique, uma bucha contendo cocaína. Ademais, no porta-luvas do automóvel foram encontrados um pedaço de plástico, do mesmo material em que encontrava embalada a droga, uma tesoura, fita durex, além de uma certa quantidade de droga.

Acrescente-se que na polícia, Luciano Borck (fls. 7) já afirmara ter encontrado com o apelante Leno, no bolso dianteiro da calça, um porta moedas com 10 papelotes de cocaína, prontos para o comércio, e uma bucha de crack. Já com o apelante Henrique, o soldado Gilmar Bussarello declarara ter encontrado duas buchas de cocaína. E, no veículo, localizaram, no porta-luvas, um torrão de cocaína bruta, envolta num plástico, e um pacotinho de maconha, além de um rolo de fita durex, uma tesoura, um saco plástico da mesma cor que envolvia as buchas de droga, três relógios de pulso e pacotinho de guardanapos (fls. 10).

Claro está que pequenas discrepâncias nos depoimentos das testemunhas não têm o condão de elidir o valor probatório do que afirmam, ainda mais quando deles não ressalta qualquer desejo de causar malefício aos apelantes.

No que toca ao combatido depoimento prestado pelo Delegado Ilson José da Silva sobre fatos — afirmam os apelantes — que não se encontravam documentados no auto de prisão em flagrante, nenhum empeco existe na lei a oitiva da referida autoridade policial, que não estando impedido de testemunhar sobre fatos cujo conhecimento tomou em diligências

de que participou ou teve notícia, in casu apenas limitou-se a prestar informações ao Juízo a quo sobre a vida pregressa de alguns dos acusados.

Nessa conformidade, disse a autoridade policial textualmente a fls. 187: “conhecia pessoalmente os acusados Adir, Henrique e Gislene por passagens anteriores; que conhecia Leno apenas de nome; que por informações e investigações anteriores à prisão teve conhecimento, inclusive por delator de viciados que os quatro denunciados distribuíam droga nesta cidade; que não chegou a realizar, anteriormente à prisão, nenhuma operação com vistas à prisão dos acusados já que se esperava o momento oportuno para tanto”. E, como as demais perguntas formuladas pelo Ministério Público tinham pertinência com o *meritum causae*, o Magistrado as indeferiu, não se vislumbrando, destarte, qualquer cerceamento de defesa, e vulneração ao princípio do devido processo legal.

Finalmente, no que se refere à derradeira prefacial de nulidade, qual a de que o material tóxico apreendido não corresponde ao efetivamente periciado, manifesta é a sua inconsistência. Ora, conforme atesta o ofício constante a fls. 43, todo o material tóxico apreendido foi remetido à perícia para o respectivo exame, e como sói acontecer em casos que tais, a perícia recaiu em pequenas porções retiradas da parte integral das drogas apreendida (fls. 161/169), que culminou por atestar tratar-se o material apreendido de maconha e cocaína, pouco importando tenha-se aludido a crack, que nada mais é senão pasta de cocaína.

Quanto ao mérito, inadmissível a pretensão absolutória, eis que do contexto probatório amealhado exsurge cristalinamente demonstrado que os apelantes mantinham uma associação, ainda que de caráter eventual, que para o segmento mais sedimentado da jurisprudência nacional, corresponde ao concurso de duas ou mais pessoas direcionado para o comércio de substâncias entorpecentes que causam dependência física e/ou psíquica.

Consoante muito bem anotado pelo Juiz de Direito Substituto sentenciante, Dr. Edson Marcos de Mendonça, a fls. 252/258: “Do contexto existente nos autos e do enredo nele contido, constata-se que tendo recebido denúncia dando conta de que ocupantes de um veículo Gol, cor prata, haviam se dirigido à cidade de Joinville com o intuito de adquirir drogas para revendê-las nesta comarca, policiais militares, após identificarem o veículo mencionado, que esteve na ‘pensão do italiano’ quando da chegada à cidade, acabaram por abordá-lo, ocasião em que foram apreendidas drogas em poder de alguns de seus ocupantes, mais precisamente na posse de Henrique e Leno.

“Verifica-se, também, que na busca realizada no interior do veículo, foram encontrados vários objetos utilizados na preparação da comercialização de drogas, tais como plásticos, fita adesiva, tesoura etc.

“Das declarações dos policiais que participaram da diligência que culminou com a prisão dos réus, extrai-se o seguinte:

“Luciano Borck (fls. 185/186) — ‘que no dia da prisão dos acusados o depoente encontrava-se de serviço

quando, entre 23h30min e 0 hora recebeu informação via Copom de que um Gol prata que posteriormente se identificou como sendo do acusado Leno, teria se deslocado a Joinville onde buscaria certa quantidade de tóxico para vender nesta cidade; (...) que a partir da informação recebida mobilizou duas viaturas, além da que comandava, e traçou plano para a abordagem do veículo; que quando já se encontrava no aguardo do veículo, uma das viaturas informou que o Gol em questão havia ingressado na cidade pela Rua Joinville e se dirigido para a Rua Jorge Czerniewski, estacionando em frente a Pensão do Italiano; (...) que na Rua Epitácio Pessoa acabou-se por realizar a abordagem do veículo e de seus ocupantes; (...) que ao revistar o acusado Leno, encontrou num dos bolsos da frente de sua calça um moedeiro contendo alguns papелotes de cocaína e um invólucro um pouco maior também contendo cocaína; que em posse do acusado Adir nada foi encontrado; que o soldado Gilmar encontrou em poder de Henrique Maurici certa quantidade de droga não sabendo do que exatamente se tratava; que com a acusada Gislene nada foi encontrado; que no porta-luvas do veículo foi encontrado um pedaço de plástico do mesmo material em que se encontrava embalada a droga, uma tesoura, fita durex, além de uma certa quantidade de droga, não se recordando exatamente se maconha ou cocaína...’

“Gilmar Bussarelo (fls. 188/189) — ‘...que na noite dos fatos estava de serviço e recebeu as informações via Copom de que um veículo Gol com as características mencionadas na denúncia, viria de Joinville, por volta de 1

hora, trazendo um carregamento de tóxicos; (...) que após algum tempo recebeu a informação via rádio de que o veículo Gol havia ido até a pensão do italiano, deixando o local logo em seguida; (...) que em revista realizada no acusado Henrique encontrou com o mesmo uma bucha contendo cocaína; que com um outro réu, o qual não sabe informar quem seja, no momento, o Sargento também encontrou droga; que não encontrou nenhuma droga em poder do acusado Adir; (...) que com a acusada Gislene, ao que sabe, nada foi encontrado...'

"A existência de droga em poder dos denunciados e bem assim de objetos utilizados para a preparação da comercialização, nesse passo, são fatos incontestes.

"Sustenta a defesa que a droga apreendida se encontrava, tão-somente, em poder do réu Adir, eis que totalmente viciado. Pretende demonstrar, com isso, que os demais acusados nada têm a ver com os fatos.

"A versão não convence. É que, ainda que se saiba que Adir é viciado em drogas, fato este demonstrado pelo exame pericial realizado (que não afastou sua responsabilidade penal em relação ao delito que lhe é imputado), as provas que emergem dos autos dão conta de que realmente, quando da abordagem policial, tal acusado nenhuma substância tinha em seu poder. E, mais, como se verá adiante, que tal indivíduo, em sociedade com os demais réus, praticava o comércio clandestino, não sendo apenas mero usuário, sendo por isso mesmo inaceitável a tese desclassificatória.

"Além disso, bem sabe a nobre defesa que Adir se trata de pessoa dada à prática de delitos, tanto que condenado recentemente a sete anos de reclusão por roubo (fls. 64), não passando sua alegação de mera tentativa de furtar-se à responsabilidade que lhe é atribuída. A pretensão é clara: ser considerado viciado, admitindo-se que a droga se destinava ao seu consumo e, simplesmente, absolver-se os demais réus por não terem qualquer participação no delito.

"Não há razão alguma para acreditar-se, como quer fazer crer a nobre defesa, que a prisão dos réus decorreu de fantástico e arquitetado plano maquiavélico orquestrado pela polícia local. Também inexistem motivos para acreditar que a residência de Henrique e Gislene não era palco da venda de tóxicos.

"A testemunha Ilson José da Silva, delegado de polícia, declarou (fls. 187): '...que por informações e investigações anteriores à prisão teve conhecimento, inclusive por relatos de viciados, que os quatro denunciados distribuíam drogas nesta cidade...'

"De significativa importância, igualmente, as informações trazidas aos autos pelas demais testemunhas, diga-se de passagem, compromissadas. Assim é que, a fls. 190, Juventino Campregher, proprietário do imóvel locado a Henrique e Gislene, relata:

'...que acha que os acusados Henrique e Gislene não trabalhavam; que era intenso o movimento de pessoas no apartamento de Henrique e Gislene; ...que em certa oportunidade Henrique lhe disse que haviam lhe roubado dez buchas de seu apartamento e outra ocasião seis buchas;

que ouviu Henrique dizer que não vendia cocaína fiado...'

"A testemunha de defesa Simone Cristina Ribeiro, inquirida a fls. 193, informa:

'que havia bastante movimento de pessoas no apartamento de Henrique; que haviam comentários de que eram vendidas drogas no apartamento de Henrique, porém a depoente nunca presenciou tal fato;'

"Carmen Lúcia Alves, também testemunha arrolada pelos réus, declarou (fls. 194):

'...que havia comentários de que o acusado Henrique vendia drogas, não sabendo a depoente, no entanto, se no apartamento; (...) que os comentários davam conta de que os três acusados vendiam drogas...'

"As demais testemunhas de defesa nada sabem sobre os fatos, servindo somente como abonadoras.

"Nivaldo Alves de Oliveira, ouvido de ofício, informou (fls. 199):

'...que por comentários tomou conhecimento de que os réus vendiam drogas; (...) que os comentários davam conta de que Leno trazia droga de Joinville; (...) que não sabe o que tantos jovens faziam no local; (...) que o movimento a que se referiu deu uma reduzida pequena depois da prisão mas sempre tem bastante.'

"Dá análise dos depoimentos colhidos, sobretudo das pessoas que moram no prédio em questão, conclui-se: primeiro: trata-se de local totalmente impróprio, freqüentado, inclusive, por moças de programa; segundo: o apartamento de Henrique era, sim, utilizado para a comercialização de drogas.

"Não há como acatar-se a tese defensiva de que quem vendia drogas no local era o indivíduo conhecido por Biro. A verdade é que diante das provas carreadas, não se pode duvidar que tal pessoa ou mesmo outras, também se dedicassem ao espúrio comércio. Entretanto, se o faziam, certamente não estavam sós no 'mercado', eis que, conforme amplamente demonstrado, também os réus praticavam suas vendas ilegais.

"Ainda que não demonstrada a mercancia e os sucessivos encontros entre os acusados no apartamento de Henrique, o que se propõe apenas para argumentar, já que a prova autoriza, como se viu, conclusão diversa, a forma como a droga restou apreendida (devidamente embalada em papélotes) e, principalmente, a existência, no interior do veículo, dos vários objetos constantes do termo de fls. 19 não deixam dúvidas.

"Ora, nenhum, repita-se, nenhum argumento apresentaram os réus que pudesse justificar a razão pela qual se encontravam no porta-luvas do veículo os plásticos, a tesoura e a fita adesiva, limitando-se todos a informar que não tinham conhecimento de que lá se encontravam. A quem pretendem enganar? Se ao Juízo, seu esforço terá sido em vão.

"Apega-se a defesa a pequenos desencontros nos depoimentos dos policiais que efeturaram a prisão dos réus, como se tais pudessem afastar a certeza que emana dos autos.

"Com efeito, as poucas divergências existentes são frutos, na verdade, primeiro do tempo decorrido (os policiais atendem inúmeras ocorrências

em um curto espaço de tempo), segundo, da própria natureza da atividade policial ante as circunstâncias do caso. Não se pode esperar, como é óbvio, que durante uma abordagem policial, cercada dos riscos a ela inerentes, que os agentes policiais atendem minuciosamente para a atuação de seu parceiro.

“A propósito dos eventuais desencontros nos depoimentos de policiais, abarcando, igualmente a questão relativa à suspeição dos mesmos, traz-se à baila os seguintes arrestos:

‘Tóxicos. Testemunho de policiais. Valor probante. O testemunho de policiais, por si só, não merece eiva de suspeição, desde que não defendam eles um interesse particular, mas o de caráter coletivo realizado pela administração pública’ (in Ap. Crim. n. 23.444 — São Francisco do Sul — rel. Des. Reynaldo Rodrigues Alves — j. 29/4/1988).

‘Os depoimentos de policiais devem ser cridos até prova em contrário. 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-lhes crédito quando fossem dar conta de suas tarefas no exercício de funções precípua’ (TJRJ — RDTJ—RJ 7/287).

‘Pequenos desencontros nos depoimentos de policiais não retiram a validade da prova, posto que se referem a acontecimentos periféricos, não essenciais à caracterização do crime’ (Ap. Crim. n. 96.007210-1, da Capital, rel. Des. Nilton Macedo Machado, julgada em 1º/10/96).

“Não se pode, como pretende a douda defesa, simplesmente rechaçar

os depoimentos dos policiais militares à vista do singelo argumento de que estes possuem intrigas anteriores com os acusados. Primeiro porque referidos profissionais negaram qualquer fato desta natureza. Segundo, porquanto, como se vê, tal argumento não passa de mera tentativa, desprovida de qualquer fundamento, que visa afastar a verdade dos autos, verdade esta que, indisfarçavelmente aponta os réus como traficantes.

“Também nenhuma relevância há no fato de tais policiais trabalharem como seguranças, nas horas de folga, em salões particulares. Se isso fazem, é porque certamente são mal remunerados. Tal atividade possui mesmo um caráter positivo já que, na condição de policiais, a serviço ou não, devem os agentes agir diante de crimes que eventualmente ocorram naqueles locais.

“A verdade é que a suposta inimizade não passou do campo das alegações; não existindo uma só prova nos autos que a fundamente, desmerecendo crédito, portanto.

“Ainda em relação às alegações defensivas, deve ser dito que não se compreende a razão de se discutir, nesta fase processual, questões relativas à possibilidade ou não de se conceder liberdade provisória aos acusados. Ora, tal questão já foi exaustivamente examinada no decorrer do processo, inclusive tendo sido objeto de manifestação do egrégio Tribunal de Justiça por ocasião da impetração de Habeas Corpus em favor dos réus. Por tais argumentos, deixo de tecer considerações sobre o tema.

“Diante de toda exposição, não restam dúvidas de que não só a droga

encontrada em poder dos réus se destinava ao comércio, como também, utilizando-se do apartamento locado por Henrique, este e seus comparsas preparavam e comercializavam ali as drogas proibidas”.

Na verdade, a confissão, em Juízo, do apelante Adir, carreando para si exclusivamente a propriedade e posse do material tóxico apreendido, conforme ressaltou o Togado, não convence, eis que visou, exclusivamente, à absolvição dos comparsas. Todavia, de outro lado, resultou em efeito positivo quanto à existência das drogas, antes negadas por todos os apelantes.

A autoria e a materialidade do delito, previstas no artigo 12 da Lei de Tóxicos, apresentam-se, no caso dos presentes autos, devidamente comprovadas, transgredidos os essenciais do supramencionado delito pelos apelantes, rechaçando-se, nesta oportunidade, as teses defensivas, de absolvição e de desclassificação do delito para a forma mais branda, descritas no artigo 16 da Lei Específica.

A condenação ditada no decisorio objurgado merece ser mantida por seus próprios fundamentos, merecendo pequeno reparo apenas na parte da dosimetria da pena.

É que, primeiro, ante a confissão judicial empreendida pelo apelante Adir Schulz, em seu favor deveria ter sido reconhecida a atenuante prevista no artigo 65, inciso III, letra d, do Código Penal. E, segundo, por quedar-se manifestamente indevida a fixação do aumento decorrente da presença da majorante especial prevista no artigo 18, inciso III, no patamar de 1/2 (metade), ao fundamento de terem

sido três os participantes do delito. À toda evidência, forçoso reconhecer que o aumento decorrente da associação delinqüencial não está ligado ao número de agentes, mas sim, às circunstâncias factuais da própria causa de aumento.

Na espécie versada nos presentes autos, deve ele ajustar-se aos parâmetros da pena-base fixada para os apelantes, no mínimo ou próximo deste.

Bem a propósito já decidiu o Excelso Supremo Tribunal Federal, em aresto da lavra do eminente Ministro Marcos Aurélio de Melo, no Recurso Especial n. 77.554/PR (REG. 95.0054832-1), julgado em 12 de dezembro de 1995, cuja ementa é a seguinte:

“Penal. Sentença condenatória. Pena-base. Fixação no mínimo legal. Causa especial de aumento de pena. Adoção do percentual máximo. Impossibilidade. Tráfico de entorpecentes. Associação. Lei n. 6.368/76, arts. 12 e 18.

— Se o Juiz, no processo de individualização da pena, consideradas as circunstâncias legais inscritas no art. 59, do Código Penal, fixar a pena-base no mínimo legal, não poderá adotar o percentual máximo na aplicação da causa especial de aumento de pena.

— Na hipótese de condenação por tráfico de entorpecentes (Lei n. 6.368/76, art. 12), se a pena-base foi fixada no mínimo legal — 3 anos —, em face das circunstâncias legais que se revelaram favoráveis ao réu, é indevida, porque incoerente, a aplicação da causa especial de aumento de pena relativa à associação (art. 18, III)

em percentual máximo impondo-se a adoção do mesmo critério.

“— Recurso especial conhecido e provido”.

Nessa conformidade, adotando a análise dos elementos do artigo 59 do Código Penal realizada pelo doutor Juiz de Direito a quo, a pena reclusiva e de multa-tipo, individualmente a cada um dos apelantes, fica estabelecida na seguinte proporção: Aos apelantes Leno Alessandro Nagel e Henrique Maurici, a pena-base fica estabelecida em 3 (três) anos de reclusão, mantida neste patamar na segunda fase da dosimetria, em face da inocorrência de agravantes e atenuantes legais. Na terceira fase, em virtude da comparência da causa de especial aumento prevista no artigo 18, inciso III, da Lei de Tóxicos, aumenta-se a pena acima imposta em 1/3 (uma terça) parte, isto é, de 1 (um) ano, totalizando a pena, para cada um dos referidos apelantes, em 4 (quatro) anos de reclusão. A pena de multa-tipo, fixada na sentença recorrida, fica mantida individualmente em 50 (cinquenta) dias-multa, atendido o valor de cada dia-multa os parâmetros do artigo 38, e seus parágrafos, da Lei de Tóxicos. Finalmente, ante a presença da causa de especial aumento prevista no artigo 18, inciso III, da Lei Antitóxicos, aumenta-se a pena pecuniária anteriormente fixada em 1/3 (uma terça) parte, isto é, 16 (dezesseis) dias-multa, totalizando em 66 (sessenta e seis) dias-multa, tudo de conformidade com os parâmetros do artigo 38, e seus parágrafos, da Lei n. 6.368/76.

Ao apelante Adir Schulz, cujos essenciais do artigo 59 do Código Penal não lhes são inteiramente desfa-

voráveis, fixa-se-lhe a pena-base em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão. Ante a presença da agravante da reincidência (art. 61, I, do CP), aumenta-se a pena anteriormente estabelecida em 6 (seis) meses, somando 4 (quatro) anos. De outra parte, presente a atenuante da confissão espontânea (CP, art. 65, III, d), diminui-se a pena já fixada em 6 (seis) meses, totalizando em 3 (três) anos e 6 (seis) meses. Derradeiramente, em virtude da presença da causa de especial aumento de pena consignada no artigo 18, inciso III, da Lei de Tóxicos, aumenta-se a pena acima fixada, em 1/3 (uma terça) parte, isto é, em 1 (um) ano e 2 (dois) meses, totalizando a pena reclusiva em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses. No tocante a pena de multa-tipo quantificada na sentença em 56 (cinquenta e seis) dias-multa, fica mantida neste patamar, aumentada em 1/3 (uma terça) parte, isto é, em 18 (dezoito) dias-multa, ante a comparência da causa de especial aumento prevista no art. 18, inciso III, da Lei de Tóxicos, totalizando 74 (setenta e quatro) dias-multa, cada dia valorado segundo os parâmetros do artigo 38, e seus parágrafos, da Lei n. 6.368/76, mantidas, por derradeiro, relativamente a todos os apelantes, as demais cominações da decisão guerreada.

Ante o exposto, a Câmara, à unanimidade, afasta as preliminares de nulidade, conhece dos recursos interpostos por Leno Alessandro Nagel, Adir Schultz e Henrique Maurici, e dá-lhes provimento parcial, apenas para adequar a pena, prejudicado o recurso ministerial interposto exclusivamente contra Gislene Scheever.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos.

Srs. Des. Jorge Mussi e Maurílio Moreira Leite. Lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 5 de outubro de 1999.

Alberto Costa,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.018001-8, DE JOAÇABA

Relator: Des. Alberto Costa

Crime contra a saúde pública — Maconha e cocaína — Tráfico — Condenação — Recurso defensivo visando à absolvição ou a desclassificação para uso próprio — Laudo toxicológico definitivo em relação à maconha — Ausência de sua juntada aos autos — Imprescindibilidade — Descomprovação da presença de compostos tóxicos causadores da dependência física e/ou psíquica — Materialidade do delito do artigo 12 da Lei de Tóxicos no tocante a maconha incomprovada — Absolvição quanto a este delito fulcrada no artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal — Réu que se confessa viciado no uso de drogas — Pequena quantidade de cocaína apreendida encontrada em seu poder — Dependência psíquica ao consumo de droga comprovada por exame médico legal — Ausência nos autos de elementos probatórios que autorizem concluir que o apelante exerça a narcotraficância — Desclassificação do crime do artigo 12 para a modalidade prevista no artigo 16 da Lei de Tóxicos, beneficiando o réu com a causa de especial diminuição de pena ínsita no parágrafo único do artigo 19 da Lei n. 6.368/76 — Recurso defensivo provido.

“— Nos crimes da Lei n. 6.368/76, a comprovação da materialidade do delito é feita por intermédio do laudo toxicológico definitivo que deve ser juntado aos autos até a audiência de instrução e julgamento (art. 25). Na ausência do mesmo, a absolvição se impõe” (Ap. Crim. n. 27.069, da Capital, deste Relator).

— Inexistindo nos autos elementos convincentes de que o material tóxico destinava-se ao comércio, impõe-se a desclassificação do delito para o artigo 16 da Lei n. 6.368/76.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.018001-8, da comarca de Joaçaba (1ª Vara), em que é apelante Claudemir

Antônio Antunes, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso para, primeiro, absolver o apelante com fulcro no artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal, da prática do delito previsto no artigo 12 da Lei de Tóxicos, pela falta da respectiva materialidade, e, segundo, desclassificar o delito tipificado no artigo 12 da Lei Antitóxicos (tráfico de cocaína) para o do artigo 16, e adequar a pena para 4 (quatro) meses de detenção e 12 (doze) dias-multa, cada dia no valor mínimo legal, segundo os parâmetros do artigo 38 e parágrafos da Lei n. 6.368/76, expedindo-se em favor do apelante o competente alvará de soltura, se por al não estiver preso, com a ressalva de que, quando os autos baixarem à origem, seja oportunizada ao Ministério Público a proposição do benefício previsto no artigo 89 da Lei n. 9.099/95.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Joaçaba, 1ª Vara Criminal, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Claudemir Antônio Antunes, dando-o como incurso nas sanções do artigo 12, caput, da Lei n. 6.368/76, porque, segundo narra a exordial acusatória: "(...) a autoridade policial vinha recebendo notícias anônimas que o denunciado Claudemir Antônio Antunes estava vendendo substâncias entorpecentes, em seu comércio e também em sua casa, situada na Avenida da Liberdade, Bairro Nossa Senhora de Lourdes, nesta Cidade.

"Então, os policiais civis Roberto Carlos Nunes e Juliano Primo Pe-

drini passaram a fazer as investigações de praxe, quando passaram a acampar nas proximidades da casa e do comércio do denunciado, que ficam anexos. Lá presenciaram grande movimentação de pessoas, principalmente jovens, entravam e logo saíam do local, ficando evidenciado que o agente realmente estava comercializando drogas em seu bar.

"Então, após requerimento formulado pelo doutor Delegado de Polícia, foi expedido por este Juízo o Mandado de Busca e Apreensão de fls. 7.

"No dia 23 de abril de 1999, por volta das 17 horas, de posse de tal documento, vários Policiais Civis em exercício nesta Comarca, dirigiram-se até o comércio do denunciado, onde efetuaram uma revista no interior do bar e em todos os cômodos de sua casa, local em que foi encontrada grande quantidade de maconha, mais precisamente a quantia de 860g (oitocentos e sessenta gramas), conforme termo de apreensão de fls. 9. Parte da droga estava guardada em cima do guarda-roupas do quarto; mais um pouco estava dentro de um pote de plástico e a maior quantidade, dentro de uma caixa de madeira fechada com um cadeado.

"Além disso, foi encontrada no bolso das roupas do denunciado, uma bucha, contendo 0,85g (oitenta e cinco miligramas) de cocaína.

"Pelos condições do agente, circunstâncias da apreensão e quantidade da droga apreendida, o denunciado tinha em depósito a grande quantidade do entorpecente para comercializar com terceiros, aliás como já vinha fazendo há algum tempo.

“Com o denunciado foram apreendidos também um revólver, marca Taurus, calibre 38, n. 1789287, que havia sido furtado da vítima Ruy Pinheiro, além de duas fitas de videocassete, de propriedade de locadoras desta Cidade, também subtraídas, objetos que foram trocados, por pessoas não identificadas, por entorpecentes” (fls. 2/4).

Concluída a instrução criminal, o Dr. Juiz sentenciou, condenando Claudemir Antônio Antunes às penas de 3 (três) anos de reclusão, em regime fechado, e 50 (cinquenta) dias-multa, cada dia no valor mínimo legal, por ter infringido o disposto no artigo 12 da Lei n. 6.368/76, deixando de aplicar a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos (pena alternativa), por entender não ser socialmente recomendável a referida substituição, e determinando a extração de cópia de todo o processo e sua remessa à autoridade policial para apuração da prática, em tese, dos crimes de furto e receptação, com relação ao revólver e às fitas de videocassete.

Inconformado, o acusado apelou objetivando a absolvição, alegando ser frágil a prova amealhada para ensejar um decreto condenatório, pois embasado nos depoimentos contraditórios dos policiais participantes da diligência, que culminou com a sua prisão e apreensão do material tóxico, e nas declarações prestadas em Juízo pelas testemunhas de acusação, as quais foram apenas ratificadas.

Alternativamente, requer a desclassificação do crime de tráfico para o previsto no artigo 16 da Lei de Tóxicos, pois a droga apreendida era de

sua propriedade e se destinava para uso próprio, devendo, ainda, ser beneficiado com as disposições do artigo 44 do Código Penal, com a nova redação dada pela Lei n. 9.714/98, ou com o sursis.

Por derradeiro, caso seja reconhecida a ocorrência do crime de tráfico, requer a desclassificação para a forma tentada, pois não estava comercializando a droga no momento da apreensão.

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 provimento do recurso, a fim de desclassificar o delito de tráfico para o de uso, previsto no artigo 16 da Lei n. 6.368/76, reconhecendo a causa especial de diminuição da pena prevista pelo artigo 19 da Lei n. 6.368/76, haja vista não ter sido juntado aos autos o laudo definitivo da maconha apreendida, sem o qual não há como prolatar um decreto condenatório com base naquele material tóxico.

É o relatório.

Razão assiste ao douto parecerista.

Compulsando-se os presentes autos, constata-se a falta do laudo toxicológico referente ao entorpecente conhecido por maconha, cuja ausência impede concluir-se sobre a nocividade do tóxico apreendido, acarretando, in casu, a não comprovação da materialidade do delito.

Ademais, convém ressaltar que a ausência desse exame não pode ser suprida pelo laudo de constatação de fls. 18, pois não basta a simples identificação preliminar, sendo indispensá-

vel o diagnóstico da presença de compostos tóxicos ou causadores de dependência física e psíquica dos alcalóides, barbitúricos, alucinógenos e estupefacientes, que se faz por intermédio do laudo toxicológico definitivo.

É da jurisprudência desta Corte de Justiça:

“Tóxicos. Laudo toxicológico definitivo. Ausência. Imprescindibilidade. Absolvição. Recurso provido.

— Nos crimes da Lei n. 6.368/76, a comprovação da materialidade do delito é feita por intermédio do laudo toxicológico definitivo, que deve ser juntado aos autos até a audiência de instrução e julgamento (art. 25). Na ausência do mesmo, a absolvição se impõe” (Ap. Crim. n. 27.069, da Capital, deste Relator).

Assim, ante a falta do laudo toxicológico definitivo, não restou comprovado que o material tóxico apreendido, qual seja, a maconha, era substância entorpecente ou que pudesse determinar dependência física ou psíquica, não podendo, in casu, ser o apelante condenado pela prática do crime de tráfico de maconha, pois incomprovada a materialidade do delito, no tocante a este aspecto.

Por outro vértice, no que diz respeito à substância química apreendida, as 0,85g (oitenta e cinco miligramas) de cocaína encontrada no bolso das roupas do apelante, verifica-se que esta se destinava ao uso próprio.

Na verdade, o acusado, quando ouvido no auto de prisão em flagrante, declarou: “que, a maconha encontrada em sua residência é de sua propriedade e servia para seu consumo, uma vez que é viciado, sendo que

a mesma foi adquirida na cidade de Itajaí—SC onde na ocasião o declarante comprou um quilo e meio...”. E, mais adiante, afirma: “que, com relação à ‘petequinha’ de cocaína encontrada dentro de um maço de cigarro é para consumo do declarante”.

Em Juízo, quando interrogado, asseverou: “Que se encontrava na residência do seu pai, tendo os policiais ali chegado quando se encontrava no banheiro, consumindo maconha; que quando saiu do banheiro, encontrou os policiais na parte externa do bar de propriedade de seus pais; que a droga apreendida era de sua propriedade, para seu consumo próprio já que é viciado no consumo de maconha”.

Submetido a exame de dependência toxicológica, os expertos, ao relatarem o laudo pericial, concluíram ser o réu dependente ao uso de drogas em grau leve.

Por outro vértice, os policiais civis, participantes da diligência que culminou com a apreensão do material tóxico e com a prisão do réu, relataram terem recebido denúncias anônimas de que ele estava praticando tráfico de entorpecentes no bar localizado em sua residência. Para o local se dirigiram e ficaram de campana, oportunidade em que constataram a presença de várias pessoas entrando e saindo do referido estabelecimento comercial.

No entanto, nenhuma dessas pessoas foi interceptada ou oitivada na polícia, a fim de obterem uma possível comprovação da prática da narcotraficância por parte do acusado.

O policial Juliano Primo Pedrini, também participante da diligência, ao ser oitivado em Juízo, declarou: “que ratifica integralmente seu depoimento

de fls. 7, que ora lhe foi lido; que anteriormente já havia recebido várias denúncias telefônicas da traficância e da compra de objetos furtados por Gaúcho, como é conhecido Claudemir; que anteriormente já haviam feito algumas abordagens próximo ao local, porém não chegaram a flagrar ninguém com drogas dizendo que as teriam adquirido do Gaúcho; (...); que a maior quantidade de denúncia era em relação à receptação por parte de Gaúcho". E, mais adiante, às perguntas da defesa, acrescentou: "que campana foi a primeira vez que fizeram no local; que anteriormente já havia sido flagrado algumas pessoas próximo ao local portando drogas, porém estas negaram tenha adquirido de Gaúcho, sempre saindo com evasivas, como de que teriam comprado de alguém na rodoviária etc. (...); que no dia dos fatos não foi feita nenhuma abordagem das pessoas que entravam e saíam do comércio; que o local se trata de um bar com mesa de sinuca e uma pequena mercearia".

Ora, nessas circunstâncias, não se vislumbra a prática do tráfico de entorpecentes por parte do acusado, comparecendo em seu favor a presunção de uso próprio, ainda mais sendo ele dependente do uso de drogas, com capacidade restrita, circunstância esta demonstrada por perícia médica.

Destarte, desclassificada a infração, descrita na denúncia, do artigo 12 para o artigo 16 da Lei n. 6.368/76 e, considerando os elementos do artigo 59 do Código Penal, analisados na sentença recorrida, fixa-se a pena-base em 6 (seis) meses de detenção. Inocorrem circunstâncias agravantes legais e milita em prol do réu a circunstância atenuante legal consis-

nada no artigo 65, inciso III, letra d, do Código Penal, a qual não tem nenhuma relevância na dosimetria da reprimenda, por ter a pena-base sido aplicada no mínimo legal. Finalmente, ante a capacidade restrita do réu (parágrafo único do artigo 19 da Lei de Tóxicos) e considerando ser o réu dependente ao uso de drogas, em grau leve, diminui-se a pena de 1/3 (uma terça parte), isto é, de 2 (dois) meses, totalizando a reprimenda detentiva, definitivamente, em 4 (quatro) meses.

A pena pecuniária é estabelecida basicamente em 20 (vinte) dias-multa, reduzida de 1/3 (uma terça parte), ou seja, 6 (seis) dias-multa, totalizando 12 (doze) dias-multa, cada dia no valor mínimo legal, segundo os parâmetros do artigo 38 e seus parágrafos da Lei n. 6.368/76.

A pena detentiva será cumprida no regime aberto.

Deixa-se de analisar a possibilidade de substituição da pena detentiva por restritiva de direitos, uma vez que a pena acima irrogada já está cumprida, pois o apelante encontra-se preso, por força de flagrante, desde 23/4/99.

Ante o exposto, dá-se provimento parcial ao recurso para, primeiro, absolver o apelante com fulcro no artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal, da prática do delito previsto no artigo 12 da Lei de Tóxicos, pela falta da respectiva materialidade, e, segundo, desclassificar-se o delito tipificado no artigo 12 da Lei Antitóxicos (tráfico de cocaína) para o do artigo 16, e adequar-se a pena para 4 (quatro) meses de detenção e 12 (doze) dias-multa, cada dia no valor mínimo legal, segundo os parâmetros do

artigo 38 e parágrafos da Lei n. 6.368/76, expedindo-se em favor do apelante o competente alvará de soltura, se por al não estiver preso, com a ressalva de que, quando os autos baixarem à origem, seja oportunizada ao Ministério Público a proposição do benefício previsto no artigo 89 da Lei n. 9.099/95.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos.

Srs. Des. Jorge Mussi e Maurílio Moreira Leite. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Valdir Vieira.

Florianópolis, 21 de dezembro de 1999.

Alberto Costa,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.013246-2, DE CRICIÚMA

Relator: Des. Amaral e Silva

Penal — Dosimetria — Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (Lei n. 9.714/98) — Cassação — Réu multirreincidente — Circunstância que por si só não impediria a concessão da benesse, se verificada em razão da prática de delito de outra natureza — Medida que se apresenta não socialmente recomendável — Recurso do Ministério Público provido — Precedentes jurisprudenciais.

De acordo com o disposto no art. 44, III, § 3º, do CP “se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime”.

Hipótese em que o agente não faz jus à substituição da pena privativa da liberdade por restritiva de direitos, eis que as circunstâncias do art. 59 do Código Penal não são favoráveis, não sendo o benefício socialmente recomendável.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.013246-2, da comarca de Criciúma, em que é apelante a Justiça, por seu Promotor, sendo apelado Sancler Carlos Napoleão:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento ao recurso para cassar a substituição da pena privativa de liberdade por alternativa.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Sancler Carlos Napoleão foi condenado à pena de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de detenção, a ser cumprida em regime semi-aberto, e pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor mínimo, sendo a pena privativa de liberdade substituída por pena alternativa consistente em prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas (a ser indicada pelo Serviço Social Forense, pelo mesmo lapso de tempo ou em menor tempo que a reprimenda corporal) e em prestação pecuniária (entrega de uma cesta básica equivalente a um salário mínimo a uma instituição sem fins lucrativos), por infração ao art. 10, caput, da Lei n. 9.437/97.

Inconformado com a r. sentença, o representante do Ministério Público apelou, pleiteando, em síntese, a cassação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois além de o acusado ser recorrente (fato que por si só não obsta o benefício), a medida não é socialmente recomendável “pois não obstante sua pouca idade, mais precisamente 28 anos (...), já tem várias dívidas com a Justiça”.

Também, em resumo, sustenta o apelado que a r. sentença deve ser mantida pelos próprios e jurídicos fundamentos, sendo “de se observar que não há, durante a instrução, motivos que nos levem a crer que a medida seja socialmente recomendável”.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e provimento do apelo “para o fim de cassar-se a substituição da pena privativa de liberdade fixada, mantendo-

se a sentença condenatória em seus demais aspectos”.

O recurso seguiu os trâmites legais.

II — Voto

1 — Com razão o douto Promotor de Justiça quando pretende a cassação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Analisando as certidões de fls. 19 e 20 constata-se que o apelado é useiro e vezeiro na prática de crimes contra o patrimônio, mais especificamente furto (consumado e tentado), tendo inclusive duas condenações que geram reincidência (art. 61 do CP).

Como se não bastasse, restou condenado num terceiro processo, também pela prática de furto, desta vez qualificado pela destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa (inciso I) e pelo concurso de pessoas (inciso IV), cuja sentença ainda não transitou em julgado. Confira-se certidão de fl. 19.

Ademais, segundo o próprio apelado, na oportunidade da prisão em flagrante à fl. 7 (quando foi surpreendido portando uma arma calibre 32 municiada com dois cartuchos, sem o devido porte nem registro), encontrava-se cumprindo pena anteriormente imposta por furto de veículo, em regime aberto, no qual, há algum tempo, vinha-se ausentando do recolhimento à casa do albergado.

Diante de tais circunstâncias, data venia, tem-se que a benesse não devia ter sido concedida.

Para a pena alternativa é necessário que o réu preencha tanto os requisitos objetivos quanto os subjetivos referidos no art. 44 do Código Penal.

Na hipótese, apesar de o apelado satisfazer os pressupostos objetivos indispensáveis à substituição (pena inferior a 4 anos e não ser o crime cometido com violência ou grave ameaça à pessoa), tem-se, claramente, que não preenche os requisitos subjetivos (pois reincidente em crime doloso e as circunstâncias judiciais, segundo a análise da Juíza a quo, não indicam que a substituição seja suficiente).

É certo que a reincidência, por si só, não impediria a concessão da substituição da pena privativa de liberdade por alternativa, pois de acordo com o art. 44, III, § 3º, do CP “se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime” (grifei).

Embora o acusado não seja reincidente no mesmo crime (porte ilegal de arma), a substituição não se demonstra socialmente recomendável. É que se trata de réu que, no momento em que foi flagrado na posse da arma municada, cumpria pena por furto de veículo, em regime aberto, do qual vinha-se ausentando do recolhimento à casa do albergado.

A respeito das circunstâncias judiciais, Julio Fabbrini Mirabete ensina que “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 substituição. 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” (Código Penal Interpretado, São Paulo, Atlas, 2000, págs. 290/291).

No caso, é evidente que a medida não se demonstra socialmente recomendável, pois como argumentou o douto Promotor de Justiça Dr. Fernando Linhares da Silva Júnior, “o apelado, já contando com duas graves condenações pela prática de furto, bem como estando a responder outra ação penal também em razão deste delito (certidão de fl. 19), foi flagrado portando uma arma municada.

“Pela simples narrativa é fácil perceber que sua conduta social é altamente reprovável, demonstrando, com seu comportamento, que pouco caso faz da Justiça. Parece claro que se algum resquício de respeito tivesse não seria flagrado armado, quicá com finalidade hedionda, que acabou sendo abortada em razão da intervenção policial.

“Afora isso, vê-se que sua personalidade é desvirtuada e voltada para a prática de crime, pois não obstante sua pouca idade, mais precisamente 28 anos (vide interrogatório de

fls. 23), já tem várias dívidas para com a Justiça.

“Desta forma, o socialmente recomendável é sua segregação, visto ser imprescindível acautelar-se o meio social, o cidadão desta Comarca, o qual a cada dia que passa tem seu medo aumentado em face da crescente violência.

“Dizem alguns, por certo, por terem condições financeiras de blindarem seus automóveis, de aumentarem seus muros, de dotarem suas janelas com grades e de munirem-se dos mais modernos ofendículos, que a pena privativa de liberdade não recupera, funcionando, em verdade, como ‘escola do crime’.

“Tal argumento não impressiona, melhor nos parecendo que se deva, e isto não é novidade para ninguém, dotar as cadeias, presídios e penitenciárias das condições ideais, a fim de que o reeducando possa satisfazer sua pena de acordo com as diretrizes fixadas pela Lei de Execução Penal.

“Enquanto isto não se dá, inviável que se franqueie as ruas à criminalidade, pois o humilde, o menos favorecido social e financeiramente, aquele que grita mas não é ouvido, também tem direito à segurança, ao abraço do Estado.

“O que dirá o cidadão de bem, preocupado com a segurança dos seus, quando noticiado lhe for que um agente com duas condenações, que já teve chance de recuperar-se, foi agora, após cometimento de novo crime, agraciado com pena substitutiva.

“O país jamais passou por tamanha onda de violência, a qual cresce a cada dia, inclusive nas escolas.

Diante desta realidade social, sobre a qual o Judiciário não pode fechar os olhos, é importante que interpretações jurídicas voltadas para a coletividade sejam construídas, buscando atingir o ideal de justiça.

“A previsão legal da substituição da pena no caso de acusado reincidente, apesar de pavorosa e injustificável, deve ser observada pelos aplicadores do Direito. Porém, a concessão do benefício, e talvez tenha sido esta a finalidade do legislador, deve reservar-se para aqueles cujo crime ensejador da reincidência seja de menor potencial ofensivo, como uma segunda oportunidade de recuperação.

“Não, como in casu, para aqueles que já apresentam várias condenações por delitos graves, que respondem processos em razão de outros crimes, lembrando-se que o princípio basilar do sistema constitucional é o da igualdade, que, conforme Rui Barbosa, consiste em tratar de forma igual os iguais e de forma desigual os desiguais”.

É o entendimento pacificado nesta egrégia Corte de Justiça:

“Pena criminal — Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos — Lei n. 9.714/98 — Reincidência não específica — Circunstâncias judiciais desfavoráveis — Insuficiência da medida — Decisão mantida.

“É possível a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos para réu reincidente em crime doloso, desde que não se trate de reincidência específica e a medida seja socialmente recomendável em face da condenação anterior” (Ap. Crim.

n. 99.022922-0, de Piçarras, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

Do voto:

“Com o advento da Lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998, nova redação foi dada ao art. 44 do Código Penal, passando a vigorar com a seguinte redação:

“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’.

“Esta nova redação do art. 44 do Código Penal fixa requisitos objetivos e subjetivos para substituição da pena privativa de liberdade pelas restritivas de direitos (alcançadas doutrinariamente de ‘penas alternativas’), tendo-se como condições objetivas que sempre deverão ser cumpridas: a) pena inferior ou igual a 4 (quatro) anos, se o crime for doloso; b) crime praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa; c) réu não reincidente em crime doloso.

“Cumpra observar no tocante à reincidência que, havendo condenação anterior e não sendo o réu reincidente específico, ainda assim poderá o condenado obter a substituição desde que presente um elemento subjetivo adicional: ‘a medida seja socialmente recomendável’ (§ 3º, art. 44).

“De outra banda, o requisito subjetivo que sempre deverá ser observado para determinação da substituição é a suficiência desta operação,

verificada a partir da análise dos seguintes elementos: a) culpabilidade; b) antecedentes; c) conduta social e a personalidade do condenado; d) motivos e as circunstâncias do crime.

“Na espécie, os requisitos objetivos estão preenchidos, porque o quantum da sanção aplicada é inferior ao limite estipulado no inc. I do art. 44 do CP, não se tratando de infração com violência ou grave ameaça, e a reincidência não é a específica, já que o apelante foi anteriormente condenado pela infração ao disposto no art. 12, da Lei n. 6.368/76 (ver certidão de fl. 132).

“Todavia, embora os requisitos objetivos estejam preenchidos, os subjetivos não permitem a substituição pleiteada, pois as circunstâncias judiciais foram consideradas desfavoráveis pelo magistrado sentenciante, demonstrando a insuficiência da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, em face da condenação anterior por tráfico de drogas.

“Se a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, os motivos e as circunstâncias do crime revelarem-se desfavoráveis ao réu, restará inviabilizada a substituição da pena privativa de liberdade” (Ap. Crim. n. 99.012961-6, de Balneário Camboriú, rel. Des. Francisco Borges).

“Penal e processual — Acidente de trânsito — Prova — Compensação de culpas — Irrelevância — Recurso parcialmente provido.

“(…)

“Para a substituição da pena privativa da liberdade impõe-se sejam favoráveis as circunstâncias do art. 59

do Código Penal e que indiquem que a substituição seja suficiente" (Ap. Crim. n. 99.020822-2, de Utoporanga, que relatei).

Assim, cassada a substituição, o sentenciado deverá cumprir a pena privativa de liberdade imposta na sentença de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de detenção em regime semi-aberto.

2 — Pelo exposto, dou provimento ao recurso para cassar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

III — Decisão

Acompanharam o voto do relator. Deram provimento ao recurso pa-

ra cassar a substituição por pena alternativa.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Genésio Nollí e Souza Varella. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, a Exma. Sra. Dra. Walkyria Ruicir Danielski.

Florianópolis, 6 de fevereiro de 2001.

Amaral e Silva,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.014061-9, DE ORLEANS

Relator: Des. Amaral e Silva

Penal — Tráfico ilícito de entorpecentes — Insuficiência de prova para a condenação — Processo com diversas contradições — Dúvida quanto à autoria — Aplicação do in dubio pro reo (art. 386, VI, do CPP) — Absolvição decretada.

A condenação exige certeza, quer do crime quer da autoria.

Não basta a probabilidade desta ou daquela; certeza é sinônimo de evidente, indiscutível. Havendo dúvida, a absolvição é medida que se impõe.

Não havendo, nos autos, elementos de convicção absoluta acerca da efetiva responsabilidade dos agentes pelo tráfico ilícito de entorpecentes, não há como condená-los.

dos Santos e Raimundo Bezerra, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.014061-9, da comarca de Orleans, em que são apelantes Itamar Francisco

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar

provimento aos recursos para absolver os apelantes com base no artigo 386, VI, do Código de Processo Penal.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Itamar Francisco dos Santos e Raimundo Bezerra foram denunciados pela prática da conduta delituosa prevista no art. 12 da Lei n. 6.368/76 c/c o art. 29 do Código Penal. Raimundo respondeu ainda pelo artigo 10, caput, da Lei n. 9.437/97.

Regularmente processados, Raimundo Bezerra foi absolvido da imputação do art. 10, caput, da Lei n. 9.437/97, com base no art. 386, VI, do Código de Processo Penal, restando ambos condenados à pena de 4 (quatro) anos de reclusão e ao pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, no valor mínimo, por infração ao art. 12, c/c o art. 18, III, ambos da Lei de Tóxicos.

Inconformados, apelaram da sentença.

Raimundo Bezerra pleiteia, preliminarmente, a nulidade do processo, alegando que a defesa não foi intimada para se manifestar acerca do laudo pericial, além do que este não foi subscrito por dois peritos. No mérito, busca absolvição invocando o princípio do in dubio pro reo. Argumenta que a versão encampada nos autos é completamente dissociada da realidade, não havendo nenhum indício que conduza à certeza da traficância. Imputa a posse do entorpecente apreendido ao co-réu Itamar.

Itamar Francisco dos Santos, por seu turno, também em síntese, pleiteia absolvição sob o princípio da dúvida. Alega que a condenação ba-

seou-se apenas em suposições. Afirmo que a droga pertencia a Raimundo, porquanto era o proprietário do veículo visado pelos policiais.

Em contra-razões, o Dr. Promotor afastando as preliminares, no mérito, afirma haver prova suficiente a responsabilizar os réus, pugnando pela manutenção integral da sentença.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento e provimento dos recursos.

Os recursos seguiram os trâmites legais.

II — Voto

1 — Não há nulidade.

O apelante Raimundo Bezerra afirmou que a Magistrada não levou em consideração as preliminares de nulidade arquivadas nas alegações finais.

Argumentou que o defensor não foi intimado para se manifestar sobre o laudo pericial definitivo, cerceando a oportunidade de impugnação por parte da defesa. Disse, ainda, que o exame não foi realizado por dois peritos oficiais como preconiza a lei.

A alegação não procede.

Ao ensejo da fundamentação a Dra. Juíza assim se manifestou:

“A preliminar de nulidade alegada pelo Dr. Defensor do Réu Raimundo Bezerra é de ser rejeitada, vez que o laudo foi acostado (fls. 145/154) aos autos em 20/2/98, sendo determinado vistas às partes e o Dr. Defensor manifestou-se nos autos às fls. 207/209, em 8/4/98, inclusive alegando outras nulidades e não fazendo qualquer referência ao referido laudo, havendo, portanto, preclusão.

“Somente a falta, no sentido de inexistência do laudo pericial, em delito que deixa vestígios, constitui nulidade absoluta (art. 564, III, b, do Código de Processo Penal’ (RT 571/320).

“Por outro lado, o laudo está subscrito por dois peritos: Alexandre de Castro e Alvorita Leite Bittencourt” (fls. 330).

2 – No tocante ao narcotráfico, com a devida vênia da douta Magistrada a quo, não vislumbro prova suficiente capaz de convencer a respeito da propriedade do entorpecente apreendido. Pelo contrário, presentes sérias dúvidas acerca da maneira como aconteceram os fatos e as circunstâncias que motivaram tais ações, a absolvição era medida que se impunha.

Colhe-se dos autos que a Polícia Rodoviária Estadual realizou uma blitz no km 160 da rodovia SC 438, na localidade de Oratório, pertencente à comarca de Orleans, a fim de interceptar veículos suspeitos.

Durante a operação, interceptou-se o veículo Monza de placa LYK 8564, ocupado por Itamar Francisco dos Santos, Raimundo Bezerra e três menores, filhos deste último.

Realizada revista pessoal e no veículo, nada foi encontrado. No entanto, em decisão claramente arbitrária, os policiais resolveram algemar os dois maiores e conduzi-los à Delegacia de Polícia da comarca vizinha de Lauro Müller.

Como justificativa da arbitrariedade, argumentaram que os indivíduos estavam agitados, sendo necessária uma revista mais minuciosa a ser realizada na corporação.

As crianças foram entregues ao Conselho Tutelar da Criança e Adolescente.

Quando os suspeitos já estavam na Delegacia, chegou uma viatura com dois policiais militares trazendo um pacote contendo 98,5g (noventa e oito gramas e cinco decigramas) de cocaína, informando que um morador da localidade onde realizou-se a blitz teria visto os suspeitos dispensando a droga.

Realizada nova revista no veículo, encontrou-se sob o banco traseiro uma pistola 380, marca Taurus, além de uma peteca com 6,1g (seis gramas e um decigrama) de cocaína na carteira de documentos do denunciado Itamar Francisco dos Santos que admitiu a propriedade da arma, mas negou veementemente a posse do entorpecente.

Nada obstante a materialidade do delito tenha ficado consubstanciada pelos termos de apreensão (fls. 16 e 17), laudo de constatação (fls. 18) e laudos periciais (fls. 146/154) que atestaram a natureza estupefaciente da substância, a autoria mostrou-se bastante confusa e nebulosa diante das várias contradições verificadas no processo.

Senão vejamos:

Cumprе salientar que em todas as oportunidades em que os réus foram ouvidos, apresentaram versão firme e coerente acerca do motivo que os levou a vir de Imaruí (residência de Raimundo) para Lauro Müller (residência de Itamar), juntamente com as crianças.

Seria para acertar a entrega de uma casa que Raimundo havia comprado de um policial militar conhecido

por soldado Cruz, sendo Itamar o intermediador da negociação.

No interrogatório, Itamar Francisco dos Santos explicou que “reside há cerca de três meses no bairro Cohab em Lauro Müller; que antes de morar em Lauro Müller, morava em Imbituba, em casa de aluguel; (...) que como aposentado da Marinha de vez em quando faz uns bicos no porto de Imbituba; (...) que conheceu o co-denunciado Raimundo há cerca de 3 a 4 meses; que o soldado Cruz da Polícia Militar ofereceu ao interrogando uma casa no mesmo bairro; que o interrogando então lembrou-se do co-denunciado Raimundo o qual pretendia comprar uma casa para a filha; que o negócio foi feito entre o soldado Cruz e o co-réu Raimundo há cerca de uns dois meses; que o co-réu Raimundo pagou pela casa um mil e setecentos reais, em cheque; que o soldado ficou de entregar a casa em 10 dias, ‘mas ficou enrolando’; que quando o soldado disse que entregaria a casa dentro de 10 dias o interrogando desceu até Imaruí para avisar o co-réu Raimundo e ao mesmo tempo aproveitar para fazer uns bicos no porto de Imbituba; que o interrogando desceu numa terça-feira, tendo ficado três dias no litoral; que na sexta-feira, como havia combinado com o co-réu Raimundo subiram na direção de Lauro Müller” (fls. 99/100).

Por seu turno, Raimundo Bezerra esclareceu que “o marido de sua companheira havia falecido em Mato Grosso e esta recebeu um seguro e o fundo de garantia; que como tem duas crianças comprou uma casa em Laguna para o filho mais velho e uma casa em Lauro Müller para a menina; que comprou em Lauro Müller na Cohab

por um mil e setecentos reais do soldado Cruz; que comprou a casa antes do natal e o soldado ainda não entregou a casa; que no dia dos fatos estava indo para Lauro Müller acompanhado do co-réu Itamar, o qual havia arranjado o negócio da casa; que o co-réu Itamar na terça-feira foi avisar o interrogando que o soldado Cruz entregaria a casa na sexta-feira seguinte; que o co-réu Itamar esteve trabalhando no porto de Imbituba e na sexta-feira por volta das 16h30min chegou na casa do interrogando para virem a Lauro Müller” (fls. 101).

Quanto às crianças, como a casa havia sido comprada no nome da filha de Raimundo, esta teria vindo, juntamente com os irmãos, para conhecer “a sua casa”.

Por outro norte, os depoimentos prestados pelos policiais que participaram da blitz e fizeram o flagrante não fazem nenhuma referência a supostas denúncias de tráfico de drogas. Pelo contrário, o único que falou no veículo foi Everson Luiz Meis, referindo-se apenas a um comunicado da central, dando conta de que “um veículo Monza, com dois elementos, à noite viria para a cidade de Lauro Müller, vindo de Orleans” (fls. 5).

Destaca-se que apenas três policiais rodoviários estaduais participaram da apreensão, a saber: Everson Luiz Meis, Cláudio Machado e Antonio Ribeiro Filho, todos integrantes do quadro da Polícia Militar do município de Lauro Müller. Apreendido o veículo, os policiais solicitaram ajuda a uma viatura de Orleans, a qual chegou em poucos minutos, trazendo os policiais Cândido e Victor Ruzza Gere-mias.

Em Juízo, os patrulheiros rodoviários foram uníssonos em modificar suas versões, passando a afirmar que teriam recebido denúncia específica informando que o veículo dos denunciados estaria transportando drogas (fls. 254, 255 e 260).

No entanto, o policial Victor Ruzza Geremias, organizador e comandante da operação, função que desempenhava diretamente da Delegacia de Lauro Müller e que depois foi chamado para auxiliar seus colegas, esclareceu que a polícia realmente havia recebido denúncias dando conta que alguns veículos dirigiam-se àquela Comarca transportando substâncias entorpecentes, motivo pelo qual “determinou que várias viaturas da polícia, inclusive da Polícia Rodoviária, ficassem em vários locais” para interceptar os suspeitos. Quanto ao episódio, declarou ter sido “avisado pela Polícia Rodoviária que um veículo Monza de cor cinza tinha sido interceptado na localidade de Oratório com dois indivíduos e três crianças”, sendo que tal veículo “não coincidia totalmente na relação fornecida pelo serviço militar” (grifei) (fls. 127).

Interceptado o veículo, os policiais solicitaram os documentos do carro e do motorista, constatando que estavam em ordem. Ato contínuo, retiraram os ocupantes do automóvel para serem revistados e, apesar de não terem encontrado nada, algemaram os “suspeitos” e os conduziram em uma viatura da Polícia Rodoviária até a Delegacia de Lauro Müller.

Dos depoimentos:

“Que, o condutor fez uma rápida revista no motorista Itamar, enquanto o soldado Meis fazia revista no

caroneiro Raimundo Bezerra; Que, nesta rápida revista nada encontraram, em seguida algemaram os elementos e colocaram na viatura da Polícia Rodoviária; que os conduziram até a Delegacia de Polícia de Lauro Müller para fazer uma geral no veículo” (grifei) (Cláudio Machado, fls. 6).

“Ao abordarem o veículo Monza prata, de iniciais LYK, com dois elementos e três crianças no banco traseiro, nada encontraram com os mesmos, porém, os conduziram até à delegacia de Lauro Müller para uma melhor revista no veículo e pessoal” (grifei) (Antonio Ribeiro Filho, fls. 7).

“Que um dos policiais disse ao depoente que não havia encontrado qualquer substância entorpecente com os denunciados; que os mesmos se encontravam algemados em virtude de terem se mostrado resistentes à abordagem e à revista do veículo; (...) que as mãos dos denunciados estavam colocadas atrás das costas algemadas” (grifei) (Victor Ruzza Geremias, fls. 127).

“Que ao pararem o Monza foi feito uma revista pessoal nos dois condutores; que não foi encontrado nada em poder dos dois maiores, sendo em seguida algemados e levados até o distrito policial de Lauro Müller; que os dois maiores foram algemados porque segundo informações eram pessoas perigosas e no local estavam apenas mais dois policiais além do depoente” (grifei) (Antonio Ribeiro Filho, fls. 260).

De se ressaltar que a localidade de Oratório pertence a jurisdição da comarca de Orleans, sendo o Delegado daquele município a autoridade competente para lavratura do flagran-

te. Entretanto, antes de serem remetidos à Delegacia de Orleans, os apelantes foram mantidos em Lauro Müller durante 13 (treze) horas, inclusive dando conta em suas declarações de que foram agredidos fisicamente naquela localidade.

Eis as justificativas dos policiais:

Antonio Ribeiro Filho, no flagrante, afirmou “que, somente hoje de manhã, apresentaram os conduzidos à Delegacia de Orleans, porque inicialmente acharam que o local da abordagem pertencia à comarca de Lauro Müller, porém, após conversa com o delegado de Lauro Müller, este determinou que os conduzidos fossem apresentados nesta Delegacia” (fls. 8).

Everson Luiz Meis disse em Juízo “que os réus foram trazidos para Lauro Müller em virtude de terem os policiais confundido-se com a numeração dos Km da Rodovia, e também porque foi a primeira coisa que veio em suas mentes” (fls. 254).

Quanto aos fatos ocorridos na Delegacia de Lauro Müller, o réu Itamar Francisco dos Santos, narrou “que foi revistado o veículo onde se encontrava o interrogando e o co-réu; que os policiais encontraram a arma e o interrogando assumiu que a mesma lhe pertencia; que passado uns minutos apareceu um policial militar com um pacote que jogou em cima do carro dizendo que era para o interrogando e o co-réu Raimundo assumirem que era deles; que esse policial queria de todo jeito que o interrogando assumisse que a substância entorpecente era sua ou do co-réu Raimundo; que inclusive o policial disse que libertaria o interrogando se este dissesse que a

droga pertencia ao co-réu Raimundo; que o soldado deu pancada na cabeça do interrogando com a arma do interrogando, com a carteira e os documentos e ainda deu pontapés” (fls. 100).

Os policiais, por seu turno, assim descreveram a revista realizada na Delegacia:

“Que a revista nos denunciados foi feita ao mesmo tempo em que era feita a revista no veículo Monza; que a revista nos denunciados foi feita pelo depoente; que o depoente não encontrou nada com os denunciados; que quando o soldado chegou com o pacote de substância entorpecente nenhum dos denunciados assumiu a posse ou propriedade da mesma; que na revista ao veículo Monza foi encontrado na carteira do denunciado Itamar ‘uma buchinha de cocaína’ e debaixo do banco traseiro do Monza uma pistola Taurus 380” (Victor Ruzza Geremias, fls. 127).

“Que, na Delegacia fizeram uma revista pessoal nos conduzidos e encontraram com o motorista Itamar uma peteca de cocaína, que estava na carteira de documentos; que, em seguida, fizeram uma revista no veículo e encontraram sob o banco traseiro uma pistola Taurus 380” (Everson Luiz Meis, fls. 6).

“Que no destacamento fizeram nova revista no veículo, quando foi encontrada a arma descrita na denúncia; que logo em seguida chegou outra viatura policial trazendo a droga, que foi encontrada no local onde estava a viatura da polícia, e segundo um morador do local, este teria visto um dos denunciados dispensar a droga quando estava dentro da viatura policial; que

na carteira de 'marinheiro' foi encontrada uma 'peteca' de cocaína (Everson Luiz Meis, fls. 254).

"Que no destacamento da Polícia Militar foi feita uma revista no veículo e foi achado um revólver 380, dois celulares e um papelote de cocaína que estava dentro de uma carteira que estava dentro do porta-luvas" (Antonio Ribeiro Filho, fls. 261).

Depreende-se dos depoimentos que os apelantes chegaram à Delegacia antes da droga apreendida, tendo esta sido trazida posteriormente pelos policiais que haviam permanecido por alguns instantes no local da blitz, e que teriam sido alertados por um morador das proximidades acerca de um pacote que foi dispensado pela janela da viatura em que se encontravam os conduzidos.

O tal cidadão, Rubens Cesconetto, relatou na polícia que "quando o declarante estava indo em direção ao local da abordagem viu perfeitamente que os elementos que estavam algemados no interior da viatura dispensaram um pacote de cor branca, pela janela traseira" (fls. 19).

Em Juízo, afirmou que "quando a Ipanema estava seguindo tinha sido jogado um pacote pela janela no jardim do depoente; que foi a polícia militar que juntou o pacote que estava no jardim; que eram dois pacotes que estavam enrolados num saco plástico; que o pacote maior era menor que um punho fechado e o pacote menor era do tamanho de uma bala; que estes pacotes estavam separados, jogados no chão; que o plástico era branco; que os pacotes foram atirados pela janela de trás, do lado do caroneiro; que

os denunciados estavam algemados" (grifei) (fls. 128).

Antonio Ribeiro Filho, policial que encontrou a droga, em Juízo, declarou que "quando a viatura que estava o depoente ia saindo do local, uma pessoa que morava próximo do local fez sinal para que a viatura parasse e informou que uma pessoa que estava atrás da viatura da polícia rodoviária jogou alguma coisa da janela; que a viatura que estava o depoente parou enquanto que os outros veículos seguiram para Lauro Müller; que o depoente e o outro que estava junto foram até o local onde esta pessoa indicou e na beira da estrada, no meio de umas flores e matos acharam dois pacotes, um maior e outro menor de cocaína" (grifei) (fls. 260/261).

A condenação pelo tráfico baseou-se na quantidade de substância apreendida, na vida pregressa do réu Raimundo (já foi processado por envolvimento com drogas) e nos depoimentos dos policiais e das testemunhas Rubens Cesconetto e Esmeralda Martinato Costa.

Com relação a Esmeralda Martinato Costa, tem-se que prestou depoimento como testemunha de defesa de Raimundo, declarando que "no dia dos fatos a depoente encontrava-se num bar que é de propriedade de Raimundo, sendo que ele conversava com sua esposa acerca da necessidade de dirigir-se à cidade de Orleans, onde precisava buscar uma chave de uma casa, a qual havia negociado em Orleans. Como Raimundo estava com problemas de visão na época, solicitou a Itamar que conduzisse seu veículo até Orleans, pois não estava em condições de dirigir. A depoente viu

que Raimundo e sua esposa discutiam a respeito de que Raimundo queria levar seus filhos na viagem, com que sua esposa não concordava. Enquanto Raimundo e sua esposa conversavam, Itamar aproximou-se da depoente e tirou da carteira uma 'buchinha' de plástico, com um conteúdo de cor branca, sendo que Itamar riu e afirmou 'vou vender no caminho', tendo a depoente perguntado do que se tratava, quando Itamar respondeu que era cocaína. A depoente o advertiu acerca desse fato, mas Itamar disse apenas que era para ela ficar tranqüila. A depoente acredita que Raimundo não viu quando Itamar lhe mostrou a cocaína, pois isso ocorreu enquanto o acusado conversava com sua esposa. A depoente pouco conhecia Itamar, mas mesmo assim nunca tinha ouvido comentários a respeito de seus envolvimento com drogas. (...) A depoente é vizinha de Raimundo" (fls. 282).

Constata-se que esse depoimento está completamente dissociado das evidências dos autos, devendo ser visto com ressalvas, mormente se considerarmos as circunstâncias em que foi prestado e as contradições que apresentou.

Com efeito, Esmeralda só foi indicada em substituição a outra testemunha arrolada na defesa prévia (fls. 278), qualificada como "brasileira, casada, do lar, residente em Imituba, que comparecerá sem necessidade de intimação" (grifei).

Como poderia ela morar em Imituba e ao mesmo tempo ser vizinha de Raimundo Bezerra, morador de Imaruí?

De outro norte, a testemunha refere-se a cidade de Orleans como

local da casa adquirida por Raimundo bem como destino da viagem, outro lapso!

Por fim, causa estranheza o fato de Itamar Francisco dos Santos, um senhor de 53 (cinquenta e três) anos de idade, sem antecedentes criminais tomar atitude tão ingênua como de mostrar, sem motivo algum, uma peteca de cocaína para uma pessoa que ele mal conhecia.

Nessa senda, constata-se, dos autos, mais contradições e dúvidas a serem esclarecidas, tais como: a) A revista pessoal realizada no momento da apreensão do veículo foi tão superficial que não conseguiu encontrar um pacote do tamanho de um punho humano fechado escondido na roupa dos apelantes que vestiam apenas camiseta e calção? b) Estando os apelantes algemados com as mãos nas costas, como poderiam dispensar a droga pela janela? c) Afinal, a droga supostamente dispensada era um único pacote ou estava dividida em duas partes? d) O papelote de cocaína encontrado com Itamar não seria o pacote menor mencionado por algumas testemunhas? e) A carteira de Itamar, onde foi encontrado o papelote de cocaína estava no seu bolso ou no porta-luvas do carro? A prova testemunhal é unânime em afirmar que os apelantes, ao serem interceptados na estrada, foram retirados do veículo, algemados com as mãos nas costas e revistados, sendo após levados a uma viatura da Polícia Rodoviária, onde permaneceram no banco traseiro, sob vigilância de um policial, enquanto se decidia o que fazer com as crianças. Nesse intervalo teriam dispensado pela janela da viatura um pacote do tamanho de um punho fechado (98,5g)

sem que o policial percebesse. Alerta-se para o fato de que tal pacote já teria passado despercebido por uma vistoria pessoal nos suspeitos que traziam apenas calção e camiseta.

Ora, não há como negar que tal atitude reclama uma grande astúcia dos agentes para despistar a vigilância policial, além do que, com as mãos algemadas nas costas, não poderiam se desvencilhar do Tóxico.

Por outro lado, tem-se que tanto o policial que recolheu a droga quanto o morador que disse ter visto os réus dispensá-la, declararam que estava dividida em dois pedaços, um maior, do tamanho de “um punho fechado” e outro menor “do tamanho de uma bala”. Em sentido contrário os depoimentos dos demais policiais que disseram tratar-se de um único pacote. Cabe indagar se o pacote menor não seria o papelote que foi supostamente encontrado em poder de Itamar, visto que pela perícia de fls. 146/150 nota-se que tal papelote continha 6,1g (seis gramas e um decigrama) de cocaína, o que representa mais ou menos o volume de uma bala.

Ademais, não houve consenso entre os policiais acerca da apreensão do papelote, se foi durante a revista pessoal (no bolso do acusado) ou se durante a revista do veículo (dentro do porta-luvas). Restou claro, entretanto, que a apreensão se deu após a chegada da droga na delegacia, mesmo porque durante a primeira revista nada foi encontrado. Some-se a isso o fato de ambos os réus terem negado, durante todo o tempo, o encontro de cocaína na carteira de Itamar.

Por fim, não se pode olvidar que pela versão coerente dos apelantes eles se dirigiam para o município de Lauro Müller com o intuito de acertar o cumprimento de um contrato que fora inadimplido por um tal de soldado Cruz, policial militar daquela Cidade, portanto membro da mesma corporação dos agentes que realizaram a apreensão.

Se considerarmos que os policiais mantiveram os “suspeitos” presos durante 13 (treze) horas na Delegacia de Lauro Müller, comarca diversa do local em que se deu a apreensão (Orleans), tendo inclusive declarado que sofreram agressões, torna-se no mínimo suspeita tal operação, pois, como visto, o soldado Cruz tinha conhecimento de que os apelantes viriam a Lauro Müller naquele dia e, cediço dos antecedentes desabonadores de Raimundo Bezerra, poderia perfeitamente ter planejado toda a ação com os colegas para se ver livre da obrigação de entregar a casa.

Ao falar sobre a prova, Julio Fabbrini Mirabete assevera:

“Para que o juiz declare a existência da responsabilidade criminal e imponha sanção penal a uma determinada pessoa é necessário que adquira a certeza de que se foi cometido um ilícito penal e que seja ela a autora. Para isso deve convencer-se de que são verdadeiros determinados fatos, chegando à verdade quando a idéia que forma em sua mente se ajusta perfeitamente à realidade dos fatos (...) ‘provar’ é produzir estado de certeza, na consciência e mente do juiz, para sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato,

ou da verdade ou falsidade de uma afirmação sobre uma situação de fato, que se considera de interesse para uma decisão judicial ou a solução de um processo" (Processo Penal, 8ª ed., São Paulo, Atlas, 1998, pág. 256).

Colhe-se da jurisprudência:

"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 desta ou daquele. E não pode, portanto, ser a certeza subjetiva, formada na consciência do julgador, sob pena de se transformar o princípio do livre convencimento em arbítrio" (RT 619/267).

É o entendimento desta Corte:

"Crime contra a saúde pública — Narcotráfico — Maconha — Apreensão no interior de veículo em que se encontravam os dois denunciados — Co-réu que assumiu a propriedade da droga — Recorrido que negou qualquer envolvimento no ilícito e a dependência toxicológica — Ausência de provas robustas da participação do apelado — Dúvida (art. 386, VI, do CPP) — Sentença absolutória mantida — Recurso ministerial não provido" (Ap. Crim. n. 99.009154-6, de Caçador, rel. Des. Jorge Mussi, j. 19/10/99).

Ainda:

"Crime contra a saúde pública — Maconha — Traficância — Prova duvidosa — Absolvição.

"Se a prova demonstra dúvida quanto aos fatos atribuídos à acusada, embora plausíveis, deve ser absolvida, pois para condenação se exige certeza absoluta, fundada em dados objetivos indiscutíveis, de caráter geral, que evidenciem o delito e a autoria, não bastando a alta probabilidade desta ou daquele" (Ap. Crim. n. 33.671, de Criciúma, deste relator, j. 24/10/95).

Reitero: Do contexto dos autos não se encontram elementos suficientes para formar convicção no sentido de serem os apelantes, mesmo, autores do tráfico ilícito que lhes foi imputado.

3 — Diante do exposto, dou provimento aos recursos para absolver os réus com fundamento no art. 386, VI, do Código de Processo Penal.

III — Decisão

Acompanharam o voto do Relator, deram provimento aos recursos para absolver os réus com fulcro no art. 386, VI, do Código de Processo Penal.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Genésio Nollí e Souza Varella. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, a Exma. Sra. Dra. Walkyria Ruicir Danielski.

Florianópolis, 13 de fevereiro de 2001.

*Amaral e Silva,
Presidente e Relator.*

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.023326-9, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ**Relator: Des. Amaral e Silva**

Penal — Atipicidade — Princípio da insignificância — Tentativa de furto — Um litro de gim — Bem jurídico de ínfimo valor e menor relevância — Recurso provido — Precedentes jurisprudenciais — Absolvição decretada.

É de ser reconhecida a insignificância da conduta do agente que tenta furtar um litro de gin, cujo valor é inferior a dez reais, em face da pouca gravidade e lesividade ao bem jurídico tutelado.

“O Direito Penal, como é sabido, diante de sua natureza subsidiária e fragmentária, só deve intervir até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico, não se ocupando de bagatelas. Para isso, é preciso considerar materialmente atípicas as condutas lesivas de inequívoca insignificância para a vida em sociedade” (Carlos Vico Mañas).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.023326-9, da comarca de Balneário Camboriú, em que é apelante Daniel Altamirano, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento ao recurso para absolver o apelante com fulcro no art. 386, III, do CPP.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Daniel Altamirano restou condenado à pena pecuniária de 3 (três) dias-multa, no valor mínimo legal, por infração ao art. 155, § 2º, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal.

Inconformado com a r. sentença, apelou, sustentando, em síntese, que deve ser absolvido por incidência

do princípio da insignificância, eis que o bem jurídico tutelado “não foi ameaçado ou atingido de forma danosa, grave ou concretamente perigosa, que justifique a aplicação de uma pena”.

Também em resumo, diz o representante do Ministério Público que a condenação deve ser mantida porquanto “representou justa apenação ao apelante, com a devida proporcionalidade entre o ato praticado e a resposta penal necessária”.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento e desprovimento do apelo.

O recurso seguiu os trâmites legais.

II — Voto

1 — A absolvição com base no princípio da insignificância é medida que se impõe.

Extrai-se dos autos que no dia 14/2/99, o apelante, alcoólatra, ao ingressar no Armazém Tamandaré, tentou subtrair um litro de gim, marca Dry Gin, só não conseguindo consumir o intento porque foi surpreendido por um funcionário que acionou a Polícia Militar, a qual realizou o flagrante e a entrega da res furtiva à vítima.

A materialidade restou plenamente comprovada pelo termo de apreensão (fls. 16), auto de avaliação (fls. 17) e termo de reconhecimento e entrega (fls. 18).

Da mesma maneira, também não pairam dúvidas em relação à autoria, eis que além da confissão do acusado nas duas fases processuais, há depoimentos, principalmente o de Luciano Volgado do Nascimento (fls. 40/41) que surpreendeu o apelante tentando furtar o litro de gim.

Porém, é de se ressaltar que na órbita patrimonial dano algum sofreu a vítima.

O litro de gim (marca Dry Gin) não chegou sequer a sair do estabelecimento comercial na condição de res furtiva.

De outro lado, tem-se que o valor da res, que se tentou furtar, de acordo com o auto de avaliação constante de fls. 18, foi estimado em, tão-somente, R\$ 7,80 (sete reais e oitenta centavos).

Em que pesem as afirmativas dos funcionários do Armazém Tamandaré, dando conta de que o acusado já cometera furtos anteriores naquele estabelecimento comercial, constata-se na certidão de fl. 21 que o apelante não registra antecedentes.

As circunstâncias peculiares da espécie impõem seja reconhecida a insignificância da conduta por falta de gravidade e de lesividade, adotando-se o entendimento de Carlos Vico Mañas, predominante na doutrina e na jurisprudência, citado por Mauricio Antônio Ribeiro Lopes:

“O Direito Penal, como é sabido, diante de sua natureza subsidiária e fragmentária, só deve intervir até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico, não se ocupando de bagatelas. Para isso, é preciso considerar materialmente atípicas as condutas lesivas de inequívoca insignificância para a vida em sociedade. O juízo de tipicidade, para que tenha efetiva significância e não atinja fatos que devam ser estranhos ao direito penal, por sua aceitação pela sociedade ou dano social irrelevante, deve entender o tipo na sua concepção material, como algo dotado de conteúdo valorativo, e não apenas sob seu aspecto formal. A imperfeição do trabalho legislativo faz com que possam ser consideradas formalmente típicas condutas que, na verdade, deveriam estar excluídas do âmbito de proibição estabelecido pelo tipo penal. Ao realizar o trabalho de redação do tipo penal, o legislador apenas tem em mente os prejuízos relevantes que o comportamento incriminado possa causar à ordem jurídica e social. Todavia, não dispõe de meios para evitar que também sejam alcançados os casos leves. O princípio da insignificância surge justamente para evitar situações dessa espécie, atuando como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, com o significado sistemático e político-criminal de expressão da regra constitucional do nullum

crimen sine lege, que nada mais faz do que revelar a natureza fragmentária e subsidiária do direito penal (TACrimSP, Apel. n. 998.197, rel. Vico Mañas, 27/3/1996)” (Princípio da Insignificância no Direito Penal, vol. 2, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, pág. 293).

Em casos de bem jurídico de valor ínfimo e menor relevância nos crimes contra o patrimônio, o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo pela atipicidade:

“Penal. Furto de pequeno valor. Princípio da insignificância.

— O valor ínfimo da res furtiva, sem qualquer repercussão no patrimônio da firma vítima, não tem repercussão na seara penal, à míngua de efetiva lesão do bem jurídico tutelado, enquadrando-se a hipótese no princípio da insignificância.

— Recurso especial conhecido e desprovido” (REsp. n. 264.633/MG — rel. Min. Vicente Leal — j. 3/10/00 — DJU 23/10/00).

Do voto:

“O Tribunal a quo, por decisão sobejamente fundamentada, afastou a criminalidade do ato imputado ao recorrido, diante do laudo avaliatório da res furtiva, no qual se constatou que o pacote de cigarros, cadernos e um par de sandálias havaianas somaram R\$ 26,70 (vinte e seis reais e setenta centavos), produtos estes restituídos ao dono.

“Merece destaque o seguinte excerto do voto do condutor do acórdão que absolveu o réu, verbis:

“A verdade é que, através dos depoimentos existentes nos autos, ficou evidente a autoria da tentativa de

furto que recai sobre o apelante, inclusive, foi apanhado com a res furtiva, em seu poder e dentro do estabelecimento comercial às 2h da madrugada.

“Formalmente, o sujeito ativo violou a norma incriminadora penal, estatuída no art. 155, caput, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal.

“Todavia, esta conduta não lesionou, nem ameaçou o bem jurídico protegido pela lei de forma que justificasse a imperiosidade de invocar-se a proteção penal, situação que pode determinar o reconhecimento da improcedência da denúncia, nos termos da regra do art. 386, III, do Código de Processo Penal, caracterizando-se a atipicidade do comportamento realizado” (fls. 86).

“Como visto, a decisão recorrida adotou o princípio da insignificância, ou teoria da bagatela.

“O tema é interessante e tem sido objeto de preciosos comentários dos nossos penalistas, que buscam inspiração no direito estrangeiro.

“Em nosso ordenamento jurídico não há ainda qualquer preceito dispondo sobre o assunto.

“A jurisprudência nacional, todavia, vem consolidando o pensamento no sentido de excluir a tipicidade de fatos insusceptíveis de causar qualquer quebra do equilíbrio social. Assim, aos poucos, o princípio da insignificância vem sendo incorporado ao Direito Penal Brasileiro.

“As duas Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte, competente em matéria penal, têm proclamado tal princípio no julgamento de questões, seja em casos de desvios dos conhecidos ‘sacoleiros

do Paraguai', seja em casos de entorpecentes, diante da ínfima quantidade da droga encontrada.

"A egrégia Quinta Turma, em precedente relatado pelo Ministro José Arnaldo, decidiu, consoante ementa assim composta:

"Recurso especial. Descaminho. Princípio da bagatela ou insignificância.

"A pequena quantidade e o pouco valor da mercadoria de procedência estrangeira apreendida em poder dos acusados autoriza a aplicação do princípio da insignificância, descaracterizando o crime de descaminho.

"Uma condenação criminal, in casu, seria, na verdade, pelas suas conseqüências, desproporcional ao dano decorrente da conduta praticada pelos recorridos, todos primários e de bons antecedentes.

"Recurso especial conhecido, mas improvido' (REsp n. 111.010/RN).

"Esta egrégia Sexta Turma, em caso semelhante, prestigiando acórdão da 3ª Turma do TRF/1ª Região (Relator Juiz Tourinho Neto), decidiu no mesmo sentido consoante ementa da lavra do nobre Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, verbis:

"REsp — Penal — Princípio da insignificância

"— O princípio da insignificância, não obstante a divergência doutrinária, quanto à sua natureza jurídica (excludente de tipicidade, ou excludente de culpabilidade) significa a irrelevância jurídica do resultado, afetando, materialmente, a estrutura do delito' (REsp n. 167.925/MG, in DJ de 1º/2/1999, pág. 242).

"A situação emoldurada no presente recurso encasa-se aos precedentes referenciados com perfeição.

"Efetivamente, foi encontrado em poder do recorrido um pacote de cigarros, cadernos e um par de sandálias havaianas que somaram R\$ 26,70 (vinte e seis reais e setenta centavos), produtos estes restituídos ao dono. Face ao pequeno valor da res furtiva, estou em que a Justiça Penal não pode se preocupar com fatos sem relevância no mundo da proteção da sociedade.

"A espécie há de se pautar por um entendimento dirigido a se examinar se o bem jurídico tutelado é relevante. É que o crime, além da conduta, reclama resultado, ou seja, repercussão no bem jurídico tutelado pela ocorrência de dano ou perigo. Sem esse evento, o comportamento penal é penalmente irrelevante.

"No caso de crime de furto, a conduta é criminalizada porque repercute no interesse público. Todavia, em sendo ínfimo o valor da res furtiva encontrada em poder do réu, não tem repercussão na seara penal, à míngua de efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, enquadrando-se a hipótese no princípio da insignificância.

"Em face dessas considerações, tenho que o acórdão em destaque aplicou o melhor direito à espécie, em plena sintonia com o entendimento consagrado no âmbito deste tribunal".

No mesmo sentido, colhe-se da jurisprudência:

"Furto — Bagatela — Irrelevância do bem jurídico, a afetar a própria tipicidade da conduta proibida.

“Em caso de subtração de coisa insignificante, como singela melancia, o dano é tão párvulo que o tipo não se integra, impondo-se o desacoplimento da ação penal (TACrimSP — AC n. 481.889-1 — rel. Gonçalves Sobrinho)” (Apud MAÑAS, Carlos Vico. O Princípio da Insignificância como Excludente da Tipicidade no Direito Penal, São Paulo, Saraiva, 1994, pág. 72).

“Furto — Agente surpreendido ao tentar subtrair uma caixinha de ovos de um açougue — Escassa lesividade — Absolvção.

“O crime não tem apenas um modo de ser objetivo que o caracteriza, mas também, por assim dizer, um peso, de sorte que há um limite de suficiência, por qualidade e quantidade, da empreitada criminoso. Aquém desse limite qualitativo-quantitativo, não há racional consistência de crime, nem justificação da pena (TACrimSP — AC — rel. Silva Franco — BMJ, jan. 83/8)” (op. cit.).

2 — Em síntese:

O Direito Penal só deve intervir até onde seja necessário para a proteção de bens jurídicos relevantes.

Não se ocupando de bagatelas, é necessário, com base em boa políti-

ca criminal, considerar materialmente atípicas condutas de inequívoca insignificância para a vida em sociedade.

É de se reconhecer a insignificância da conduta do agente, alcoólatra, que tenta furtar de estabelecimento comercial um litro de gim, de valor inferior a dez reais, isto em face da ínfima gravidade e lesividade ao bem jurídico tutelado.

3 — Pelo exposto, dou provimento ao recurso para absolver o apelante com base no artigo 386, III, do CPP.

III — Decisão

Acompanham o voto do relator. Deram provimento ao recurso para absolver o apelante com fulcro no art. 386, III, do CPP.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Genésio Nollí e Souza Varella. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Hipólito Luiz Piazza.

Florianópolis, 6 de fevereiro de 2001.

Amaral e Silva,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.024344-2, DE ABELARDO LUZ

Relator: Des. Amaral e Silva

Penal — Abandono material — Delito caracterizado — Prova indiciária — Validade — Princípio do livre convencimento — Crime de caráter permanente — Impossibilidade de reconhecimento da continuidade delitiva — Adequação da pena — Condenação mantida.

O não-pagamento, sem justa causa, de pensão alimentícia fixada judicialmente, caracteriza o delito de abandono material previsto no art. 244 do CP.

É de sedimentada jurisprudência que declarações da vítima e de testemunhas, produzidas no inquérito, têm valor probante, por isso que integram os autos do processo, sendo resultado da atividade da polícia judiciária, merecendo fé até prova em contrário.

Ante nosso Direito Processual não há provas tarifadas. Vigora o princípio do livre convencimento do juiz (art. 157 do CPP).

Não infirmada, defeituosa ou falsa, a prova do inquérito serve de valioso elemento de convicção.

“Tratando-se de crime permanente não há que se falar em continuidade delitiva pelo inadimplemento de várias prestações alimentares” (Julio Fabbrini Mirabete).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.024344-2, da comarca de Abelardo Luz, em que é apelante Francisco de Souza Silva, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso para reduzir a pena.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Francisco de Souza Silva restou condenado à pena de 2 (dois) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de detenção, em regime aberto, e ao pagamento da multa de 2,6 (dois vírgula seis) salários mínimos, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no va-

lor de 3 (três) salários mínimos em favor de entidade assistencial, por infração ao art. 244 c/c o art. 71 ambos do Código Penal.

Inconformado, apelou, pleiteando, em síntese, a absolvição, eis que a sentença se baseou unicamente nos depoimentos prestados na fase policial, sendo a prova produzida insuficiente ao decreto condenatório.

Também, em resumo, diz o representante do Ministério Público que a sentença deve ser mantida pelos próprios e jurídicos fundamentos.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento e desprovimento.

O recurso seguiu os trâmites legais.

II — Voto

1 — Com razão a douta Procuradoria-Geral de Justiça.

A autoria e materialidade restaram plenamente comprovadas. Há sentença em ação de investigação de paternidade condenando o apelante ao pagamento de pensão alimentícia à menor F. V. S. S. (fls. 7/11); certidão de nascimento (fls. 12); iniciais de execução de alimentos (fls. 13/17, 19/22 e 23/26) e decisão de fls. 18, demonstrando que, sem justa causa, o recorrente deixou de pagar a pensão alimentícia da filha menor.

Some-se a isso as declarações da mãe de F., M. V., que disse ter tido relação de concubinato com o apelante, o que resultou no nascimento da menor, não tendo esta sido reconhecida pelo pai, motivo que levou a declarante a interpor ação de investigação de paternidade contra o apelante. Disse, ainda, que o réu “nunca pagou alimentos, nem mesmo após a sentença proferida na ação anteriormente mencionada; que até hoje a informante recebeu apenas uns dois salários do acusado; (...) que o acusado nunca procurou a informante para pagar os débitos ou mesmo fazer um acordo” (fls. 77).

O apelante diz ter certeza de não ser o pai da criança, e que fez um documento na delegacia requerendo a realização de exame de DNA, não pagando os alimentos devidos por esse motivo (fls. 57).

Ora, se já existe sentença transitada em julgado reconhecendo o apelante como pai da menor F., é impossível, neste processo, discutir a paternidade, não podendo, também, o réu eximir-se da obrigação de prestar alimentos.

A respeito, muito bem justificou o ilustre Magistrado a quo Dr. Leandro Passig Mendes:

“A obrigação alimentar imposta ao acusado encontra-se determinada em sentença proferida na ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos proferida em 11 de setembro de 1998 (fls. 11), em que houve sua condenação ao pagamento de pensão no montante de meio salário mínimo mensal, valendo registrar que não se registrou a interposição de qualquer recurso por parte do réu, seja quanto ao valor dos alimentos, seja especificamente no tocante ao reconhecimento da filiação. Ainda que o acusado tenha alegado — somente neste processo criminal — seu desejo insuspeito de submeter-se ao exame de paternidade pelo método do DNA, embora tenha se recusado por duas vezes a simples perícia hematológica na ação ordinária, deixou bem claro sua conduta ousada, ao afirmar que ‘se a matéria é do interesse da Justiça, a própria Justiça que indique e nomeie local e data para a realização do exame do DNA’ (fls. 40v.).

“Em primeiro lugar, o exame do DNA agora parece-me absolutamente desnecessário, ante a autoridade incontestável da coisa julgada material. O acusado, embora tenha a certeza — divina — de que não é pai da menor, tem de aprender a submeter-se aos efeitos de uma decisão judicial, com trânsito em julgado, independentemente daquilo que ache ou deixe de achar. Faltava somente ele pretender vincular a eficácia da decisão judicial, que declarou a paternidade e o condenou a pagar alimentos, a sua boa vontade, ou à inspiração dos céus para que algum ser dotado de capacidade

mediúnica viesse a confirmar que a menor realmente é sua filha, como se as necessidades da beneficiária dos alimentos pudessem ficar ao seu talante...

“A pensão alimentícia foi fixada judicialmente em quantia bastante módica, permitindo somente a manutenção da menor e os gastos ordinários com saúde, vestuário, alimentação, material escolar etc. O acusado, quando demandado em várias oportunidades para o pagamento dos valores exigidos (certidões de fls. 62/63), usou sempre do estratagema de efetuar o pagamento das prestações vencidas a três meses anteriores, com a exclusiva finalidade de obstar um decreto prisional, beneficiando-se de interpretação jurisprudencial do art. 733 do CPC. Dinheiro ele tinha, obviamente, porque caso contrário teria cumprido o decreto de prisão civil. Se não ficou um dia sequer preso, parece-me absolutamente lícito dizer que não paga porque tem consciência de estar descumprindo a decisão judicial.

“Mas uma coisa é certa e indubitável: o acusado não pagou nem tampouco vem pagando regularmente os alimentos fixados na sentença condenatória, de modo que competia a ele próprio a comprovação de justa causa para o não pagamento (art. 156 do CPP). O crime de abandono material, como se sabe, pressupõe somente que o agente não efetue o pagamento da pensão alimentícia fixada, de forma correta e completa. Pagamentos parciais, efetuados somente na undécima hora para impedir ou suspender o decreto prisional, não podem ser considerados como cumprimento legítimo da obrigação, pois isso equivaleria a compelir a menor — be-

neficiada com a decisão judicial — a manejar ações de execução ad eternum, numa expectativa de que o réu venha a cumprir aquilo que, antes de ser uma obrigação imposta em sentença, é dever moral e ético.

“Mas a ousadia do acusado não ficou somente na pretensão de que fosse feito o exame pelo DNA. Ao ser interrogado, disse que ‘tem certeza que não é o pai de F. V. S. e S.; que sabia que estava condenado a pagar ½ salário mínimo de pensão por mês; que o interrogando não pagou os alimentos porque fez um documento na delegacia requerendo DNA’ (fls. 56/57).

“Ora, se tinha conhecimento da condenação, se sabia do valor devido a título de alimentos, mas mesmo assim preferiu somente pagar para evitar a prisão civil, o denunciado incidiu mesmo na conduta prevista pelo art. 244 do CP, de modo que a condenação é mesmo imperiosa. A falta de condições financeiras não foi comprovada e sequer o acusado referiu a essa circunstância por ocasião de seu interrogatório judicial, de modo que a condenação é mesmo de rigor” (fls. 104/106).

A alegação do apelante de que não é o pai da criança não configura justa causa capaz de excluir o delito, mesmo que já tivesse sido interposta ação negatória de paternidade, conforme anotaram Alberto Silva Franco e outros:

“O fato de haver sido intentada ação negatória de paternidade não interrompe a obrigação de pagar os alimentos, mormente se concedidos estes por decisão transitada em julgado’ (TJSP — HC — rel. Mendes Pereira

— RT 508/329) (Código Penal e sua interpretação jurisprudencial, vol. 1, t. 2, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, pág. 3.160).

Vê-se que restou comprovado o dolo do apelante quando do não-pagamento da pensão alimentícia à que foi condenado em decisão judicial, em favor de sua filha menor F. V. S. e S.

É o entendimento desta Corte:

“Abandono material — Filho reconhecido — Pai que, sem justa causa, se nega prover de recursos necessários à subsistência — Crime caracterizado — Condenação mantida.

“Deixando o agente de prover, sem justa causa, a subsistência de filho menor reconhecido mediante escritura pública válida, faltando ao descendente os recursos de que necessita para sobreviver, caracteriza o delito capitulado no artigo 244 do Código Penal” (Ap. Crim. n. 30.867, de Blumenau, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

“Abandono material — Confissão confirmada por demais elementos de prova — Caracterização — Condenação mantida.

“O delito capitulado no artigo 244 do Código Penal se tipifica quando o agente, sem justa causa, deixa de prover o sustento de sua família, obrigação a que está sujeito na condição de chefe do lar” (Ap. Crim. n. 28.457, de Joaçaba, rel. Des. Marcio Batista).

2 — Não assiste razão ao apelante quando alega que a prova produzida na fase policial não podia ser usada para embasar o decreto condenatório.

Sustenta que as declarações das testemunhas ouvidas na polícia “diante da ausência do contraditório são tidas como inexistentes”.

Data venia, equivocou-se o digno defensor.

É de sedimentada jurisprudência que declarações da vítima e de testemunhas produzidas no inquérito têm valor probante, por isso que integram os autos do processo, sendo resultado da atividade da polícia judiciária, merecendo fé, até prova em contrário.

Não infirmada, defeituosa ou falsa, a prova do inquérito constitui valioso elemento de convicção.

Já se decidiu:

“Prova — Inquérito policial — Pretendido reconhecimento de valor meramente informativo — Rejeição.

“Não se pode dizer, de forma absoluta, ter a prova do inquérito valor meramente informativo. Aquilo que se apura durante a investigação policial há, indubitavelmente, de ser ponderado e examinado como matéria útil ao conhecimento da verdade, dando-se-lhe a credibilidade que merecer, dentro da melhor técnica recomendada pela hermenêutica” (JUTACrim. 22/74).

“Inquérito policial — Prova — Validade da condenação imposta com base em dados do inquérito quando em sintonia com o apurado em juízo — Documento que integra os autos do processo, com valor probante, e que serve de valiosa referência para o juiz — Impossibilidade de ser desconsiderado no conjunto probatório, em face do princípio de que todas as provas

são relativas e ao princípio do livre convencimento.

“É válida a condenação imposta com base em dados do inquérito policial, se os depoimentos destes estão em sintonia com o apurado em juízo. Desprezá-los não é possível até porque o CPP adotou, nessa parte, o princípio do livre convencimento e na sua exposição de motivos acrescenta que todas as provas são relativas, nenhuma delas terá, ex vi legis, valor decisivo, ou maior prestígio que outra. As declarações constantes do inquérito policial têm valor probante, pois não é, esse, peça inútil para efeito probatório que deveria ser relegado ao esquecimento, uma vez oferecida a denúncia, é justo da atividade da Polícia Judiciária visando à informação sobre o fato típico e autoria, para viabilizar a propositura da ação penal, que iniciada, esta, permanece com sua função probante, é referência valiosa para o juiz. O inquérito policial integra os autos do processo” (RT 719/400).

Vale lembrar: diante de nosso Direito Processual não há provas tarifadas. Vigora o princípio do livre convencimento do juiz (art. 157 do CPP).

É o entendimento:

“Processual penal — Lesão corporal seguida de morte — Princípio da livre apreciação das provas — Recurso desprovido.

“É assegurado ao Juiz a livre apreciação da prova (art. 157 do CPP), sendo lícita a condenação com base no inquérito policial, desde que não infirmado o seu conteúdo pela prova colhida em juízo” (Ap. Crim. n. 97.011554-7, de Joinville, que relatei).

“A teor do art. 157 do CPP, ‘o juiz formará sua convicção pela livre

apreciação da prova’, isto é, não existindo critérios preestabelecidos para a valoração dos diversos meios de convencimento reunidos no curso da instrução, o julgador decidirá com base em sua própria avaliação de tudo o que contiver os autos, estando obrigado, tão-somente, a fundamentar sua opção” (Ap. Crim. n. 98.017488-0, de Joaçaba, rel. Des. Paulo Gallotti).

É de se destacar que o Magistrado a quo sequer se utilizou dos depoimentos colhidos durante a fase policial para formar o convencimento. Baseou a condenação nas declarações prestadas em Juízo e nos documentos trazidos aos autos pelo inquérito e não contraditados.

3 — A dosimetria, data venia, merece reparos.

Inicialmente, observo que o douto Magistrado foi rigoroso na fixação da pena-base.

Justificou o aumento efetuado na fase do art. 59 do Código Penal da seguinte maneira:

“Considerando as circunstâncias do art. 59 do CP, observo que a conduta é penalmente reprovável. O acusado não registra antecedentes criminais válidos. Sua conduta social e personalidade indicam que se trata de pessoa temperamental, tanto que prefere ver-se compelido a pagar alimentos sob a batuta de um mandado de prisão, a valer-se dos meios legais previstos no ordenamento jurídico para mudar a decisão judicial. Os motivos, as circunstâncias e conseqüências são inerentes ao tipo penal, sendo que a vítima não contribuiu para a sua ocorrência e, ao contrário, vem buscando insistentemente a satisfação de seu direito.

“Nesse contexto, aplico-lhe a pena privativa de liberdade de um ano e três meses de detenção, em regime aberto, bem como o pagamento de dois salários mínimos” (fls. 108/109).

Acontece que analisando as circunstâncias judiciais, verifico que a culpabilidade situa-se no limite da normalidade e os autos não registram personalidade malformada ou má conduta social.

Assim, não se justificando o aumento de 3 (três) meses na pena-base, reduzo-a para o mínimo previsto para o tipo penal, ou seja, 1 (um) ano de detenção.

A pena de multa, antes fixada em 2 (dois) salários mínimos, é também reduzida para o mínimo legal, 1 (um) salário mínimo.

Na segunda fase inexistem agravantes e atenuantes.

Em face do caráter permanente do delito, afasto a continuidade delitiva.

Damásio E. de Jesus leciona que:

“O abandono material, em qualquer de suas modalidades, é crime permanente. Assim, omitida a ação exigida pela norma penal, o crime está consumado e a consumação se protrairá no tempo enquanto perdurar a conduta omissiva. É também crime omissivo puro. A tipicidade do fato resulta do confronto da conduta devida, e constante da norma penal incriminadora, com a omissão do sujeito, que não atende ao dever de assistência” (Direito Penal, vol. 3, 11ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996, pág. 218).

No mesmo sentido, E. Magalhães Noronha:

“Na forma por que foi o delito definido, é ele de caráter permanente, mesmo na hipótese de faltar-lhe ao pagamento de prestação alimentícia, pois tal estado se prolonga” (Direito Penal, vol. 3, 18ª ed., São Paulo, Saraiva, 1986, pág. 330).

Assim, conforme Julio Fabbrini Mirabete:

“Tratando-se de crime permanente não há que se falar em continuidade delitiva pelo inadimplemento de várias prestações alimentares” (grifei) (Código Penal Interpretado, São Paulo, Atlas, 1999, pág. 1.421).

Colhe-se da jurisprudência:

“Abandono material. Não pagamento sistemático de prestações alimentícias. Crime permanente. Acusado que, por mais de 3 (três) anos, não paga prestação alimentícia a que se obriga judicialmente, sem justa causa, comete o crime de abandono material. Trata-se, por outro lado, de crime permanente, pois omitida a conduta exigida pela norma penal, o crime está consumado, e a consumação se prolongará no tempo enquanto perdurar a conduta omissa” (TARGS — Ap. Crim. n. 296022460 — rel. Danúbio Edon Franco — j. 28/8/96, Ajuris — Banco de Dados Jurisprudenciais da Associação dos Juízes do RS).

Com isso, torno a reprimenda definitiva em 1 (um) ano de detenção e pagamento de 1 (um) salário mínimo por infração ao art. 244 do Código Penal.

Regime aberto.

Considerando que o apelante preenche os requisitos do art. 44 do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por uma restritiva de

direitos consistente em prestação de serviços à comunidade, à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação (art. 46, § 3º, do CP).

4 — Pelo exposto, dou provimento parcial ao recurso para reduzir a pena.

III — Decisão

Acompanharam o voto do relator. Deram provimento parcial. Reduziram a pena.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Genésio Noll e Souza Varella. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho.

Florianópolis, 13 de fevereiro de 2001.

Amaral e Silva,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.005870-0, DE JOINVILLE

Relator: Des. Álvaro Wandelli

Imputabilidade penal — Exame de sanidade mental no apelante — Desnecessidade.

O juiz somente deverá determinar a realização de exame de sanidade mental quando existirem reais dúvidas sobre a integridade mental do acusado, podendo negar perícias requeridas quando estas não forem necessárias ao esclarecimento da verdade (artigos 149 e 184 do CPP), ainda mais se o acusado, nas oportunidades em que foi ouvido, não demonstrou qualquer distúrbio capaz de justificar a providência.

Crime contra o patrimônio — Roubo circunstanciado — Confissão — Palavras seguras das testemunhas — Tentativa — Pronto atendimento policial — Desclassificação.

A confissão do réu nas duas fases, aliada à palavra das vítimas e dos policiais que efetuaram a prisão, bem como a apreensão da res com o agente, levam à certeza pela condenação.

“Se a vítima do roubo obtém imediato apoio da autoridade policial e prende os agentes a poucos metros do local do evento, recuperando objetos após escassos minutos decorridos, caracteriza-se apenas a tentativa e não a espécie consumada, porque os roubadores não conseguiram dispor tranqüilamente da coisa, não se podendo, in casu, considerar a ação da polícia como diligência posterior,

bem-sucedida, que tipificaria o crime consumado” (Ap. Crim. n. 99.004410-6, da Capital, rel. Des. José Roberge, j. 4/5/99).

Pena criminal — Tentativa — Critério para redução — Pena de multa — Recurso parcialmente provido.

A redução pela tentativa deve ser feita de acordo com o maior ou menor caminho percorrido pelo agente na persecução de seu delicto criminoso.

Se o réu exauriu os atos de execução, não chegando ao final por circunstâncias alheias a sua vontade, haja vista que a vítima comunicou o fato à polícia, que prontamente chegou ao local, a diminuição deve ser operada no mínimo.

Para fixação do número de dias-multa correspondente à pena privativa de liberdade imposta, deve-se partir do mínimo legal cominado ao crime e, assim, compará-lo ao quantum fixado no caso em particular para a pena-base.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.005870-0, da comarca de Joinville (1ª Vara), em que é apelante Mauro Martinho Miguel, 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, desclassificando o delito para sua forma tentada, adequar a reprimenda.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Joinville, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Mauro Martinho Miguel, dando-o como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, I, do Código Penal, porque:

“No dia 15 de março de 1999, por volta das 22h, no Posto Enxainel, localizado na Rua Visconde de Tau-nay, 1.240, Centro, nesta cidade e co-

marca, o denunciado Mauro, munido de uma pistola calibre 380 (termo de apreensão de fls. 10), mediante grave ameaça aos funcionários do referido estabelecimento, subtraiu para si R\$ 480,00 (quatrocentos e oitenta reais) em dinheiro e R\$ 540,91 (quinhentos e quarenta reais e noventa e um centavos) em cheques de diversos clientes, além de notas de reembolso de cartões de crédito e um vale em nome de Aleixo, tudo descrito no termo de apreensão de fls. 10.

“O denunciado, apontando a referida arma para a funcionária do posto de combustível, colocou todo o dinheiro que lhe foi entregue dentro de uma sacola de plástico branca. Saindo logo em seguida, escondendo-se em um matagal próximo ao local, onde, logo após, foi preso em flagrante ainda em poder dos valores roubados” (fls. 2/3).

Concluída a instrução criminal, o réu restou condenado à pena de 6

(seis) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e 77 (setenta e sete) dias-multa, no valor mínimo legal, por violação dos arts. 157, § 2º, I, 61, I, e 65, III, d, do Código Penal.

Inconformado, o réu apelou tempestivamente, requerendo, preliminarmente, seja submetido a exame de sanidade física e mental; no mérito, alegou que a prova colhida não é compatível com o princípio da verdade real, especialmente no que se refere à ausência de laudos periciais da arma e do dinheiro apreendidos. Alternativamente, requer o reconhecimento do crime de tentativa de roubo na sua forma fundamental, com adequação da pena.

Com as contra-razões, os autos ascenderam a esta Instância, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Robison Westphal, pelo conhecimento e não provimento do recurso.

É o relatório.

1. Prefacialmente, cumpre ressaltar que não merece prosperar a alegação de que “no momento do crime, tudo deixava crer que o apelante não tinha capacidade de autodeterminação” (fls. 89).

Sabe-se que o Código de Processo Penal prevê medida própria para o reconhecimento da imputabilidade ou semi-imputabilidade, podendo o exame ser determinado de ofício, a requerimento do Ministério Público, defensor, curador, ascendente, descendente, irmão ou cônjuge, servindo justamente para evitar que medidas protelatórias interfiram no andamento da persecutio criminis, uma vez que somente ocorrerá quando existirem reais dúvidas sobre a integridade

mental do acusado, podendo o juiz negar perícias requeridas quando estas não forem necessárias ao esclarecimento da verdade (artigos 149 e 184 do CPP).

Neste sentido:

“O exame médico-legal do acusado com vistas à determinação da imputabilidade há que resultar de análise do contexto probatório dos autos, a revelar séria ou razoável dúvida a respeito de sua saúde mental. Não configura cerceamento de defesa o indeferimento do exame de sanidade mental do réu se não há dúvida sobre a sua integridade mental” (RT 637/298).

Ressalte-se que a perturbação psicológica ou leve retardo mental não isenta a culpabilidade do réu, porquanto esta somente será excluída quando a anormalidade psíquica impedir o pleno entendimento da ilicitude do seu modo de agir.

Contudo, a alegação de perturbação mental do acusado consiste tão-somente em medida protelatória e insuficiente para minorar a sanção aplicada, pois que, sabidamente, um eventual exame de sanidade não lograria o efeito desejado, mormente porque os depoimentos do apelante são firmes, não havendo, em momento algum, qualquer sinal que indique insanidade.

O entendimento jurisprudencial não diverge:

“Mostra-se desnecessária a instauração de incidente para verificar a insanidade mental do réu se nas oportunidades em que foi ouvido não demonstrou qualquer distúrbio capaz de justificar a providência”

(TACRIM—SP, Ap. Crim., rel. Ciro Campos, RJD 15/100).

2. Por volta das 22 horas do dia 15/3/99, o denunciado, portando uma pistola calibre 380 (fls. 10), adentrou no Posto Enxainel, na Rua Visconde de Taunay, n. 1.240, no centro de Joinville, e, apontando para os funcionários do referido estabelecimento, Roseni Gonçalves de Araújo e Aleixo Perquer Nunes, exigiu que eles pasassem todo o dinheiro do caixa.

Sob grave ameaça, portanto, subtraiu para si R\$ 480,00 (quatrocentos e oitenta reais) em dinheiro, R\$ 540,91 (quinhentos e quarenta reais e noventa e um centavos) em cheques de diversos clientes, além de notas de reembolso de cartões de crédito e um vale em nome de Aleixo (termo de apreensão de fls. 10), colocou dentro de uma sacola de plástico branca e, saindo em seguida, escondeu-se em um matagal próximo ao local, onde, logo após, foi preso em flagrante tendo ainda em seu poder os valores roubados.

Nas duas oportunidades em que foi inquirido, o acusado confessou detalhadamente, esclarecendo perante o Magistrado que “estava sem dinheiro e acabou resolvendo assaltar um posto. Entrou no posto mencionado na denúncia. Puxou a arma e apontou para a mulher do caixa. Pegou uma sacola plástica do próprio posto e mandou que a vítima jogasse o dinheiro do caixa dentro da sacola. De posse do dinheiro o interrogando saiu caminhando por uma estrada com um pouco de mato que não conhece bem porque não é de Joinville. Estava caminhando na estrada, no al-

to do morro, quando a polícia apareceu e o prendeu” (fls. 26).

As testemunhas Roseni Gonçalves de Araújo e Aleixo Perquer Nunes foram seguros e firmes em apontar o apelante como o autor do crime (fls. 6/8 e 47/48), bem assim os policiais militares que efetuaram a prisão, Josias Gaspar e Dionísio Schroeder (fls. 5/6 e 45/46), sendo isso suficiente para a manutenção da condenação.

Por outro lado, como bem mencionou o ilustre Procurador de Justiça, “descabida de fundamento a alegação de que era imprescindível o laudo pericial para comprovar a materialidade delitiva, uma vez que se encontra no termo de apreensão de fls. 13 a relação dos valores subtraídos do posto de combustível, inclusive cheques emitidos por terceiros. Pelo raciocínio da defesa, se o paciente tivesse dado fim nos valores subtraídos, o crime ficaria impune.

“No mesmo sentido, totalmente dispensável laudo pericial para comprovação de eficácia da arma utilizada no assalto, pois em nada alteraria a caracterização do delito, mesmo porque até uma arma de brinquedo pode servir de instrumento de ameaça, segundo entendimento da jurisprudência” (fls. 102).

3. Melhor sorte socorre o apelante no tocante ao pleito de desclassificação do delito de roubo para a forma tentada, pois a funcionária do posto de gasolina, logo após o assalto, telefonou para a polícia e, na sequência, “ali chegou uma viatura da Polícia Militar e foi comunicada do fato, tendo os policiais saído à procura do assaltante, encontrando-o e prendendo-o logo em seguida” (fls. 8); res-

salte-se, ainda, que no matagal fora visto pela referida funcionária e de posse de todo o dinheiro e objetos roubados (fls. 7/8).

Ora, esses fatos indicam que o delito não ultrapassou a esfera da tentativa, sendo certo que "o esquema policial existe e está preparado para combater o crime. E se a vítima de roubo conta com o imediato apoio de componentes de uma viatura policial e segue o rumo tomado pelos roubadores, localizando-os em escassos minutos, recuperando todos os objetos subtraídos, caracteriza-se a tentativa, porque estes não dispuseram da posse tranqüila dos bens e o roubo é, antes de tudo, crime contra o patrimônio" (Celso Limongi — JUTACRIM 93/259).

Nesse sentido esta egrégia Segunda Câmara Criminal já decidiu:

"Se a vítima do roubo obtém imediato apoio da autoridade policial e prende os agentes a poucos metros do local do evento, recuperando objetos após escassos minutos decorridos, caracteriza-se apenas a tentativa e não a espécie consumada, porque os roubadores não conseguiram dispor tranqüilamente da coisa, não se podendo, in casu, considerar a ação da polícia como diligência posterior, bem-sucedida, que tipificaria o crime consumado" (Ap. Crim. n. 99.004410-6, da Capital, rel. Des. José Roberge, j. 4/5/99).

É o caso dos autos.

4. Nesse passo, mantida a pena privativa de liberdade aplicada ao apelante, deve ser adequado o número de dias-multa pois, na verdade, a interpretação dada pelo ilustre Magistrado não corresponde à realidade.

Conforme explica Damásio de Jesus, a dosimetria da pena de multa observa duas fases distintas, a saber:

"1ª operação: no tocante à quantidade dos dias-multa (CP, art. 49, caput), que varia entre dez e trezentos e sessenta, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais do art. 59, caput, que servem ao juiz de critério de dosagem da pena: culpabilidade do agente, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos, gravidade objetiva do crime e circunstâncias inominadas, conforme seja necessário e suficiente para os fins de reprovação e prevenção; 2ª operação: o valor do dia-multa deve ser fixado de acordo com a situação econômica do réu (CP, art. 60, caput)" (Código Penal Anotado, SP: Saraiva, 1996, 6ª ed., pág. 157).

Deve-se partir do mínimo legal da pena privativa de liberdade cominado à infração e, assim, compará-lo ao quantum fixado em particular; no caso, como o Magistrado fixou a pena-base segundo as circunstâncias do art. 59 do CP em 4 (quatro) anos e 10 (dez) meses de reclusão, partindo-se do mínimo legal do crime de roubo, que é de 4 (quatro) anos, tem-se que se operou um aumento de aproximadamente 1/4 (um quarto), desconsiderando-se as frações (CP, art. 11).

Assim, sobre o mínimo de 10 (dez) dias-multa deve incidir o aumento de 1/4 (um quarto), perfazendo a pena-base pecuniária 12 (doze) dias-multa, incidindo sobre ela a causa de especial aumento do § 2º, do inc. I, do art. 157 do CP, fixada em 1/3 (um terço), totalizando 16 (dezesesseis) dias-multa.

Mantidas as demais cominações da sentença, tem-se de fazer a adequação, também, da pena privativa de liberdade pelo critério da tentativa que, nesta Corte, "deve ser feita de acordo com o maior ou menor caminho percorrido pelo agente na persecução de seu desiderato criminoso; ou seja, quanto mais o sujeito se aproxima da consumação, menor deve ser a diminuição da pena (1/3); quanto menos ele se aproxima da consumação, maior deve ser a atenuação (2/3)" (Ap. Crim. n. 33.183, de Criciúma, deste relator, DJ n. 9.351, de 6/11/95, pág. 17).

Assim, se o réu exauriu os atos de execução, e não meros atos preparatórios, não chegando ao final por circunstâncias alheias a sua vontade, haja vista que a vítima comunicou o fato à polícia, que prontamente chegou ao local, a diminuição deve ser operada em 1/3 (um terço) sobre a pena fixada anteriormente, ou seja, 6 (seis) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 15 (quinze) dias-

multa, perfazendo 4 (quatro) anos, 4 (quatro) meses e 13 (treze) dias de reclusão e 10 (dez) dias-multa, mantidas as demais cominações da sentença.

5. Diante do exposto, conhece-se do recurso e dá-se-lhe provimento parcial para, desclassificando o crime para sua forma tentada, adequar a reprimenda imposta ao apelante em 4 (quatro) anos, 4 (quatro) meses e 13 (treze) dias de reclusão e 10 (dez) dias-multa, mantidas as demais cominações da sentença.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jorge Mussi. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Robison Westphal.

Florianópolis, 23 de maio de 2000.

Alberto Costa,
Presidente;
Álvaro Wandelli,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.006351-7, DE URUBICI

Relator: Des. Álvaro Wandelli

Pena criminal — Pena-base — Estipulação muito acima do mínimo — Antecedentes criminais, personalidade e conduta social considerados em desfavor do réu — Processo em andamento — Ausência de condenação definitiva — Redução que se impõe — Pena privativa de liberdade — Substituição por uma restritiva de direitos (prestação de serviços à comunidade) — Exegese do art. 44 e incisos e seu § 2º, 1ª parte, do Código Penal (redação dada pela Lei n. 9.714/98) — Sentença modificada.

A substituição da pena reclusiva nos moldes preconizados no artigo 44, inc. III, do Código Penal, com a redação dada pela Lei n.

9.714, de 25/11/98, torna-se viável quando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias do crime, indicarem ser essa substituição suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.006351-7, de Urubici, em que é apelante Mário César de Souza, sendo apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Urubici, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Mário César de Souza, dando-o como incurso nas sanções do art. 171, caput, do Código Penal, porque:

“No dia 16/4/94, no CTG do município de Urubici, em horário não especificado, o denunciado compareceu à barraca da vítima Marcelo Folchini, adquirindo deste os produtos constantes do Termo de Apreensão de fls. 5. Como pagamento, o denunciado entregou à vítima o cheque n. 286400, conta n. 106955-8, agência do Unibanco de Lages-SC, no valor de CR\$ 400.000,00 (quatrocentos mil cruzeiros reais) (fls. 34), cártula pertencente ao talonário que havia sido furtado do correntista Mário Luiz Ribeiro Ramos.

“O denunciado, sabedor de que o cheque era furtado e com o intuito de obter para si vantagem ilícita em prejuízo alheio, manteve a vítima em erro mediante o ardil de assinar o che-

que anteriormente como se fosse o correntista Mário Luiz. Como forma de ‘garantir’ o pagamento do cheque, o denunciado lançou no verso da cártula, no momento da compra, sua própria assinatura (fato confirmado pelo Laudo Pericial de fls. 25/26).

“A cártula, depositada pela vítima, retornou em razão de a conta já estar encerrada, procedimento adotado pelo correntista Mário Luiz tempos atrás” (fls. 2/3).

Concluída a instrução criminal, o réu restou condenado ao cumprimento da pena de 2 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, e pagamento 15 (quinze) dias-multa, por infração ao art. 171, caput, do Código Penal, sendo-lhe concedido o benefício do sursis pelo período de 3 (três) anos, mediante as seguintes condições: a) prestação de serviços à comunidade, no primeiro ano; b) proibição de ausentar-se do território da comarca de seu domicílio sem prévia autorização judicial; c) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades; d) não andar armado e não frequentar bares.

Inconformado, o condenado apelou, colimando a mitigação da reprimenda para o mínimo legal, eis que o Magistrado levou em consideração como circunstâncias negativas os antecedentes, conduta social e personalidade, calcado na certidão de fls. 50v., a qual dá conta de um processo crime em andamento; ou, alternativa-

mente, a substituição da pena privativa de liberdade para pena de multa e uma restritiva de direitos, ao teor do art. 44, § 2º, segunda parte, do Código Penal; ou, ainda, a suspensão condicional da pena, nos termos do art. 77, I e II, do Código Penal.

Após as contra-razões, os autos ascenderam a esta Instância, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Hipólito Luiz Piazza, opinou pelo conhecimento e provimento parcial do recurso para reduzir a pena imposta e o prazo de duração da suspensão condicional da pena, mantidas as demais cominações da sentença.

É o relatório.

1. Diminuição da reprimenda

A pretensão de diminuição da pena para o mínimo legal, por entender que foi excessivamente dosada, consubstanciada no fato de ter o Magistrado considerado circunstâncias negativas os maus antecedentes, conduta social e personalidade, calçado na certidão de fls. 50v., razão lhe assiste.

Quando da fixação da pena definitiva em 2 (dois) anos de reclusão, e pagamento de 15 (quinze) dias-multa (art. 171, caput, do CP), assim justificou o Magistrado sentenciante:

“O acusado possui maus antecedentes criminais, inclusive por crime de estelionato. A personalidade e conduta social revelam para o campo delituoso. A culpabilidade situou-se em nível médio. Os motivos foram a obtenção do lucro fácil, com prejuízo alheio. As circunstâncias foram normais à espécie. As conseqüências não foram graves. A vítima não contribuiu para o delito. Assim, fixo a pe-

na-base em dois anos de reclusão, pena que torno definitiva ante a inexistência de agravantes atenuantes, circunstâncias legais ou causas especiais. Fixo a pena de multa de 15 dias-multa, cada dia no valor de um trigésimo do salário mínimo vigente à época dos fatos, devidamente corrigido até o pagamento. (...) As circunstâncias do artigo 59 do CP, conforme analisadas no corpo da decisão, são desfavoráveis ao acusado especialmente os antecedentes criminais (fls. 50v.), ante o seu envolvimento com o fato da mesma natureza, tornando inviável a substituição da pena por pena alternativa (Lei n. 9.714/98)” (fls. 108/109).

Constata-se que a pena-base foi aplicada com excessivo rigor, vez que ao aferir as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal foi considerado como maus antecedentes o processo crime por infração ao disposto no art. 171, caput, do Código Penal, contida na certidão de fls. 50v., onde registra somente a data da denúncia, sem trânsito em julgado da sentença ou qualquer comprovação a esse respeito, inclusive levando-o em conta também para definir a conduta e personalidade do apelante como “queda para o campo delituoso”.

De acordo com a orientação hodierna do Excelso Pretório, tal procedimento fere o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade do réu (art. 5º, LVII, da CF).

Do colendo Supremo Tribunal Federal transcreve-se trecho de acórdão prolatado pelo Exmo. Sr. Min. Celso de Mello:

“(....) É inquestionável que somente a condenação penal transitada em julgado pode justificar a exa-

cerbação da pena, pois, com ela, descaracteriza a presunção *juris tantum* de não culpabilidade do réu, que passa, então, — e a partir desse momento — a ostentar o status jurídico-penal de condenado, com todas as conseqüências legais daí decorrentes. Não podem repercutir contra o réu situações jurídico-processuais ainda não definidas por decisão irrecorrível do Poder Judiciário, especialmente naquelas hipóteses de inexistência de título penal condenatório definitivamente constituído” (in HC n. 68.465-3/DF, p. no DJU de 21/2/92, pág. 1.694).

Ainda daquele Sodalício:

“(....)

“Pena — Fixação — Reprimenda-base estabelecida acima do mínimo legal em virtude dos antecedentes desfavoráveis (....).

“Incensurável o decisum na parte em que, ao fixar a pena-base acima do mínimo legal, fundamentou o aumento com a apreciação dos antecedentes pouco recomendáveis do réu que antes se dedicava a pequenos furtos, constando de sua ficha de antecedentes registros de inquéritos e processos criminais relacionados com tóxicos. (....)” (RT 740/519).

No mesmo sentido:

“(....)

“Pena — Fixação acima do mínimo legal em virtude dos maus antecedentes — Inadmissibilidade pela inexistência de certidão com condenação definitiva — Inteligência do art. 5º, LVII, da CF.

“É inadmissível o acréscimo na fixação da pena levando-se em conta os maus antecedentes do réu se in-

xiste nos autos certidão de condenação definitiva anterior, face à norma constitucional do art. 5º, LVII, que trata da presunção de inocência” (RT 744/554).

Afastados os maus antecedentes, a má conduta social e a má personalidade, além da motivação (lucro fácil), que faz parte do tipo nos crimes contra o patrimônio, impõe-se a fixação da pena-base no mínimo legal cominado ao tipo previsto no art. 171, caput, do Código Penal, em 1 (um) ano de reclusão, em regime aberto, tornada definitiva, ante a inexistência de circunstâncias agravantes ou atenuantes ou circunstâncias de especial aumento ou diminuição.

A pena de multa, antes fixada em 15 (quinze) dias, é reduzida para o mínimo legal, 10 (dez) dias-multa, no valor mínimo.

2. Pena restritiva de direitos

Com relação ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, registra-se, frente ao advento da Lei que deu nova redação ao art. 44 e seguintes do Código Repressivo, que as circunstâncias judiciais justificam o pleito.

Considerada a nova redação dada pela Lei n. 9.714/98 ao art. 44 e seguintes do Código Repressivo, e levando-se em conta que as circunstâncias judiciais examinadas indicam ser suficiente a medida (art. 44, III), deve ser modificada a sentença para substituir-se a pena privativa de liberdade imposta ao apelante tão-somente por uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade pelo período de 1 ano, a ser definida pelo Juízo de Execução, devendo

ser cumprida à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho e conforme as aptidões do condenado — art. 46, § 3º, in fine, do CP, sem prejuízo da pena de multa (10 dias).

Como o apelante expressamente requereu a concessão da suspensão condicional da pena nos termos do art. 77, I e II, do Código Penal, é de salientar-se que o inciso IV do art. 59 do CP obriga que o Juiz proceda à substituição da pena privativa de liberdade aplicada por outra espécie de pena, se cabível e haja indicação de sua suficiência para a prevenção e repressão do crime cometido, prejudicando, quando preenchidos os requisitos para tanto, a análise do cabimento da suspensão condicional da

pena, entendida, em termos técnicos, como menos benéfica ao apelante do que a substitutiva ora concedida.

Assim, resta prejudicada a análise do pedido de suspensão condicional da pena nos termos do art. 77, I e II, do Código Penal.

3. Diante do exposto, conhece-se do recurso e dá-se-lhe provimento para adequar a reprimenda.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Jorge Mussi e Maurílio Moreira Leite. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Hipólito Luiz Piazza.

Florianópolis, 16 de maio de 2000.

Álvaro Wandelli,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.012176-2, DE CRICIÚMA

Relator: Des. Genésio Nollí

Réus condenados pela prática de vários crimes.

Apelações da defesa e do Ministério público. Alegações finais do defensor constituído que não analisa a prova produzida. Ausência de defesa caracterizada. Nulidade decretada de ofício.

“No processo penal, quando a defesa é de tal forma omissa e deficiente, em condições que não asseguram o mínimo de diligência e de iniciativa, incorrendo em prejuízo do interesse processual do acusado, a situação deve ser equiparada à falta de defesa, com a conseqüente nulidade absoluta, nos termos da Súmula 523” (RT 542/438).

Recursos prejudicados.

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

00.012176-2, da comarca de Criciúma (1ª Vara), em que são apelantes e

apelados a Justiça, por seu Promotor, José Augusto Pereira, Antônio Ubirajara Moreira, Gilson de Araújo e Sérgio Rodrigo Miguel:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer dos recursos e, de ofício, anular o processo a partir das alegações finais, julgando prejudicado o exame das apelações.

Custas de lei.

Na comarca de Criciúma (1ª Vara), Antônio Ubirajara Moreira, José Augusto Pereira, Sérgio Rodrigo Miguel e Gilson de Araújo foram denunciados pela prática dos seguintes fatos delituosos:

“Emerge do presente caderno informativo que os denunciados Antônio Ubirajara Moreira, José Augusto Pereira, Sérgio Rodrigo Manoel e Gilson de Araújo, unidos subjetivamente para a prática de delito contra o patrimônio, empreenderam esforços, cada qual na sua conduta e elegeram cometê-lo por meio de um assalto.

“Daí resulta que no dia 21 de dezembro de 1998, por volta das 16h10min, os denunciados Sérgio, Antônio e José Augusto adentraram no pátio da empresa Lemos Danova Engenharia e Empreendimento Ltda., localizada na Rua Luiz Lazarin, n. 2.540, bairro Maria Céu, neste Município e, fortemente armados com pistolas, renderam os funcionários da empresa, após anunciarem que se tratava de um ‘assalto’.

“Consta que um dos denunciados mantinha-se no pátio da empresa dando cobertura aos demais comparças, sendo que os outros dois, no inte-

rior do escritório, constrangeram com extrema violência o representante legal da empresa Sérgio Luiz Rosa Constante, direcionando as armas para a sua cabeça e ordenando que entregasse o dinheiro que detinha sob sua responsabilidade, uma vez que sabiam tratar-se de dia de pagamento, no que foram atendidos, sob os olhares dos demais funcionários Luiz Laurindo, Prezalino Ramos Neto, Mauro Nascimento e Silva e Ronaldo Teixeira Martins, os quais foram constrangidos a ficarem amontoados num sofá ali existente.

“Sabe-se que os denunciados após subtraírem a quantia aproximada de R\$ 14.000,00 (quatorze mil reais), abandonaram a empresa, rumando ao encontro do co-denunciado Gilson de Araújo, para dividirem o produto do roubo praticado, mesmo porque este os aguardava para, em seu carro, afastarem-se da região.

“Depreende-se que momentos após ao assalto, policiais civis e militares, informados de que o denunciado Sérgio Rodrigo Miguel era pessoa conhecida dos funcionários da empresa, identificaram-no e dirigiram-se à sua residência localizada no Balneário Rincão, no município de Içara/SC onde depararam-se com os denunciados Antônio Ubirajara, José Augusto Pereira e Gilson de Araújo, no veículo Corcel II, de placa ABR 8805, de propriedade deste último, momento em que, ao serem abordados pelos policiais, que se identificaram e determinaram para que parassem, o denunciado Gilson de Araújo projetou o veículo em que estavam contra o veículo dos policiais empreendendo fuga pela Rodovia SC 444, resistindo à determinação legal, disparando suas armas contra

os policiais em plena via pública, até serem dominados ao saírem do veículo.

“Revistados, Gilson de Araújo detinha consigo a quantia de R\$ 1.960,00 (mil, novecentos e sessenta reais) em papel-moeda e mais R\$ 4,00 (quatro reais) em moedas; com Antônio Ubirajara foi encontrado R\$ 1.951,00 (mil, novecentos e cinqüenta e um reais) em papel-moeda, mais a quantia de R\$ 3,85 (três reais e oitenta e cinco centavos) em moedas, apreendendo-se a pistola PT 58 HC, 380 ACP, com a numeração suprimida por ação de broca, que trazia consigo sem a devida autorização e em desacordo com a determinação legal; José Augusto Pereira detinha consigo a importância de R\$ 1.959,00 (mil, novecentos e cinqüenta e nove reais) em papel-moeda e mais R\$ 1,30 (um real e trinta centavos) em moeda, apreendendo-se ainda a pistola marca Imbel, modelo PST 380 MDI, número de série 15876 que trazia consigo sem a devida autorização e em desacordo com a determinação legal, conforme os Termos de Apreensão às fls. 16, 17, 18.

“Na residência do denunciado Sérgio Rodrigo Miguel, após minuciosa revista, foi encontrada uma garrucha Rossi, calibre 22, número de série E 209849, que este mantinha em seu poder sem a devida autorização e em desacordo com a determinação legal”.

Finda a instrução, Antônio Ubirajara Moreira foi condenado à pena de 6 (seis) anos e 9 (nove) meses de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, mais o pagamento de 15 (quinze) dias-multa, por infração ao artigo 157, § 2º, I e II, do CP.

Gilson de Araújo foi condenado à pena de 6 (seis) anos de reclusão, em regime semi-aberto e ao pagamento de 15 (quinze) dias-multa, por ter infringido o art. 157, § 2º, I e II, do CP.

José Augusto Pereira restou condenado à pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida em regime semi-aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, por infração ao art. 157, § 2º, I e II, do CP.

Sérgio Rodrigo Miguel restou condenado à pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime semi-aberto, mais ao pagamento de 10 (dez) dias-multa por infringir o disposto no art. 157, § 2º, I e II, do CP.

Inconformados com a decisão, apelaram tanto o representante do Ministério Público quanto os acusados, objetivando o primeiro a condenação de Antônio Ubirajara Moreira, José Augusto Pereira e Gilson Araújo pela prática do delito de resistência, art. 329 do CP e a condenação de Sérgio Rodrigo Miguel nas sanções do art. 10 da Lei n. 9.437/97.

Pretende, ainda, a majoração da pena em relação ao delito de roubo, em virtude das qualificadoras do art. 157, § 2º, I e II, na proporção de 1/2, a adequação da pena de todos os apelados e que seja aplicado a Gilson de Araújo o regime fechado para o início do cumprimento da pena.

Os acusados, por seu turno, apelaram alegando preliminarmente cerceamento de defesa e no mérito deixaram de se manifestar sobre as conseqüências da condenação por entender nula a sentença condenatória.

Contra-arrazoados os recursos, ascenderam os autos e a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo conhecimento de ambos os apelos e provimento apenas daquele do Ministério Público.

É o relatório.

Os recursos são conhecidos, porém, de ofício, declara-se a nulidade do processo pela ocorrência de evidente constrangimento ilegal pela apresentação, por parte do defensor constituído, de defesa meramente formal, causando prejuízo aos acusados.

Ocorre que, nas alegações finais (fls. 411/412), o defensor dos réus, em vez de defendê-los, limitou-se a alegar que "teve início o presente feito por indevido Auto de Prisão em Flagrante lavrado em desfavor de Antônio Ubirajara Moreira, Gilson de Araújo e José Augusto Pereira, lavrado pela ilustre autoridade da comarca de Içara/SC, no dia 21 de dezembro de 1999 (fls. 8/14).

"Remetido o Auto de Prisão em Flagrante a Juízo, em seu relatório a autoridade policial representa pela prisão preventiva do acusado Sérgio Rodrigo Miguel (fls. 55/58).

"Destarte, a Defesa estando cerceada, fica impossibilitada de entrar no mérito, pois do contrário estaria usando de informações equivocadas, constantes dos autos, e contrariando todos os princípios constitucionais, que garantem o devido processo legal, o Contraditório e a ampla Defesa".

Analisando o acima transcrito verifica-se que na verdade não houve alegações finais. Exige-se que a defesa técnica em sede de alegações finais seja adequada a opor-se à acusação,

que as provas sejam apreciadas e as pretensões dos acusados sejam deduzidas, o que não ocorreu no presente feito.

Esclarece José Frederico Marques que nessa fase processual "é necessário que se faça uma apreciação crítica dos elementos de convicção colhidos, com as conclusões que deles se possam tirar. Coordenar depois as questões facti assim apuradas com o direito aplicável, e dessa forma tentar demonstrar de como deva a causa ser julgada, eis em síntese no que consistem as alegações finais" (Elementos de Direito Processual Penal, vol. II, págs. 382/383).

A jurisprudência vem assentando, reiteradamente, que, sendo as alegações finais termo essencial do processo, sua ausência ou sua inexpressão é causa de nulidade, pois fere o princípio constitucional disposto no art. 5º, inc. LV, que assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa.

Já se decidiu:

"As alegações finais são da essência do contraditório penal e sua ausência, ou seu cunho absolutamente inexpressivo, que a tanto equivale, fere o princípio constitucional da ampla defesa, implicando nulidade do processo a partir do ato" (RT 671/331).

Ainda:

"No processo penal, quando a defesa é de tal forma omissa e deficiente, em condições que não asseguram o mínimo de diligência e de iniciativa, incorrendo em prejuízo do interesse processual do acusado, a situação deve ser equiparada à falta de defesa, com a conseqüente nulidade absolu-

ta, nos termos da Súmula 523" (RT 542/438).

In casu, a ausência de defesa técnica aos acusados desrespeita os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, sendo a declaração de nulidade absoluta do processo, a partir das alegações finais da defesa, medida que se impõe.

Em face do exposto, de ofício, anula-se o processo a partir das fls. 411, inclusive, julgando prejudicado o mérito dos recursos.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Francisco Borges e Souza Varella. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Demétrio Constantino Serratine.

Florianópolis, 12 de setembro de 2000.

Genésio Nollí,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.019145-0, DE ARARANGUÁ

Relator: Des. Genésio Nollí

Apelação criminal. Homicídio simples. Decisão contrária à prova dos autos. Inocorrência.

“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” (RT 590/405).

Desclassificação para homicídio privilegiado. Impossibilidade.

“Inviável o reconhecimento do homicídio privilegiado (art. 121, § 1º, do CP), se não ficou demonstrado qualquer ato por parte da vítima que levasse o autor ao seu limite emocional” (Ap. Crim. n. 97.013472-0, de Joinville).

Dosimetria. Pena fixada acima do mínimo legal. Fundamentação suficiente.

Atenuante da confissão espontânea. Inocorrência. Confissão qualificada configurada.

A confissão deve ser completa e movida por um motivo moral. Não se configura a atenuante quando o agente, confessando a auto-

ria, distorce a realidade dos fatos a fim de beneficiar-se com causa excludente de ilicitude.

Recurso improvido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.019145-0, da comarca de Araranguá (Vara de Exceção), em que é apelante EneDir Luchtemberg Motta, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

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

Custas de lei.

No Juízo de Direito da comarca de Araranguá, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra EneDir Luchtemberg Motta, dando-o como incurso nas sanções do art. 121, caput, do Código Penal.

Segundo consta da peça acusatória, "o ora denunciado, no dia 29 de setembro de 1986, por volta das 16 horas, no interior da firma pertencente a Salvato Antônio Pereira, desferiu um tiro de revólver, calibre 32, na vítima Vilmar Santos da Cunha, atingindo-a na base do hemotórax direito, face posterior, tirando-lhe a vida, conforme auto de exame cadavérico de fls. 4".

Pronunciado o réu e submetido a julgamento pelo egrégio Tribunal do Júri, este restou condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade de 7 (sete) anos de reclusão, em regime semi-aberto (fls. 388/389).

Irresignado, a tempo e modo o réu apelou, postulando a anulação do julgamento em face da decisão ser

contrária à prova dos autos; alternativamente, requer a declaração de nulidade da sentença de Primeiro Grau no que se refere à dosimetria, dada a ausência de fundamentação do aumento procedido, a dupla valoração de uma mesma circunstância, a falta de especificação do quantum de cada uma das circunstâncias judiciais, bem como a desconsideração da atenuante da confissão espontânea; ou, ainda, a reforma da decisão a quo, para o fim de diminuir a reprimenda imposta para 5 (cinco) anos.

Contra-arrazoado o apelo, ascenderam os autos a esta Superior Instância, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento e improvimento do recurso interposto.

É o necessário relatório.

O recurso não merece provimento.

A materialidade restou demonstrada pelo auto de exame cadavérico (fls. 7) e prova testemunhal coletada.

Quanto à autoria, está amplamente evidenciada na pessoa do acusado, o qual confessou os fatos, não obstante alegue ter agido sob o pálio da legítima defesa putativa.

A assertiva, contudo, não encontra ressonância no quadro probatório.

Extrai-se dos autos que no dia 29/9/86 o recorrente, armado de um revólver calibre 32, saiu à procura da

vítima, objetivando cobrar uma dívida referente à venda de um veículo, acabando por encontrá-la no estabelecimento comercial de Salvato Pereira, momento em que passou a indagá-la sobre o pretense débito, ameaçando-a com a arma apontada em sua direção.

Intimidada, a vítima procurou esconder-se atrás das pessoas que estavam no estabelecimento naquele momento, as quais desvencilharam-se, e aquela, sem qualquer proteção, tentou empreender fuga, oportunidade na qual o réu disparou a arma em sua direção, vindo a alvejá-la pelas costas, conforme se constata do auto de exame cadavérico.

Nesse sentido a prova testemunhal coletada:

A testemunha Cláudio Pedro Pereira, quando ouvida em Juízo relatou:

“...que Enedir encontrava-se na porta do escritório e a vítima próxima ao balcão; que o depoente estava pelo lado de dentro do balcão, de costas para o acusado quando ouviu a vítima dizer: ‘deixa eu sair por trás de ti, que esse cara quer me atirar’, e abraçou o depoente; que quando o depoente virou-se de frente para o acusado, este já se encontrava com a arma em punho mirando a vítima; que se desvencilhou da vítima e saiu do recinto pelo local onde encontrava-se o acusado; (...) que saindo do local segundos após, o depoente ouviu o tiro; que viu momentos depois o acusado pegar o revólver e sair correndo; (...) que o acusado, de arma em punho, sempre apontava para a vítima; que quando entrou no escritório, não ouviu nada das pessoas que ali se encontravam;

que não havia agressão entre eles; que a vítima tentava sair, fugir da mira do revólver; (...)” (fls. 58) (grifos nossos).

No mesmo sentido, a narrativa da testemunha Silézio Antônio, em Juízo:

“...que foi até o escritório e ouviu o réu dizer para a vítima: ‘me paga ou eu te mato’; que o réu se encontrava com uma capanga embaixo do braço com o revólver, metade dentro da capanga; que o depoente encostou-se no balcão e logo em seguida entrou no escritório a testemunha Cláudio; que fora buscar um material que precisava; que a vítima, vendo Cláudio, tentou agarrá-lo para que esse servisse de proteção contra o réu; que o réu não havia puxado a arma; que Cláudio conseguiu se desvencilhar da vítima e foi para a rua; que nessa hora, o réu puxou a arma apontando para a vítima Vilmar; que a vítima conseguiu segurar o depoente, fazendo o mesmo servir de escudo contra a pontaria do réu; que o réu apontou a arma para a barriga do depoente; que a vítima continuava segurando o depoente na sua frente; que o réu tentava acertar a vítima, mas não conseguia, pois o depoente se encontrava entre eles; que ambos, depoente e vítima, jogaram-se ao chão; que a vítima largou o depoente, e quando virou-se para correr, foi atingida pelo disparo da arma do réu; que o réu fez menção de ir atrás da vítima; que o depoente disse ao réu: ‘já deste um tiro no cara, e já cobrasse a conta, vai embora’; que o réu saiu de dentro do escritório e o depoente foi prestar socorro à vítima; (...) que quando chegou no escritório, a vítima se encontrava assustada e encostada no balcão; que o réu encosta-

va a arma na barriga do depoente; que o depoente jogou-se atrás do balcão e como a vítima estava abraçada nele, a mesma caiu em cima; que a vítima largou o depoente e virou-se, e quando estava saindo, abaixada por trás do balcão, foi atingida pelo réu; que o réu atirou de baixo para cima; (...)” (fls. 59) (grifos nossos).

Por sua vez, a testemunha Salgado Antônio Pereira ressalta:

“...que não percebeu em nenhum momento tivesse a vítima esboçado agressão contra o réu. (...) que vítima e réu estavam a cerca de três metros um do outro, seja durante a discussão ou no momento do disparo; que não houve qualquer contato físico entre vítima e réu, ou seja, não se agarraram; (...)” (fls. 69).

Destarte, a decisão dos senhores jurados não foi contrária à prova dos autos; ao invés, está amparada na versão mais consistente apresentada.

A prova demonstra que a vítima não estava armada, nem em posição de agressão frente ao acusado; ao contrário, todos os depoimentos evidenciam que a vítima estava acuada, e tentava fugir quando foi alvejada pelas costas.

O fato de o acusado ter “pensado que a vítima iria lhe dar um tiro” (interrogatório em plenário, fls. 269), além de não se coadunar com o elenco probatório, não permite, por si só, o reconhecimento da excludente de ilicitude, conforme já se decidiu:

“O simples fato de alguém ‘pensar’ ou ‘entender’ que está sujeito a uma agressão injusta e atual, por parte da vítima, não autoriza o acolhimento da excludente da legítima defe-

sa putativa. É preciso que atos e fatos se juntem, na mesma ocasião, tornando justificável a errônea suposição da iminência da agressão que, se verdadeira, autorizaria a reação” (JC 64/325).

Aliás, o próprio acusado às mesmas fls. 269, em seguida, afirma: “...que não viu nenhuma arma na mão da vítima; que a vítima estava a três metros de distância do interrogando; (...)”.

Assim, encontrando a tese da acusação lastro suficiente na prova testemunhal colacionada nos autos, deve ser mantida a decisão proferida soberanamente pelo Tribunal do Júri.

Nesse sentido é o entendimento pacífico neste Tribunal:

“Júri — Decisão contrária à prova dos autos — Inocorrência — Verdicto 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 verdicto 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” (Ap. Crim. n. 98.008305-2, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

“Júri — Homicídio — Decisão manifestamente contrária à prova dos autos — Legítima defesa afastada — Veredicto mantido.

“Não age em legítima defesa o agente que, sem ser agredido mesmo injustamente, provoca e mata a vítima.

“Não é contrário à prova dos autos, muito menos manifestamente, o veredicto dos jurados que encontra sólido fundamento na versão que afasta as teses defensivas e opta pela condenação do agente. Até mesmo quando apoiado em prova fraca o decisum deve ser mantido” (Ap. Crim. n. 98.008499-7, de Joinville, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

A doutrina não discrepa desse entendimento:

“Por fim, o art. 593, III, prevê a apelação para a decisão do Tribunal do Júri quando ‘for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos’ (alínea d). Trata-se de hipótese em que se fere justamente o mérito da causa, em que o error in iudicando é reconhecido somente quando a decisão é arbitrária, porque se dissocia integralmente da prova dos autos, é contrária ‘manifestamente’ à verdade apurada no processo e representa uma distorção da função judicante do Conselho de Sentença. Assim, não é qualquer dissonância entre o veredicto e os elementos de convicção colhidos na instrução que autorizam a cassação do julgamento. Unicamente a decisão dos jurados que nenhum arrimo encontra na prova dos autos é que pode ser invalidada. É lícito ao Júri optar por uma das versões verossímeis dos autos, numa interpretação razoável dos dados ins-

trutórios, devendo ser mantida a decisão quando isso ocorrer” (Julio Fabbrini Mirabete, in Processo Penal, Atlas, 8ª ed., 1998, pág. 641) (grifo nosso).

Com relação à tese defensiva de homicídio privilegiado, ao argumento que agiu imbuído de violenta emoção logo em seguida à injusta provocação da vítima, foi corretamente afastada pelo eg. Conselho de Sentença, pois “Inviável o reconhecimento do homicídio privilegiado (art. 121, § 1º, do CP), se não ficou demonstrado qualquer ato por parte da vítima que levasse o autor ao seu limite emocional” (Ap. Crim. n. 97.013472-0, de Joinville).

No que respeita à dosimetria da pena, não merece reforma a decisão a quo.

As circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal são da discricionária apreciação do Magistrado, que, ao fixar a duração da pena, não está obrigado a analisar exaustivamente cada uma delas. Ademais, não obstante a individualização da pena deva ser suficientemente fundamentada, “ainda que, literalmente deficiente, inexistente nulidade, se possível captar o raciocínio do juiz” (RT 687/369).

Ao contrário do que sustenta o apelante, a fundamentação dada pelo douto Magistrado a quo é suficiente para exacerbar a pena acima do mínimo legal, sendo razoável ponderar que o quantum fixado (7 anos) não é elevado, mormente se considerado o elastério da pena (6 a 20 anos).

O que não se admite é a alusão genérica ao art. 59, sem que se refira, de modo específico, aos elementos concretizadores das circunstâncias ju-

diciais fixadas naquele preceito normativo.

Na hipótese dos autos, o Juiz sentenciante apreciou uma a uma as circunstâncias judiciais, deixando evidenciadas as razões de sua convicção.

Ademais, como bem salientou o douto Promotor de Justiça em suas contra-razões recursais (fls. 443), “a análise das circunstâncias judiciais possibilitam o pequeno aumento da reprimenda eis que para manutenção da pena no mínimo legal era necessário que todas as circunstâncias fossem favoráveis ao réu, e, como visto, a personalidade não lhe é favorável, as conseqüências são graves e a culpabilidade é bem acentuada, fatores que já apontam a necessidade de uma reprimenda um pouco mais intensa”.

Finalmente, no que toca ao pretendido reconhecimento da confissão espontânea, não merece provimento, pois para que incida a atenuante, exige a lei que a confissão seja completa e movida por um motivo moral, altruístico, demonstrando arrependimento. O fundamento da atenuante pela confissão é conceder ao acusado, “sempre, um prêmio pela sinceridade demonstrada e por ter evitado um maior desgaste na máquina judiciária” (RT 692/294).

Não é a hipótese dos autos. O acusado, em ambas as oportunidades em que foi interrogado, não obstante assumia a autoria, distorce completamente a realidade dos fatos visando ao seu próprio benefício, evidenciando a sua não disposição de colaborar na busca da verdade real.

Evidente, assim, que não houve confissão dos fatos, a confissão

não foi plena, tendo ocorrido o que a doutrina denomina “confissão qualificada” (ou limitada), à qual não se aplica a atenuante do art. 65, III, *d*, do Código Penal.

A propósito, leia-se:

“Confissão qualificada é a que não compreende o crime em toda a sua extensão, ou não assinala certos caracteres do fato incriminado, ou, ainda, a que contém certas restrições, que impedem os seus efeitos quanto à aplicação da pena, ou tem por fim provocá-la menos rigorosa. A apreciação desta confissão é coisa particularmente delicada.

“Essa definição comum, compreende-se, abrange uma multidão de casos. Tal é a confissão em que o crime confessado é menos grave que o imputado; outras vezes o acusado, reconhecendo a existência de certos fatos acessórios, nega outros, cuja não existência destrói a possibilidade do crime, ou lhe atenua a natureza; outras, enfim, confessa os fatos materiais, puramente objetivos, e menos explícito quanto à questão da intenção, ou a nega, ou sustenta que era muito diversa da que lhe atribuem e de uma criminalidade menor. Ainda, também, se diz qualificada a confissão quando, confessando o crime, procura o acusado socorrer-se a uma desculpa mais ou menos válida, quer pretenda que não podia ter consciência dos seus atos, que as suas justificações excluam a aplicação da pena, ou lhe devam abrandar os rigores” (C.J.A. Mittermaier, in Tratado da Prova em Matéria Criminal, 3ª ed., Bookseller, 1997, pág. 216, RT 741/563).

Adalberto José de Camargo Aranha, no mesmo norte, leciona:

"A confissão qualificada não é verdadeiramente uma confissão porque não desfavorece o confitente. Ocorre a confissão qualificada quando o acusado assume a autoria de um fato, porém invoca em seu favor uma causa excludente de antijuridicidade, como a legítima defesa, ou então a ausência de culpa, como no erro de fato" (in Da Prova no Processo Penal, Saraiva, 1996, pág. 95).

E ainda, Julio Fabbrini Mirabete:

"De outro lado, não se configura a atenuante quando o agente, confessando a autoria, alega causa justificativa ou dirimente" (Código Penal Interpretado, Atlas, 1999, págs. 372/373).

É o entendimento adotado pela jurisprudência pátria:

"Confissão espontânea — Circunstância atenuante — Inadmissibilidade — Hipótese em que o réu não assinala certos caracteres do fato criminoso — Caracterização de confissão qualificada.

"(Ementa da Redação:) Não deve ser considerada na fixação da pena a atenuante da confissão espontânea prevista no art. 65, III, d, do CP, se no interrogatório do réu este não assinala certos caracteres do fato criminoso, ou seja, limita-se à confissão qualificada" (RT 741/558).

Além disso, ressalte-se que o eg. Conselho de Sentença, por maioria, negou a existência de quaisquer circunstâncias atenuantes em favor do réu.

Em situação análoga já se decidiu:

"Revisão criminal. Tribunal do Júri. Minoração da pena. Confissão. Inocorrência. Se o Tribunal do Júri condenou o requerente a 14 anos de reclusão, por homicídio duplamente qualificado, sendo que uma das qualificadoras foi havida como agravante genérica, o pedido de minoração da pena, através de revisão, não pode ser deferido, se tal atenuante não se apresentou como motivadora da verdade real. Simples admissão da autoria não é o bastante para caracterizar a confissão espontânea, de que trata o art. 65, III, d, do Código Penal, mormente quando o Corpo de Jurados não reconheceu qualquer atenuante em favor do acusado. Pedido revisional indeferido. Inteligência do art. 65, III, d, do Código Penal e art. 621 do Código de Processo Penal" (Rev. Crim. n. 2.632, de Curitiba, rel. Des. Cláudio Marques, j. em 25/5/94) (grifo nosso).

Inviável, desse modo, reconhecer-se em favor do apelante a atenuante descrita no art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal, porquanto em nenhum momento realmente colaborou com a Justiça para a elucidação do crime e/ou o esclarecimento da verdade dos fatos.

Ante todo o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Genésio Nollis, e dele participaram, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Souza Varela e Solon d'Eça Neves. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 24 de outubro de 2000.

*Amaral e Silva,
Presidente para o acórdão;
Genésio Nolli,
Relator.*

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.021304-7, DE GUARAMIRIM

Relator: Des. Genésio Nolli

Apelação criminal. Latrocínio em concurso de agentes. Irrelevância de não ter sido o réu o autor do disparo fatal.

“Em sede de co-autoria quem de qualquer modo contribui para o crime incide nas penas a este cominadas, de sorte que no crime de latrocínio é irrelevante saber-se quem disparou o tiro que matou a vítima, pois todos os agentes assumiram o risco de produzir o resultado morte” (TJDF, Ap. Crim. n. 16.945/96, rel. Des. Pedro Aurélio Rosa de Farias, j. 20/2/97).

Sentença que não se manifesta sobre as qualificadoras contidas na denúncia. Nulidade inexistente. O réu se defende dos fatos, não da capitulação legal a eles dada.

Auto de exame cadavérico assinado por um só perito. Materialidade evidenciada. Suprimento pelas demais provas. Validade do laudo.

Recurso improvido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.021304-7, da comarca de Guaramirim, em que é apelante Sérgio Machado, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

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

Custas de lei.

No Juízo de Direito da comarca de Guaramirim, o representante do

Ministério Público ofereceu denúncia contra Sérgio Machado, dando-o como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, I e II, e § 3º, 2ª parte, do Código Penal.

Segundo consta da peça acusatória, “No dia 14/6/99, por volta de 0h30min, em Massaranduba, na localidade de 1º Braço do Norte, no interior da Capela Santo Antônio, o Réu Sérgio José Machado subtraiu coisa alheia móvel, para si e seus comparças, mediante grave ameaça e violência à pessoa.

“A violência foi exercida com emprego de arma (§ 2º, I).

“Da violência resultou a morte da vítima, conforme comprovado pelo AEC de fls. 8 (§ 3º, segunda parte).

“Consta dos autos que se realizava uma festa popular na Capela Santo Antônio, de Primeiro Braço do Norte, em Massaranduba. O denunciado Sérgio José Machado e mais dois cúmplices estavam nesta festa. O acusado Sérgio e outro co-autor não identificado ficaram no balcão, tomando cerveja. O terceiro elemento, também não identificado, fingindo-se de bêbado, ficou na parte externa. Em determinado momento, o Réu Sérgio e seu companheiro de balcão sacaram seus revólveres, anunciaram o assalto, começaram a disparar as armas, apoderaram-se das bolsas com o dinheiro e cheque (em torno de R\$ 60.000,00) e saíram correndo em direção ao veículo Ford Fiesta com o qual foram até a festa. Concomitantemente, o terceiro elemento, que estava fora do salão, também sacou de seu revólver e começou a dispará-lo em direção ao Sr. Júlio Vegini, que estava por ali no momento. Um dos tiros atingiu a cabeça de Júlio Vegini, matando-o.

“Após abandonarem o automóvel Fiesta, os assaltantes fugiram em outro carro não identificado. Sérgio José Machado foi para Maringá— PR, na casa de seu pai Bento José Machado, levando consigo a maioria dos cheques roubados (fls. 80/144). Neste local, entregou os tais cheques para seu pai, que os depositou em sua conta poupança no Bradesco (fls. 78). Deste modo, o réu Bento José Machado recebeu, em seu proveito e de seu

filho Sérgio José Machado, os cheques que sabia serem produto de roubo. Se não sabia, ao menos deveria presumir tratar-se de produto de crime, em razão da natureza dos títulos e porque conhecia bem as atividades do filho e sabia que este não poderia ter com ele tantos cheques”.

Devidamente instruído o feito, sobreveio a sentença que condenou o apelante ao cumprimento de pena privativa de liberdade de 21 (vinte e um) anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa no valor mínimo legal, por infração ao disposto no art. 157, § 3º, c/c art. 65, III, letra d, do Código Penal (fls. 294/312).

Inconformado o réu apelou (fls. 325/332) postulando em resumo: a) a nulidade da sentença, porquanto omissa com relação às qualificadoras previstas no § 2º, I e II, do art. 157 do CP, ferindo, com isso, o princípio da correlação entre acusação e prestação jurisdicional; b) nulidade do laudo de exame cadavérico (fls. 12) porque subscrito por apenas um perito; c) no mérito, ausência de provas suficientes de que o réu tenha concorrido ou dado causa ao evento morte; d) inobservância dos critérios determinados no art. 68 do CP na dosimetria da pena. Ao final, pugna por sua absolvição.

Contra-arrazoado o apelo ascenderam os autos a esta Superior Instância, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

É o necessário relatório.

Não assiste razão ao apelante.

No que toca à alegada nulidade da sentença, por não se manifestar com relação às qualificadoras previs-

tas no § 2º, I e II, do art. 157, do Código Penal, é argumento que não procede.

Como bem sustentou o douto Procurador de Justiça, “O fato da exordial imputar ao apelante a prática do crime previsto no § 2º, I e II, do art. 157 do CP, não gera qualquer nulidade, porquanto o réu defende-se dos fatos narrados na denúncia, não da capitulação legal, sendo lícito ao Magistrado prolator alterar a definição jurídica para condenar o réu, inclusive, por crime mais grave”.

Ressalte-se que, no caso vertente, a denúncia contém, em seu bojo, além da narração fática, o dispositivo legal referente ao ilícito de latrocínio (§ 3º do art. 157 do Diploma Penal), contra o qual amplamente defendeu-se o réu.

Nesse diapasão é o escólio de Fernando da Costa Tourinho Filho:

“Se o juiz conhece o direito, evidente que a errada classificação do crime feita na denúncia ou queixa não constitui obstáculo à prolação da sentença condenatória, ainda que a pena a ser imposta seja mais grave. Afinal de contas o réu não se defende da capitulação do fato. Se estiver errada sua capitulação, nem por isso deve o Juiz anular o processo, tal como acontecia anteriormente, mesmo porque o que se exige é a correlação entre o fato contestado e a sentença” (Código de Processo Penal Comentado, vol. 1, Saraiva, 5ª ed., 1999, pág. 647) (grifo nosso).

Outro não é o entendimento deste Tribunal:

“Nulidade — Ofensa ao princípio da correlação — Inocorrência — Sentença que condena a acusada por

conduta criminosa descrita na denúncia — Eiva afastada.

“Não ofende o princípio da correlação a sentença que condena a acusada por conduta criminosa descrita na denúncia, muito embora seja outra a capitulação operada pelo representante do Ministério Público” (Ap. Crim. n. 98.010241-3, de São João Batista, rel. Des. Paulo Galotti).

Saliente-se, ademais, que a ausência de manifestação na sentença a respeito das qualificadoras do § 2º, I e II, constantes da peça acusatória, em nenhum prejuízo resultou para o réu, ao contrário, prejuízo adviria se a sentença fosse omissa com relação a alguma atenuante ou causa de especial diminuição de pena, o que não é o caso.

Assim, totalmente improcedente a preliminar aventada.

Quanto à alegada nulidade do auto de exame cadavérico, porque subscrito por apenas um perito, é outro argumento que não procede.

O laudo de fls. 12 foi, de fato, firmado por um só médico, no entanto tal circunstância não o nulifica nem tem o condão de fazer desaparecer a materialidade do fato atribuído ao apelante, pois o óbito da vítima está estampado em todos os depoimentos e não há contestação a respeito.

É o entendimento manifestado por este Tribunal:

“Apelação criminal — Perícia — Auto de exame cadavérico assinado apenas por um perito — Materialidade — Corpo de delito indireto — Suprimento pela prova testemunhal e confissão do acusado — Incidência do art. 167 do Código de Processo Penal

— Nulidade afastada” (Ap. Crim. n. 98.000579-5, de Joaçaba, rel. Des. Paulo Gallotti).

Julio Fabbrini Mirabete, por sua vez, esclarece:

“Ensina a doutrina que não há qualquer formalidade para a constituição do corpo de delito indireto, normalmente revelado por prova testemunhal. O juiz deve inquirir a testemunha sobre a materialidade do fato e suas circunstâncias e a palavra dele bastará para firmar o convencimento do julgador, de acordo com o princípio da livre apreciação. A única restrição prevista na lei a respeito é a de que o exame de corpo de delito indireto não pode ser suprido exclusivamente pela confissão do acusado. No mais, a prova da existência do crime pode ser formada por qualquer elemento probatório não vedado em lei. Por isso, já se deu por válido o laudo de exame de corpo de delito indireto elaborado com base em atestado passado pelo médico que assistiu a vítima de lesões corporais em pronto-socorro” (Processo Penal, Atlas, São Paulo, 1995, 4ª ed., pág. 270).

Ademais, como bem sustentou o eminente Des. Paulo Gallotti, nos autos da Apelação Criminal n. 98.000579-5, “Nunca é demais lembrar que o Código de Processo Penal, como consta da lição inserta na sua exposição de motivos, é infenso ao excessivo rigorismo formal, que dá ensejo, atualmente, à infundável série das nulidades processuais. Segundo a justa advertência de ilustre processualista italiano, ‘um bom direito processual penal deve limitar as sanções de nulidade àquele estrito mínimo que não pode ser abstraído sem lesar legiti-

mos e graves interesses do Estado e dos cidadãos”.

No mérito, melhor sorte não socorre ao apelante.

A materialidade delitiva está amplamente demonstrada, seja pelo auto de exame cadavérico (fls. 12) seja pela prova testemunhal colhida.

Quanto à autoria, o réu é confesso com relação ao delito de roubo, mas nega que tenha atirado contra a vítima. De seu interrogatório (fls. 201/203) extrai-se:

“...que o interrogando junto com sua esposa, com Vilson e sua esposa Elisiane e também o Alex, passaram o dia no Bar Daquina na Corticeira; que, as mulheres ficaram na casa do interrogando e os rapazes foram para a festa em Massaranduba de Fiesta; que, tudo aconteceu de madrugada após terem bebido bastante durante o dia; que, Alex estava na rua porque passava mal em função da bebida; que, Vilson quando viu o dinheiro da festa disse para o interrogando praticarem um assalto; que, o interrogando não concordou porque muitas pessoas lhe conheciam; que, Vilson foi até lá fora conversar com Alex e retornou sozinho, e Alex ficou na porta; que Vilson deu voz de assalto, pulou para dentro do balcão e pegou a mala de dinheiro; que o interrogando ouviu um tiro dentro do salão; que não sabe se foi dado por Vilson ou Alex; que, quando foi para fora viu que Alex atirava bastante; que, o interrogando viu quando caiu o senhor no chão; que, inclusive pulou por cima de seu corpo; que, correu para fora abaixado e entrou dentro do carro para dirigir; que, o interrogando estava armado com um revólver calibre 32 cano longo (...)

que, quando saíram do local do assalto abandonaram o veículo na estrada e entraram no mato (...) que, à noite viu a notícia na televisão, ligou para Wilson e foram para a rodoviária de Joinville, o interrogando foi para Maringá—PR, na casa de seu pai; que, recebeu aproximadamente R\$ 6.000,00 de Wilson em cheques (...)” (grifos nossos).

As testemunhas presentes ao fato, por sua vez, são uníssonas em afirmar que o réu estava armado, tendo efetuado vários disparos, conforme se lê:

“...que, nisso iniciou-se um tiroteio dentro do salão e o depoente e Júlio se viraram em direção ao salão, quando viram ambos os rapazes atirando para todos os lados; que, nisso o depoente viu que Júlio caiu ao chão, percebeu que o mesmo estava ferido, ensangüentado e correu do local (...)” (José Deretti, fls. 261) (grifo nosso).

“...que, após Julio Vegini e José Deretti saírem para anotar a placa do Ford Fiesta os assaltantes desconfiaram e sacaram de revólveres anunciando o assalto; que, Sérgio Machado disparou um tiro para o teto e apontou a arma em direção ao depoente pulando sobre o balcão e apodegando-se das malas onde estava guardado o dinheiro arrecadado na festa; que, ambos os assaltantes saíram do salão de costas, e quando chegaram do lado de fora iniciou-se um tiroteio; que, o depoente permaneceu abaixado atrás do balcão e só levantou depois que escutou o veículo sair; que, assim que o depoente chegou na porta do salão a testemunha Vili Vegini gritou que haviam matado Julio Vegini e roubado o dinheiro da festa (...)”

(Sérgio Luiz Baruffi, fls. 264) (grifos nossos).

“...que, no que Júlio saiu para anotar a placa iniciou-se um tiroteio no interior do salão; que, então o depoente retornou e deparou-se com os assaltantes de costas atirando em direção ao salão; que, um dos assaltantes já estava dentro do carro enquanto que os outros dois se preparavam para entrar no carro e fugir; que, o depoente agarrou um deles, o qual mais tarde veio a saber tratar-se do réu Sérgio Machado, sendo que nesta ocasião viu a vítima Julio caída ao chão; que, nisso a arma caiu das mãos de Sérgio e o depoente vendo Júlio baleado e caído ao chão tentou fugir; que o réu Sérgio Machado ainda atirou em direção ao depoente mas não conseguiu acertá-lo (...)” (Darcísio José Vinter, fls. 265/266) (grifo nosso).

A circunstância de não se poder afirmar, com segurança, qual dos assaltantes efetivamente disparou contra a vítima, não torna atípica a conduta do réu, pois, “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 dire-

ção do resultado. Se este é letal, não pode ser considerado acontecimento puramente causal (RT 683/306)" (in Revisão Criminal n. 97.008383-1, de Chapecó, rel. Des. Álvaro Wandelli, j. 29 de outubro de 1998).

Nesse sentido leciona Julio Fabbrini Mirabete:

"Respondem todos os agentes pelo latrocínio quando a morte é causada por um deles e houver previsibilidade do resultado, que ocorre quando têm eles consciência de que está sendo empregada arma na prática do crime. É irrelevante mesmo a identificação daquele que desferiu o golpe fatal contra a vítima" (in Código Penal Interpretado, São Paulo, Atlas, 1999, págs. 996/997).

Na mesma senda, Marcelo Fortes Barbosa:

"Adotada a teoria do domínio do fato dentro de um contexto de culpabilidade limitada, está mais ou menos assentado pela jurisprudência que todos os partícipes devem responder pelo resultado morte causado por um deles, desde que este resultado se situe na linha de desdobramento causal da ação praticada.

"Em consequência, todos aqueles que quiseram ou concordaram em participar do crime de roubo seguido de morte, dentro de uma só unidade complexa de fato, respondem pelo latrocínio ainda que não tenham atirado na vítima.

"(...)

"Assim, quem adere ao plano delituoso e nele está presente do princípio ao fim, chegando, às vezes, a participar da divisão do produto do crime, não pode eximir-se da responsa-

bilidade pelo latrocínio, sob a alegação de que a violência contra a vítima foi praticada por outro dos assaltantes, porque toda a sua participação foi prevista e voltada para o mesmo fim" (in Latrocínio, São Paulo, Malheiros, 1994, págs. 50/51).

Idêntico posicionamento é esposto por Weber Martins Batista:

"Doutrina e Jurisprudência estão entendendo, em face da regra da nova Parte Geral do CP, que todos os participantes respondem pelo resultado morte, causado por um só deles, se tal resultado estava 'na linha de desdobramento natural' da ação praticada. No caso de roubo à mão armada essa conclusão parece evidente. Ao consagrar tal hipótese como de roubo especialmente agravado, o legislador teve em mira apenas mais severamente um fato que é mais grave, exatamente por causa do risco objetivo a que fica exposta a integridade física e a vida da vítima. Da ameaça com arma a seu uso efetivo, causando ferimentos graves ou a morte da vítima, não vai mais que um passo, pois este resultado 'está na linha de desdobramento normal' da ação do criminoso armado. Assim, todos aqueles que concordam em participar de tal crime, ainda que prestando auxílio de menor importância, devem responder pelo latrocínio" (in O Furto e o Roubo no Direito e no Processo Penal — doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, Foyense, 1987, págs. 266/267).

A jurisprudência não discrepa desse entendimento, conforme se lê:

"Latrocínio — Concurso de agentes — Para fins de co-autoria é indiferente não ter sido o agente o autor dos disparos — A presença no ce-

nário da infração a ela aderindo conscientemente, é o que basta para a responsabilização penal. Condenação mantida” (TJSP, Ap. Crim. n. 235.630-3, rel. Passos de Freitas, j. 3/3/98, Juis, in Jurisprudência Informatizada Saraiva, n. 17).

“Latrocínio — Co-autoria — Caracterização — Irrelevância de não ter sido o réu o autor do disparo fatal — Recurso provido.

“Quem se associa a outrem com a finalidade de praticar assalto, sabendo que o comparsa está armado, assume o risco de responder como co-autor de latrocínio, sendo irrelevante a circunstância de não ser o autor do disparo” (TJSP, Ap. Crim. n. 170.080-3, rel. Pereira da Silva, j. 2/12/96, in Ajuris — Banco de Dados Jurisprudenciais da Associação dos Juizes do RS).

“Em sede de co-autoria quem de qualquer modo contribui para o crime incide nas penas a este cominadas, de sorte que no crime de latrocínio é irrelevante saber-se quem disparou o tiro que matou a vítima, pois todos os agentes assumiram o risco de produzir o resultado morte” (TJDF, Ap. Crim. n. 16.945/96, rel. Des. Pedro Aurélio Rosa de Farias, j. 20/2/97).

“Latrocínio — Co-autoria — Agente motorista dos executores diretos do crime — Participação — Condenação mantida.

“Todos aqueles que quiseram ou concordaram 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, respondem pelo latrocínio ainda que não

tenham atirado na vítima” (Ap. Crim. n. 96.003862-0, de Chapecó, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

Destarte, como bem salientou o douto Procurador de Justiça, “mesmo que o apelante não tenha dado causa ao resultado morte, o fato de ter participado ativamente do assalto já autoriza a sua punição pelo crime de latrocínio, nos termos do art. 29 do Código Penal”.

No que toca à aventada inobservância dos critérios determinados no art. 68 do CP, para aplicação da pena, não é o que se verifica da r. decisão que, por oportuno, transcreve-se parcialmente:

“Considerando a análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal (...). Assim, fixo a pena-base em vinte e dois anos de reclusão e vinte dias-multa.

“Na segunda fase da aplicação da pena não constam agravantes em desfavor do acusado. Incide tão-somente a seu favor a atenuante da confissão, a qual considero para reduzir a pena para vinte e um anos de reclusão.

“Na terceira fase, inexistem causas especiais de aumento ou diminuição de pena. Assim, torno definitiva a pena em 21 anos de reclusão e vinte dias-multa”.

Como bem se vê, a douta Magistrada a quo observou criteriosamente todas as fases da dosimetria para aplicação da sanção cabível, não ensejando qualquer reparo a decisão prolatada.

Ante todo o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Souza Varella e Solon d'Eça Neves. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 12 de dezembro de 2000.

Genésio Nolli,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.018736-5, DE CONCÓRDIA

Relator: Des. Jorge Mussi

Lesões corporais graves — Laudo pericial que concluiu pela inimputabilidade do agente — Absolvição, com fundamento no art. 386, V, do CPP, e imposição de medida de segurança — Interposição de recurso de ofício — Incabimento, na hipótese — Inteligência dos arts. 574, II, e 411 do CPP — Não conhecimento.

“O art. 574, II, do CPP deve ser entendido e aplicado em consonância com o disposto no seu art. 411. Assim, a interposição do recurso de ofício somente é cabível quando o magistrado houver absolvido o réu, desde logo, nos casos de competência do Tribunal Popular” (RT 555/371-2).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.018736-5, da comarca de Concórdia (1ª Vara/Infância e Juventude/Registro Público), em que é apelante a Dra. Juíza de Direito ex officio, sendo apelado Orlando Kuckoski:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, não conhecer do recurso de ofício.

Custas na forma da lei.

1 — Na comarca de Concórdia (1ª Vara/Infância e Juventude/Registro Público), o Ministério Público denunciou Orlando Kuckoski, dando-o como incurso nas penas do art. 129, § 1º, inciso I, do Código Penal, por-

que, como se infere da peça inicial acusatória de fls. 2 e 3, no dia 4 de setembro de 1998, por volta das 14h30min, em sua residência, munido de um pedaço de madeira, agrediu sua irmã Irene Kuckoski, que sofreu inúmeras lesões (Auto de Exame de Corpo-Delito de fls. 22) e, ato contínuo, atacou também Maria Teresinha Lasta, que lá se encontrava.

Não foi proposta a suspensão condicional do processo — art. 89 da Lei n. 9.099/95 —, uma vez que o acusado registrava condenação anterior por infração ao art. 121, § 2º, II e IV, do CP (fls. 5).

Concluída a instrução criminal, tendo os expertos concluído pela inimputabilidade do acusado, foi julgada

improcedente a denúncia, absolven-do-se Orlando Kuckoski das imputações que lhe foram assestadas, com fundamento no art. 386, V, do CPP, c/c art. 26, caput, do CP, aplican-do-se, contudo, medida de segurança de internação no Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico do Estado de Santa Catarina “até que novo exa-me pericial conclua pela cessação de sua periculosidade” (art. 97, § 1º, do CP) (fls. 112). Da decisão, a Exma. Sra. Dra. Juíza de Direito recorreu de ofício a este Tribunal.

Certificado o decurso do prazo para interposição de recurso pelas partes (fls. 122), os autos ascenderam a esta Corte de Justiça onde, instada, a ilustre Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se, inicialmente, pela redistribuição dos autos na classe própria, a saber, como Recurso Crimi-nal; no mérito, opinou pela confirmação da decisão recorrida.

É o relatório.

2 — Primeiramente, afasta-se a necessidade de redistribuição do presente recurso como em sentido estrito, ou recurso criminal, como conheci-do na linguagem forense, previsto nos incisos do art. 581 do CPP.

Como se sabe, o rol do art. 581 do CPP é taxativo, não admitindo am-pliação para contemplar outras hipó-teses que as previstas em seus inci-sos.

Ora, não se cuida de recurso interposto de ofício de sentença que: nos moldes do art. 411 do CPP, absol-veu o réu (inciso VI, art. 581); ou que decretou medida de segurança, “de- pois de transitar a sentença em julga-do” (inciso XIX, art. 581); ou ainda que impôs medida de segurança em razão

de transgressão de outra (inciso XX, art. 581); ou que manteve ou substituiu a medida de segurança, nos casos do art. 774 (inciso XXI, art. 581), ou, por fim, que revogou medida de seguran-ça (inciso XXII, art. 581) ou, que dei-xou de revogá-la, nos casos em que a lei admitir revogação (inciso XXIII, art. 581).

Dessa forma, outra solução não restava senão distribuir o presente re-curso como apelação criminal, nos moldes do art. 593, I, do CPP, uma vez que se trata de sentença definitiva de absolvição prolatada por Juiz Sin-gular.

3 — No mérito, não há conhe-cer do recurso ex officio sub examine.

De acordo com o disposto no art. 574 do Código de Processo Penal, “os recursos serão voluntários, exce-tuando-se os seguintes casos, em que deverão ser interpostos, de ofício, pe-lo Juiz: I — da sentença que conceder habeas corpus; II — da que absolver desde logo o réu com fundamento na existência de circunstância que exclua ou isente o réu de pena, nos termos do art. 411” (grifamos).

Julio Fabbrini Mirabete deixa claro que, “referindo-se ao art. 411, o art. 574, II, não tem aplicação quando se trata de absolvição nos processos de competência do juiz singular ou dos processos especiais” (“Processo Penal”, 4 ed., Atlas, São Paulo, 1995, pág. 603).

Ora, no caso, trata-se de sen-tença proferida por Juiz Singular que, considerando a inimputabilidade do acusado atestada pelo Laudo Pericial de fls. 20/23 (Autos de Exame de Sa-nidade Mental, em apenso), houve por bem absolvê-lo do delito de lesões

corporais graves e aplicar-lhe medida de segurança, tudo com fundamento no art. 386, V, do CPP, c/c art. 26 do CP.

Assim, não sendo caso de sentença absolutória proferida em processo da competência do Tribunal do Júri, evidente, portanto, o equívoco da Juíza sentenciante, quando de ofício determinou a remessa dos autos a este Tribunal, para que se procedesse o reexame da decisão em questão.

Já se decidiu, neste colendo Tribunal:

“Recurso crime ex officio. Absolvção fulcrada no artigo 26 do Código Penal, com imposição de medida de segurança. Réu acusado da prática de lesões corporais simples. Incabimento. Não conhecimento. Exegese do artigo 574, inciso II, do Código de Processo Penal.

“O artigo 574, inciso II, do Código de Processo Penal determina a interposição do recurso obrigatório somente nos casos previstos no artigo 411, do referido diploma, e não na hipótese de absolvição fundamentada no artigo 26 do Código Penal” (RCR n. 10.008, de Imbituba, rel. Des. Alberto Costa, j. em 6/11/95).

No mesmo sentido, do Tribunal de Justiça de São Paulo:

“Recurso crime ex officio — Interposição de decisão absolutória, com imposição de medida de segurança — Não conhecimento — Hipó-

tese de furto — Inteligência dos arts. 574, II, e 411 do CPP.

“O art. 574, II, do CPP deve ser entendido e aplicado em consonância com o disposto no seu art. 411. Assim, a interposição do recurso de ofício somente é cabível quando o magistrado houver absolvido o réu, desde logo, nos casos de competência do Tribunal Popular” (RT 555/371-2).

Ainda nesse direcionamento:

“Recurso crime ex officio — Interposição de decisão que absolve o acusado de lesão corporal com base no art. 22 do CP — Não conhecimento — Inteligência do art. 574, II, do CPP.

“O art. 574, II, do CPP estabelece o recurso obrigatório somente nos casos previstos no art. 411 do mesmo diploma, e não na hipótese de absolvição com fundamento no art. 22 do CP” (RT 551/373).

4 — Ante o exposto, não se conhece do recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Maurílio Moreira Leite e Nilton Macedo Machado, lavrando parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Valdir Vieira.

Florianópolis, 8 de fevereiro de 2000.

Alberto Costa,
Presidente;
Jorge Mussi,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.020138-4, DE CRICIÚMA**Relator: Des. Jorge Mussi**

Tráfico ilícito de entorpecente — Apreensão de maconha em presídio — Droga encontrada no interior de alimento entregue a revista pelo acusado — Agente taxista contratado por terceira pessoa para levar a encomenda — Destinatário inexistente no ergástulo — Insuficiência de provas no tocante ao conhecimento por parte do apelante quanto ao conteúdo tóxico contido no material que carregava — Dúvida que impõe o pronunciamento do non liquet — Absolvição decretada com fulcro no art. 386, VI, do CPP — Sentença reformada — Recurso defensivo provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.020138-4, da comarca de Criciúma (2ª Vara), em que é apelante Alfredo Antônio Gaspar, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento ao recurso defensivo para absolver o apelante, com fulcro no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal, expedindo-se em seu favor o competente alvará de soltura, se por al não estiver preso.

Custas legais.

1 — Na comarca de Criciúma (2ª Vara Criminal), Alfredo Antônio Gaspar, vulgo “Italiano”, foi denunciado como incurso nas sanções do art. 12, c/c art. 18, inciso IV, da Lei n. 6.368/76, porque, consoante se depreende da inicial acusatória de fls. 2 e 3:

“Transportando, no táxi — ‘Fiat Uno’, cor cinza, placa LYU 7519, licenciado em nome de Maria Edna Borges — com o qual trabalhava, grande quantidade (138,8g) de maco-

inha acondicionada em dezessete (17) invólucros plásticos distribuídos no interior (miolo) de nove (9) pães d’água (termo de apreensão e laudo de constatação de fls.), o denunciado, na noite (cerca de 19h) de 18 de setembro último (sábado), procurava introduzir a indigitada cannabis sativa linneu no Presídio Santa Augusta quando, à revista no portão procedida nas sacolas — três (3), estando no interior de uma delas a malsinada erva —, resultou, descoberta a trama, detido em flagrante.

“Consoante adrede combinado, Italiano não delatou qualquer detento — mesmo porque a imensa quantidade transportada, apta a muitos cigarros, destinava-se, com certeza, a vários deles. Assim — dolo escancarado, vê-se —, declinou um nome fictício — Adilson de Souza — como destinatário final da indigitada substância tóxica”.

Concluída a instrução criminal, restou condenado à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime fechado, negados os benefícios da Lei n. 9.714/98, e ao pagamento de 60 (sessenta) dias-multa, de acordo com

o estabelecido no art. 38 da Lei de Entorpecentes, por violação ao art. 12, c/c art. 18, inciso IV, da mesma legislação, sendo-lhe também negado o direito de apelar em liberdade.

Inconformado com a prestação jurisdicional entregue, recorreu, tempestivamente, requerendo a sua absolvição, sob o argumento de que não teve o dolo de traficar, tendo simplesmente feito a entrega de um pacote no presídio, ao ser contratado por terceira pessoa como taxista. Aduziu, ainda, que a sentença é nula em face do desrespeito aos preceitos dispostos no Código de Processo Penal.

Contra-arrazoado o recurso, os autos ascenderam a este Grau de Jurisdição, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo seu conhecimento e provimento.

É o relatório.

2 — Muito embora tenha a defesa do acusado argüido preliminares de nulidade, deixa-se de apreciá-las, eis que merece provimento o recurso, no tocante ao mérito, para absolver o acusado.

Ressumbra do processado que, no dia 18/9/99, o apelante, taxista, foi até o Presídio Santa Augusta, na cidade de Criciúma, a fim de entregar uma encomenda para determinado detento. Lá chegando, foi procedida revista nos pacotes, os quais consistiam em pães contendo, em seus interiores, certa quantidade de maconha. Diante do ocorrido, foi-lhe dada voz de prisão em flagrante.

Certas a materialidade (boletim de ocorrência de fls. 10, Termo de Apreensão de fls. 11, Laudo de Constatação de fls. 12, e Laudo Pericial de fls. 46/49) e a autoria delitivas (confis-

são de fls. 7 e 8), todavia, quanto à culpabilidade do réu, a prova encartada aos autos não dá a certeza de que ele soubesse que no interior dos pacotes com alimentos que transportava para um suposto preso, de nome Adilson de Souza, que não existia naquele presídio, tivesse substância entorpecente.

O condutor Valmir Rocha, diretor daquele local (fls. 5 e 6), o vigilante Sérgio Vieira (fls. 6) e Sônia Maria Leandro Chicuta, presidiária que prestava serviços (fls. 7), informaram, quando da lavratura do auto de prisão em flagrante, que o acusado levou a encomenda e ao ser revistado foi encontrada determinada quantidade de maconha no interior dos pães, sendo que o alimento era destinado a "Adilson de Souza", pessoa que não constava na lista de reclusos.

No contraditório, estas mesmas testemunhas ratificaram suas declarações (fls. 67, 68, 72 e 72v.), tendo Sônia Maria Leandro Chicuta assinalado que o acusado "não ficou nervoso, ficou normal", "mostrou-se normal, falando que tinha vindo trazer umas compras de uma mulher", acrescentando que ela "tinha trazido a sacola com o nome e tudo", não tendo o réu mencionado para quem se destinava a encomenda; e Sérgio Vieira afirmando que ao ser a droga encontrada o "réu não esboçou nenhuma reação".

José Manoel Pereira da Cunha, também motorista de táxi, relatou que "no dia dos fatos, estava no ponto de táxi n. 70, no bairro Próspera; viu uma senhora sozinha, desacompanhada, chegar no ponto e falar com o réu na porta do carro" (em Juízo, fls. 69).

Outro colega de profissão também acentuou que o acusado “é inocente e que entrou numa fria” (fase judicial, fls. 70).

O apelante, perante a autoridade policial, relatou que, na qualidade de taxista, fora contratado por uma senhora para fazer uma corrida, sendo-lhe pago R\$ 15,00 (quinze reais), tendo esta solicitado que fosse até o Presídio Santa Augusta para entregar umas bolsas, pedindo-lhe uma caneta e escrevendo o nome do destinatário nelas; aduziu que, lá chegando, entregou as sacolas ao guarda, o qual ao revistá-las encontrou maconha dentro dos pães (fls. 7 e 8). Em Juízo, embora não tenha prestado esclarecimentos, alegou que “nada fez de ilegal ou criminalmente punível, afirmando ser inocente” (fls. 28).

Como visto, não se pode afirmar, com a certeza necessária que exige uma condenação, que soubesse o acusado que no interior daqueles pães que transportava existia substância entorpecente ou mesmo que tivesse ele qualquer envolvimento com as bolsas que entregara para revista.

E como bem salientou o douto Parquet ad quem, “alguns pontos estão a merecer atenta reflexão e indagação, dentro do contexto dos fatos, tudo para a mais justa aplicação da lei. Senão vejamos:

“A — Consoante nos informa o próprio diretor daquele estabelecimento penal, Valmir Rocha, os taxistas (todos) estavam alertados para o emprego de tais expedientes por parte de familiares de presos, os quais: ‘estavam colocando drogas no meio dos alimentos para presos recolhidos’.

“Portanto, duas conclusões emanam disso:

“a) era e é comum o uso de taxistas, a pedido de familiares de presos, no sentido de fazer corrida àquele estabelecimento, levando alimentos para os detentos;

“b) em contrapartida, de que os taxistas estavam cientes de tal manobra, exigindo delas a ‘desconfiança’, salvo se interessados na entrega.

“B — O taxista, colega do réu de profissão — Joel Manoel Pereira da Cunha — fls. 69, confirma ter visto, no dia e hora dos fatos, uma senhora falar com o réu em seu ponto de táxi, havendo este saído em seguida.

“Portanto, duas deduções:

“a) ou era, realmente, uma cliente solicitando os serviços e na forma indicada pelo réu;

“b) ou era alguém, mancomunado com o réu, repassando a droga para que levasse ele ao presídio.

“C — Os vigilantes do presídio e que surpreenderam o réu, ao fazerem a revista, nos informam ter o mesmo, diante do flagra, agido ‘normalmente’, não ficando ‘nervoso’, nada ‘falando’, e não se mostrando ‘surpreso’.

“Também, cabem aqui duas conclusões:

“a) primeiramente, a reação normal em circunstâncias tais e caso não soubesse ele do conteúdo dos pães, seria no sentido de desabafo, mais ou menos assim: ‘aquela f. da p. me meteu em uma enrascada’;

“b) ou, em face da situação embaraçosa, em sendo inocente, restou inibido de qualquer manifestação.

“D — Observa-se que a ‘encomenda’ estava destinada a um tal de ‘Adilson de Souza’, não correspondendo a nenhum dos detentos daquele presídio.

“Duas conclusões:

“a) ou a encomenda estava com destinatário em código;

“b) ou tratava-se de uma ‘trama’ sendo o réu vítima de alguma safadeza porquanto, conforme também nos fala o diretor do aludido estabelecimento, havia ele recebido, pouco antes, por via telefônica, a mensagem de que um taxista estaria entregando alimentos para um preso e que ‘teria maconha dentro dos pães’.

“E — Somado ao acima assentado, tem-se que, não havendo ele (réu) conseguido ser atendido de pronto, devendo esperar a revista, — vide depoimentos do autor da prisão em flagrante — foi ele até seu carro, levando as tais sacolas, retornando, após, trazendo as sacolas.

“Das duas, uma: valeu-se de muita frieza ou desconhecia realmente o conteúdo das sacolas e dos pães” (Dr. Hipólito Luiz Piazza, fls. 88 e 89).

Com efeito, a situação apresentada é de séria dúvida quanto ao envolvimento do apelante com o material tóxico apreendido, e, em tais casos, a jurisprudência assim se pronuncia:

“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 al-

górica. 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 dessa 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 desse 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 no mesmo diapasão colaciona-se:

“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).

A solução, portanto, do caso, não pode ser outra senão a absolvição, pois não é possível fundar edito repressivo em prova que não conduza à certeza, como afirmava Heleno Cláudio Fragoso, acrescentando: “este é um dos princípios basilares do processo penal em todos os países democráticos (...). A condenação exige a certeza e não basta, sequer, a alta probabilidade, que é apenas um juízo de incerteza de nossa mente em torno à existência de certa realidade. Que a alta probabilidade não basta, é o que ensina Walter Stree, em sua no-

tável monografia *In dubio pro reo*, 1962, 19 (Eine noch so grosse Wahrscheinlichkeit genügt nicht)” (Jurisprudência Criminal, 3ª ed., vol. 2, pág. 806, n. 446).

Dessa forma, o pronunciamento do non liquet é medida que se impõe.

3 — Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso defensivo para absolver o apelante, com fulcro no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal, expedindo-se em seu favor o competente alvará de soltura, se por al não estiver preso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Maurílio Moreira Leite e Nilton Macedo Machado. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Hipólito Luiz Piazza.

Florianópolis, 8 de fevereiro de 2000.

Alberto Costa,
Presidente;
Jorge Mussi,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.021039-1, DE SEARA

Relator: Des. Jorge Mussi

Furto qualificado pelo abuso de confiança — Materialidade e autoria delitivas comprovadas — Descaracterização do abuso de confiança, ante a inexistência de relação que a assegurasse plenamente — Furto simples tipificado — Sentença modificada neste aspecto.

“Para o reconhecimento da qualificadora prevista no art. 155, § 4º, II, primeira parte do CP, não basta a simples relação de emprego, sendo necessária a demonstração de que a vítima depositava plena confiança no agente” (RJD 25/190).

Dosimetria — Agente reincidente — Res furtiva de valor maior que o salário mínimo — Impossibilidade de aplicação do privilégio descrito no § 2º do art. 155 do CP.

Reprimenda — Suspensão condicional — Réu reincidente em crime doloso — Inviabilidade da concessão do sursis — Exegese do art. 77, I, do CP.

Apelo defensivo provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.021039-1, da comarca de Seara, em que é apelante Lauri Schweitzer, sendo apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso.

Custas na forma da lei.

1 — Na comarca de Seara, o representante do Ministério Público ofertou denúncia contra Lauri Schweitzer e Claci de Fátima Moraes da Silva, dando o primeiro como infrator do disposto no art. 155, § 4º, II, do Código Penal; e a última como incurso no delito previsto no art. 180, § 1º, do aludido diploma legal, pelo cometimento dos seguintes fatos delituosos:

“No dia 14 de junho de 1997, em horário que a instrução criminal irá revelar, o primeiro denunciado, aproveitando-se da condição de funcionário que era da borracharia de propriedade da vítima Walter José Wahter, sita na Av. Tancredo Neves, s/n, Itá, nesta Comarca, e porque possuía per-

missão de Walter para lá pernoitar, com animus furandi, subtraiu do local quatro rodas com pneus, conforme descrito no termo de apreensão e reconhecimento e entrega de fls. 9 e 10, respectivamente.

“De posse da res furtiva, o denunciado Lauri ofereceu o conjunto de rodas com pneus para a denunciada Claci, pelo valor de R\$ 140,00 (cento e quarenta reais), sendo que a denunciada adquiriu o jogo, mesmo podendo presumir tratar-se de objeto obtido por meio criminoso, ante a desproporção do valor oferecido e o seu real preço, qual seja, R\$ 240,00 (duzentos e quarenta reais), conforme termo de avaliação de fls. 11”.

Na oportunidade, o Ministério Público requereu a designação de audiência para os fins do art. 76 da Lei n. 9.099/95 (fls. 4).

Proposta pela acusação a aplicação imediata de 10 (dez) dias-multa e mais as custas do processo, foi esta aceita por Claci de Fátima Moraes da Silva, restando homologada a transação penal em seu favor (fls. 25).

Concluída a persecução criminal, o acusado Lauri Schweitzer restou condenado ao cumprimento de dois anos de reclusão, em regime semi-aberto, negada a suspensão condicional da pena privativa de liberdade imposta (reincidente), e ao pagamento de 10 dias-multa, cada um no valor de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do delito, por haver violado o disposto no art. 155, § 4º, II, do Código Penal.

Inconformado com a prestação jurisdicional entregue, Lauri Schweitzer recorreu, tempestivamente, pretendendo a absolvição por insuficiência de provas; em alternativa, pugna pela aplicação do furto privilegiado, previsto no art. 155, § 2º, do Código Penal, e/ou pela suspensão condicional da pena, sustentando que preenche os requisitos legais.

Contra-arrozoado o apelo, os autos ascenderam a este egrégio Tribunal de Justiça, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo seu conhecimento e improvemento.

É o relatório.

2 — Cuida-se de recurso de apelação, ajuizado pela defesa de Lauri Schweitzer, condenado por violação ao artigo 155, § 4º, II, do Codex Penal, ao cumprimento de 2 (dois) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Pretende o recorrente ver-se absolvido do delito que lhe foi assentado, sob o argumento de que a decisão está esteada em provas insuficientes à prolação de um decreto condenatório.

Contudo, diante das evidências dos autos, impossível acolher-se a súplica absolutória.

A materialidade do delito compulsa-se perfeitamente comprovada pelo Boletim de Ocorrência (fls. 8), Termo de Apreensão (fls. 12), Termo de Reconhecimento e Entrega (fls. 13) e pelo Auto de Avaliação (fls. 14).

No que toca à autoria delitiva, o próprio recorrente confessou a subtração dos objetos pertencentes à vítima, em face de seu depoimento extrajudicial:

"(...) Que trabalhava para o Sr. Walter na borracharia do mesmo; que trabalhou 12 dias para o mesmo, sendo que havia sido contratado para trabalhar por mês ou seja mensalista; que solicitou adiantamento e não foi atendido; que afirma o depoente diante dos fatos resolveu furtar do mesmo um jogo de rodas com pneus e foi oferecer para a Sra. Claci na boate Larama;(...)" (fls. 10).

Apesar de o recorrente alterar suas declarações em Juízo, quando disse que teria pedido ao seu patrão, ora vítima, autorização para negociar pneus da sua borracharia, o fato foi negado pela própria vítima, não restando comprovada a assertiva de que estava o apelante autorizado a negociar os pneus em questão.

Ademais, como bem lembrou o representante da Procuradoria-Geral de Justiça, "o ônus da prova cabe a quem alega, consoante o disposto no art. 156 do Código de Processo Penal; ao apelante cabia comprovar a existência de autorização para a venda, o que não logrou fazer", restando suas palavras perante a autoridade judicial

isoladas do restante das provas amealhadas.

Assim, do elenco probatório colacionado ressalta evidente a responsabilidade criminal do apelante pelo furto narrado na denúncia, não havendo como se pronunciar o non liquet em seu favor pelo delito de furto noticiado.

3 — Melhor sorte lhe socorre, no entanto, quanto a não caracterização da qualificadora do abuso de confiança.

Como já se decidiu, “o abuso de confiança, em tema de furto, pressupõe dois requisitos, um subjetivo, referente ao vínculo de confiança que surge de certas relações entre o agente e o lesado; outro, objetivo, decorrente da facilidade proporcionada por aquele à prática do delito, em virtude do afrouxamento dos cuidados ordinários dispensados pela vítima quanto a seus bens” (TACrimSP — AC n. 569.357-3 — rel. Haroldo Luz).

Mesmo tendo o recorrente permissão para pernoitar no estabelecimento comercial da vítima, esta sabia do envolvimento do apelante em crime contra o patrimônio, inclusive já o havia demitido, por não apresentar bom desempenho, senão leia-se de seu depoimento extrajudicial:

“(…) Que tendo em vista Lauri não apresentar bom desempenho no trabalho demitiu o mesmo, mas tomou conhecimento de que ele continuava dormindo no interior da borracharia e logo após sua demissão foi furtada do interior da mesma quatro rodas com pneus; que tinha conhecimento que Lauri tinha passagem pela Polícia por furto, mas resolveu dar uma oportunidade ao mesmo; (...)” (fls. 9).

Como se vê, não se estabeleceu qualquer vínculo de confiança entre a vítima e o apelante. Tanto não havia a relação de confiança exigida pela lei penal, que o apelante prestou serviços na borracharia por somente alguns dias e logo foi despedido.

E, nesses casos, têm-se posicionado os Tribunais pátrios:

“Em sede de furto, a qualificadora do abuso de confiança não se configura com a mera relação de emprego, vez que a confiança deve decorrer de um liame particular entre vítima e agente” (RJD 25/185).

“Furto qualificado — Abuso de confiança — Descaracterização — Inexistência de longa e duradoura relação entre patrão e empregado que assegurasse plena confiança àquele — Desclassificação para a forma simples operada — Inteligência do art. 155, § 4º, II, do CP (...) Não incide a agravante do abuso de confiança, porquanto o curto espaço temporal da relação não oferecia a plena segurança à vítima. Apelo provido em parte” (RT 620/357).

“Para o reconhecimento da qualificadora prevista no art. 155, § 4º, II, primeira parte do CP, não basta a simples relação de emprego, sendo necessária a demonstração de que a vítima depositava plena confiança no agente” (TACrimSP — AC — rel. Ciro Campos — RJD 25/190).

“No crime de furto, não se comprovando adequadamente a qualificadora do abuso de confiança, não se pode presumi-la tão-só pela relação de emprego do agente com a lesada, por mais duradoura que se apresente” (TACrimSP — AC — rel. Vanderlei Borges — RJD 23/214).

“Meras relações empregatícias entre patrão e empregado não geram o abuso de confiança qualificador do delito de furto. Indispensável a tal desiderato a existência de uma confiança toda especial, procurada pelo próprio agente e tornada tal que sua violação implique, realmente, numa profunda decepção para o agente passivo da infração” (JUTACrim 71/251).

Assim sendo, não restando demonstrada, neste caso, a existência do necessário liame subjetivo de extrema confiança entre réu e vítima, exclui-se a qualificadora inserta no art. 155, § 4º, inciso II, do Código Representivo Brasileiro.

4 — Passa-se, então, à aplicação da pena.

Analisando-se as circunstâncias judiciais insertas no art. 59 do Código Penal, vê-se que todas são normais ao tipo, porém, o réu já se envolveu em outros crimes contra o patrimônio, consoante certificado a fls. 35, podendo-se dizer que não possui bons antecedentes e que sua conduta social não se apresenta das melhores, pelo que se aplica a pena-base em 1 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão, e pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Reincidente, conforme Certidão de fls. 35 (Processo Crime n. 1.003/92), aumenta-se a reprimenda em 3 (três) meses de reclusão. Presente a atenuante da confissão espontânea, diminui-se tão-somente de 2 (dois) meses, porquanto confessou apenas na fase policial, tornando-a definitiva em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, ante a ausência de causas de especial aumento ou diminuição da sanção a se considerar.

4 — Impossível aplicar-se ao caso sub judice o privilégio do art. 155, § 2º, do Código Penal, posto que ausentes os requisitos da primariedade do agente e do pequeno valor da coisa furtada.

Conforme se depreende da Certidão de Antecedentes Criminais de fls. 35, o recorrente é reincidente, o que por si só impediria a concessão da benesse.

Ademais, consoante Auto de Avaliação de fls. 14, o produto do furto não é de pequeno valor, visto que avaliado em R\$ 240,00 (duzentos e quarenta reais) em laudo datado de 2/7/99, quantum que ultrapassa o limite do salário mínimo vigente ao tempo do crime, critério estabelecido pela jurisprudência para a concessão do benefício, senão veja-se da seguinte decisão:

“Não se considera a coisa furtada de pequeno valor se esta ultrapassa o quantum do salário mínimo” (RTJ 119/272).

Logo, não merece acolhida a pretensão do recorrente para a concessão do privilégio constante do § 2º do art. 155 do Código Penal.

5 — Da mesma forma, diante da reincidência do apelante, inviável a concessão da suspensão condicional da pena (art. 77, I, do CP), devendo a decisão objurgada ser mantida também neste sentido.

6 — Por todo o exposto, a Câmara conhece do recurso e lhe dá provimento parcial, para afastar a qualificadora do abuso de confiança, fixando a pena do apelante em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime semi-aberto, e pagamento de 10 (dez) dias-multa, cada um no

valor individual de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, devidamente corrigido, conforme a sentença.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Desembargador Maurílio Moreira Leite, e lavrou o parecer, pela douta Procurado-

ria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho.

Florianópolis, 28 de março de 2000.

Alberto Costa,
Presidente com voto;
Jorge Mussi,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.000023-0, DE CRICIÚMA

Relator: Des. Jorge Mussi

Ação penal — Acusada com defensor constituído — Advogado indicado que, devidamente intimado, deixa de apresentar alegações finais em favor de sua constituínte — Nomeação de dativo para tanto — Violação do princípio do contraditório — Inobservância da regra de liberdade processual da escolha do defensor — Cerceamento de defesa caracterizado — Nulidade do processo a partir das alegações finais, inclusive declarada de ofício — Sobrestamento do julgamento do apelo do co-réu.

Viola o princípio do contraditório o ato judicial que, por inobservância da regra de liberdade processual da escolha do defensor, nomeia advogado dativo para patrocinar a defesa do acusado que contava com profissional regularmente constituído, não tendo sido intimado da eventual inércia deste e do direito de constituir outro.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.000023-0, da comarca de Criciúma (2ª Vara), em que são apelantes Cleberson Martins e Rosana da Silva Santos, sendo apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, de ofício, declarar nulo o presente pro-

cesso a partir das fls. 94, inclusive, a fim de que seja a ré Rosana da Silva Santos intimada para que constitua novo defensor no prazo que lhe for determinado, e, sobrestado, até lá, o julgamento do recurso interposto pelo réu Cleberson Martins.

Custas legais.

1 — Na comarca de Criciúma (2ª Vara Criminal), Cleberson Martins, vulgo “Bombril”, e Rosana da Silva

Santos, vulgo “Suzuki”, foram denunciados por infração ao disposto no art. 157, § 2º, incisos I, II e V, do Código Penal, porque, consoante se infere da exordial acusatória de fls. 2/3:

“Na manhã (cerca de 11h) de 7 de maio último, quando, pilotando o veículo ‘Fiat Uno’ — nas cores branca e amarela, com o logotipo da Prefeitura Municipal — de propriedade do município de Criciúma, trafegava no sentido bairro Verdinho/bairro Pinheirinho, o servidor (motorista) municipal Ademar Vieira de Oliveira foi vítima de assalto à mão armada — revólver calibre 32, marca não identificada —, perpetrado pelos denunciados.

“Sim.

“Ao tempo em que Rosana pedia carona — tão antigo quanto eficaz chamariz — e Ademar acedia ao aceno, Cleberson irrompe por detrás do caminhão estacionado nas proximidades e, arma à mão, coage a vítima — chegou a agredi-la, há notícia nos autos — a deslocar-se para o banco traseiro; dá partida ao veículo e, mantendo-a em seu poder, manda às urtigas sua liberdade individual; seu direito, comezinho, de ir e vir.

“Bem.

“Perseguidos por viatura policial, acionada, após, via Copon, os denunciados — Cleberson, de alta periculosidade (fls.), ao volante —, após colisão do ‘Fiat Uno’ com um poste, conduziram a vítima a lugar ermo (matagal), subtraíram-lhe, mediante ameaça (revólver, também), o dinheiro que possuía — R\$ 283,00 (duzentos e oitenta e três reais) — e, na fuga, resultaram detidos em flagrante pelos milicianos que o perseguiram naquele

sítio — já nas proximidades dos trilhos da via férrea”.

Concluída a instrução criminal, a denúncia foi julgada procedente para condenar: a) Cleberson Martins à pena de 6 (seis) anos de reclusão, em regime fechado, negada qualquer substituição, e ao pagamento de 15 dias-multa, cada qual à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos; e b) Rosana da Silva Santos ao cumprimento da pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime semi-aberto, negada qualquer substituição, e ao pagamento de 10 dias-multa, cada dia à razão de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, ambos por violação ao disposto no art. 157, § 2º, incisos I, II e V, do Código Penal, negado-lhes o direito de recorrer em liberdade.

Inconformados com a prolação do decreto condenatório, os apenados recorreram, de próprio punho e por seus defensores, pugnando, respectivamente: a) Cleberson Martins, por sua absolvição, ao argumento de inexistir provas para a condenação; alternativamente postula pela desclassificação para o crime de furto; e b) Rosana da Silva Santos, também por sua absolvição, alegando que as provas colhidas durante a formação da culpa são insuficientes a sustentar a condenação que lhe foi imposta; alternativamente, requer a desclassificação para o crime de roubo simples.

Rebatidos os apelos, os autos ascenderam a este Grau de Jurisdição, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça pela declaração, de ofício, da nulidade do processo com respeito a Rosana da Silva Santos, a partir do despacho de nomeação de

defensor dativo de fls. 94, inclusive, com a conseqüente remessa dos autos à origem para o fim de ser regularmente intimada a constituir novo defensor, devendo ser sobrestado o julgamento do recurso interposto por Cleberson Martins (fls. 150 a 153).

Originariamente distribuído ao Exmo. Sr. Dr. Nilton Macedo Machado, este determinou a remessa do apelo ao presente Relator, haja vista o julgamento do Habeas Corpus interposto pela acusada Rosana (art. 54, caput, do Regimento Interno deste TJSC — fls. 158/159), vindo-me concluso.

É o relatório.

2 — Com razão o ilustre representante do Parquet ad quem, Dr. Luiz Fernando Sirydakís, em seu parecer, ao apontar a supracitada nulidade, que por bem-lançado, transcreve-se e adota-se como razão de decidir, in verbis:

“Inicialmente, com respeito ao não conhecimento do apelo interposto por Cleberson Martins, equivocada a manifestação do ilustre Promotor de Justiça, simplesmente porque, quando de próprio punho o apenado insurgiu-se contra a condenação, dela recorrendo, já se encontrava recolhido ao presídio Santa Augusta, conforme se verifica pelo respectivo mandado onde restou consignado ‘atualmente recluso ao presídio Santa Augusta, Criciúma (SC)’ (fls. 126), o que, por certo, por ele passou desapercibido.

“Feito o registro, e prosseguindo, tem-se que quando interrogada, Rosana da Silva Santos indicou como seu defensor o Dr. Amaral Antônio Patrício, tendo este, por não ofertar as alegações finais, apesar de devidamente intimado para tanto, sido substituído por defensor dativo nomeado,

o qual desencumbiu-se do munus para o qual fora nomeado. Posteriormente, após lavrada sentença condenatória, aquele primeiro defensor, a fls. 130, comunicou a renúncia ao mandato que recebera, sendo, então, determinada a intimação do defensor dativo antes nomeado para que também ofertasse as razões recursais, o que foi feito nos termos antes referidos.

“A rigor, o presente recurso ainda não reúne condições de ser conhecido.

“E isto porque, tendo Rosana defensor constituído nos autos — indicado quando de seu interrogatório e que apresentou defesa prévia —, ante a inércia do mesmo no tocante à apresentação das alegações finais deveria ter sido determinada a sua intimação para que constituísse outro advogado em substituição, no prazo que fosse determinado, sob pena de não o fazendo, aí sim, ser-lhe nomeado defensor dativo, presente o princípio da ampla defesa e da livre escolha, pelo acusado, de seu defensor, já que, quando de seu interrogatório exercitara tal prerrogativa. Não bastasse isto, após lavrada e publicada sentença condenatória, referido advogado expressamente compareceu em Juízo comunicando a renúncia ao mandato que lhe fora outorgado, requerendo a intimação de sua até então constituinte para que providenciasse novo procurador, o que não foi feito, quando deveria sê-lo, segundo se observa pelo teor do r. despacho de fls. 130, gerando a nulidade do presente feito.

“De fato, segundo entendimento desse eg. Tribunal de Justiça em decisão da eg. 1ª Câmara Criminal, na

Ap. Cív n. 97.000260-2, de São José, rel. Des. Amaral e Silva, datada de 25/3/97, perfeitamente aplicável à hipótese dos autos, e em cuja ementa foi anotado:

‘Processual penal — Nulidade — Cerceamento de defesa — Defensor constituído que não apresenta defesa prévia — Substituição por dativo e falta de intimação dos atos processuais subseqüentes — Quebra do princípio do contraditório — Precedentes jurisprudenciais.

‘Tendo o réu constituído advogado, não se lhe pode nomear dativo.

‘A defesa prévia não é essencial.

‘Tendo o réu direito à defesa técnica por seu procurador, a intimação do causídico para os atos do processo é indispensável, pena de nulidade absoluta’.

‘E, no corpo do v. acórdão:

‘Já decidiu esta Corte:

‘Processo crime — Violação do princípio do contraditório — Inobservância da regra de liberdade processual da escolha do defensor — Nulidade.

‘Viola o princípio do contraditório o ato judicial que, por inobservância da regra da liberdade processual da escolha do defensor, nomeia, em substituição, defensor dativo para patrocinar a defesa do acusado que contava com defensor regularmente constituído, não tendo sido intimado da eventual inércia deste e do direito de constituir outro’ (Apelação Criminal n. 29.778, de Tubarão, relator Des. Nilton Macedo Machado).

‘No mesmo sentido o Habeas Corpus n. 12.196, de Seara, Relator designado Des. Jorge Mussi.

‘Apelação criminal. Inobservância da regra de liberdade processual da escolha de defensor. Nulidade.

‘É nulo o ato judicial que, por inobservância da regra da liberdade processual da escolha de defensor, nomeia, em substituição, defensor dativo ao acusado que contava com defensor constituído, não tendo sido intimado da eventual inércia deste e do direito de constituir outro’ (Apelação Criminal n. 31.563, de Seara, relator Des. José Roberge).

‘Crime de furto. Nulidade processual. Defensor constituído que não comparece à audiência, embora intimado. Designação de defensor ad hoc para aquele ato processual, que no entanto prosseguiu indevidamente na defesa do réu. Cerceamento ao direito de defesa. Apelo provido. Decisão anulada’ (Apelação Criminal n. 31.551, de Ituporanga, relator Des. Rogério Lemos).

‘A respeito da matéria ver Julio Fabbrini Mirabete, Código de Processo Penal Interpretado, São Paulo, Atlas, 1996, pág. 335; Damásio de Jesus, Código de Processo Penal Anotado, São Paulo, Saraiva, 1995, pág. 183’.

‘Por estas razões, é de ser declarado, de officio, nulo o processado com respeito à apenada Rosana da Silva Santos, a partir do despacho de nomeação de defensor dativo a fls. 94, inclusive, devendo os autos retornar à origem para o fim de ser regularmente intimada para que constitua novo defensor no prazo que lhe foi determinado, sob pena, aí sim, de ser-lhe nomeado dativo para o oferecimento das referidas alegações e para prosseguir nos demais termos do pro-

cesso, restando sobrestado, até lá, o julgamento do recurso interposto pelo co-apeinado Cleberon Martins”.

3 — Pelo exposto, a Câmara conhece do presente recurso e, de ofício, declara nulo o processo a partir das fls. 94, inclusive, relativamente à apelante Rosana da Silva Santos, determinando a remessa dos autos à origem para proceder-se à intimação desta ré, a fim de que constitua novo defensor no prazo que lhe for assinado, sobrestando, até a conclusão da ação penal, o julgamento do apelo interposto pelo réu Cleberon Martins.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Maurílio Moreira Leite e Nilton Macedo Machado. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Luiz Fernando Sirydakís.

Florianópolis, 21 de março de 2000.

Alberto Costa,
Presidente;
Jorge Mussi,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.014798-3, DE CRICIÚMA

Relator: Des. Francisco Borges

Narcotráfico. Pedido de absolvição e desclassificação do art. 12 para o art. 16 da Lei n. 6.368/76. Recurso provido.

É entendimento consagrado neste Órgão Fracionário que, “Sendo a prova inidônea à certeza moral do tráfico, é de se desclassificar o delito para o uso. ‘Não se pode condenar ninguém como traficante com base em meras suposições. A gravidade do crime, punida com pena severíssima, exige prova cabal e perfeita’” (Ap. Crim. n. 97.014187-4, de Lages, rel. Des. Amaral e Silva, DJ de 11/2/98).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.014798-3, da comarca de Criciúma (1ª Vara), em que são apelantes Claudeci Nunes Flores e outro, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

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

Custas de lei.

Perante o Juízo da 1ª Vara Criminal da comarca de Criciúma, Claudeci Nunes Flores e Anderson Silva de Oliveira foram denunciados como incurso nas sanções dos arts. 12 e 18, III, ambos da Lei n. 6.368/76, pelos fatos assim narrados na denúncia:

“Na noite de 15 de janeiro do ano de 1999, policiais militares, após receberem denúncia anônima, diligenciaram até um bar localizado no Bairro ‘Mina Quatro’, neste Município, onde avistaram os denunciados, no interior

do veículo Escort, de placa MDV 4710, em atitude suspeita.

“Ao efetuar uma abordagem, os policiais apreenderam em posse de ambos, mas em poder do denunciado Anderson, uma ‘pedra de crack’, pesando aproximadamente 53g (TA fls. 6) e em poder do denunciado Claudéci R\$ 29,00 (vinte e nove reais em dinheiro); U\$ 5,00 (dólares) e 1 (um) cheque preenchido no valor de R\$ 15,00 (quinze reais).

“A referida substância entorpecente, pelas circunstâncias da prisão, local, quantidade e pelo comportamento dos denunciados, destinava-se ao comércio ilícito de entorpecentes.

“Dessa forma, os denunciados traziam consigo, em união de vontades, certa quantidade de substância entorpecente, capaz de causar dependência física e/ou psíquica, em desacordo ou sem autorização legal” (fls. 2/3).

Processado o feito, sobreveio a decisão que condenou o acusado Anderson à pena privativa de liberdade de 3 anos de reclusão e ao pagamento de 50 dias-multa, no valor unitário de R\$ 0,53, e condenou o denunciado Claudéci a 3 anos e 6 meses de reclusão e ao pagamento da pena pecuniária idêntica a do co-réu, por incursos no art. 12 da Lei n. 6.368/76.

Irresignados, apelaram os acusados, postulando Claudéci a absolvição, ao argumento de estar comprovado que não portava drogas e tampouco as comercializava, enquanto o recorrente Anderson pugna pela desclassificação do delito que lhe foi imputado para o previsto no art. 16 da Lei de Tóxicos, eis que a droga que

trazia consigo destinava-se para uso próprio e não para tráfico, posto ser dependente químico.

Alternativamente, pleiteiam a aplicação da Lei n. 9.714/98, ou que seja concedido o regime semi-aberto para início do cumprimento da pena, alegando, nesse ponto, a inconstitucionalidade da Lei n. 8.072/90.

Com as contra-razões do representante ministerial pela manutenção da sentença, subiram os autos a esta Instância, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo provimento dos apelos interpostos.

É o relatório.

Entende a douta Procuradoria-Geral de Justiça que a prova carreada aos autos não possui suporte suficiente para amparar a condenação dos recorrentes, nos termos em que foi prolatada a sentença objurgada.

É que, embora conste que os policiais tenham se dirigido ao bairro Mina Quatro, em Criciúma, em face de denúncia anônima da ocorrência de tráfico de drogas no local, onde avistaram os acusados em atitude que consideraram suspeita, prendendo-os, não há nos autos, todavia, prova efetiva de que os denunciados encontravam-se a praticar a nefasta mercancia, assim como, mormente com a retratação em juízo do acusado Anderson de que Claudéci era o proprietário ou mesmo possuía vínculo com a droga apreendida.

O apelante Claudéci no auto de prisão em flagrante relatou:

“...que deu uma carona para um conhecido de nome Anderson, que, quando a Polícia chegou Anderson desceu do carro e foi em direção

ao seu bar; que, o conduzido permaneceu no carro; que, ambos foram submetidos à revista pessoal pela Polícia Militar; (...) que a droga apreendida pela Polícia pertence a Anderson; que, nega ser de sua propriedade a droga (crack); que, o conduzido nega ser viciado, alegando que apenas fuma cigarros comuns; (...) que já cumpriu pena no Presídio Santa Augusta, pela prática de furto, e atualmente encontra-se em regime aberto;" (fls. 9).

Em Juízo manteve a mesma versão, alegando "...que desconhecia o fato de Anderson trazer consigo substância entorpecente; que a polícia militar revistou Anderson dentro do bar e com ele encontrou substância entorpecente; que o cheque de fls. 13, na conta de Robson J. Martins Pereira foi recebido pelo ora interrogando, em razão de despesa levada a efeito no bar; que o dinheiro encontrado com o interrogando era troco do bar, estabelecimento comercial de sua propriedade; que estava em prisão albergue domiciliar" (fls. 46).

O acusado Anderson, na fase policial, disse:

"Que, na noite de hoje, saiu com Claudeci para ir até um salão onde Claudeci foi cortar o cabelo; que, quando estavam retornando ao Bairro Mina Quatro, mais precisamente quando Claudeci estava estacionando o veículo Escort em que ambos saíram, em frente ao seu bar, foram abordados por policiais militares; que, quando Claudeci viu a Polícia jogou um pacote contendo crack para o conduzido. Que, este se apavorou quando viu os policiais e colocou a droga dentro da sua calça; que, foram submetidos à revista pessoal onde os po-

liciais encontraram a droga; que, o conduzido alega não ser viciado em nenhum tipo de droga; que, o crack apreendido pela Polícia pertence a Claudeci; que, o conduzido esclarece que já viu Claudeci efetuando tráfico de entorpecentes no bar de sua propriedade; que, nega ser traficante de drogas;" (fls. 9).

Contudo, no seu interrogatório, desdisse a versão anterior:

"Confirma o termo de apreensão de fls. 11, esclarecendo que era seu o invólucro plástico encontrado, contendo 55 gramas de crack; Que é verdadeira em parte a imputação que lhe é feita; Que a substância entorpecente referida na exordial, pertence ao interrogando e não a Claudeci Nunes Flores; Que na verdade a substância entorpecente apreendida é de propriedade do interrogando; que a declaração firmada pelo interrogando pela ocasião do auto de prisão em flagrante, não é correta, asseverando que na verdade, Claudeci não era o dono da substância entorpecente, porquanto o interrogando é viciado e dependente; que, naquela oportunidade, ou seja, quando mencionou o fato da droga pertencer a Claudeci, o fez porque seus pais estavam presentes e eles não tinham conhecimento da situação; que comprou a substância entorpecente para consumo próprio e não para comércio e pagou R\$ 120,00 pela mesma; que a quantidade da substância adquirida era suficiente para consumir durante o mês todo" (fls. 47/48).

Em face de tais afirmações foi realizado o exame de dependência toxicológica (fls. 75/78), constatando que Anderson era viciado em drogas, dependente psíquico em grau leve,

colhendo-se do laudo que “do ponto de vista Psiquiátrico-Forense, o periciado seria considerado apenas como parcial por esta prática, definida como delituosa no artigo 16 da Lei n. 6.368/76. Entretanto no que diz respeito ao tráfico de drogas, entendemos que tanto a compreensão como a determinação estavam mantidas e, assim, considerado responsável pelo artigo 12, caput, c/c artigo 18, inciso III, da mesma Lei antitóxico” (fls. 76).

Importa observar que, em resposta ao quesito h, os peritos concluíram que: “sua determinação estaria diminuída em relação ao uso, mas conservada plenamente quanto ao tráfico, artigo 16 e 12 da Lei n. 6.368/76, respectivamente”.

Os policiais que efetuaram a prisão em flagrante dos acusados ratificaram em Juízo as declarações contidas no respectivo auto e, desses testemunhos, colhe-se apenas que a droga encontrada estava em poder de Anderson, que afirmava ser de propriedade do co-réu Claudeci, e pouco ou quase nada mais há que se possa acrescentar para embasar a condenação dos apelantes, nos moldes em que foi concretizada.

Desponta dos autos a inexistência de dúvidas de que a droga apreendida estava em poder do acusado Anderson que, em Juízo, confessou a sua posse e propriedade, justificando ter imputado ao co-réu Claudeci a propriedade da droga tendo em vista o alegado constrangimento em depor na presença de seus pais, na Delegacia de Polícia, onde negou o vício, retratando-se no interrogatório, submetendo-se a exame de dependência toxicológica.

O acusado Claudeci, embora não isento de fundadas suspeitas, sempre sustentou a mesma versão, respaldada pela confissão do co-réu.

A testemunha Robson Júnior Martins Pereira, emitente do cheque apreendido em poder do acusado Claudeci e ouvido apenas na fase policial, disse que “o declarante como os moradores do bairro Renascer, têm conhecimento que ‘Cl’ (como é conhecido Claudeci) atualmente estava praticando tráfico de entorpecentes”, mas consignou que “nunca viu o referido vender drogas, até porque esteve no Bar do ‘Cl’ apenas uma única vez; que, o declarante informa que não faz uso de nenhum tipo de drogas, com exceção de cigarros comuns”, justificando que “emitiu o cheque em questão para pagamento de despesas junto ao bar do Joelson, cujo proprietário atual é Claudeci Nunes Flores, vulgo ‘Cl’; (...) que, o declarante comprou bebidas e salgadinhos;” (fls. 40).

Esse depoimento isolado e impreciso não configura prova convincente por não revelar testemunho razoável, fazendo simples alusão de que tinha conhecimento que Claudeci estava traficando entorpecentes.

Cezar Elias Búrigo e Altair Marcelino foram ouvidos como testemunhas abonatórias às fls. 72/73, afirmando o primeiro que “nunca presenciou ambos acusados venderem substância entorpecente; que Claudeci é um bom cliente no estabelecimento comercial que tem e consta que como vizinho também não deixa a desejar”, enquanto o segundo consignou que “jamais presenciou ambos acusados envolvidos com a comercialização de substância entorpecente, e

os mesmos gozam de bom conceito na comunidade”.

Inegável, pois, a insuficiência da prova obtida no tocante à mercancia de entorpecentes pelos recorrentes e, mais ainda, da autoria em relação ao apelante Claudeci.

Quanto à desclassificação do delito pelo qual foi apenado o réu Anderson, para o do art. 16 da Lei de Tóxicos, ante o exposto, é medida que se impõe, tanto por não haver indício que indique seja ele traficante, como pelas características da apreensão aliadas à condição pessoal de usuário dependente, justificando que a quantidade de droga encontrada em seu poder, em embalagem única, era destinada para uso próprio.

Chega-se a essa conclusão orientada no art. 37 da Lei n. 6.368/76 que prevê “para efeito de caracterização dos crimes definidos nesta Lei, a autoridade atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação criminosa, às circunstâncias da prisão, bem como à conduta e aos antecedentes do agente”.

A propósito, citam-se os seguintes arestos desta Corte:

“Penal e processual — Crime contra a saúde pública — Entorpecente — Prova da narcotraficância — Desclassificação para uso — Recurso provido parcialmente — Precedentes jurisprudenciais.

“Sendo a prova inidônea à certeza moral do tráfico, é de se desclassificar o delito para o uso.

‘Não se pode condenar ninguém como traficante com base em

meras suposições. A gravidade do crime, punida com pena severíssima, exige prova cabal e perfeita” (Ap. Crim. n. 97.014187-4, de Lages, rel. Des. Amaral e Silva, DJ de 11/2/98).

“Inexistência de prova segura de comercialização de drogas em relação a um dos acusados. Recurso provido para desclassificar o delito para o do art. 16 da Lei n. 6.368/76.

‘Para que se reconheça a existência de tráfico ou comércio de drogas, é mister prova absolutamente segura. No caso de dúvida em se saber se o réu é traficante ou usuário, deve subsistir a segunda hipótese, como solução benéfica do in dubio pro reo’ (TACrimSP – AC — rel. Geraldo Gomes — RT 518/378)” (Ap. Crim. n. 98.011618-0, de Araranguá, rel. Des. Álvaro Wandelli, DJ de 10/11/98).

“Em tema de tráfico de entorpecentes, para seu reconhecimento não basta, tão-só, a quantidade de macinha apreendida, mas há que se considerar também o conjunto das diretrizes fixadas no art. 37 da Lei n. 6.368/76, posto que para sua caracterização, é condição sine qua a existência de prova segura e convincente” (JC 65/416).

“Réu que se revela dependente do estupefaciente encontrado em seu poder e que nega o comércio clandestino. Dependência e materialidade comprovadas pela prova técnica. Prova testemunhal dúbia no tocante ao comércio ilícito. Condenação no crime menos grave (art. 16 da Lei n. 6.368/76) que se impõe. Recurso parcialmente provido” (Ap. Crim. n. 34.570, de Blumenau, rel. Des. Jorge Mussi, DJ de 22/5/97).

Tendo em conta a desclassificação do delito imputado ao recorrente

te Anderson, passa-se à dosimetria da pena a ser-lhe imposta.

Na primeira fase, as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal foram consideradas favoráveis ao acusado pelo Magistrado de Primeiro Grau, pelo que se fixa a pena-base no seu mínimo legal, ou seja, em 6 meses de detenção e 20 dias-multa.

Na segunda fase, inexistem agravantes, todavia, ante a confissão quanto ao porte da droga há que se aplicar a atenuante do art. 65, III, d, do Código Penal, mas, devido à impossibilidade de redução da pena, nesta fase, aquém do mínimo legal previsto para o tipo, mantém-se, então, a pena em 6 meses de detenção, assim como a pena de multa no patamar antes fixado.

Na terceira fase, o fato de ser o acusado comprovadamente dependente químico e parcialmente imputável, insere-o no disposto no parágrafo único do art. 19 da Lei Antitóxico, pelo que se diminui de 1/3 (um terço) a reprimenda, minorando-se, então, a pena privativa de liberdade em 2 meses de detenção e a pena de multa em 6 dias-multa, o que resulta em 4 meses de detenção e pagamento de 14 dias-multa, no valor unitário mínimo legal disposto no art. 38 e parágrafos da Lei n. 6.368/76.

Tendo em conta que os acusados encontram-se presos desde

15/1/99, e que o apelante Anderson Silva de Oliveira foi apenado em 4 meses de detenção, indubitavelmente a pena já foi cumprida, em face do instituto da detração previsto no art. 42 do Código Penal.

Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso, para absolver o réu Claudeci Nunes Flores, com fulcro no art. 386, VI, do CPP, e desclassificar para o art. 16 da Lei n. 6.368/76, c/c o artigo 19, do mesmo diploma legal, a condenação do apelante Anderson Silva de Oliveira, fixando-se-lhe a pena de 4 meses de detenção e pagamento de 14 dias-multa no valor mínimo legal acima estipulado, reprimenda já cumprida pelo apenado, determinando-se a expedição de alvará de soltura em favor dos apelantes, se por aí não estiverem presos.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Genésio Nolli. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, a Exma. Sra. Dra. Walkyria Ruicir Danielski.

Florianópolis, 8 de fevereiro de 2000.

Amaral e Silva,
Presidente com voto;
Francisco Borges,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.017666-5, DE BLUMENAU

Relator: Des. Francisco Borges

Crime contra o patrimônio. Roubo qualificado pelo emprego de arma e concurso de pessoas. Prova alicerçada na confissão de um

dos autores. Condenação mantida.

A confissão no flagrante, corroborada por indícios e circunstâncias, constitui importante e decisivo elemento de convicção, principalmente em se tratando de crime contra o patrimônio, geralmente praticado sem testemunhas.

Co-autoria caracterizada. Participação de menor importância. Aplicação do art. 29, § 1º, do CP. Inadmissibilidade.

“No concurso de agentes, no crime de roubo, respondem pela violência todos os partícipes que agiram dolosamente no sentido de seu emprego, pouco importando qual tenha sido a atuação específica de cada um deles” (RT 482/390).

Redução da pena. Inviabilidade. Recurso desprovido.

A qualificadora do emprego de arma resulta caracterizada quando a vítima fica intimidada, anulada ou diminuída sua capacidade de resistência, pouco importando esteja a arma municionada ou descarregada e seja, até mesmo, de brinquedo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.017666-5, da comarca de Blumenau (1ª Vara), em que é apelante José Carlos Fernandes, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, rejeitar as preliminares de nulidade e, no mérito, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Blumenau, José Carlos Fernandes e Luiz Carlos Farias foram denunciados como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, pela prática dos seguintes atos delituosos assim narrados na denúncia:

“No dia 27 de julho do ano em curso, na parte da manhã, Arno José Hansen se encontrava na Rua 2 de

Setembro com seu veículo volkswagen voyage e ofereceu carona ao indiciado José Carlos Fernandes, trazendo-o até o centro da cidade.

“À tarde do mesmo dia Arno José Hansen e José Carlos Fernandes voltaram a se encontrar nas proximidades da agência do Bradesco. Na oportunidade o indiciado pediu a Arno que o conduzisse, em companhia de seu acompanhante, o indiciado Luiz Carlos Farias, até o Bairro da Escola Agrícola.

“Arno atendeu ao pedido e conduziu os dois indiciados até a Escola Agrícola. Em dado momento José Carlos e Luiz Carlos sacaram de armas de fogo e anunciaram que se tratava de um assalto, ao tempo em que exigiram dinheiro. Arno, aproveitando um momento de distração dos indiciados, abriu a porta do veículo e saiu correndo pela rua, gritando por socor-

ro. Os indiciados apanharam o veículo de Arno e fugiram em desabalada para retirar o toca-fitas e um amplificador, objetos estes que foram apreendidos pela autoridade policial na residência de Luiz Carlos Farias (doc. de fls. 4)...” (fls. 2).

O processamento do feito não se deu de forma regular, a denúncia foi recebida em fevereiro de 1984 e a instrução criminal foi concluída em setembro de 1984. Para o cumprimento das diligências dos arts. 499 e 500 do Código de Processo Penal decorreram aproximadamente 6 anos, sendo a sentença prolatada somente em dezembro de 1990, quando José Carlos Fernandes foi condenado à pena de 5 (cinco) anos e 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão e ao pagamento de Cr\$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros), valor da época, pela prática do delito do art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal. Por seu turno, Luiz Carlos Farias foi condenado à pena de 6 (seis) anos de reclusão e ao pagamento de Cr\$ 12.000,00, valor da época, também por infração ao art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal.

Irresignado, José Carlos Fernandes apelou, aduzindo, em preliminar, que o processo criminal é nulo desde o início, por defeito de citação, eis que desobedecidos os preceitos estampados nos arts. 564, inciso III, alínea e, e 570, ambos do Código de Processo Penal, porquanto o Oficial de Justiça não esgotara todos os meios disponíveis à localização do acusado, mencionando apenas às fls. 27 dos autos que não existiria o número da casa do paciente na respectiva rua, estando portanto em lugar incerto e não sabido, isto em 31/1/84.

Alega, ainda, que, ordenada a citação por edital, não foi juntada aos autos qualquer certidão comprobatória do ato, em afronta ao parágrafo único do art. 365 do CPP, estando caracterizada a nulidade do processo por cerceamento de defesa, que o impediu de exercer o contraditório e a ampla defesa.

No mérito, requer a absolvição, alegando insuficiência de provas e, alternativamente, a desclassificação do crime para furto qualificado ou o abrandamento da pena irrogada, com a concessão do sursis, argumentando que sua participação no crime foi de menor importância, bem como a descaracterização do emprego de arma.

Contra-arrazoado o apelo pelo representante do Ministério Público, os autos subiram a esta Instância, tendo a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinado pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

A preliminar de nulidade da citação editalícia argüida pela defesa merece ser afastada. Sustenta o apelante que o Oficial de Justiça não esgotara todos os meios disponíveis à localização do acusado, mencionando apenas às fls. 27 dos autos que não existia o número da casa do recorrente na respectiva rua, portanto, estando ele em lugar incerto e não sabido, isso em 31/1/84.

Afirma que o Meirinho foi ao local apenas uma vez e sequer perguntou aos vizinhos do apelante sobre o seu paradeiro; que era bastante conhecido no local e por lá viveu até 1984, conforme declarações inclusas, residindo ainda naquela localidade até o ano de 1992.

Improcedente o argumento. O apelante, ao prestar declarações perante a autoridade policial, forneceu seu endereço à época (Rua Pomerode n. 437, bairro Badenfurt, Blumenau/SC), de onde mudou-se sem nada comunicar à autoridade policial ou mesmo judiciária.

Expedido mandado de citação para o endereço indicado, não foi localizado, informando o Oficial de Justiça que diligenciou no sentido de “citar José Carlos Fernandes, o que não ocorreu, em virtude de não existir o n. 437 na mencionada rua, estando portanto em lugar incerto e não sabido...” (fls. 27 verso); razão pela qual determinou-se a citação por edital, que se efetivou regularmente com afixação do Edital de Citação do apelante no edifício do Fórum da comarca de Blumenau, como de costume (fls. 29).

Na ausência do réu, decretou-se sua revelia, e o Defensor nomeado apresentou defesa prévia, seguindo o feito tramitação normal. Portanto, a citação observou as exigências legais, pois esgotados os meios disponíveis para a citação do apelante, não tendo fundamento a pretensão de anular o processo com esta razão.

Sobre o tema, comenta Ada Pellegrini Grinover:

“A citação por edital é providência anônima e excepcional, que somente se justifica diante da impossibilidade absoluta de identificação pessoal; constitui forma indireta de comunicação processual, porquanto se acredita que através da publicidade dada ao edital a notícia sobre a existência do processo chegue até o citando.

“A informação dada ao réu por esse meio representa um mecanismo empregado pelo legislador, com o objetivo de viabilizar a persecução criminal. Diante da existência de obstáculos insuperáveis para a citação pessoal, tenta-se transmitir ao citando o conhecimento desejado, através de certas formalidades tendentes a dar publicidade ao ato citatório” (As Nulidades no Processo Penal, 6ª ed., 2ª tiragem, 1998, pág. 107).

No caso vertente, cabia ao apelante, no caso de mudança de endereço, comunicar a autoridade policial ou o juízo. Como assim não procedeu, não pode a defesa agora invocar nulidade do ato citatório.

É da jurisprudência:

“Revisão criminal. Nulidade de citação. Inocorrência. Oficial de Justiça que comparece ao endereço constante no mandado fornecido pelo revisando quando interrogado na fase policial, e não encontra o acusado. Certidão que esclarece tal fato. Validade. Fé pública do serventuário que deve prevalecer sobre meras alegações...” (JC 54/490).

Ou ainda:

“Habeas corpus. Nulidade. Citação edital. Réu procurado no endereço que declinara no inquérito policial. Mudança não comunicada à autoridade competente. Eiva não reconhecida. Denúncia que descreve determinado tipo penal. Classificação legal diversa. Condenação pelo fato descrito. Possibilidade. Aplicação do art. 383 do CPP. Cerceamento de defesa não caracterizado. Ordem denegada. Descabe inquirir de nulidade citação que se fez por edital se, declinando o acusado endereço na fase policial, muda-se

para outra cidade sem comunicar à autoridade competente o local da nova residência, não sendo, deste modo, encontrado pelo oficial de justiça. Desde que a denúncia descreva explicitamente o fato concreto de determinado crime, dando-lhe, no entanto, classificação legal diversa, o juiz, a teor do art. 383 do CPP, pode, corrigido o erro, condenar o acusado nos termos do dispositivo penal correto" (JC 55/335).

De qualquer sorte, nos processos de competência do juiz singular, tais nulidades devem ser argüidas nos prazos a que se refere o art. 500 (art. 571, II). No caso dos autos, nas alegações finais escritas, nada foi alegado ou questionado a respeito da nulidade da citação, somente o fazendo agora, o apelante, depois de haver sido condenado.

É que, tais nulidades, caso existam, devem ser argüidas a tempo, pois conforme lição de Julio Fabbrini Mirabete, "tratando-se da instrução criminal nos processos de competência do juiz singular e dos processos especiais, salvo os de rito sumário e o de aplicação de medida de segurança em quase delito (hoje extinto), as nulidades devem ser argüidas 'nos prazos a que se refere o artigo 500' (inciso II), ou seja, também na fase das alegações finais" (Processo Penal, Atlas, 2ª ed., 1993, pág. 575).

E prossegue:

"Havendo nulidade, a parte interessada deve argüi-la na primeira ocasião em que se manifestar no processo, após o ato que a prejudica, demonstrando não aceitar o ato viciado. Não obstante, o Código fixa o momento oportuno, ou a fase limítrofe para

que as nulidades relativas sejam argüidas, sob pena de preclusão e, conseqüentemente, de serem elas consideradas sanadas" (ob.cit., pág. 575).

As eventuais irregularidades existentes na fase da instrução processual criminal de competência do juiz singular devem ser argüidas nas alegações finais, conforme preceitua o artigo 571, inciso II, do Código de Processo Penal, mas a defesa em momento algum suscitou tal nulidade, invocada em exame, restando, portanto, preclusa tal discussão, ainda mais porque sequer demonstrou prejuízo.

Em caso semelhante ao dos autos, já se decidiu:

"Processo crime. Instrução. Carta precatória inquiratória. Defesa não intimada de sua expedição. Ciência inequívoca. Nulidade inocorrente. Alegação tardia. Na instrução criminal dos processos de competência do juiz singular, as nulidades devem ser argüidas 'nos prazos a que se refere o artigo 500' (CPP, art. 571, II), ou seja, na fase das alegações finais. O art. 222 do CPP exige a intimação das partes tão-só da expedição da carta precatória, mas por tratar-se de 'nulidade da instrução, portanto relativa (Súmula 155 do STF), depende de argüição em momento próprio e demonstração de prejuízo' (RSTJ 5/135)" (Ap. Crim. n. 96.001961-8, de Caçador, rel. Des. Nilton Macedo Machado, DJ de 17/10/96).

No tocante ao segundo argumento da defesa, de que o processo é nulo, em razão da falta de observância de formalidade que constituía elemento essencial do ato, consubstanciada na não certificação, pelo Oficial de

Justiça, da afixação do Edital de Citação do apelante no edifício do Fórum de Blumenau, bem como da não publicação deste na imprensa local ou oficial, cumpre consignar o teor do parágrafo único do art. 365 do Código de Processo Penal:

“O edital será afixado à porta do edifício onde funcionar o juízo e será publicado pela imprensa, onde houver, devendo a afixação ser certificada pelo oficial que a tiver feito e a publicação provada por exemplar do jornal ou certidão do escrivão, da qual conste a página do jornal com a data da publicação”.

A comprovação de que o edital de citação do réu foi afixado no local delimitado na lei processual penal encontra-se às fls. 28, certificada pelo Escrivão nos seguintes termos: “Certifico que nesta data, expedi edital de citação do(s) réu(s) José Carlos Fernandes e Luiz Carlos Farias afixando-o no local de costume, deixei de remeter cópia para a imprensa local, por não existir verba para a publicação do mesmo. Dou fé”, pelo que desde já se afasta a suposta nulidade processual levantada, ressaltando-se, ademais, que o edital em tela, juntado às fls. 29, encontra-se em perfeita consonância com o exigido pelos incisos I a V do art. 365 do Código de Processo Penal.

No que tange à ausência de publicação do edital de citação na imprensa, local ou oficial, segundo precedentes doutrinários e jurisprudenciais, inclusive do Supremo Tribunal Federal, não invalida a citação, mormente quando publicado no edifício do Fórum, conforme certificado às fls. 28.

Julio Fabbrini Mirabete, a respeito, esclarece que:

“...o edital deve ser publicado pela imprensa, mas essa regra não é absoluta, configurando a omissão mera irregularidade. É praticamente pacífico que a publicação do edital não é essencial, e a omissão, por falta de verba ou por inexistir jornal local diário, não acarreta a nulidade da citação edital...” (Código de Processo Penal Interpretado, 6ª ed., Atlas, SP, 1999, págs. 466/467).

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que:

“Existindo imprensa local na comarca, porém inacessível ao juízo, por falta de verba, tal situação equiparar-se à inexistência de imprensa local, aperfeiçoando-se a citação edital com a só afixação do édito no edifício do fórum” (RT 636/376).

Nesse sentido também tem sido o entendimento deste Tribunal:

“Não é nula a citação, nem tampouco a intimação da sentença condenatória se, após procedida, em ambas as oportunidades, diligência inexistente no sentido de fazê-lo pessoalmente, procede-se ao ato por edital, que é afixado no átrio do Fórum” (HC n. 98.006713-8, de Joinville, rel. Des. José Roberge, DJ de 13/7/98).

Portanto, rejeitam-se as preliminares de nulidade invocadas.

Relativamente ao mérito, extrai-se dos autos que a vítima Arno José Hansen deu carona ao apelante e seu comparsa Luiz Carlos Farias até o bairro Escola Agrícola. Na metade do caminho, de comum acordo, utilizando-se de armas de fogo, resolveram assaltá-lo. A princípio a intenção era

apenas furtar o toca-fitas, o amplificador e algum dinheiro, entretanto, devido a vítima ter saído do carro, decidiram subtrair-lhe também o veículo que, mais tarde, abandonaram no bairro da Velha Grande.

A materialidade está evidenciada pelos termos de apreensão (fls. 6/7 e 9) e pelo termo de reconhecimento e entrega (fls. 8).

A autoria está comprovada, apesar da retratação em Juízo, pela confissão extrajudicial de José Carlos Fernandes, senão vejamos: “Que da Rua Beira Rio, dirigiram-se para o Bairro da Escola Agrícola, onde, nas proximidades de uma escola que ali existe, o declarante e ‘Luisão’, o primeiro com a intenção de adquirir algum dinheiro, e o segundo, com intenção de furtar o toca-fitas, assaltaram o condutor do veículo; Que, para isto, utilizaram as duas armas que ‘Luisão’ tinha em poder, ficando o declarante com uma, a qual não engatilhava, bem como estava sem munição, enquanto ‘Luisão’, que estava sentado no banco traseiro, sacava de outra, também sem munição, e encostava na nuca do condutor obrigando-o a parar o veículo” (fls. 10 verso).

Tal versão encontra respaldo nas declarações prestadas pela vítima em Juízo, ratificando o depoimento prestado perante a autoridade policial, no qual esclarece que “encontrava-se com seu veículo Voyage na Rua 2 de Setembro perto da Tekka que, em dado momento chegou ali o acusado José Carlos Fernandes, vulgo ‘Carlinhos’ pedindo ao declarante uma carona até a Fábrica de Gaitas Hering; que cedeu a carona ao acusado José Carlos Fernandes deixando-o

no local já que por lá teria que passar; que, no mesmo dia no período da tarde o declarante fora fazer alguns pagamentos no centro da cidade estacionando seu veículo nas proximidades do Bradesco e quando estava para sair com seu veículo avistou novamente o acusado José Carlos Fernandes pedindo-lhe novamente carona dizendo que queria ir no bairro Escola Agrícola; que o acusado José Carlos Fernandes nesta ocasião estava acompanhado de um outro elemento desconhecido e que mais tarde foi reconhecido pelo depoente na Delegacia de Polícia pelo nome de Luiz Carlos Farias, vulgo ‘Luizão’...” (fls. 40 verso).

Como se vê, o apelante confessou na polícia mas retratou-se em Juízo, contudo, a retratação não pode prevalecer, porquanto foi reconhecido pela vítima e nada comprovou para ilidir a certeza moral da autoria.

C. J. A. Mittermaier, a respeito da matéria, esclarece:

“Se a retratação se dá de uma confissão plenamente regular, tem lugar aplicar-lhe o preceito, segundo o qual uma declaração tardia e parcial do acusado, somente feita no seu interesse, não pode aniquilar uma prova completa primitivamente produzida. Ora, toda a retratação encerra uma declaração dessa natureza; e, assim como, ainda quando feita independentemente da retratação, não poderá essa declaração aproveitar ao acusado, pois que ninguém pode ser crido, quando fala em seu interesse próprio; assim também, sob essa nova forma, não se pode destruir uma prova já existente” (Tratado da Prova em Maté-

ria Criminal, Campinas, Bookseller, 1997, pág. 223).

A confissão extrajudicial, embora retratada em Juízo, tem valor probante se amparada pelos demais elementos de prova, tais como apreensão dos objetos furtados e declarações da vítima, cuja palavra tem valor reconhecido na jurisprudência em crimes como o dos autos.

Alega a defesa que os policiais o coagiram a prestar os depoimentos perante a autoridade policial e, pelo fato de seu depoimento ter sido colhido na ausência de defensor, não confirmam a realidade fática.

Quanto à alegada coação, o apelante não trouxe prova alguma a respeito. Já com relação à confissão do apelante na fase policial, sem a presença de advogado, não se lhe retira a validade do ato, até porque não é imprescindível o comparecimento de advogado na fase extrajudicial.

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LXIII assegura ao acusado a possibilidade de fazer-se assistir, especialmente quando preso, por advogado, entretanto não determinou, em consequência, que a autoridade policial providenciasse defensor técnico ao réu.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu:

“Ementa. Recurso extraordinário. Matéria criminal. Interrogatório policial sem a presença do defensor. Illicitude da prova. Inocorrência. Natureza do inquérito policial. Disciplina da prova. Aplicação retroativa da CF/88. Inviabilidade. Inocorrência de lesão à ordem constitucional (CF/88, art. 5º, XL, LVI e LXIII, e art. 133). Recurso extraordinário não conhecido.

“(…) A nova Constituição do Brasil não impõe à autoridade policial o dever de nomear defensor técnico ao indiciado, especialmente quando da realização de seu interrogatório na fase inquisitiva do procedimento de investigação. A Lei Fundamental da República simplesmente assegurou ao indiciado a possibilidade de fazer-se assistir, especialmente quando preso, por defensor técnico. A Constituição não determinou, em consequência, que a autoridade policial providenciasse assistência profissional, ministrada por Advogado legalmente habilitado, ao indiciado preso.

“Nada justifica a assertiva de que a realização do interrogatório policial, sem que ao ato esteja presente o defensor técnico do indiciado, caracterize comportamento ilícito do órgão incumbido, na fase pré-processual, da persecução e da investigação penais.

“A confissão policial feita por indiciado desassistido de defensor não ostenta, por si mesma, natureza ilícita” (RECr 136.239-1—SP, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 14/8/92).

No que tange à questionada validade jurídica dos depoimentos da mesma, ao deixar de prestar compromisso legal, é sabido que a palavra desta tem eficácia nos crimes contra o patrimônio, diante da inexistência de testemunhas oculares em crimes dessa espécie.

Sobre o tema, explana Julio Fabbrini Mirabete:

“Como se tem assinalado na doutrina e jurisprudência, as declarações do ofendido podem ser decisivas quando se trata de delitos que se cometem às ocultas (...). São também sumamente valiosas quando incidem

sobre o proceder de desconhecidos, em que o único interesse do lesado é apontar os verdadeiros culpados e narrar-lhes a atuação e não acusar pessoas inocentes. É o que ocorre, por exemplo, nos crimes de roubo (...)” (Processo Penal, 5ª ed., SP, Atlas, 1996, págs. 288/289).

Reiteradamente, a jurisprudência vem decidindo que, se o delito é praticado, sem que outra pessoa o presencie, a palavra da vítima é que prepondera, veja-se: “A preponderação resulta do fato de que uma pessoa nunca irá acusar desconhecidos da prática de uma subtração, quando esta incorreu. Não se pode argumentar de acusação motivada por vingança ou qualquer outro motivo, quando os envolvidos não mantêm qualquer vínculo de amizade ou inimizade, quando são desconhecidos entre si” (TARGS — Ap. Crim. n. 297008120 — rel. Sylvio Baptista — j. 8/5/97, Ajuris — Banco de Dados Jurisprudenciais da Associação dos Juízes do RS).

É que, em se tratando de crime de roubo, via de regra praticado às escondidas, o relato da vítima corroborado por indícios e circunstâncias bastaria à condenação.

A respeito, colhe-se o seguinte julgado:

“Roubo. Concurso de agentes e emprego de arma branca. Prova. Palavra da vítima e testemunhas. Apreensão da res furtiva. Condenação mantida.

“Em tema de crime de roubo, a palavra da vítima, desde que não infirmada judicialmente, tem valor probatório e autoriza a prolação de um decreto condenatório” (Ap. Crim. n.

33.675, de Seara, rel. Des. Nilton Macedo Machado, DJ de 11/12/95).

Some-se, ainda, o depoimento de Saul Treis, Delegado de Polícia que presidiu o inquérito policial que, apesar de informante, ao ser inquirido em Juízo, afirmou:

“...Luiz Carlos Fernandes conhecido como ‘Carlinhos’ é muito conhecido da polícia local e já teve diversas passagens na cadeia; que segundo se recorda o informante o veículo de propriedade da vítima foi localizado no bairro Água Verde...” (fls. 42).

As declarações da vítima e do delegado de polícia que presidiu o inquérito policial, bem como a confissão extrajudicial do apelante, a apreensão das armas de fogo e dos objetos roubados (toca-fitas, amplificador) e do veículo, conferem certeza absoluta da participação do apelante no roubo, não se podendo questionar a co-autoria do apelante, como deseja a defesa, muito menos sustentar que sua participação foi de menor importância, para pleitear a redução da pena prevista no § 1º do art. 29 do Código Penal.

Para verificar se a participação de co-réu é de menor importância, basta retirar sua ação da cadeia de acontecimentos e verificar se, sem ela, teria ocorrido o crime. In casu, evidente que não. Não fosse o importante e fundamental auxílio do apelante, o crime não teria ocorrido. Logo, sua participação não pode ser desconsiderada.

A propósito, o entendimento jurisprudencial:

“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 Machado Machado, DJ de 6/4/94).

Ou ainda:

“Roubo. Concurso de agentes. Co-réu que fica vigiando o aparecimento de estranhos. Participação de menor importância. Inocorrência: no crime de roubo, praticado em concurso de agentes, não pode ser considerada de menor importância a participação do acusado que apóia os demais executores, vigiando o aparecimento de estranhos e posicionando-se como motorista para eventual fuga, máxime se todos os co-réus estão unidos pelo mesmo desígnio, a cada um cabendo um papel no delito” (TACrimSP — Ap. n. 796.045 — rel. Walter Guilherme — j. 7/6/93, Apud Juis — Jurisprudência Informatizada Saraiva, n. 11).

Acerca da responsabilidade penal daquele que age em concurso de agentes no crime tipificado pelo art. 157 do Código Penal, este Tribunal decidiu que “quem se propõe a executar crime de roubo, em concurso de agentes, onde todos visam o mesmo resultado, a final obtido, responde solidariamente pelos atos praticados” (Ap. Crim. n. 33.106, de Biguaçu, rel. Des. José Roberge, DJ de 5/2/96).

Assim, “no crime de roubo com a causa especial de aumento de pena do concurso de agentes, respondem pela violência todos os partícipes que

agiram dolosamente no sentido de seu emprego, pouco importando qual tenha sido a atuação específica de cada um deles” (Ap. Crim. n. 30.965, de Mafra, rel. Des. Nilton Machado Machado, DJ de 23/1/96).

Ou melhor: “no concurso de agentes no crime de roubo, respondem pela violência todos os partícipes que agirem dolosamente no sentido de seu emprego, pouco importando qual tenha sido a atuação específica de cada um deles” (RT 482/390).

Por outro lado, argumenta que as armas apreendidas estavam sem munição e que foram encontradas em poder do comparsa Luiz Carlos Farias, vez que não se utilizou de nenhuma arma de fogo, aduzindo que em se tratando de arma descarregada ou inapta para o uso não caracteriza a qualificadora prevista no § 2º, inciso I, do art. 157, do CP e quando muito praticou furto qualificado.

Sem razão o recorrente. O emprego de arma é circunstância que agrava o roubo e, portanto, comunica-se ao co-autor. Logo, existindo prova de que os assaltantes estavam armados, não exime a responsabilidade criminal de um o fato de apenas estar portando a arma.

Seguindo a orientação jurisprudencial, basta que um dos partícipes, com a ciência dos demais, use de arma de fogo para que a todos seja aplicada a majorante. É a hipótese destes autos.

A respeito, já se decidiu que: “No caso de roubo praticado em concurso de agentes, o fato de apenas um dos elementos encontrar-se armado não implica a descaracterização do delito em relação aos comparsas, nem

sendo o caso de falar-se em participação de menor importância” (RJD 22/387).

Quanto à causa de aumento de pena pelo emprego de arma, explica Julio Fabbrini Mirabete que esta “reside no maior perigo que o emprego de arma envolve, motivo pelo qual é indispensável que o instrumento usado pelo agente (arma própria ou imprópria) tenha idoneidade para ofender a incolumidade física” (Manual de Direito Penal, vol. II, 7ª ed., pág. 215).

Ora, pouco importa se a arma exibida pelos assaltantes estivesse quebrada, descarregada ou fosse de brinquedo, basta que sirva para intimidar e reduzir a vítima à impossibilidade de resistência por acreditar que se trata de arma verdadeira para configurar a qualificadora do art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, consoante o entendimento jurisprudencial “exigese, pelo dispositivo, o efetivo emprego da arma, ao menos para intimidar, não caracterizando a qualificadora o simples porte. Basta, porém, que seja ela portada ostensivamente, como uma ameaça implícita, para se configurar a majorante” (RT 496/309).

Não há, pois, que se falar em furto qualificado, por restar evidente o emprego de arma com o propósito de intimidar a vítima, o que qualifica o delito de roubo.

O art. 157 do Código Penal define o crime: “Subtrair coisa móvel

alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência à pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência”. O crime é qualificado se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma.

Heleno Cláudio Fragoso assim distingue os delitos: “Como se pode ver pela definição legal do crime, o roubo nada mais é do que o furto praticado com violência, física ou moral, à pessoa. O furto e o roubo consistem sempre numa subtração, isto é, o agente tira da vítima, num caso, clandestinamente, no outro, violentamente, a coisa” (Lições de Direito Penal, Parte Especial, 11ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995, pág. 205).

Nenhum reparo merece a sentença.

Por esses fundamentos, rejeitam-se as preliminares e, no mérito, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Souza Varella. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho.

Florianópolis, 8 de março de 2000.

Amaral e Silva,
Presidente com voto;
Francisco Borges,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.002264-1, DE JOAÇABA**Relator: Des. Souza Varella**

Apelação criminal — Extorsão — Condenação — Recurso pleiteando a absolvição — Prova amealhada aos autos contrária ao pleito — Reconhecimento da tentativa — Impossibilidade ante a Súmula 96 do STJ — Alegação de falta de condições para pagamento da multa — Matéria da competência do Juízo da Execução — Sentença confirmada — Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.002264-1, da comarca de Joaçaba (2ª Vara), em que é apelante Jair Gonçalves, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

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

Custas de lei.

Na comarca de Joaçaba (2ª Vara), Jair Gonçalves foi denunciado por ter praticado o crime definido no artigo 158, caput, do Código Penal, porque, no início do mês de dezembro de 1992, exaltando a sua condição de policial militar, por meio de telefonemas efetuados à vítima Denise Groth, proprietária de uma empresa que comercializava veículos usados, situada na cidade, ameaçou denunciar o pai desta última, o qual houvera acabado de falecer, por este ter-se utilizado de peças furtadas, para reformar um veículo de sua propriedade. Para não levar o fato ao conhecimento da autoridade policial, exigiu da vítima a quantia de Cr\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de cruzeiros). Após inúmeros telefonemas ameaçadores, feitos pelo agente, a vítima, completamente atemorizada, cedeu às exigências, e fi-

nalmente, no dia 8 de dezembro de 1992, deixou a quantia acima referida no local indicado pelo acusado, no município de Catanduvas, o qual a apanhou instantes após.

Com o trâmite normal do feito, sobreveio a sentença que o condenou a 4 (quatro) anos de reclusão, em regime aberto, e 10 (dez) dias-multa, pela prática descrita na denúncia (artigo 158, caput, do CP).

Inconformado com a prestação jurisdicional entregue, ofertou o recurso de apelação, pretendendo ver-se absolvido, por reconhecida a inexistência de prova bastante nos autos a justificar a prolação de um juízo condenatório, ou, alternativamente, a desclassificação do delito para a sua forma tentada, já que não obteve a indevida vantagem, não sem antes afirmar que não possui condições financeiras para resgatar a pena pecuniária imposta.

Rebatido o recurso, os autos subiram e, nesta Instância, por intermédio do Dr. Luiz Fernando Sirydakís, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo desprovimento.

Em que pesem os argumentos trazidos pelo apelante, sua irresignação não merece acolhida, posto que não são amparadas pelo elenco pro-

batório colhido no decorrer da instrução.

E isto porque, com relação ao delito, por ser daqueles que não deixam vestígios, tornou-se prejudicada a prova da materialidade. Trata-se de ameaça moral, razão pela qual o exame material confunde-se com o da autoria do fato, a ser apurado pela análise da prova testemunhal. É de se acrescentar, porém, que além dos testigos ouvidos, a demonstrar a existência do delito, existe o extrato bancário de fls. 58 que atesta o desconto, no dia 8 de dezembro de 1992, de um cheque de propriedade da vítima, no valor de Cr\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de cruzeiros).

A materialidade e autoria do fato ilícito são estremes de dúvidas, em que pese o apelante negar peremptoriamente a acusação contra si desencadeada.

Constam dos autos declarações e depoimentos de Denise Maria Groth e sua mãe Ires Groth, claros e sem contradições, no sentido de narrar toda a trama criminoso. A vítima Denise disse que no início de dezembro de 1992, logo após a morte de seu pai, recebeu um telefonema em sua residência, segundo o qual deveria entregar, em local a ser indicado oportunamente, certa quantia em dinheiro, sob pena de ser denunciado que seu pai, em vida, utilizou-se de peças que sabia serem furtadas, para conserto de um automóvel de sua propriedade. Esse telefonema foi seguido de vários outros no mesmo sentido, até culminar com o dia 8 de dezembro de 1992, quando o dinheiro foi entregue nos moldes propostos.

Em Juízo (fls. 223), a vítima Denise disse que quando se dirigia ao local indicado, pela voz anônima no telefone, a fim de deixar o dinheiro, viu nas proximidades um veículo Chevrolet, no interior do qual estava o apelante fardado. Também em reconhecimento, de um total de 17 fotografias, a vítima apontou para o apelante como sendo o homem que avistou naquele dia, próximo ao local de entrega do dinheiro (fls. 31). Colocada, ainda, frente a frente com o réu, também o reconheceu (fls. 31).

A prova testemunhal é farta e convincente.

Além das declarações coerentes da vítima e de sua mãe, estão os depoimentos de fls. 224 e 225, estes também confirmados pelas versões dos policiais Adelar José Wulff (fls. 14) e Cides Bilibio (fls. 35), na fase policial, quando confirmaram ter ouvido do presidiário Castro Antunes, ao atenderem a ocorrência do capotamento do Chevrolet, que ali se encontrava acompanhando o apelante, que iria receber vinte milhões de cruzeiros de pessoas que lhe pagariam para não contar à polícia que possuíam uma camionete furtada.

Destarte, nada existe que o possa eximir da responsabilidade penal pela ação delitiva.

No tocante ao pedido alternativo de desclassificação para a forma tentada, frisa-se que o crime de extorsão se consumou.

Além de não ter sido apreendida a importância de Cr\$ 20.000.000,00, entregue ao apelante Jair Gonçalves, ocorreu a efetiva intimação da vítima, aliada a intenção de obter vantagem ilícita.

A egrégia 6ª Turma do colendo Superior Tribunal de Justiça, em acórdão da lavra do eminente Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, sobre a espécie assim se manifestou:

“Extorsão — Tentativa — A moderna doutrina de Direito Penal considera o resultado normativamente. O aspecto físico é secundário. Entende-se-lhe como dano ou perigo ao bem juridicamente tutelado. O perigo, por seu turno, probabilidade (não mera possibilidade) de dano. Com isso, renegam-se os crimes de perigo abstrato. Cumpre rever a clássica distinção entre crime formal e crime material, bastando para o primeiro, a simples conduta. No delito de extorsão (CP, art. 158), a conduta é especificada com o elemento subjetivo do tipo — ‘com o intuito de’. Basta, pois, a ação voltada contra o patrimônio. Os elementos constitutivos do crime não incluem o dano patrimonial. Se este ocorrer, configura exaurimento. Assim, incorre tentativa quando o constrangimento, com o intuito referido, não produz a indevida vantagem econômica. Resta caracterizado o crime consumado. Cumpre registrar a seguinte distinção: se o agente constrange a vítima (para aquele fim) e esta, atemorizada, como última instância, para livrar-se do constrangimento solicita a ajuda de terceiro, inclusive da polícia, conseguindo a prisão do delinquente, a hipótese é de crime consumado. Diversamente, se a vítima repele o constrangimento (não resta, pois, constrangida), e o agente, por circunstâncias alheias à sua vontade, não ultrapassa essa resistência, ter-se-á a tentativa. Não se confunde com o crime impossível. Aqui, a conduta do agente era absolutamente ini-

dônea para constranger” (Recurso Especial n. 29.587-0, do Rio de Janeiro, j. em 8/2/93).

Além do que o Superior Tribunal de Justiça já publicou (DJU de 10/3/94) a Súmula 96 do seguinte teor: “O crime de extorsão consuma-se independentemente da obtenção da vantagem indevida”.

E uma das decisões que levou à edição da supracitada Súmula foi o Recurso Especial n. 32.057-8, de São Paulo, relator o Min. Costa Leite, assim ementado:

“Penal. Extorsão. Momento consumativo.

“Dessome do tipo penal inscrito no artigo 158 do Estatuto Punitivo que a extorsão se perfaz com o fato de o agente constranger alguém mediante violência ou grave ameaça, ‘com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica’, pouco importando não tenha conseguido o proveito que buscava, pois foi preso logo depois que se apossou do dinheiro. A coação surtiu os efeitos desejados pelo agente com a entrega do dinheiro em local e hora indicados pelo extorsionário” (RSTJ 61/277).

Também do mesmo Tribunal Superior e da revista supracitada lê-se:

“Penal. Crime de extorsão. Consumação.

“Crime formal que independe da obtenção de vantagem indevida para sua consumação.

“Precedentes jurisprudenciais” (pág. 280).

Por derradeiro, a alegativa de não ter condições de efetivar o pagamento da pena pecuniária é matéria

que foge do âmbito do presente recurso.

Assim, merece integral confirmação a bem-lançada sentença recorrida.

Diante de tais razões, a Câmara, unanimemente, nega provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Ge-

nésio Nolli. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Luiz Fernando Sirydakís.

Florianópolis, 21 de março de 2000.

Amaral e Silva,
Presidente com voto;
Souza Varella,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.000466-9, DE LAGES

Relator: Des. Souza Varella

Apelação criminal — Atentado violento ao pudor — Recursos, defensivo objetivando a absolvição, e ministerial a fixação do regime prisional em integralmente fechado. Improvimento do primeiro, a fim de manter a condenação e provimento do segundo, para alterar o regime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.000466-9, da comarca de Lages (3ª Vara), em que são apelantes/apelados a Justiça, por seu Promotor, e Valdevino Leite de Almeida:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso da defesa e prover o do Ministério Público para alterar o regime.

Custas legais.

Valdevino Leite de Almeida restou condenado à pena de 6 (seis) anos de reclusão, como incurso nas sanções dos artigos 214, c/c 224, alínea a, e 226, III, todos do Código Penal, sendo estabelecido, de início, o

regime fechado para o resgate da pena.

Inconformados, o representante do Parquet de Primeiro Grau e a defesa apelaram. O primeiro objetiva que a pena seja cumprida inteiramente em regime fechado e a defesa, em preliminar, alega nulidade das provas colhidas no auto de prisão em flagrante e, no mérito, busca a absolvição.

Contra-arrazoados, os autos subiram e, nesta Instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer, opina pelo provimento do recurso do Ministério Público e desprovimento do apelo da defesa.

De fato, razão assiste ao ilustre parecerista.

Inicialmente, no que tange à nulidade do auto de prisão em flagran-

te decretada pelo MM. Juiz de Direito, tal fato não acarreta anulação de nenhuma das provas produzidas até então, mas tão-somente na ilegalidade da prisão, que foi regularmente sanada pela decretação da prisão preventiva.

Igualmente sem razão a defesa, quando alega que não há provas suficientes para ensejar um decreto condenatório, pois, in casu, a materialidade e a autoria do ilícito mostraram-se devidamente comprovadas.

A materialidade está evidenciada pelo Laudo Pericial de fls. 13, que atestou a "presença de escoriação perianal, mais pronunciada as 12 horas, com presença de fissura anal as 6 horas de (1,0 cm)", o que descreve perfeitamente a prática de sexo anal.

A autoria está igualmente demonstrada pela confissão extrajudicial, mesmo que retratada em Juízo, pois tal retratação restou isolada no contexto probatório, ao contrário da confissão na fase policial que tem respaldo nas declarações da pequena vítima, bem como nos depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão.

Realmente, a vítima, apesar de tratar-se de uma criança, ao ser ouvida pela autoridade policial (fls. 11) contou toda a ação delituosa do acusado, depoimento confirmado por sua mãe que presenciou o estado em que se encontrava seu filho, reclamando de dor e chorando, quando retornou do local dos fatos.

O policial civil Alcebíades Leal ao ser inquirido tanto na fase policial (fls. 6), como em Juízo, às fls. 44v., afirmou que o acusado confessou o delito na sua presença, declaração

essa corroborada pelo policial militar Flávio Augusto Córrea às fls. 6 e 45.

Ademais, o acusado ao ser submetido a exame de sanidade mental (fls. 9/12) confessou, na presença dos peritos, que tinha cometido o ato violento contra o menor.

Portanto diante de tal elenco probatório, que se encontra em total consonância com o depoimento da vítima, tem-se que o crime de atentado violento ao pudor restou plenamente caracterizado e a condenação é a medida que se impõe.

Acerca do assunto, oportuno citar o entendimento jurisprudencial:

"Em tema de delitos sexuais, que por sua natureza e condições de praticabilidade, sempre a descoberto de testemunhas, a palavra da vítima há de ser recebida com forte credibilidade, máxime quando encontra consonância nos demais elementos dos autos. Condenação mantida" (Ap. Crim. n. 98.008562-4, de Otacílio Costa, rel. Des. Solon d'Eça Neves, j. em 25/8/98).

Já no tocante ao recurso ministerial, é de se acolher o pedido alinhado pelo Promotor de Justiça, pois o Magistrado sentenciante não agiu com acerto ao fixar o regime prisional como sendo "de início" fechado.

O crime em questão, no qual restou condenado o acusado, é classificado como hediondo, de acordo com o disposto no artigo 1E, da Lei n. 8.072/90, sendo que torna inviável a progressão de regime, devendo ser a pena cumprida integralmente em regime fechado, conforme também estipula a referida lei no seu artigo 2E, § 1E.

Nesse sentido, já decidiu este Tribunal:

“É assente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e das Câmaras Criminais Reunidas deste Tribunal de Justiça, o entendimento no sentido da constitucionalidade do § 1E do art. 2E da Lei dos Crimes Hediondos (n. 8.072/90) que impõe resgate integral da reprimenda em regime fechado, pois o princípio da individualização da pena não é ofendido com a impossibilidade de ser progressivo o regime de seu cumprimento” (Recurso de Agravo n. 96.007733-2, de São Bento do Sul, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. em 17/9/96).

Assim, ante o exposto, a Câmara, unanimemente, nega provimento ao recurso da defesa e dá provimento ao do Ministério Público para alterar o regime.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Genésio Nolli. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Rui Carlos Kolb Schiefler.

Florianópolis, 8 de março de 2000.

Amaral e Silva,
Presidente com voto;
Souza Varella,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.013008-8, DE JOINVILLE

Relator: Des. Solon d'Eça Neves

Apelação criminal — Delitos contra a honra — Lei de Imprensa — Calúnia e difamação — Animus narrandi evidenciado — Veridicidade do fato noticiado — Inexistência de prática criminosa — Decisão monocrática que rejeita a queixa-crime ofertada, nos moldes do art. 43, I, do CPP — Desprovidimento do recurso.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.013008-8, da comarca de Joinville (1ª Vara), em que são apelantes Luis Batschauer e Anselmo Batschauer, sendo apelado Aymoré do Rosário:

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

Custas de lei.

Na comarca de Joinville, Luis Batschauer e Anselmo Batschauer

aforaram queixa-crime em desfavor de Aymoré do Rosário por infração aos arts. 20 e 21 da Lei n. 5.250/67, porque na comarca de Joinville, no dia 15 de julho de 1998, no programa radiofônico “Gibisão”, veiculado pela Rádio Cultura de Joinville, o querelado teria afirmado em relação aos querelantes que: “foram condenados por sonegação no recolhimento do imposto de renda”; no dia 21 de julho de 1998, aproximadamente às 12h20min, no programa radiofônico “Ronda Policial”, veiculado pela Rádio Colon Ltda. —

FM, o querelado teria noticiado em relação aos querelantes que: “os irmãos Batschauer já estão na cadeia pública”; e, no dia 23 de julho de 1998, aproximadamente às 12h30min, novamente no programa radiofônico “Ronda Policial”, o querelado teria divulgado que: “Na última segunda-feira à noite, conforme o Gibi já anunciou, os empresários Luis e Anselmo Batschauer, controladores da Corporação HB, setor de plástico de Joinville, também se apresentaram lá no presídio para cumprir pena...” (fls. 3/4).

Devidamente registrado e autuado, o feito foi concluso ao douto Togado Singular, que acabou por rejeitar a queixa-crime, com fundamento no art. 43, I, do CPP, ao argumento de que a notícia veiculada seria conhecida e objeto de ampla divulgação na Comarca, além de ser verdadeira, não ultrapassando o exercício da liberdade de imprensa.

Inconformados, os querelantes apelaram em longo arrazoado (fls. 25/40), postulando o recebimento da queixa-crime, argüindo estar atendidas as formalidades legais para o seu recebimento “...ante a demonstração da tipicidade das ações delituosas, sua antijuridicidade, além da culpabilidade dos ora apelados...” (fls. 29); “Os fatos ofensivos, caluniosos e difamatórios imputados aos querelantes pelo querelado, anteriormente descritos, tiveram ampla divulgação, ao serem veiculados através da empresa (...) Rádio Cultura de Joinville Ltda., desta cidade, nos programas intitulados ‘Gibisão’ e ‘Ronda Policial’...” (fls. 31); “Conforme alegado e comprovado anteriormente, não corresponde a verdade às ‘informações’ passadas por aqueles jornalistas de que os quere-

lantes, ora apelantes, foram condenados por crime de ‘sonegação fiscal’, bem como que ‘já estão na cadeia pública’, se apresentando ‘lá no presídio para cumprir pena’...” (fls. 35), ratificando, no mais, os termos da inicial.

O querelado, em contra-razões, alegou que agiu sem animus calumniandi, injuriandi ou diffamandi, apenas citando fato público e notório na comunidade joinvilense, além de comentar o desdobramento processual do caso e ler reportagens a respeito, veiculadas nos jornais locais. Juntou, às fls. 53/74, certidões de distribuição de processos na Justiça Federal, contra os querelantes, dentre os quais ações penais; e, às fls. 75 e ss., cópia de reportagem do jornal “A Notícia”, de 15/7/98, dando conta da condenação dos querelantes.

O representante do Ministério Público a quo manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

Nesta Instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Cuida-se de queixa-crime aforada com a finalidade de se apurar o cometimento, por parte do querelado, dos crimes de calúnia e difamação tipificados nos arts. 20 e 21 da Lei n. 5.250/67, que trata da liberdade de manifestação do pensamento e de informação.

Pelo que se colhe nos autos, razão não assiste aos apelantes. É que a matéria jornalística dita ofensiva, como bem salientado na decisão atacada, não transcende a narrativa. Daí não se poder falar em crime contra honra, porquanto o animus narran-

di, bem caracterizado nos autos, exclui o dolo, que nestes casos deve ser específico, ou seja, exige-se a intenção de lesar a honra alheia.

Darcy Arruda Miranda observa: "O animus narrandi exclui o dolo. A imprensa, como veículo de informações, veria cerceada a sua liberdade se não pudesse narrar os fatos ocorrentes em toda a sua crueza, em toda a sua pungente ou insultante realidade".

"O verdadeiro caluniador é aquele que, intencionalmente, procura denegrir a reputação de alguém, por maldade, vingança, má-fé e, até, por leviandade, imputando-lhe falsamente fato definido na lei como crime" (in Comentários à Lei de Imprensa, tomo I, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, págs. 259/260).

Irrelevante, outrossim, tenha o querelado utilizado o termo "sonegação" para identificar o ilícito pelo qual foram acusados os ofendidos, porquanto a Lei Penal recrimina, em se tratando de calúnia, a conduta de atribuir a alguém autoria de determinado "fato" definido como crime e não o simples aponte de qualquer nomen juris. E, por sua vez, os próprios querelantes admitiram na apelação às fls. 35 terem sido condenados em razão do não recolhimento de impostos.

Nesse sentido, também a lição de Darcy Arruda Miranda: "Dizer-se que alguém cometeu um estelionato, um roubo, uma apropriação indébita, uma falsificação material ou ideológica etc., sem especificar as circunstâncias de tempo, lugar e condições em que o crime foi cometido, poderá constituir um delito de injúria ou difamação, não o de calúnia" (ob. cit.,

pág. 246).

De outra banda, os trechos destacados pelos querelantes que, em princípio, poderiam indicar residualmente a ocorrência de difamação, já que descartada de pronto a hipótese de calúnia, são, na verdade, parte de um todo que, lido em sua inteireza (fls. 13, 14 e 15), deixa claro o objetivo do querelado de informar, relatar, narrar um fato, sem qualquer paixão ou juízo de valor depreciativo a indicar a incidência do animus diffamandi.

Conforme lição de Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha: "No tocante à injúria, o animus infamandi ou injuriandi consiste na vontade livre e consciente de praticar um fato, por qualquer dos meios admissíveis, que se sabe desabonador e com a intenção de denegrir, de ofender a pessoa visada" (in Crimes Contra A Honra, São Paulo, Saraiva, 1995, pág. 84).

E, da jurisprudência colacionada pelo autor, colhe-se: "O animus narrandi, como outros animi, exclui o elemento subjetivo específico de crime contra a honra, isto é, propósito mau, a vontade perversa de difamar ou injuriar" (RT 428:350)" (ob. cit., pág. 185).

Finalmente: "Calúnia e difamação — Lei de Imprensa — Imputação fundada em entrevista concedida a jornal — Ausência do elemento subjetivo do injusto — Queixa-crime rejeitada — 'Os crimes contra a honra não se configuram sem o propósito de ofender. Se a intenção de caluniar ou difamar está ausente, é lógico que os tipos penais mencionados na queixa não se corporificaram. Daí por que não há como recepcioná-la' (TJSP —

QC — rel. Silva Pinto — JTJ 176/336)” (Silva Franco, Alberto et alii. Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial, vol. 2, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, pág. 1.554).

Impende o registro ainda que a veridicidade do fato noticiado afasta o delito de calúnia, conforme consignou com a propriedade costumeira o eminente Des. Nilton Macedo Machado, ao deslindar feito desencadeado na mesma comarca pelo demandante Luis Batschauer, também voltado contra o ora acusado, decisório este cuja ementa restou assim vazada:

“Crime de imprensa — Calúnia — Radiodifusão — Notificação efetuada — Forma simples — Fato verdadeiro — Ausência de tipicidade — Queixa-crime rejeitada — Sentença mantida.

“A notificação de que trata o art. 57 da Lei n. 5.250/67, em se tra-

tando de crime praticado através de radiodifusão, não tem forma solene, comprovando-se por simples comunicação extrajudicial à emissora.

“A divulgação de notícia verdadeira sobre fato criminoso não caracteriza crime de calúnia” (Ap. Crim. n. 99.009959-8).

Destarte, por esses fundamentos, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Souza Varella. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Valdir Vieira.

Florianópolis, 28 de novembro de 2000.

Genésio Nollí,
Presidente com voto;
Solon d’Eça Neves,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.020852-3, DE ABELARDO LUZ**Relator: Des. Solon d'Eça Neves**

Apelação criminal — Estupro praticado por indígena — Competência para julgamento da Justiça Estadual — Indígena totalmente integrado no meio social — Homens perfeitamente aculturados, inclusive com título de eleitor — Materialidade e autoria comprovadas — Recurso desprovido.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, ao índio foi reconhecida a capacidade para ser sujeito de uma relação judicial, seja parte ativa, seja parte passiva (art. 232, CF/88), rompendo em definitivo com o regime de tutela anterior previsto na Lei n. 6.001/73.

O índio tão-somente por integrar uma cultura diferente não pode ser qualificado como inimputável, por isso reconhecer o índio como homem capaz, mas apenas pertencente a uma diferente cultura é uma imposição do texto constitucional.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.020852-3, da comarca de Abelardo Luz, em que são apelantes Jair Rodrigues e Leonir Rodrigues, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

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

Custas legais.

O representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Jair Rodrigues e Leonir Rodrigues, cada um como autor e partícipe, por infração ao disposto no art. 213 c/c o art. 226, inciso I, ambos do Código Penal, por duas vezes, c/c art. 71 e art. 157, § 2º, incisos I e II, do Estatuto supracitado, em concurso material com relação aos estupros (art. 69 do CP), pelos fatos assim descritos na exordial:

"Na data de 12 de julho de 1999, por volta das 23 horas, no Posto Indígena PI—Xaçecó, situado no município de Ipuacu/SC, nesta Comarca, os denunciados dirigiram-se até a residência de O. P., com intenção de vingarem-se do mesmo, pois este havia mantido um relacionamento sexual com uma irmã dos denunciados, sendo que adveio de tal fato um filho.

"Ao adentrarem na residência de O. P. não encontraram o mesmo em casa, mas sua concubina que dormia no quarto com sua filha de apenas um ano e cinco meses.

"Diante de tal fato os denunciados, sendo que Jair Rodrigues de posse de um facão e Leonir Rodrigues de posse de uma faca de cozinha, ordenaram que S. A. tirasse suas roupas, como não foram atendidos os denunciados entraram em luta corporal com a mesma, desferindo-lhe inclusive

golpes com as armas brancas que traziam consigo.

“Quando os denunciados subjugaram a vítima diante de violência, amarraram-na pelas mãos e pés e a despiram, sendo que o denunciado Jair Rodrigues mediante novas ameaças de morte constrangeu S. A., que veio a desmaiar, a manter consigo conjunção carnal contando sempre com o auxílio eficaz do co-denunciado Leonir Rodrigues que auxiliava-o a manter a vítima no local.

“Após Jair Rodrigues ter mantido relações sexuais com a vítima o denunciado Leonir Rodrigues utilizando-se da mesma forma de agir constrangeu a vítima S. A. a manter consigo conjunção carnal, mediante mais ameaças de morte e agressões físicas, tudo com o apoio do primeiro que igualmente ameaçava a vítima para que a mesma fosse constrangida a manter relações sexuais com Leonir.

“Tais fatos foram presenciados pela filha da vítima de apenas um ano e cinco meses, sendo que quando a mesma, diante da violência empregada contra a sua mãe vítima, começou a chorar e gritar, os denunciados amarraram a sua boca com uma fralda para impedir que alguém os ouvisse.

“A vítima S. A. restou lesionada em relação às agressões sofridas pelos denunciados, apresentando corte de 3cm na coxa esquerda; corte de 4cm na coxa lateral direita; corte em mão esquerda superficial com lesão em região tenar; lesão em sela de nariz e sinais de arranhões, consoante se infere do auto de exame de corpo de delito.

“Após os denunciados perpetrarem, cada qual com o auxílio eficaz do outro, relações sexuais com a vítima mediante violência e graves ameaças contra sua vida, vindo esta, inclusive, a perder a consciência, conforme acima narrado, subtraíram da residência, em comunhão de esforços e desígnios, um aparelho de som 3 em 1, marca CCE, e uma caixa de som, sendo que retiraram-se do local ambos os denunciados carregando tais bens uma vez que diante da violência empregada contra a vítima esta não dispunha de meios para resistir contra a subtração”.

Finda a instrução criminal, sobreveio a sentença que julgou parcialmente procedente a denúncia, condenando ambos os acusados à pena de 11 (onze) anos, 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, e ao pagamento de 12 (doze) dias-multa, por infração ao art. 213, caput, combinado com o art. 226, I, por duas vezes, e art. 155, § 4º, IV, do Código Penal, em concurso material.

Irresignados com a reprimenda imposta, apelaram os acusados colimando, preliminarmente, a anulação do processo por incompetência da Justiça Comum quanto aos interesses indígenas, em face da Carta Magna. Pleiteiam, ainda, as disposições benéficas contidas na Lei Federal n. 6.001/73 (Estatuto do Índio) em favor dos réus.

No mérito, aduzem que o exame de insanidade mental não deve ser conhecido como prova, haja vista não avaliar a real capacidade de discernimento dos acusados, requerendo conseqüentemente a negativa da autoria.

Contra-arrazoado o recurso, os autos ascenderam a esta Superior Instância, tendo a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Valdir Vieira, opinado pelo desprovimento do apelo interposto.

É o relatório.

Não merece acolhida a súplica da defesa, posto que o processo não possui nulidades processuais, e a materialidade e autoria do crime restam devidamente comprovadas.

Quanto à preliminar de incompetência absoluta da Justiça Estadual para processar e julgar processos decorrentes da prática de crimes contra índios, ou por eles praticados, consubstanciado no art. 109, inciso XI, da Constituição Federal, deve ser afastada, pois é matéria serena em nossa Corte de Justiça e, ainda, sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça.

E, em conforto ao decidido, por pertinência, translada-se trecho do acórdão proferido nesta Casa:

“1. Da alegação de incompetência da Justiça Estadual para processar e julgar o feito.

“As razões apresentadas pelo Dr. Procurador do réu, referem-se à incompetência absoluta da Justiça Estadual para processar e julgar processos decorrentes da prática de crimes contra índios, ou por eles praticados, resultante do estabelecido no art. 109, inciso XI, da Constituição Federal, de seguinte teor:

‘Aos juízes federais compete processar e julgar:

‘...XI — a disputa sobre os direitos indígenas’.

“Não lhe assiste razão, porque a Carta Política de 1988 fixou a com-

petência da Justiça Federal para processar e julgar as causas relativas às disputas sobre direitos indígenas, que são aqueles decorrentes de causas onde existe o interesse da União na proteção dos silvícolas, significando que os delitos por eles individualmente praticados e que não envolvam bens, serviços ou interesses da União, não estão afetos à jurisdição federal, sendo competente a Justiça Estadual para julgar crime individual praticado por silvícola ou entre silvícolas.

“É que, tratando-se de pretensão punitiva, o direito é do Estado, considerado como a sociedade politicamente organizada; em decorrência, ao exercitar o poder-dever de punir quem delinqüiu, mesmo índio, não estará em jogo disputa sobre direitos indígenas; a disputa de interesses, não há como negar, existe no processo penal, mas decorrente do direito individual do acusado para exercer, com amplitude, a defesa em confronto com a pretensão punitiva estatal.

“O dispositivo invocado (art. 109, inc. XI, da Constituição Federal) tem sua complementação no estabelecido a partir do art. 231, que diz respeito a bens de natureza civil, culminando com a afirmação de que:

‘Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo’.

“São justamente tais interesses delimitados a partir do artigo 231, o objeto da determinação contida no art. 109, inc. XI.

“Do egrégio Superior Tribunal de Justiça, a respeito, tem-se a seguinte decisão:

‘Penal. Homicídio. Crime praticado por silvícola. Competência. A proteção que a Constituição Federal confere à defesa dos interesses do indígena não alcança o privilégio do foro federal para o processo e julgamento de crime de homicídio por ele praticado. Recurso desprovido’ (CC n. 8.733-3/MA, rel. Min. Pedro Acioli, Terceira Seção, Unânime, DJ de 22/8/94).

“Do corpo do acórdão constata-se:

‘O art. 109, XI, da Carta Magna, ao atribuir à Justiça Federal o processo e julgamento sobre a disputa de direitos indígenas, mesmo porque os casos de competência para dirimir aquelas estão exaustivamente definidos na Constituição, como se pode ver dos incisos IV, V, VII, VIII, IX e X do citado artigo, não havendo qualquer menção a silvícola’.

“E ainda:

‘Processual penal – Competência – Crime – Índio.

‘Lesões corporais causadas por um silvícola em outro, sem conotação especial, em ordem a configurar ofensa a interesse da União. Competência da Justiça Estadual para o processo e julgamento do crime’ (CC n.575-MS, Reg. n. 890009584-6, rel. Min. Costa Leite, Terceira Seção, Unânime, DJ 16/10/89).

“A partir desses enunciados a jurisprudência foi consolidada no verbete n. 140, da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, in verbis:

‘Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima’.

“Em suma, no caso concreto, um índio foi acusado de ter praticado crime de estupro contra pessoa que não é índia. O Juízo Federal, em princípio, só é competente para dirimir ‘disputa sobre direitos indígenas’ (Constituição, art. 109, XI), o que não é o caso dos autos; logo, a competência é da Justiça Comum do Estado e não da Justiça Comum da União (federal).

“Afasta-se, portanto, a preliminar de incompetência da Justiça Estadual” (Apelação Criminal n. 99.005920-0, da comarca de Abelardo Luz, rel. Des. Nilton Macedo Machado, Segunda Câmara Criminal, j. 22/6/99).

No tocante à inobservância do Estatuto do Índio (Lei n. 6.001/73), razão não cabe aos apelantes, haja vista serem índios perfeitamente integrados com a sociedade, em exercício pleno dos direitos de cidadão (fls. 83), não podendo esquivarem-se da reprimenda penal somente por serem de origem indígena.

Corroborando para a caracterização do estado de civilidade e de vivência em sociedade dos apelantes, vem o exame de insanidade mental (fls. 38/41 dos autos em apenso), que demonstra em seu conteúdo que ambos tinham à época dos fatos o discernimento do caráter ilícito dos delitos por eles praticados.

No que cabe ao estatuído no art. 56 da norma supracitada, verbis:

“No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o juiz

atenderá também ao grau de integração do silvícola.

“Parágrafo único. As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximo da habitação do condenado”.

Equivocam-se os apelantes quando afirmam a não aplicação da atenuante prevista no caput deste artigo, pois, compulsando-se os autos, constata-se que, às fls. 136 e 137, o nobre Magistrado, na dosimetria da pena, apreciou a condição de silvícola para reduzir a pena aplicada.

Quanto à pena privativa de liberdade, a norma mesmo traz em sua redação, “se possível” deve ser cumprida em regime de semi-liberdade, excluindo-se, aqui, os casos previstos no Código Penal, e que, no caso em tela, por se tratar de pena superior a 8 anos, deve iniciar em regime fechado.

Em consonância com o aludido, as bem-lançadas palavras do ilustre Promotor de Justiça em suas contra-razões do recurso, às fls. 174:

“A interpretação do dispositivo esculpido no Estatuto do Índio tem de ser analisada em conjunto com o sistema jurídico (lógico-sistêmica) e não isoladamente (literal)”.

E colhe-se dos Tribunais Superiores:

“Habeas corpus originário. Índio. Estupro. Nulidade processual. Revelia. Dosagem da pena. Regime. Lei n. 6.001/73.

“A inquirição de testemunhas sem a presença do réu, declarado revel no curso da instrução, por não

comparecer à audiência para a qual foi intimado, embora tendo justificado sua ausência, constitui nulidade apenas relativa, para cuja decretação se exige reclamação oportuna (CPP, art. 572, III, c/c o art. 571, I) e comprovação de prejuízo, o que não ocorreu na espécie, tanto mais que os testemunhos colhidos sem a presença do réu em nada influíram na decisão da causa (CPP, art. 566).

“O art. 56 da Lei n. 6.001/73, se destina apenas aos índios em fase de aculturação e não àqueles já completamente integrados à civilização dos brancos. Mesmo assim, a atenuação da pena não pode levá-la para alguém do mínimo cominado (STF, RECR-100319/PR, rel. Min. Aldir Passarinho e Súmula 231 — STJ), somente ensejando o cumprimento em regime de semiliberdade, se possível, não podendo aplicar-se, pois, aos crimes hediondos.

“Ordem denegada” (STJ, Habeas Corpus n. 11.862/Pará, 5ª T., rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 22/8/2000).

Em artigo na Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (AJURIS), o Dr. Bruno Heringer Júnior, discorrendo sobre a “Imputabilidade Penal do Índio”, adverte:

“A sociedade moderna, complexa e contingente, apresenta uma diversidade enorme de pautas comportamentais disputando preeminência. Culturas diferentes, contraculturas e subculturas existem em cada sociedade, buscando compelir seus membros à observância de suas normas.

“O Direito, portanto, quanto a este aspecto, nada mais é que o ins-

trumento do poder para a imposição da cultura hegemônica. Contudo, em se tratando de um Estado de Direito, impõe-se a tolerância das vias culturais alternativas, desde que um ato contrário às pautas dominantes não tenha sido praticado. Os grupos dissidentes e sua ordem, em si, não podem ser julgados, mas apenas os injustos eventualmente cometidos por seus integrantes” (Revista da AJURIS, vol. 73, julho de 1998, pág. 154).

Esclarece mais adiante:

“Com efeito, o índio, tão-somente por integrar uma cultura diferente, não pode ser qualificado como não-imputável. Seu desenvolvimento mental é completo; apenas os valores e normas de seu grupo podem, em vários aspectos, não ser conformes aos da cultura hegemônica no País. Assim, diante de um crime praticado por um silvícola, deverá o julgador verificar se lhe era possível o conhecimento da proibição normativa, isentando-o de pena, em caso de erro inevitável, ou reduzindo-a, em caso de erro evitável” (op. cit., pág. 156).

Diante do exposto rejeita-se também esta preliminar.

No mérito, razão também não assiste aos apelantes.

No tocante à materialidade, esta restou devidamente demonstrada no termo de apreensão de fls. 7; auto de exame de corpo de delito de fls. 8; auto de exame de conjunção carnal de fls. 49; termo de reconhecimento e entrega de fls. 50 e auto de avaliação de fls. 52.

No que tange à autoria, não há dúvidas quanto à participação dos acusados no fato delituoso, pois tanto

na fase investigatória quanto na fase judicial, estes declararam-se autores da conduta típica e ilícita descrita na exordial acusatória, merecendo, por isso, a reprimenda judicial nos exatos termos de sua responsabilidade, ante o Código Penal.

Do interrogatório de Jair Rodrigues, às fls. 59, extrai-se:

“...que enquanto Leonir segurava a vítima, o interrogando a obrigou a manter consigo conjunção carnal (...) que acabaram subtraindo do interior da residência um aparelho de som e uma caixa de som...”.

E do interrogatório de Leonir Rodrigues, às fls. 61, colhe-se:

“...que enquanto Jair mantinha relação sexual com a vítima, o interrogando segurava-a; que, ato contínuo, segurando o aludido facão, o interrogando forçou a vítima a manter consigo relação sexual (...) que o interrogando e Jair acabaram subtraindo do interior da residência um aparelho de som e uma caixa de som...”.

Para reforçar tais afirmativas existem ainda as palavras da própria vítima que, fls. 76, foram seguras, coerentes e convincentes, constituindo prova suficiente à condenação, pois em consonância com as confissões dos apelantes.

Acerca da importância das declarações da vítima, Fernando da Costa Tourinho Filho observa:

“Nos crimes contra os costumes, a palavra da ofendida constitui o vértice de todas as provas. Na verdade, se assim não fosse, dificilmente alguém seria condenado como sedutor, corruptor, esturador etc., uma vez que a natureza mesma dessas infra-

ções está a indicar não poderem ser praticadas à vista de outrem" (Processo Penal, Saraiva, São Paulo, 1992, 13ª ed., vol. III, pág. 260).

Razão não há em favor dos apelantes quando postulam a negativa da autoria em face de suas diferenças étnicas e culturais, como já demonstrado preliminarmente, restando sobejamente comprovado o delito ao qual os réus foram sentenciados, posto que, ante o farto conjunto probatório colacionado, ficaram amplamente demonstradas suas culpabilidades.

Em consonância, temos o acórdão supracitado preliminarmente:

"Crime contra a liberdade sexual — Estupro praticado por indígena — Competência para julgamento da justiça estadual — Indeferimento do exame de sanidade mental — Cerceamento de defesa — Indígena totalmente integrado à sociedade — Inocorrência — Palavra da vítima em consonância com as demais provas — Autoria comprovada — Condenação mantida — Recurso não provido.

"Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima" (Súmula 140 do STJ).

"O agente de origem indígena, que já se encontra perfeitamente integrado à sociedade, não necessita de exame de sanidade mental, com base no duplo critério biopsicológico, para comprovar seu grau de culpabilidade penal, mormente quando sua higidez

psíquica e capacidade de entender e discernir as relações e valores do 'mundo civilizado' são facilmente constatados nos autos.

"Nos delitos contra os costumes, quase sempre praticados às escondidas, a palavra da vítima assume papel preponderante, mormente quando coerente com o elenco probatório dos autos" (Apelação Criminal n. 99.005920-0, da comarca de Abelardo Luz, rel. Des. Nilton Macedo Machado, Segunda Câmara Criminal, j. 22/6/99).

Portanto deve ser mantida a bem-lançada decisão prolatada pelo MM. Juiz de Direito, eis que identificados os tipos penais do art. 213, caput, combinado com o art. 226, por duas vezes, e art. 155, § 4º, IV, em concurso material, previstos no Código Penal.

Assim, diante do exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Genésio Nolli. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Valdir Vieira.

Florianópolis, 6 de fevereiro de 2001.

Amaral e Silva.
Presidente com voto;
Solon d'Eça Neves,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.021414-1, DE ITAJAÍ**Relator: Des. Nilton Macedo Machado**

Crime de trânsito — Lei n. 9.503/97 — Embriaguez ao volante (art. 306) — Penas cumuladas — Previsão legal.

As penas previstas no art. 306 da Lei n. 9.503/97 são aplicadas cumulativamente.

Pena — Suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor — Aplicação aquém do mínimo legal — Adequação.

O quantum da pena principal de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor deve obedecer os limites temporais estipulados no art. 293 da Lei n. 9.503/97.

Pena — Sursis — Período de prova reduzido aquém do mínimo — Inadmissibilidade — Adequação.

O prazo de prova da suspensão condicional da execução da pena privativa de liberdade não pode ser inferior ao mínimo legal, que é de 2 (dois) anos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.021414-1, de Itajaí (2ª Vara), em que é apelante a Justiça Pública, por seu Promotor, sendo apelado Cláudio José Costa:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Itajaí, o representante ministerial ofereceu denúncia contra Cláudio José Costa, dando-o como incurso nas sanções do art. 306 da Lei n. 9.503/97, em razão dos seguintes fatos, assim narrados na exordial acusatória:

“Em data de 5 de janeiro de 1999, por volta das 20h30min, o de-

nunciado Cláudio José Costa perdeu o controle da motocicleta que conduzia, JTASuzuki Katana 125, ano/mod. 1997, placa LYP 0502, cor vermelha, de sua propriedade, quando trafegava na Rua Aleixo Maba, próximo à Promenac, lesionando-se (fls. 18) e, ao ser socorrido por policiais militares, dado ao seu visível estado de embriaguez, foi submetido ao laudo de dosagem alcoólica do qual apresentou como resultado 15 dg/l (quinze decigramas por litro de sangue) — fls. 8, expondo, assim, a dano potencial a incolumidade pública de outrem.

“É de constar que o denunciado Cláudio José Costa é reincidente, conforme verifica-se às fls. 23, 27 e 28, não preenchendo portanto os requisitos objetivos para aplicação imediata da pena nos termos do art. 291, parágrafo único, da Lei n. 9.503/97 e

art. 76, § 2º, da Lei n. 9.099/95 e, nem tampouco, a suspensão condicional do processo, conforme art. 89 da Lei n. 9.099/95 e art. 77 do Código Penal” (fls. 2/3).

Processado regularmente, Cláudio José Costa foi condenado às penas de 7 (sete) meses de detenção em regime aberto e 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, tudo por infração ao disposto no art. 306, caput, da Lei n. 9.503/97, sendo-lhe concedido o benefício da suspensão condicional da pena pelo prazo de 1 (um) ano.

Inconformado, o representante do Ministério Público apelou, objetivando a condenação do réu também à pena cumulada de multa, assim como adequação do prazo da suspensão condicional da pena privativa de liberdade e do quantum da pena de suspensão da habilitação, argumentando que o tipo penal infringido determina aplicação cumulativa da pena pecuniária com a privativa de liberdade e a restritiva de direitos; afirmou, ainda, que a pena de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor foi fixada em montante inferior ao mínimo legal estipulado no art. 293 da Lei n. 9.503/97, e o prazo de prova da suspensão condicional da pena não pode ser inferior a 2 (dois) anos.

Com as contra-razões, os autos ascenderam a esta Instância, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Moacyr de Moraes Lima e Filho, opinou no sentido de ser conhecido e provido o recurso.

É o relatório.

1. O recurso é conhecido, por que próprio e tempestivo, merecendo provimento.

2. No tocante à aplicação cumulada das três modalidades de pena previstas no art. 306 do CTB, verifica-se que o texto legal é expresso na sua previsão, impondo penas próprias e distintas, in verbis:

“Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem:

“Penas — detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor”.

Dessa forma, a pena pecuniária prevista no art. 306 da Lei n. 9.503/97 é sanção principal, não se tratando de imposição de multa substitutiva ancorada no art. 60, § 2º, do CP, mas sim de pena cominada no preceito secundário da norma penal.

Colhe-se dos julgados desta Corte:

“Crime de trânsito — Condução em estado de embriaguez (art. 306 do CTB) — Suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor — Sanção que se irroga cumulativamente com as demais cominadas ao tipo — Impossibilidade da exclusão” (Ap. Crim. n. 98.008172-6, de Criciúma, rel. Des. Jorge Mussi, j. em 25 de agosto de 1998).

Do corpo do referido acórdão, extrai-se o escólio doutrinário de José Geraldo da Silva sobre o dispositivo legal aplicável à espécie:

"A pena prevista é cumulativa, pois, a pena privativa de liberdade, a multa e a suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor, são impostas cumulativamente ao infrator" (in Código de Trânsito Brasileiro Anotado, Campinas, Bookseller, 1998, pág. 252).

Além do já citado autor, são no mesmo sentido os ensinamentos de Damásio E. de Jesus (Crimes de Trânsito: Anotações à Parte Criminal do Código de Trânsito, São Paulo, Saraiva, 1998, pág. 164), Paulo José da Costa Júnior e Maria Elizabeth Queijo (Comentários aos Crimes do Novo Código de Trânsito, São Paulo, Saraiva, 1998, pág. 73), Fernando Capez e Victor Eduardo Rios Gonçalves (Aspectos Criminais do Código de Trânsito Brasileiro, São Paulo, Saraiva, 1998, pág. 7), Arnaldo Rizzardo (Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro, São Paulo, RT, 1998, pág. 768) e Ariosvaldo de Campos Pires e Sheila Jorge Selim de Sales (Crimes de Trânsito na Lei n. 9503/97, Belo Horizonte, Del Rey, 1998, pág. 225).

No caso em tela, verifica-se que a ilustre Magistrada a quo, após considerar favoráveis as circunstâncias judiciais, fixou a pena privativa no mínimo legal previsto para o tipo infringido, olvidando da multa.

Assim, fixa-se a sanção pecuniária igualmente no mínimo legal, vale dizer, 10 (dez) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente na época dos fatos.

3. No que se refere ao prazo fixado para a pena (também principal) de suspensão da habilitação, razão

cabe ao apelante, porque referida sanção foi aplicada a quem do mínimo legal previsto no art. 293 do CTB, que é norma penal especial, valendo lembrar que "aos crimes cometidos na direção de veículos automotores, previstos neste Código, aplicam-se as normas gerais do Código Penal e do Código de Processo Penal, se este Capítulo não dispuser de modo diverso, bem como a Lei n. 9.099 de 26 de setembro de 1995, no que couber" (art. 293 da Lei n. 9.503/97).

Assim, na fixação do quantum da pena de suspensão de habilitação para dirigir veículo automotor (= espécie de pena restritiva de direitos), há que se observar a clara determinação contida na lei especial quanto aos seus limites mínimo e máximo: "a penalidade de suspensão ou de proibição de se obter a permissão ou a habilitação, para dirigir veículo automotor, tem a duração de dois meses a cinco anos" (art. 293 da Lei n. 9.503/97).

Ora, "inadmissível é a fixação da pena a quem do mínimo legal" (STF — RE — rel. Cordeiro Guerra — DJU 21/3/80 — pág. 1.554, apud Alberto Silva Franco, Código Penal e sua interpretação jurisprudencial, 6ª ed., São Paulo, RT, 1997, vol. 1, t. 1, pág. 913), pois "o Código Penal, no tocante às penas, estabelece um limite mínimo e um limite máximo. Esses limites não podem ser ultrapassados pelo Juiz, mesmo ante a existência de atenuantes em favor do réu" (TACrimSP — AC — rel. Hélio de Freitas — apud Alberto Silva Franco, ob. loc. cit.).

Vale considerar, ainda, que ao sentenciado foi concedida a suspensão condicional da execução da pena privativa de liberdade, restando inapli-

cável, portanto, o § 2º do art. 293 do CTB que determina que a pena de suspensão da habilitação não se inicia se o sentenciado estiver recolhido a estabelecimento prisional.

O prazo da suspensão de habilitação para dirigir veículo automotor deve ser fixado em paralelo à pena privativa de liberdade; caso contrário será provocada situação paradoxal e vexatória à Justiça Penal, em que o agente, embora sujeito a determinadas condições impostas pelo sursis, está apto a voltar a transitar em tempo inferior ao que poderia se estivesse recolhido a estabelecimento prisional.

Portanto, mantida a análise das circunstâncias judiciais elaborada pela Magistrada sentenciante que, para a sanção privativa de liberdade, fixou a pena-base além do mínimo legal, fixa-se a pena-base da suspensão da habilitação para dirigir veículos em 7 (sete) meses, tornada definitiva pela ausência atenuantes e agravantes, bem como causas de especial aumento ou redução.

4. Igual sorte merece o pleito de adequação do período de prova, pois este foi fixado em desobediência ao comando do art. 77, caput, do Código Penal.

Com efeito, o referido dispositivo legal prescreve que “a execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos”, fixando expressamente os limites mínimo e máximo para o período de prova, cujo desrespeito implica em reforma do quantum aplicado em Primeira Instância.

O prazo da suspensão condicional da pena não se confunde com o de

1 (um) ano legalmente fixado para a prestação de serviços à comunidade ou submissão à limitação de fim de semana (condição sursitária), nos termos do § 1º do art. 78 do CP, pois enquanto este se refere à condição que deverá ser cumprida durante o primeiro ano, aquele é o período de prova no qual o condenado deverá submeter-se às regras estipuladas para a manutenção do sursis, ficando sujeito a determinadas obrigações e à condição de não praticar nova infração.

Leciona a doutrina:

“Concedido o sursis, o condenado submete-se a um período de prova, por dois a quatro anos (art. 77, caput). Sendo o condenado maior de setenta anos de idade, o prazo varia de quatro a seis anos, desde que a pena não seja superior a quatro anos (CP, art. 77, § 2º). (...) Durante esse lapso de tempo deve cumprir determinadas condições, sob pena de ver revogada a medida e ter de cumprir a sanção privativa de liberdade. Essas condições são: a) legais: impostas pela lei (arts. 78, § 1º, e 81); b) judiciais: impostas pelo juiz na sentença (art. 79). No sursis simples (art. 77, caput), no primeiro ano do prazo o condenado deve: 1º) prestar serviços à comunidade, nos termos do art. 46 (art. 78, § 1º, 1ª parte); ou 2º) submeter-se à limitação de fim de semana, de acordo com o art. 48 (art. 78, § 1º, 2ª parte)” (Damasio E. de Jesus, Direito Penal, 13ª ed., São Paulo, Saraiva, 1988, vol. 1, pág. 538).

Vale destacar que, embora cessada a obrigação estipulada no art. 78, § 1º, do CP, com o transcurso do primeiro ano, o período de prova permanece pelo restante do prazo fixado

na sentença, o que implica na possibilidade de revogação do sursis em virtude de nova condenação irreversível por crime doloso (art. 81, inc. I, do CP) ou se o agente, embora solvente, frustrar a execução da pena de multa ou não reparar o dano (art. 81, inc. II, do CP).

Há, portanto, legítimo interesse do Órgão Ministerial em ver respeitado o limite mínimo legalmente fixado para o prazo de duração do sursis, pois este acréscimo no período de tempo permite uma melhor averiguação do benefício da medida suspensiva em face do comportamento do condenado.

Assim, adapta-se o período de prova pelo prazo de 2 (dois) anos, mantida a condição de, no primeiro ano, prestar serviços à comunidade, simultaneamente com as demais condições legais previstas no § 2º do art. 78 do mesmo Diploma.

5. Pelo exposto, conhece-se do recurso e dá-se-lhe provimento para aplicar pena de multa de 10 (dez) dias-multa, no valor mínimo legal, e adequar a pena de suspensão de habilitação para dirigir veículo automotor para 7 (sete) meses e o período de prova para o prazo de 2 (dois) anos.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jorge Mussi. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Moacyr de Moraes Lima e Filho.

Florianópolis, 8 de fevereiro de 2000.

Alberto Costa,

Presidente;

Nilton Macedo Machado,

Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 98.018041-4, DE DIONÍSIO CERQUEIRA

Relator: Des. Torres Marques

Apelação criminal — Crime de abuso de autoridade — Recurso ministerial.

Falta de representação do ofendido — Alegação de inépcia da denúncia por ausência de condição de procedibilidade — Inexistência — Inteligência do art. 12 da Lei n. 4.898/65 c/c art. 1º da Lei n. 5.249/67.

Oferecimento da denúncia fora do prazo — Réu solto — Possibilidade — A peça acusatória pode ser apresentada enquanto não extinta a punibilidade.

Realização de audiência de instrução e julgamento fora do prazo estipulado na lei — Inexistência de dano à defesa — Princípio do prejuízo — Aplicação do art. 563 do Código de Processo Penal.

Ausência de inquérito ou sindicância para fundamentar o oferecimento da denúncia — Inexigibilidade — Art. 12 da Lei n. 4.898/65.

Falta de entrega de cópia da denúncia ao acusado quando de sua citação — Alegação de cerceamento de defesa — Não ocorrência — Nulidade suprida pelo comparecimento do réu à audiência.

Absorção do delito previsto na alínea c pelo contido na alínea a do art. 4º da Lei n. 4.898/65.

Delito cometido por autoridade policial — Manutenção da prisão de suspeito da prática de homicídio sem ordem judicial ou situação de flagrante e ausência de comunicação da prisão ao juiz — Inadmissibilidade — Vedação constitucional da “prisão para averiguações” — Infringência do disposto na alínea a do art. 4º da Lei n. 4.898/65.

Decisão reformada — Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 98.018041-4, da comarca de Dionísio Cerqueira, em que é apelante a Justiça, por seu Promotor, sendo apelado Antônio Abreu Mendes:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, rejeitar as preliminares argüidas e dar provimento ao recurso.

Custas legais.

I – Relatório

Perante o juízo da comarca de Dionísio Cerqueira, Antonio Abreu Mendes foi denunciado por infração das alíneas a e c do art. 4º da Lei n. 4.898/65.

Segundo consta da denúncia de fls. 2/3, “no dia 9 de fevereiro de 1998, em horário a ser esclarecido, na Delegacia de Polícia desta comarca

(Dionísio Cerqueira), o denunciado, na qualidade de Delegado de Polícia, ordenou a execução da prisão da vítima Gilmar Rodrigues (...), então suspeito da prática de um delito de homicídio contra o menor C. A. B.

“Na ocasião, a vítima Gilmar havia sido conduzida até a Delegacia de Polícia por policiais militares, a fim de prestar esclarecimentos sobre o crime de homicídio referido, sendo que o denunciado, sem qualquer ordem da autoridade competente, o Dr. Juiz de Direito da Comarca, ou mesmo sem constatar qualquer situação que viesse a caracterizar uma das hipóteses de prisão em flagrante da vítima, vez que não lavrou o respectivo auto, determinou, com abuso de poder e sem a observância das formalidades legais, a execução da medida privativa de liberdade individual da vítima, a qual ficou presa ilegalmente até o dia 12 de fevereiro de 1998, quando foi

decretada a sua prisão preventiva pelo Juízo desta Comarca.

“Além disso, o denunciado também deixou de comunicar imediatamente o Dr. Juiz de Direito da Comarca acerca da prisão da vítima, vindo somente no dia seguinte a execução desta a requerer a decretação da prisão preventiva da vítima, omitindo, contudo, o fato de a vítima já estar presa”.

Encerrada a instrução criminal, que se desenvolveu segundo o rito da Lei n. 4.898/65, a Magistrada a quo julgou improcedente a denúncia, absolvendo o denunciado, por entender que “não houve dolo por parte do réu, mas apenas um erro de procedimento, não indicando qualquer abuso de autoridade” (fl. 56).

Irresignado, apelou o membro do Ministério Público, rebatendo as preliminares suscitadas pelo apelado nas razões finais e, no mérito, objetivando a condenação deste nos termos da denúncia.

Em contra-razões, o recorrido argüiu em preliminares: a) falta de representação do ofendido e consequente inépcia da peça acusatória por ausência de condição de procedibilidade; b) oferecimento da denúncia fora do prazo do art. 13 da Lei n. 4.898/65; c) ausência de inquérito, sindicância ou representação para fundamentar o oferecimento da denúncia; d) realização da audiência de instrução e julgamento fora do prazo de 5 dias determinado no art. 17, § 1º, da Lei supracitada; e) não haver sido entregue cópia da denúncia e da representação ao acusado conforme determina o art. 17, § 2º, da Lei mencio-

onada, configurando cerceamento de defesa.

No mérito, sustentou que os fatos por si praticados são atípicos e não caracterizam os delitos enunciados no art. 4º, alíneas a e c, da Lei n. 4.898/65, a ausência de prejuízo para a vítima, bem como a ausência de dolo para a configuração do tipo penal.

Os autos foram remetidos a esta Superior Instância, oportunidade em que a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e provimento do apelo.

II – Voto

Trata-se de apelação criminal interposta pelo representante do Parquet da comarca de Dionísio Cerqueira, inconformado com a decisão que absolveu Antônio Abreu Mendes, denunciado pela prática dos delitos capitulados no art. 4º, alíneas a e c, da Lei n. 4.898/65.

Inicialmente, passo a analisar as preliminares argüidas pela defesa em alegações finais e ratificadas em sede de contra-razões recursais.

Quanto à alegação de que a falta de representação do ofendido ocasionaria a inépcia da peça acusatória por ausência de condição de procedibilidade, interessa esclarecer que realmente o art. 12 da Lei n. 4.898/65 exige a representação para a deflagração da ação penal. No entanto, mencionado dispositivo deve ser aplicado em consonância com o texto da Lei n. 5.249, de 9/2/67, que em seu artigo 1º dispõe: “A falta de representação do ofendido, nos casos de abuso previstos na Lei n. 4.898, de 9 de de-

zembro de 1965, não obsta a iniciativa ou o curso de ação pública”.

Sobre a matéria cumpre reproduzir entendimento deste egrégio Tribunal de Justiça, publicado na RT 412/348, verbis:

“Abuso de autoridade — Delito apurado sem que fosse feita a representação pela vítima — Admissibilidade — Omissão que não obsta a propositura da ação penal — Preliminar de nulidade do processo repelida — Inteligência dos arts. 2º, a e b, da Lei n. 4.898, de 1965, e 1º, da Lei n. 5.249, de 1967.

“A falta de representação do ofendido, prevista na Lei n. 4.898, de 1965, não acarreta, na forma do disposto no art. 1º da Lei n. 5.249, de 1967, a nulidade ex radice do processo” (in Ap. Crim. n. 10.823, de Joaçaba, rel. Des. Eugênio Trompowsky Tauois Filho).

No mesmo sentido JUTACrim 89/257.

No que tange ao argumento de que na oportunidade do oferecimento da denúncia não foi respeitado o prazo de 48 (quarenta e oito) horas previsto no art. 13 da Lei n. 4.898/65, urge elucidar que, tratando-se de réu solto, a apresentação da peça acusatória pode ser realizada enquanto não estiver extinta a punibilidade, mesmo que não exista motivo a justificar o atraso, uma vez que não configura decadência o oferecimento da denúncia fora do prazo legal. Diferente seria a situação no caso de réu preso, cuja extrapolção dos prazos processuais acarreta a liberação imediata do acusado.

Nesse sentido, cabe ressaltar entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça:

“Recurso de habeas corpus — Abuso de autoridade — Rito — Legitimidade de parte — Justa causa.

“1. Não há decadência se o Ministério Público não oferece a denúncia no prazo de 48 (quarenta e oito) horas da entrega da representação.

“2. Da mesma forma, não há ilegitimidade de parte na apresentação da denúncia após esse lapso de tempo, tratando-se de ação penal pública que inclusive independe de representação, nada impedindo seja precedida de inquérito policial, para melhor apuração dos fatos. Precedentes do STF.

“3. Impossível, nos estreitos limites do mandamus, afirmar a culpabilidade do paciente pelo delito que responde já que se teria de reexaminar provas, circunstância inviável na via eleita.

“4. Recurso improvido” (RHC 6.359/PR, rel. Min. Anselmo Santiago, 6ª Turma, j. em 24/11/1997) (grifo nosso).

Ainda relativamente à alegação de que a audiência de instrução e julgamento foi realizada fora do prazo de 5 dias, determinado no art. 17, § 1º, da Lei supracitada, deve-se registrar que, apesar de tal fato constituir uma irregularidade, no presente caso não possui o condão de gerar nulidade.

O legislador, ao atribuir prazo de 5 dias a partir do recebimento da denúncia para a realização da audiência de instrução e julgamento, apenas visou à celeridade do processo.

Entretanto, considerando o contido no artigo 563 do Código de

Processo Penal, associado ao princípio do prejuízo — no qual são declarados nulos somente os atos dos quais derivam prejuízos às partes —, e verificando que a designação da audiência em prazo superior ao previsto na legislação aplicável não causou qualquer prejuízo ao acusado, não se pode declarar eivado de nulidade tal ato. Some-se a isso o fato de o réu responder ao processo em liberdade e a demora na tramitação do feito poder beneficiá-lo, em virtude do transcurso do prazo prescricional.

Aplicável ao caso acórdão da lavra do saudoso Des. Rid Silva:

"(...) Processo crime — Nulidade — Inexistência — Delito de abuso de autoridade — Inobservância do prazo do § 1º do art. 17 da Lei n. 4.898/65 — Ausência de prejuízo para a defesa — Habeas corpus denegado" (HC 6.750, 1ª Câmara Criminal, j. 11/5/82, in RT 581/359).

E do corpo do aresto extrai-se:

"O fato de o Juiz ter recebido a denúncia e somente designado para 30 dias após a audiência de instrução e julgamento, ultrapassando em 25 dias o prazo estabelecido no § 1º do art. 17 da prefalada Lei, não tem o condão de ensejar a nulidade do processo, porquanto indemonstrado qualquer prejuízo para a defesa".

No que concerne ao arrazoado do condenado de que a ausência de inquérito, sindicância ou representação para fundamentar a denúncia ocasiona a nulidade do processo desde o seu oferecimento, não pode ser acatado.

É pacífico o posicionamento no sentido de que não há necessidade de realização de inquérito ou justifica-

ção em delito de abuso de autoridade, pois a letra da lei é clara e objetiva dar maior rapidez para a apuração dos fatos (art. 12 da Lei n. 4.898/65).

Por último, o apelado ponderou sobre a nulidade do processo decorrente do não-recebimento de cópia da denúncia, quando da citação, conforme determina o art. 17, § 2º, da Lei mencionada, configurando cerceamento de defesa.

O recebimento da denúncia pelo réu, embora previsto pelo texto legal, efetivamente não ocorreu no processo em tela. No entanto, esse fato não acarretou cerceamento de defesa, tendo em vista que o comparecimento do réu à audiência supriu tal falta.

Nesse norte:

"(...) Citação — Abuso de autoridade — Mandado desacompanhado da segunda via da denúncia — Falta suprida pelo comparecimento do réu — Inexistência de prejuízo para a defesa" (in Ap. 283027720 — rel. Juiz Egon Wilde, 2ª Câmara Criminal, Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul).

Sendo assim, não há que se cogitar em nulidade da citação.

Passando à análise do mérito do recurso, interessante reproduzir os dispositivos legais que teriam sido infringidos pelo apelado, senão vejamos:

"Constitui também abuso de autoridade:

"a) ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder;

"(...)

“c) deixar de comunicar, imediatamente, ao juiz competente a prisão ou detenção de qualquer pessoa”.

Compulsando os autos, cumpre esclarecer, primeiramente, que o apelado não pode ser condenado pela alínea a, e ao mesmo tempo pela alínea c, pois a primeira absorve a segunda. Uma vez mantida prisão determinada e executada sem autorização judicial ou condição caracterizadora de flagrante, a conseqüente ausência de comunicação da prisão ao juiz é absorvida pela primeira providência, pelo que o agente não pode ser punido duas vezes.

Nesse diapasão, já decidiu o TAPR:

“Se a detenção era irregular, não se justifica punir o agente pela falta de comunicação dela ao juiz, já que essa ação é absorvida pela anterior” (rel. Martins Ricci, RT 654/336).

Segundo narra a denúncia e do que se colhe das provas acostadas aos autos, o apelado era o Delegado de Plantão da Polícia Civil da comarca de Dionísio Cerqueira, no dia 9 de fevereiro de 1998, oportunidade em que deu entrada na delegacia a vítima Gilmar Rodrigues, que havia sido detida pela Polícia Militar (fl. 11). Mencionada vítima foi recebida na referida delegacia e lá permaneceu, sem ordem judicial, inexistindo, ainda, qualquer situação de flagrante, em face do que o respectivo auto não foi lavrado.

Na data de 10 de fevereiro do mesmo ano, o ora recorrido representou pela decretação da prisão preventiva de Gilmar, sem comunicar que este já se encontrava preso (fls. 20/21). Em decorrência disso, em 11 de fevereiro a Juíza decretou a prisão de Gil-

mar (fls. 22/25), tendo sido certificado, pelo sr. meirinho, em 12/2/98, que já estava preso na cadeia pública municipal (fl. 26v.). Disso conclui-se que a vítima ficou segregada por 3 (três) dias ilegalmente — de 9/2/98 a 12/2/98 —, não havendo autorização judicial para tanto, ou caracterização de flagrante delito, não tendo sido comunicada, ainda, ao Juízo da comarca a efetivação da prisão do suspeito.

Depreende-se dos fatos narrados que a conduta praticada pelo acusado subsome-se na capitulação também transcrita, o que desnatura a alegação de que os fatos perpetrados são atípicos, logo, não caracterizadores do crime pelo qual foi denunciado.

Assim, no que tange ao delito previsto no artigo 4º, a, da Lei n. 4.898/65, a materialidade restou comprovada pelo Livro de Registro de Plantões da Delegacia de Polícia de Dionísio Cerqueira (fls. 11/19), pelo Pedido de Prisão Preventiva formulado pelo acusado (fls. 20/21), pelo Decreto de Prisão Preventiva (fls. 22/25), bem como pelo Mandado de Prisão (fl. 26).

Quanto à autoria, as provas existentes nos autos não demonstram ter sido o réu o responsável pela prisão da vítima, uma vez que foi realizada pela Polícia Militar e o denunciado encontrava-se em Foz do Iguaçu, tendo retornado apenas à noite, por volta das 22 horas.

Todavia, mesmo não havendo nos autos provas de que tenha sido o denunciado quem “ordenou ou executou” a prisão de Gilmar Rodrigues, como delegado e responsável pela Delegacia de Polícia, ao ter conhecimento de que a vítima havia sido presa sem

autorização judicial ou ausente condição caracterizadora de flagrante, não poderia ter-se omitido de tomar as providências legais, ou para regularizar a prisão ou para liberar o preso, tendo em vista que a legislação constitucional e processual penal não mais admite a prisão para averiguação.

A Constituição Federal de 1988 é de clareza cristalina ao determinar em seu artigo 5º, inciso LXI, que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

A respeito, cumpre reproduzir nota contida na obra *Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial*, Alberto Silva Franco (et al.), 5ª ed. rev. amp., 2ª tir., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, t. 2, págs. 44/45:

“A prisão para averiguações era prática contumaz da autoridade policial, quase sempre com o beneplácito ou – senão isso – com visão condescendente da autoridade judiciária. Contudo, com o advento da Constituição Federal promulgada em 5/10/88, tendo em vista o disposto no art. 5º, LXI, ninguém mais será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária. Desse modo, a chamada ‘prisão para averiguações’ não mais pode ser admitida ou tolerada, a qualquer pretexto”.

E ainda, da lição esposada na obra *Abuso de Autoridade*, Gilberto Passos de Freitas e Vladimir Passos de Freitas, 8ª ed., São Paulo, RT, 1999, págs. 67 e 68, extraio:

“(...) toda prisão, fora o caso da prisão em flagrante e emanada de ordem escrita de autoridade judiciária competente, é ilegal e configura o delito de abuso de autoridade.

“E as prisões (...) ‘para averiguações’, caracterizam, sem dúvida alguma, abuso de autoridade por parte de quem as determinou e as executou.

“É certo que tal entendimento merece acerbadadas críticas por parte de autoridades policiais, as quais argumentam que, sem esta espécie de prisão, impossível é à Polícia o combate ao crime, principalmente, quanto à elucidação de determinados delitos, e a manutenção da ordem e segurança públicas no que diz respeito a ébrios, vadios, desordeiros etc.

“Tais argumentos, data venia, se nos afiguram inaceitáveis, parecendo-nos que tanto em um como no outro caso a prisão de tais indivíduos poderá ser feita dentro dos limites legais, acabando-se, de uma vez por todas, com as ‘prisões correccionais’ ou ‘para averiguações’”.

Ademais, consoante leciona precedente deste egrégio Tribunal de Justiça, que decidiu caso análogo:

“Abuso de autoridade — Delegado de Polícia — Ordem para prisão e manutenção na cela, por mais de setenta e duas horas, de cinco pessoas, sem estarem em situação de flagrante ou com ordem escrita da autoridade judiciária competente — Crime caracterizado — Condenação mantida.

“A partir do advento da Constituição Federal de 1988, a ‘prisão para averiguações’ foi banida, sendo prática que não pode ser admitida nem tolerada, sob qualquer pretexto, pois

ninguém mais será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.

“O abuso do poder, como o abuso de qualquer coisa, é reprovável e deve ser contido e punido pelos males causados, pois traz intranquilidade e medo a todos” (Apelação Criminal n. 96.007103-2, de Ibirama, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. em 12/11/96).

Por óbvio, a alegada ausência de prejuízo para a vítima não merece guarida, pois são claramente perceptíveis os danos advindos da manutenção da prisão da vítima por 3 (três) dias, cerceando sua liberdade sem os devidos procedimentos legais, em desrespeito aos valores que orientam o Estado Democrático de Direito.

Por derradeiro, quanto ao sustentado pelo apelado acerca da inexistência de dolo para o cometimento do ilícito, não lhe assiste melhor sorte.

A Lei n. 4.898, de 9/12/65, que dispõe sobre o Abuso de Autoridade, não prevê a forma culposa. Assim, mencionados delitos só podem ser praticados com dolo, ou seja, vontade de praticar as condutas descritas na lei.

No caso em apreço, absurdo torna-se a alegação do acusado de que não cometeu o delito com dolo, por ser conhecedor da legislação e saber que os atos por si praticados constituem crime, não podendo procurar eximir-se de sua responsabilidade penal.

Nesse sentido a lição do professor Damásio de Jesus, in *Do Abuso de Autoridade*, Revista *Justitia* 59/48:

“O crime reclama um ânimo próprio, que é elemento subjetivo do injusto: vontade de praticar as condutas sabendo o agente que está exorbitando do poder. Esse elemento se liga à culpabilidade e à antijuridicidade. Não se trata de dolo específico, em face de não encontrarmos frente àquele fim ulterior, extrínseco ao fato”.

Dessa maneira, o réu cometeu o delito do artigo 4º, a, da Lei de Abuso de Autoridade por omissão, uma vez que a ele cabia tomar atitudes que fizessem valer a lei, que conhece muito bem em razão de sua experiência funcional.

Quanto a isso, colhe-se da jurisprudência:

“Configura-se, em tese, a participação, por omissão, de delegado de polícia em abuso de autoridade praticado por policiais que ao lado de sua sala, na delegacia, submeteram presos a sevícias e suplícios” (TACrimSP — HC — rel. Nogueira Filho — RJD 3/189).

Não existe possibilidade de se oportunizar ao réu a suspensão condicional do processo, do art. 89 da Lei n. 9.099/95, considerando que na oportunidade do oferecimento da denúncia o apelado tinha contra ele processo em andamento, não preenchendo, portanto, o requisito do caput do supramencionado artigo.

Desse modo, passo à aplicação da pena. O comportamento do acusado caracterizou fato típico e antijurídico. Os elementos da culpabilidade estão presentes, pois é maior de 18 anos e mentalmente são e dispunha de perfeita consciência da ilicitude de seus atos, sabendo ou devendo saber que atuava contrariamente ao direito. A

culpabilidade — reprovabilidade da conduta do agente — é do tipo grave, pois transpôs os limites do exercício de sua autoridade. Não possui antecedentes, mas possui má conduta social em virtude da existência de inúmeros processos contra si instaurados (fl. 42). A personalidade do agente mostra-se voltada à prática de crimes de abuso de autoridade, tendo em vista que são constantes os excessos no cumprimento de suas funções. O motivo do delito é comum à espécie, evidenciado pela intenção de evitar uma possível fuga de um suspeito. As circunstâncias do crime foram graves, uma vez que representou pela prisão preventiva do suspeito sem mencionar que este já se encontrava segregado. As conseqüências do crime foram relevantes, pois manteve presa a vítima sem o devido procedimento legal. O comportamento da vítima em nada contribuiu para que o acusado ultrapassasse os limites de sua autoridade.

Dentre as penas previstas no § 3º do art. 6º da Lei n. 4.898/65, que podem ser aplicadas autônoma ou cumulativamente (§ 4º), tenho por bem aplicar tão-somente a multa pecuniária.

Tendo em vista os elementos do art. 59 do Código Penal, que foram desfavoráveis ao apelado, fixa-se a pena de multa acima do mínimo legal,

em 100 (cem) dias-multa, cada qual no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, devidamente corrigido, ante a não comprovação, nos autos, das condições financeiras do recorrido. Na terceira fase, inexistindo causas especiais de aumento ou de diminuição, torno a pena definitiva no valor suprafixado.

Custas, pelo apelado.

III – Decisão

Ante o acima exposto, rejeitam-se as preliminares argüidas e dá-se provimento ao recurso para condenar o réu Antônio Abreu Mendes como incurso nas sanções do art. 4º, alínea a, da Lei n. 4.898/65.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Nilton Macedo Machado e Maurílio Moreira Leite, tendo lavrado o parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Demétrio Constantino Serratine.

Florianópolis, 29 de fevereiro de 2000.

Alberto Costa,
Presidente;
Torres Marques,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.009970-9, DE SÃO JOAQUIM

Relator: Juiz Torres Marques

Recurso criminal — Apelação — Júri — Indicação do dispositivo legal nas razões — Conhecimento.

A constatação do fundamento da apelação contra decisão do Tribunal do Júri, na petição de interposição ou nas razões, possibilita o conhecimento do recurso.

Júri — Tentativa de homicídio qualificado — Erro ou injustiça na aplicação da pena — Ausência de fundamentação — Adequação.

“Da mesma forma que se exige fundamentação para a aplicação da pena acima do mínimo legal, idêntica exigência se faz em relação à redução da reprimenda pela tentativa. Assim, se o Magistrado não justifica a redução mínima, em razão do delito tentado, deve-se aplicar a redução máxima, ou seja, dois terços” (JUTACrim. n. 72/273).

Júri — Tentativa de homicídio qualificado — Desistência voluntária — Incompatibilidade — Decisão contrária à prova dos autos — Inocorrência — Veredito que contraria apenas a palavra isolada do acusado — Recurso não provido.

A alegação de desistência voluntária é incompatível com o reconhecimento de tentativa de homicídio.

“A palavra do réu, isolada e discordante do contexto probatório, não pode ser erigida em versão de molde a fornecer as teses defensivas” (JC 55/365).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.009970-9, da comarca de São Joaquim (2ª Vara), em que é apelante João Otávio de Oliveira, 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 adequar a reprimenda.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

Na comarca de São Joaquim (2ª Vara), o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra João Otávio de Oliveira, dando-o como incurso nas sanções do art.

121, § 2º, inc. IV, c/c art. 14, II, ambos do CP, porque, segundo consta da exordial acusatória:

“No dia 10 de janeiro de 1998, por volta da 1 hora, o denunciado encontrava-se junto com seu irmão ‘Carlinhos’ na festa de Santa Izabel, naquela localidade, quando, nas proximidades de uma pequena ponte, entre o salão de baile e a cancha de laço, se depararam com a vítima Marcos Fabiano Rodrigues e um colega desta e, sem qualquer motivo ou discussão, de forma inesperada e abrupta, e com evidente animus necandi, desferiu um golpe com a faca apreendida às fls. 8 do APF pelas costas de Marcos Fabiano, ocasionando-lhe as lesões gravíssimas descritas no laudo pericial de fls. 24 do APF.

“Não obstante, o denunciado não conseguiu seu intento, por circunstâncias alheias à sua vontade, no caso, pelo fato de a vítima ter sido prontamente socorrida, além de estar na companhia de várias pessoas, fato que impossibilitou na continuidade das agressões” (fls. 2/3).

Concluída a instrução criminal, o réu foi pronunciado como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, inc. IV, c/c art. 14, inc. II, ambos do CP.

Submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, por maioria de votos, a tese defensiva da legítima defesa de terceiro foi afastada, restando condenado à pena de cumprimento de 8 (oito) anos de reclusão, em regime fechado, por infração ao disposto no art. 121, § 2º, inc. IV, c/c art. 14, inc. II, ambos do CP, negando-se-lhe o direito de recorrer em liberdade porque preso desde o flagrante.

Irresignado o acusado apelou sem mencionar os fundamentos do pedido, explicitando-os somente nas razões, nas quais apontou as letras c (= erro ou injustiça no tocante a aplicação da pena) e d (= decisão contrária à prova dos autos) do inc. III do art. 593 do CPP; alegou que além da decisão do conselho de sentença ter se afastado da única versão dos autos, a pena deveria ter sido diminuída de 2/3 (dois terços) em face do iter criminis percorrido, “eis que o acusado desferiu um único golpe imediatamente interrompendo a sua ação” (fls. 166).

Com as contra-razões, os autos ascenderam a esta Instância, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Hipólito Luiz Piazza, manifestou-se

pelo provimento parcial do recurso para reduzir a reprimenda.

II – Voto

1. Não obstante o fundamento da irrisignação não tenha sido apontado na interposição, há de se analisar os argumentos invocados, insertos nas letras c (= erro ou injustiça no tocante a aplicação da pena) e d (= decisão contrária à prova dos autos) do inc. III do art. 593 do CPP, eis que “a apelação contra decisões do Tribunal do Júri tem natureza restrita, não devolvendo à Superior Instância o conhecimento integral da causa, cujo Tribunal fica circunscrito aos motivos invocados na interposição ou, pelo menos, na apresentação tempestiva das razões” (Ap. Crim. n. 99.017798-0, de Joinville, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. 23/11/99).

2. Quanto ao fundamento de erro ou injustiça no tocante a aplicação da pena, tem razão o apelante eis que, tratando-se de tentativa, deve o julgador, ao aplicar a pena, fundamentadamente, utilizar-se do critério legal que limita a diminuição em um a dois terços, de acordo com a maior ou menor proximidade do momento consumativo, conforme já decidiu a respeito este egrégio Tribunal de Justiça:

“A redução especial da pena, na tentativa (e que se opera na terceira fase da dosimetria art. 68, caput, CP), deve levar em conta o maior ou menor caminho percorrido pelo agente em direção à consumação do crime, desvinculada das circunstâncias judiciais e legais; a diminuição da pena será maior quando abortada a ação delituosa no seu limiar e menor quando próxima da consumação” (Ap.

Crim. n. 33.569, de São Bento do Sul, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

No caso, sobre a pena-base fixada em 12 (doze) anos, o Magistrado fez incidir a causa de especial diminuição da tentativa em 1/3 (um terço), restando a reprimenda, ao final, em 8 (oito) anos de reclusão, sem qualquer justificação para a redução no mínimo legal e, conforme se sabe “da mesma forma que se exige fundamentação para a aplicação da pena acima do mínimo legal, idêntica exigência se faz em relação à redução da reprimenda pela tentativa. Assim, se o Magistrado não justifica a redução mínima, em razão do delito tentado, deve-se aplicar a redução máxima, ou seja, dois terços” (JUTACrim. n. 72/273).

Nesse sentido, também é o entendimento deste Sodalício:

“Dosimetria — Crime tentado — Redução da pena procedida no mínimo legal (1/3) — Ausência de justificativa — Diminuição que se adapta para o máximo previsto (2/3) — Precedentes — Sentença modificada neste aspecto, de ofício” (Ap. Crim. n. 99.004980-9, de Balneário Camboriú, rel. Des. Jorge Mussi, j. 18/5/99).

3. De acordo com as provas coligidas nos autos, constata-se que o réu desferiu uma facada contra a vítima Marcos Fabiano Rodrigues, causando-lhe as lesões descritas no auto de exame de corpo de delito de fls. 27, sem que esta esboçasse qualquer atitude de agressão contra ele, pois em seus depoimentos, tanto na fase investigatória quanto em Juízo, esclareceu “que achou que a vítima Marcos Fabiano, o qual não conhecia, iria investir contra seu irmão, porque seu ir-

mão esbarrou com a vítima quando estavam andando; que a vítima nada disse quando se esbarrou com o irmão do interrogando; que a vítima fez ‘um jogo de corpo’ quando a vítima esbarrou com o irmão do interrogando; que não houve mais nenhum incidente; que não houve discussão e nem qualquer briga envolvendo as pessoas no local; que trazia a faca apreendida na cintura, por dentro da roupa e a tirou e acertou a vítima pelas costas” (fls. 51).

A declaração da única testemunha presencial corrobora a versão acatada pelo colendo Conselho de Sentença (Teilor Ribeiro de Oliveira – fls. 13) e, à vista do contido em tal depoimento, ao contrário do afirmado pelo ilustre defensor, pela única versão dos autos, amparada inclusive nas declarações do acusado, restou indiscutivelmente evidenciada a vontade de matar.

O apelante, além de esfaquear a vítima aparentemente sem qualquer motivo, pois qualquer discussão porventura havida entre o seu irmão e a vítima foi anterior, visou área letal, como sói ser região lombar, motivo pelo qual não está a merecer censura a decisão dos jurados, pois calcada na única versão dos autos, parecendo claro que agiu sem a intenção de defender alguém.

Segundo Heleno Cláudio Fragoso, “a distinção entre a tentativa de homicídio e o delito de lesões corporais é dada apenas pelo elemento subjetivo, ou seja, pela existência ou não do animus necandi, embora possa ser deduzido por circunstâncias objetivas (violência dos golpes, profundidade

das lesões etc.)" (Lições de Direito Penal, Parte Especial, pág. 50).

O dolo de lesões corporais consiste, nesse passo, na "vontade livre e consciente de causar dano à integridade física ou à saúde de outrem ou a aceitação do risco de provocar o resultado" (ob. cit., pág. 130).

Já para a configuração do dolo de homicídio "é necessário que o agente tenha consciência do comportamento positivo ou negativo que está praticando e do resultado típico. Em segundo lugar, é preciso que sua mente perceba que a conduta pode derivar a morte do ofendido, que há ligação de causa e efeito entre eles. Por último, o dolo requer vontade de praticar o comportamento e causar a morte da vítima" (Damásio de Jesus, Direito, 2º vol., pág. 37).

Assim, será tentado o homicídio, quando não se consumar por circunstâncias estranhas à vontade do agente; a existência do animus necandi impedido por circunstâncias externas caracteriza o tipo penal aludido, eis que "dá-se a tentativa quando o agente não chega à consumação ou meta optata. É, pois, no plano físico ou material que ela se distingue do crime consumado. Neste, o que se passa no plano externo corresponde ao elemento subjetivo do delinqüente; naquela o sujeito ativo ficou aquém do elemento volitivo, não realizou no mundo exterior" (Magalhães Noronha, Direito Penal, vol. 1, pág. 121).

A jurisprudência deste Tribunal de Justiça já se firmou no sentido de que "A tentativa se revela pelos atos praticados pelo agente, aliados à natureza e sede das lesões sofridas pela vítima; se aquele não só feriu a vítima

em região letal, com um pau, após disparar seis tiros de revólver, mas também se evidenciou que tinha o objetivo de matá-la, assim o declarando nas fases policial e judicial, não se trata de lesão corporal, mas de homicídio tentado diante do evidente animus necandi" (Ap. Crim. n. 98.018116-0, de Abelardo Luz, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. 30/3/99).

Por fim, a alegação de não ter ocorrido tentativa de homicídio, mas sim, a desistência voluntária, não pode prevalecer, pois o réu só não conseguiu ceifar a vida da vítima porque esta foi prontamente socorrida, sendo levada ao hospital, onde foi submetida a cirurgia de grande porte, apresentando hemorragia intra-abdominal.

Não obstante se possa dizer que a desistência voluntária possua alguma semelhança com a tentativa, ou melhor, é elemento formador, essa termina ao se indagar sobre a existência ou não da vontade do agente dirigida para o resultado pretendido; enquanto na desistência voluntária o agente abandona a execução do crime, na tentativa, o crime não se consuma por circunstâncias alheias que independem da vontade do agente.

Assim, por incompatibilidade lógica a jurisprudência pátria já decidiu que "a desistência voluntária não cabe nos casos de tentativa de homicídio" (RT 476/402).

III – Decisão

Diante do exposto, decidiu a Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento parcial para adequar a reprimenda imposta ao apelan-

te para 4 (quatro) anos de reclusão, mantidas as demais cominações da sentença.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Jorge Mussi e Maurílio Moreira Leite. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Hipólito Luiz Piazza.

Florianópolis, 21 de março de 2000.

Alberto Costa,
Presidente;
Torres Marques,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.011523-2, DE ARARANGUÁ

Relator: Des. Torres Marques

Processo penal — Nulidade — Sentença criminal extra petita — Cerceamento de defesa — Inocorrência — Emendatio libelli — Inteligência do art. 383 do CPP.

Tráfico ilícito de entorpecentes — Negativa de autoria — Prisão em flagrante — Investigação prévia do Ministério Público — Depoimentos seguros e precisos de policiais — Alibi não comprovado — Prova concludente — Condenação mantida — Ausência de comprovação do vínculo psicológico de dois co-réus — Absolvição decretada.

Associação eventual — Pretendido afastamento da causa de especial aumento do art. 18, inc. III, da Lei n. 6.368/76 — Impossibilidade — Comprovação de mais de um agente no tráfico — Concurso eventual de agentes — Recurso desprovido.

Pena criminal — Irresignação quanto à pena-base — Fixação de acordo com a análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP — Manutenção — Pena pecuniária em desacordo com a privativa de liberdade — Dia-multa fixado no valor máximo cominado — Ausência de provas de elevado patrimônio — Adequação.

Restituição de veículo apreendido — Falta de provas de que era utilizado para o cometimento do crime ou de que fora adquirido com os proveitos deste — Recurso parcialmente provido.

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

99.011523-2, da comarca de Araranguá (Vara de Exceção), em que

são apelantes Amadeu Ghisi Masiero e outros, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer dos recursos, afastar a preliminar de nulidade argüida e, no mérito, negar provimento aos interpostos por Luiz Odil Fernandes e Dircelei Maria Mayer, dar provimento aos interpostos por Amadeu Luiz Masiero e Antenor Barcelos, para absolvê-los, com base no art. 386, inc. VI, do CPP, e dar provimento em parte ao interposto por Amadeu Ghisi Masiero, apenas para adequar o número e o valor unitário do dia-multa, este também para os demais réus condenados, além de restituir-lhe o automóvel Vectra, placa LZP 8411, confiscado em favor da União.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

O representante do Ministério Público da comarca de Araranguá ofereceu denúncia contra Amadeu Ghisi Masiero, Amadeu Luiz Masiero, Antenor Barcelos e Dircelei Maria Mayer, por infração aos arts. 12 e 14, ambos da Lei n. 6.368/76, Luiz Odil Fernandes e João Luiz Rodrigues de Oliveira, como incurso nas sanções do art. 14 da Lei n. 6.368/76, e, os dois primeiros, ainda, do art. 10 da Lei n. 9.437/97, porque:

“1. Da Associação criminosa dos seis denunciados para fins de tráfico (art. 14 da Lei n. 6.368/76)

“A partir do final do mês de outubro de 1998, quando a Coordenadoria de Investigações Criminais do Ministério Público de Santa Catarina e a

Polícia começaram a investigá-los, logrando obter inclusive autorização judicial para proceder à escuta de suas comunicações telefônicas (forte na Lei n. 9.296/96), até o dia 2 de fevereiro de 1999, quando cinco dentre os seis denunciados restaram presos em flagrante em Araranguá/SC, associaram-se os denunciados Amadeu Ghisi Masiero, Amadeu Luiz Masiero (filho do primeiro), Antenor Barcelos, Dircelei Maria Mayer, Luiz Odil Fernandes e João Luiz Rodrigues de Oliveira para o fim de praticarem, reiteradamente, diversas modalidades de tráfico previstas pelo art. 12 da Lei Antitóxicos (Lei n. 6.368/76). De fato, as investigações e as escutas telefônicas procedidas dão conta (estas últimas quase sempre com linguagem cifrada ou codificada) que os dois primeiros denunciados (Amadeu e Amadeu Luiz), pai e filho, valendo-se do fato de possuírem negócios com madeira na região sul de Santa Catarina e no Estado de Rondônia (municípios de Cacaupôlandia e Ariquemes), organizaram-se e associaram-se com os demais denunciados para estabelecer uma conexão criminosa para aquisição da droga vulgarmente conhecida como ‘cocaína’ naquele Estado do Norte (RO), transporte de dita droga entre cargas de madeira que de lá vinham por caminhão até a nossa região do sul de Santa Catarina, depósito da referida droga quando aqui chegasse e, finalmente, distribuição e venda daquela cocaína para traficantes menores (‘pulverizadores’) das comarcas de Araranguá, Criciúma e Tubarão, obviamente a preços lucrativos em relação ao custo de aquisição da droga em Rondônia.

“De acordo com as investigações iniciais, a quadrilha fazia chegar na região sul de Santa Catarina aproximadamente 3 (três) kg de cocaína por semana, sendo que no final do mês de janeiro de 1999 passaram a ser aguardados, provavelmente em razão do maior consumo na época de Carnaval, cerca de 15 (quinze) kg de cocaína em uma única remessa.

“Com base em tais informações, requereu esta 3ª Promotoria de Justiça de Araranguá, em 2 de fevereiro de 1999, um mandado de busca e apreensão (fls. 2/3 do APF) daquela droga junto às residências dos ora denunciados Luiz Odil Fernandes e Dircelei Maria Mayer (conviveres), em Araranguá/SC; Amadeu Ghisi Masiero, no município de Nova Veneza e João Luiz Rodrigues, também em Araranguá. Tal medida cautelar restou deferida por esse Juízo Criminal de Araranguá naquele mesmo dia (decisão de fls. 2 do APF).

“2. Das modalidades de tráfico praticadas pelos denunciados (art. 12, caput, da Lei n. 6.368/76)

“a) Dando cumprimento àquele mandado judicial de busca e apreensão, a Polícia logrou prender em flagrante, naquele mesmo dia 2 de fevereiro de 1999, cinco dos seis denunciados. É que o co-denunciado Luiz Odil Fernandes, por aquela época, encontrava-se hospitalizado em Criciúma em virtude de um acidente. Caso contrário certamente também teria restado preso com sua companheira, a quarta denunciada (Dircelei), na Rua Guanabara, 435, bairro São José, em Araranguá/SC, onde vivem.

“b) De fato, naquele dia 2 de fevereiro de 1999, a Polícia apreendeu na resi-

dência da denunciada Dircelei Maria Mayer, situada na Rua Guanabara, 435, bairro São José, em Araranguá, onde convive com o quinto denunciado (Luiz Odil Fernandes), ‘dois pacotes vazios de cor branca com fitas adesivas tendo emblema Eucatur com resíduos de substância branca’, que o laudo de constatação provisória de fls. 41 do APF informa ter as características de cocaína, além de apreender, no mesmo local, ‘uma balança marca Filizola BPG número 6178’ e R\$ 430,00 (quatrocentos e trinta reais) em dinheiro (termo de apreensão de fls. 20 do APF).

“c) No momento em que a Polícia efetuava tal diligência, chegaram no local, mais precisamente de frente àquela residência situada na Rua Guanabara, em Araranguá, em um veículo GM/Vectra, verde e de placa LZP 8411, os três primeiros denunciados, Amadeu Ghisi Masiero, seu filho Amadeu Luiz Masiero e Antenor Barcelos. Verificados os nomes dos ocupantes daquele carro, a Polícia procedeu a uma busca, vindo a encontrar e a apreender, no porta-malas do Vectra, 1,5 kg (um quilo e meio) daquela substância entorpecente chamada de ‘cocaína’, em dois pacotes, sendo que um dos pacotes também encontrava-se embalado com uma embalagem plástica de cor branca com os dizeres da Eucatur (termo de apreensão de fls. 22 do APF). Os três primeiros denunciados transportavam dita droga, que como se sabe causa dependência física e/ou psíquica (laudo toxicológico de fls. 88/91 do APF), obviamente sem autorização e para fins de tráfico, vez que iriam entregá-la à quarta denunciada, Dircelei Maria Mayer, para que esta a fornecesse para outros traficantes menores da região de Araranguá. Com o primeiro denunciado (Amadeu Ghisi Masiero) também foram apreendidos R\$ 10.000,00 (dez mil reais) em notas diversas, além de quatro cheques, sendo um

deles, o de n. 001112, da Caixa Econômica Federal, da conta corrente 03000719-2, em nome de Dircelei Maria Mayer, preenchido no valor de R\$ 3.400,00 (três mil e quatrocentos reais) (termo de apreensão de fls. 23).

“d) Constatada semelhança da embalagem da droga apreendida no interior daquele Vectra pertencente ao primeiro denunciado com aqueles dois pacotes plásticos com resíduos de cocaína apreendidos momentos antes na residência da quarta denunciada, o primeiro denunciado, Amadeu Ghisi Masiero, confessou aos policiais que procediam à diligência que, realmente, na véspera (1º/2/99), havia entregado 3 kg (três quilos) de cocaína para a denunciada Dircelei, a qual, tão logo adquiriu dita substância entorpecente, forneceu a terceiro traficante. Há notícia nos autos, inclusive, que logo na manhã do dia 2 de fevereiro de 1999, antes da diligência policial portanto, o sexto denunciado, João Luiz Rodrigues de Oliveira, esteve na residência de Dircelei, por certo para adquirir e distribuir aqueles três quilos que não restaram apreendidos.

“e) Logo após a revista e a apreensão no veículo Vectra, o primeiro denunciado, Amadeu Ghisi Masiero, informou aos policiais que procediam à busca que, em seu sítio localizado em Nova Veneza/SC, mais precisamente na localidade de São Bento Baixo, na Estrada Geral, havia mais daquela cocaína em depósito. Rumando para lá, naquele mesmo dia 2 de fevereiro de 1999, os policiais localizaram e apreenderam, no quarto do segundo denunciado, Amadeu Luiz Masiero, sobre seu guarda-roupa, mais ½ kg (meio quilo) de cocaína, substância entorpecente essa, como já dito, que causa

dependência física e/ou química, e que os dois primeiros denunciados tinham em depósito obviamente sem autorização e para aquele propalado fim de tráfico (termo de apreensão de fls. 21 e laudo toxicológico de fls. 88/91 do APF). Nessa residência dos dois primeiros denunciados também foram localizadas e apreendidas duas balanças, uma da marca Skymesen e outra da marca Rohaus, além de um bilhete com o nome ‘Luís’ e o telefone ‘985-3943’ anotados (termo de apreensão de fls. 21 do APF).

“f) Impende esclarecer que naquele mesmo local (residência dos dois primeiros denunciados, na Estrada Geral de São Bento Baixo, em Nova Veneza/SC) a Polícia também localizou e apreendeu uma espingarda marca Boito, calibre 20, sem número de identificação, arma de fogo essa de uso permitido, mas que os dois primeiros denunciados tinham em depósito sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, além de diversos cartuchos intactos de diversos calibres (termo de apreensão de fls. 21 do APF).

“g) Dando prosseguimento à busca no sítio dos dois primeiros denunciados (Amadeu Ghisi Masiero e Amadeu Luiz Masiero), situado como já consignado na localidade de São Bento Baixo, município de Nova Veneza/SC, a Polícia localizou e apreendeu, nos fundos da residência, no interior de um paiol, dentro de um latão de leite, além de uma trouxa com aproximadamente 30g (trinta gramas) da mesma droga, que como dito causa dependência física e/ou psíquica, e que os dois primeiros denunciados tinham em depósito sem autorização e para fins de tráfico (termo de apreensão

são de fls. 24 e laudo toxicológico de fls. 88/91 do APF).

"h) Ao todo, no carro e no sítio dos dois primeiros denunciados, a Polícia logrou apreender cerca de 2,5 kg (dois quilos e meio) de cocaína. Mais precisamente 2.429,2g (dois mil quatrocentos e vinte e nove gramas e dois decigramas), que foram remetidos à Diretoria de Polícia Técnico-Científica no estado em que foram encontrados, ou seja, quatro pacotes em forma de tijolo e um pacotinho de plástico branco contendo pó branco solto. Toda essa droga foi periciada, constatando os senhores peritos, em definitivo, tratar-se mesmo de cocaína, estando seu uso proibido em todo território nacional, de acordo com a Portaria n. 344, de 12 de maio de 1998, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde (laudo pericial n. 580/99, fls. 88/91 do APF).

"i) Importa consignar que dita quantidade de cocaína (2.429,2g), e mais aquela quantia que a Polícia não logrou apreender por já ter sido distribuída, foi transportada e trazida, desde Rondônia até ser entregue aos dois primeiros denunciados provavelmente naquele sítio de Nova Veneza/SC, pelo terceiro denunciado, Antenor Barcelos, que vive em Ariquemes/RO e que já trabalhou na madeireira que um outro filho do primeiro denunciado Amadeu Ghisi Masiero possui em Rondônia. Essa prática criminosa se deu nos dias que antecederam à prisão em flagrante, muito provavelmente no final do mês de janeiro de 1999, e provavelmente, também, valendo-se de um caminhão carregado de madeira advindo daquele Estado do Norte.

"j) Finalmente, na residência do sexto denunciado, João Luiz Rodrigues de Oliveira, situada na Rua Albino Pereira de Souza, residencial Bel-

vedere, quadra 6, lote 1, bairro Urusanguinha, em Araranguá/SC, a Polícia só logrou localizar e apreender, naquele mesmo dia 2 de fevereiro de 1999, uma balança marca Bender, o que corrobora seu envolvimento na quadrilha para fins de tráfico (narração 1), além de duas cédulas de R\$ 10,00 (dez reais) grosseiramente falsificadas (laudo pericial n. 31/99 de fls. 43/45 do APF) a partir de antigas notas de Cr\$ 1,00 (um cruzeiro) (termo de apreensão de fls. 19 do APF)

"k) Impende esclarecer, por fim, que novas diligências acautelatórias foram procedidas após aquele dia 2 de fevereiro de 1999, logrando a Polícia apreender, em 24 de fevereiro de 1999, na residência dos dois primeiros denunciados, uma nota promissória no valor de R\$ 8.500,00, assinada por Dircelei Maria Mayer, um bilhete de passagem de ônibus da empresa Eucatur, de 5/2/99, com embarque na cidade de Ariquemes/RO, um frasco de lança-perfume cheio, marca Universitário, e uma agenda com prefixos de telefones, sendo que na página 'L' constam o nome e os telefones de 'Luiz' (termo de apreensão de fls.), o que robustece ainda mais a prova relativa àquela quadrilha organizada para fins de tráfico (narrativa 1)" (fls. 2/11).

Encerrada a instrução criminal, João Luiz Rodrigues de Oliveira foi absolvido de todas as imputações contra si assestadas, da mesma forma que Amadeu Ghisi Masiero e Amadeu Luiz Masiero da infração do art. 10 da Lei n. 9.437/97, na forma do art. 386, inc. VI, do CPP, restando condenados:

— Amadeu Ghisi Masiero, à pena de cumprimento de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, por

infração ao art. 12, c/c art. 18, inc. III, ambos da Lei n. 6.368/76;

— Amadeu Luiz Masiero, Antenor Barcelos, Dircelei Maria Mayer e Luiz Odil Fernandes, às penas de cumprimento de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, por infração art. 12, c/c art. 18, ambos da Lei n. 6.368/76.

Na sentença condenatória, decretou-se, ainda, o perdimento do veículo Vectra, placa LZP 8411, de propriedade de Amadeu Ghisi Masiero, com base no § 13º do art. 34 da Lei n. 6.368/76, negando-se aos condenados o direito de recorrer em liberdade, inclusive quanto a Luiz Odil Fernandes, que respondeu ao processo em liberdade, expedindo-se alvará de soltura em relação a João Luiz Rodrigues de Oliveira.

O representante do Ministério Público opôs embargos de declaração à sentença, alegando haver obscuridade quanto à vedação imposta ao réu Luiz Odil Fernandes de recorrer em liberdade, ressaltando, contudo, sua concordância, bem como aduziu ter ocorrido omissão no tocante à condenação dos cinco réus ao pagamento da pena de multa prevista no art. 38 da Lei n. 6.368/76.

Esta egrégia Câmara Criminal, no HC n. 99.010851-1, em acórdão da lavra do ilustre Des. Alberto Costa, decidiu, por votação unânime, conceder a ordem para que o condenado Luiz Odil Fernandes aguardasse o julgamento do recurso em liberdade.

Na comarca de origem, os embargos foram acolhidos para condenar Amadeu Ghisi Masiero, Amadeu Luiz Masiero, Antenor Barcelos, Dircelei Maria Mayer e Luiz Odil Fernandes ao pagamento, cada um, de 120 (cento e vinte) dias-multa, para o pri-

meiro no valor máximo do art. 38 da Lei n. 6.368/76 e, para os demais, diante da impossibilidade de averiguação da situação econômica, no mínimo legal, devidamente atualizado.

Inconformados, os condenados apelaram, postulando apresentação das razões consoante o disposto no art. 600, § 4º, do Código de Processo Penal.

Luiz Odil Fernandes apelou objetivando declaração de nulidade da sentença, ante a ocorrência de julgamento extra petita, caracterizador de cerceamento de defesa, ou, alternativamente, a absolvição relativamente ao art. 12 da Lei n. 6.368/76, com base no art. 386, incs. II, IV e VI, do Código de Processo Penal; postulou, ainda, alternativamente, no caso de ser mantida a decisão, exclusão da majorante prevista no art. 18, inc. III, da Lei supracitada, bem como mitigação da pena-base fixada por considerá-la exacerbada (fls. 551/573).

Dircelei Maria Mayer, Antenor Barcelos e Amadeu Luiz Masiero requereram absolvição, com base no art. 386, incs. II, IV e VI, do Código de Processo Penal, e, ainda, alternativamente, no caso de ser mantida a decisão, exclusão da majorante prevista no art. 18, inc. III, da Lei supracitada, bem como mitigação da pena-base fixada por considerá-la exacerbada (fls. 551/573).

Amadeu Ghisi Masiero, por sua vez, pretende a exclusão da majorante prevista no art. 18, inc. III, da Lei supracitada, mitigação da pena-base fixada por considerá-la exacerbada, redução do valor unitário da sanção pecuniária, por não possuir condições financeiras, bem como a restituição do veículo Vectra, placa LZP 8411, confiscado em favor da União.

Contra-arrazoado o recurso, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Procurador Luiz Fernando Sirydakís, manifestou-se pelo provimento parcial do apelo interposto por Amadeu Ghisi Masiero, tão-somente para tornar sem efeito o confisco do automóvel acima citado, opinando, também, pelo desprovimento dos demais recursos.

II – Voto

Trata-se de recursos interpostos por Amadeu Ghisi Masiero, Amadeu Luiz Masiero, Antenor Barcelos, Dircelei Maria Mayer e Luiz Odil Fernandes, condenados por infração aos arts. 12 e 18, III, da Lei n. 6.368/76.

1. Como preliminar, que no caso se confunde com o mérito do recurso porque relativa à autoria coletiva no crime de tráfico ilícito de entorpecentes, o apelante Luiz Odil Fernandes requer declaração de nulidade do feito, ao argumento de não estar descrita na denúncia qualquer das condutas do art. 12 da Lei de Tóxicos, sendo que a condenação de primeiro grau constitui caso de *mutatio libelli* sem as providências do art. 384 do CPP.

Para Julio Fabbrini Mirabete, “a denúncia é uma exposição, por escrito, de fatos que constituem em tese um ilícito penal, ou seja, de fato subsumível em um tipo penal, com a manifestação expressa da vontade de que se aplique a lei penal a quem é presumivelmente o seu autor e a indicação das provas em que se alicerça a pretensão punitiva” (Processo Penal, 4ª ed., SP, Atlas, 1995, pág. 127).

Leia-se trecho pertinente, no item 2 da exordial acusatória:

“a) Dando cumprimento àquele mandado judicial de busca e apreensão, a Polícia logrou prender em flagrante, naquele mesmo dia 2 fevereiro de 1999, cinco dos seis denunciados. É que o co-denunciado Luiz Odil Fernandes, por aquela época, encontrava-se hospitalizado em Criciúma em virtude de um acidente. Caso contrário certamente também teria restado preso com sua companheira, a quarta denunciada (Dircelei), na Rua Guanabara, 435, bairro São José, em Aranguá/SC, onde vivem.

“b) De fato, naquele dia 2 de fevereiro de 1999, a Polícia apreendeu na residência da denunciada Dircelei Maria Mayer, situada na Rua Guanabara, 435, bairro São José, em Aranguá, onde convive com o quinto denunciado (Luiz Odil Fernandes), ‘dois pacotes vazios de cor branca com fitas adesivas tendo emblema Eucatur com resíduos de substância branca’, que o laudo de constatação provisória de fls. 41 do APF informa ter as características de cocaína, além de apreender, no mesmo local, ‘uma balança marca Filizola BPG número 6178’ e R\$ 430,00 (quatrocentos e trinta reais) em dinheiro (termo de apreensão de fls. 20 do APF)” (fl. 5).

Na verdade, o fato de Luiz Odil estar hospitalizado na data dos fatos, ao contrário do que afirmou a defesa, não retira o caráter ilícito de sua conduta, posto que ainda perpetrava a narcotraficância induzindo e suscitando o comportamento ativo de sua companheira, a co-ré Dircelei Maria Mayer, no sentido de adquirir e repassar a droga que posteriormente seria comercializada; isso porque,

para a caracterização do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, é desnecessária a presença in loco do co-autor para que este seja responsabilizado pelo crime pois, como se pronuncia a jurisprudência:

“A co-autoria não exige, necessariamente, a presença física do agente. Organizadores e chefes nem sempre precisam estar presentes em delitos planejados. Há distribuição de tarefa a cada membro, de forma que todos são concorrentes para o mesmo fim: êxito da empresa criminosa” (TACrimSP, RT 450/434).

E mais:

“Desnecessária a presença estritamente in loco do comparsa para a configuração da co-autoria, bastando, para tanto, que de alguma forma concorra ele para o fato, não exigindo ato material de consecução do crime” (RJDTACRIM 24/72).

Nesse passo, não lhe assiste razão já que, na hipótese dos autos, o apelante, denunciado pela prática do crime do art. 14 da Lei n. 6.368/76, foi condenado pelo art. 12, caput, c/c art. 18, inc. III, da mesma Lei, pois a definição jurídica aplicada deriva dos fatos constantes de denúncia, o que, quando muito, configura a chamada *emendatio libelli*, figura jurídica prevista no art. 383 do CPP, a qual permite ao magistrado “dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave, porque os fatos estão bem descritos, assim como sua configuração jurídica” (STJ — HC n. 73.637-8/MA, rel. Min. Carlos Velloso, DJU 13/12/96, pág. 51.162).

Da mesma forma, “nula não é a sentença que condena o réu por fato

que, embora não capitulado na peça vestibular, nesta se acha mesmo que implicitamente descrito” (TACrimSP, AP, rel. Gentil Leite, JUTACrimSP 32/297).

O escólio do Supremo Tribunal não discrepa:

“A nova classificação jurídica dada aos fatos relatados de modo expreso 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 descritivo 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 a sua configuração, de circunstância elementar não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia” (RT 662/364).

O entendimento desta Corte navega no mesmo rumo:

“Processo crime — Denúncia — Exposição de fatos que constituem crimes — Classificação - Aplicação do art. 383 do CPP. O acusado se defende da imputação de fato descrita na denúncia, independentemente da classificação dada pela acusação; o juiz pode, em estando comprovados fatos descritos explicitamente e que constituem elementares de tipo não classificado, dar definição diversa da contida na exordial (*emendatio libelli*), ainda que tenha de aplicar pena por mais um crime” (Ap. Crim. n. 34.100, de Itaiópolis, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. 19/12/95).

Sabe-se que a possibilidade de dar nova definição jurídica ao fato imputado ao agente é limitada, pois todas as situações elementares necessárias para a nova interpretação legal do fato devem estar contidas na denúncia, caso contrário configurar-se-ia a *mutatio libelli*, vedada pelo art. 384 do CPP.

Corroborando também com o entendimento do caso em análise, cita-se jurisprudência do STJ no seguinte sentido:

“Conforme autoriza o art. 386 Código de Processo Penal, pode o juiz, ao proferir a sentença condenatória, conferir ao fato descrito na denúncia definição jurídica diversa daquela que lhe deu o Ministério Público, mesmo que tenha que aplicar sanção mais severa” (STJ, 6ª T., HC, j. 30/6/98, rel. Vicente Leal, RT 760/564).

Não obstante a denúncia de fls. 2/11, apesar de extensa, não explicitar minuciosamente a conduta do co-réu Luiz Odil, permitiu o exercício de seu direito regular de ampla defesa, descrevendo um fato penalmente típico e registrando a participação de cada um dos acusados de acordo com as circunstâncias especiais do evento criminoso, razão pela qual “não é inepta a denúncia que permite a exata compreensão do teor da acusação e, além disso, enseja a ampla defesa na instrução criminal” (JC 60/260).

Dessa forma, não há que se falar em nulidade do feito por cerceamento de defesa sendo certo que somente 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” (Julio Fabbr-

ni Mirabete, ob. cit., pág. 127), o que não é o caso dos autos, já que a denúncia descreveu o tipo e cumpre a forma estabelecida na lei processual, permitindo ao réu defesa sobre fato certo, por isso a qualificação legal dos delitos podia, como foi, ser corrigida antes da sentença final, ou nela (*emendatio libelli*), conforme vem decidindo o Excelso Pretório (RTJ 79/95).

Aliás, o colendo Supremo Tribunal Federal, em decisão publicada recentemente na Revista Trimestral de Jurisprudência, n. 169, pág. 607, em caso análogo, assim ementou:

“Inocorrência de ilegalidade no fato de a decisão condenatória haver considerado que a atividade do paciente e da co-ré não teve o caráter de associação estável para a prática reiterada do crime de tráfico, mas apenas de associação eventual, aplicando a qualificadora do inciso III do art. 18 da Lei n. 6.368/76”.

2. Segundo as provas coletadas, derivadas de investigações realizadas pela Coordenadoria de Investigações Criminais do Ministério Público de Santa Catarina e pelas Polícias Militar e Civil desde meados do mês de outubro de 1998, os denunciados associaram-se para praticar tráfico ilícito de entorpecentes, estabelecendo conexão criminosa para aquisição de cocaína no Estado de Rondônia, depósito e conseqüente distribuição e venda da droga nas comarcas do sul do Estado, especialmente de Araranguá, Criciúma e Tubarão.

Ressalte-se, neste ponto, que a Constituição Federal não atribuiu exclusividade da apuração da ação penal à Polícia Civil, dispondo no art. 144 que “a segurança pública, dever do estado, direito e responsabilidade

de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”.

Explica o artigo citado, ainda, em seus parágrafos, a competência dos órgãos de segurança pública:

“(…)

“ § 4º — Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

“ § 5º — Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil”.

Assim, das tais diligências mencionadas e por solicitação da 3ª Promotoria de Justiça de Araranguá, em 2 de fevereiro de 1999, expediu-se mandado de busca e apreensão para a residência dos acusados Luiz Odil e Dircelei, sendo apreendidos, na parte externa junto à churrasqueira da casa, 2 (dois) sacos plásticos de cor branca com fitas adesivas e emblema da Eucatur, com resquícios de cocaína (Laudo Pericial de fls. 156/158), além de uma balança marca Filizola BPG, n. 6178, e R\$ 430,00 (quatrocentos e trinta reais) em dinheiro.

Enquanto a Polícia Militar efetua a diligência chegaram ao local, em um veículo GM/Vectra, os denunciados Amadeu Ghisi Masiero, Amadeu Luiz Masiero e Antenor Barcelos, momento em que se procedeu a uma busca no interior do veículo, sendo encontrado 1,5 kg (um quilo e meio) de cocaína, em dois pacotes, um deles embalado com os dizeres Eucatur; além disso, com Amadeu Ghisi Masiero foi apreendida a

quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) em dinheiro, mais 4 (quatro) cheques, um deles da conta corrente de propriedade da co-ré Dircelei Mayer, da Caixa Econômica Federal, no valor de R\$ 3.400,00 (três mil e quatrocentos reais), tendo ainda confessado que na véspera (1º/2/99) havia entregue 3 kg (três quilos) de cocaína para esta, que entregou a droga a um terceiro traficante, e que em seu sítio localizado em São Bento de Baixo, Nova Veneza, havia mais cocaína em depósito.

Na mesma data, em mencionado sítio, foi apreendido ½ kg (meio quilo) de cocaína em cima do guarda-roupa do quarto de Amadeu Luiz Masiero, além de duas balanças, uma da marca Skymesen e outra Rohaus, um bilhete com um nome e número de telefone e uma espingarda marca Boito, calibre 20, além de diversos cartuchos intactos de diversos calibres dentro da residência, ½ kg (meio quilo) de cocaína e uma trouxa de 30g (trinta gramas) da mesma droga dentro de um latão de leite que se encontrava no interior de um paiol localizado nos fundos da residência.

No mesmo dia 2/2/99, na residência de João Luiz Rodrigues de Oliveira, foi apreendida uma balança marca Bender e duas cédulas de R\$ 10,00 (dez reais) falsificadas a partir de antigas notas de Cr\$ 1,00 (um cruzeiro).

Passados alguns dias, em 24/2/99, na residência de Amadeu Ghisi Masiero e Amadeu Luiz Masiero, foi apreendida uma nota promissória no valor de R\$ 8.500,00 (oito mil e quinhentos reais) assinada pela co-ré Dircelei, um bilhete de passagem de ônibus da empresa Eucatur, um frasco de

lança-perfume cheio, marca Universitária, e uma agenda de telefones.

A sentença condenatória atribuiu ao casal Luiz Odil e Dircelei a prática de crime capitulado no art. 12 da Lei de Tóxicos, na modalidade de guarda ou depósito, considerando que, pela igualdade dos invólucros existentes no carro e na casa dos acusados, são dignas de crédito as palavras dos policiais militares que efetuaram o flagrante, tais como a do policial condutor Angelo Bertoncini, no sentido de que “o conduzido Amadeu pai confessou que na data de ontem (leia-se 1º/2/99) entregou três quilos da pasta de cocaína para a conduzida Dircelei” (fls. 16), afirmando em Juízo que “ainda na casa da acusada Dircelei o depoente estava ao lado do acusado Amadeu pai, quando este falou que havia passado droga (cocaína) à acusada Dircelei no dia anterior à prisão” (fls. 271).

Interessante anotar, sobre tais “confissões” feitas a policiais fora da delegacia, que “o melhor momento para a realização do ‘interrogatório’ do suspeito é justamente no local do crime ou no interior da viatura policial que o conduz à delegacia. Afinal, esses podem ser os únicos momentos em que ele concorde em falar. Depois, conversando com outros presos ou com seu advogado, certamente dará pouca contribuição, resultando num interrogatório pobre, ou preferindo permanecer em silêncio. Nem é preciso comentar tais orientações, visto provirem de quem, por mais de trinta anos, exerceu atividade policial. Essa é a visão, efetivamente, da polícia de um modo geral, ousamos afirmar” (Guilherme de Souza Nucci, O Valor da Confissão no Processo Penal, Ed. RT, 1997, pág. 226).

Mas, mesmo assim, diante dos fatos apurados, não há como não con-

siderar a suposta confissão do apelante como indício, uma vez que repercutiu no mundo fático, inclusive indicando o local onde a droga foi posteriormente encontrada, não podendo ser tratada como res nata, sendo que a decisão condenatória, neste caso, tem o respaldo na legislação processual penal e na jurisprudência:

“Desde os primórdios do Direito, ou seja, da mais remota antiguidade, os indícios e presunções sempre foram admitidos em doutrina como elementos de convicção. Assim, na ausência de confissão voluntária, a prova da condição subjetiva, tal como o saber ou o conhecer, somente pode ser feita através de indícios e presunções, desde que veementes, ao prudente arbítrio do Juiz. Quando este se despe de seu poder-dever de firmar convicção, por todas as evidências, relegando-se à análise de provas diretas, a impunidade se estabelece como regra geral” (RJDTACrim 5/169).

Corroborando as palavras do policial condutor, têm-se também os depoimentos harmônicos e seguros dos policiais Ludovico Gonçalves Torres (fls. 17) e Orlei José Copetti, que em Juízo mencionou ter ouvido “comentários de rua de que o Sr. Luiz Odil, e não sua esposa, estaria envolvido com o narcotráfico” (fls. 275).

Note-se que em nenhum momento tais depoimentos foram contraditados e não se registra evidência de inimizade capital entre qualquer dos acusados e os policiais, merecendo credibilidade, pois “valem em princípio, como o de qualquer testemunha, não podendo ser desprezados, sem prova de má-fé ou suspeita de falsidade” (JC 5-6/417) e, “se em consonân-

cia com demais elementos dos autos são suficientes para amparar o decreto condenatório" (JC 41/368).

Efetivamente, tão-somente a situação funcional da testemunha não serve de pretexto para desqualificá-la, conforme se anotou, mormente quando não há motivos para duvidar de sua boa-fé.

Mas não é só isso.

Na verdade, os indícios da prática criminosa de tráfico ilícito de entorpecentes em relação aos acusados Luiz Odil e Dircelei são concludentes, não só substanciados nos depoimentos seguros e firmes dos policiais, como também amparados por outras circunstâncias dos autos, tais como a apreensão do cheque n. 001112, da conta corrente n. 03000719-2, Caixa Econômica Federal, agência de Araranguá, pertencente a Dircelei (fls. 49), com data de 1º/2/99, apreendido com o acusado Amadeu Ghisi Masiero e para o qual qualquer dos acusados procurou engendrar explicação.

Aliás, quanto a uma possível aquisição de "madeira" para reforma da casa, como bem argumentou o combativo Promotor de Justiça, "o próprio pedreiro trazido como testemunha de defesa esclareceu que a obra era de alvenaria e 'que a casa tem uma sacada, e neste a sacada existe componente de madeira' (fls. 305). Como justificar, então, que Dircelei e Luiz Odil estivessem realmente negociando metragem de madeira? Para um componente de uma sacada que não foram capazes de mostrar nem por fotografia?! Sequer notas fiscais de aquisição da malversada madeira foram juntadas!!" (fls. 355/356).

Nesse passo, o álibi não provado é de ser considerado desfavoravel-

mente contra aquele que o argüiu, posto que, conforme já se decidiu, "aquele que invoca um álibi tem que prová-lo satisfatoriamente, de molde a excluir seguramente a possibilidade de ter sido o autor da infração. Álibi não cumpridamente provado equivale a confissão de crime" (Apelação Criminal n. 28.037, de Laguna, rel. Des. Solon d'Eça Neves, j. 12/4/93).

De outro lado, nem se argumente com a tese de atos preparatórios posto que, do que consta dos autos, é inegável o fato de que os apelantes já haviam ajustado a compra do entorpecente, consumando-se o tipo previsto no art. 12 da Lei n. 6.368/76.

Em regra, os crimes previstos na Lei de Tóxicos, constituindo mero perigo de dano, não admitem a forma tentada ou configuram apenas atos preparatórios, impuníveis, prevalecendo a tese de sua inadmissibilidade porque, em havendo ato concreto de transporte e guarda, consuma-se o crime.

Com efeito, o tráfico ilícito de entorpecentes é crime plurissubsistente, ou seja, constituído de ações múltiplas, bastando para sua consumação que a conduta do agente se amolde a um dos verbos do art. 12 da Lei n. 6.368/76, independentemente de consequência ou resultado, daí mostrar-se inviável o argumento.

Sobre a matéria já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

"Não há necessidade, para a configuração do delito do art. 12 da Lei n. 6.368/76, que se efetue a tradição da droga adquirida, pois que a compra e venda se realiza pelo consenso sobre a coisa e o preço" (RSTJ 10/389).

Ainda, deste Sodalício:

“Em sede de delito de narcotráfico não se faz possível a configuração de tentativa, uma vez que, evidenciado o começo da execução, já se tem o crime por consumado’ (in TJRJ Ac. 8.534, rel. Des. Jovino Jordão; RJTJSP 90/511, rel. Des. Geraldo Gomes; RT 463/326, 460/287; RJTJSP 27/358 e 25/483 e JTACrimSP 56/215, 48/326, 41/153 e 33/158, dentre outros) (JC 61/280-281, Rev. Crim. n. 2.089, de Itajaí. rel. Anselmo Cerello)” (JC 68/427, rel. Des. Alberto Costa).

Assim, diante da apreensão da droga e da constatação da vinculação e atividades positivas do apelante Luiz Odil com os demais, era mesmo desnecessária apreensão de cocaína em seu poder ou mesmo sua presença no local para tipificação do crime pois, consoante é da jurisprudência, “para fins de caracterização de co-autoria, suficientes o concerto de vontades e o escopo comum. Assim, o tráfico de drogas tanto é exercido por aquele que as transporta, como pelo que, previamente conluiado com o transportador, aguarda substância entorpecente para revendê-la posteriormente. Assim, não se exige, para tal fim, contato físico, corpóreo e material do agente com a substância entorpecente” (TJSP — RT 653/284).

Donde se conclui que, no caso, as provas e os indícios coletados levam à certeza pela manutenção da condenação imposta ao casal apelante, sendo certo que estes integram o sistema das provas e valem por sua idoneidade e pelo acervo de fatores de convencimento (art. 239 do CPP), possuindo a mesma eficácia probante que qualquer outra prova, em face do princípio do livre convencimento, res-

saltando que os elementos do inquérito policial estão em sintonia com o apurado em juízo e, bem por isso, são perfeitamente válidos.

Nesses casos, a jurisprudência já se tem posicionado:

“Prova indireta. Livre convencimento do juiz. É válido, de acordo com o sistema adotado pelo Código de Processo Penal, que o juiz forme sua convicção através de prova indireta, ou seja, a partir de indícios veementes que induzam àquele convencimento de maneira indubitosa (...). Já se decidiu que ‘em matéria criminal, dado o sistema do livre convencimento que o Código adota, o valor da prova indiciária mostra-se em tudo igual ao da prova indireta’ (acórdão do TJPR, in RT 261/342). Também o Tribunal de Justiça de nosso Estado manifestou-se no sentido de que ‘pode o magistrado calcar seu veredicto em indícios e circunstâncias do factum probandum, se os mesmos são de tal monta a gerar convicção da verdade’ (J. Mineira 71/160), bem como que ‘a prova indireta, indiciária, circunstancial, poderá gerar a mesma convicção que a prova direta’ (Minas Forense 30/135). ‘Na hipótese, a falta de testemunhas oculares não tem nenhuma influência no sentido de beneficiar o réu, porque há indícios veementes de que só pode ter sido ele o agressor. Somente quando existem contra-indícios, trazendo eles profundas e fundadas dúvidas quanto à incriminação é que não se pode condenar; mas, no caso, não há contra-indícios e tudo leva a crer, sem qualquer dúvida, que o autor dos ferimentos produzidos na vítima foi o acusado (RT 611/397)” (RT 673/357).

Do exposto resulta que a lei, ao mesmo tempo que concede ao magistrado a ampla liberdade de análise da prova,

não lhe fornece pesos, medidas ou valores que devem ser atribuídos aos elementos constantes dos autos, ainda mais nos crimes de tráfico de entorpecentes, em que “não é indispensável a prova efetiva do tráfico para a formação de um juízo de certeza, pois tal convencimento pode resultar satisfatoriamente comprovado pelo conjunto de indícios e circunstâncias que cercam o agente envolvido” (TJSP – Ap. Civ. n. 193.973-3/5 — rel. Egidio de Carvalho — RT 729/542).

Ademais, “em tema de comércio clandestino de entorpecentes, a negativa incondicional de autoria constitui geralmente uma diretriz trilhada pelos reincidentes específicos, especialmente quando se trate de traficantes de entorpecentes, não bastando, por si só, a prolação de decreto absolutório” (TACRIM-SO — AC — rel. Costa Mendes — JUTACRIM 49/225).

Por outro lado, as testemunhas trazidas pela defesa dos acusados apenas abonaram suas condutas, não descrevendo qualquer fato que pudesse contrariar o elenco probatório contido nos autos.

Sendo esse o caso dos autos, não há como se conceber decreto absolutório, pois os elementos de prova (depoimentos de policiais e circunstâncias do crime) levam à certeza moral pela condenação, atendendo-se o contido no art. 37 da Lei de Tóxicos.

A egrégia Segunda Câmara Criminal da Corte de Justiça catarinense assim já decidiu:

“A prova, no tráfico de entorpecentes praticado com características de maior gravidade, deve ser apreciada em seu conjunto, não podendo ser desprezados os depoimentos de policiais e nem indícios e presunções que

levam à conclusão da responsabilidade penal dos acusados’ (TRF — 4ª Reg.) — Ap. Civ. n. 92.04.08590-8 — rel. Ari Pagendler — JSTJ e TRF — Lex 47/525)” (Ap. Crim. n. 98.006418-0, de Itajaí, rel. Des. Álvaro Wandelli, j. 20/10/98).

3. Ao contrário, a pretensão de absolvição dos apelantes Amadeu Luiz Masiero e Antenor Barcelos merece ser atendida, pois pelo exame dos elementos probatórios existentes nos autos não se chega à conclusão positiva de que tivessem eles efetivamente envolvimento com a droga apreendida no veículo e no sítio de Amadeu Ghisi Masiero (confessadamente proprietário da droga).

Deve-se atentar, neste ponto, que as mesmas circunstâncias do art. 37 da Lei n. 6.368/76, utilizadas para manter as condenações de Luiz Odil e Dircelei, não indicam, indubitavelmente, o vínculo psicológico entre o material tóxico apreendido e os apelantes Amadeu Luiz Masiero e Antenor Barcelos, ou que eles concorriam à sua guarda, pois, afora a prisão em flagrante, não há elementos de prova a indicar qualquer conduta deles entre os tipos objetivos definidos no art. 12 da Lei de Entorpecentes.

Amadeu Luiz e Antenor na fase judicial negam qualquer envolvimento e alegam que desconheciam a existência da droga apreendida, sendo que na fase policial ficaram calados. O simples fato de quando da apreensão da droga no veículo da marca Chevrolet, modelo Vectra, encontrarem-se em seu interior não leva ao convencimento de prática do ilícito de tráfico.

Já se tem sustentado que “não basta o simples encontro da substância

com suspeito para se erigir uma prova de autoria pois esta deve estar definida em termos do dolo do agente. A posse deve estar ligada ao uso ou ao tráfico. Daí o simples encontro corporificar a materialidade do fato que nem sempre é criminoso. A posse pode denotar uma presunção de autoria mas esta há de ficar também demonstrada. E, finalmente, o dolo há de ser extraído das circunstâncias para que se autorize uma condenação" (Os Alucinógenos e o Direito — LSD, Geraldo Gomes, Juriscrédi, SP) (TACrimSP, AC, rel. Geraldo Gomes, JUTACRIM 56/238).

Cita-se jurisprudência que se ajusta ao caso em lume:

"Entorpecente – Tráfico – Agente preso em flagrante delito quando estava no veículo onde foi encontrada a droga – Ausência de demonstração do vínculo psicológico em participar da conduta criminosa – Absolvição que se impõe, pois frágeis as provas quanto à culpabilidade e conseqüente autoria.

"Não ficando demonstrado, estreme de dúvidas, o vínculo psicológico do agente em participar da conduta criminosa de transporte e comercialização de drogas, ainda que tenha sido preso em flagrante delito quando estava no veículo onde foi encontrado o entorpecente, fica desautorizada a sua condenação por crime hediondo, pois frágeis as provas no tocante à culpabilidade e conseqüente autoria do crime" (TRF – 3ª Região – Ap. Crim. n. 93.03.078050—SP — 5ª T. — j. 8/3/99, rela. Juíza Federal Convocada Vera Lúcia Jucovsky — DJU 20/4/1999).

Da mesma forma, no que tange à droga apreendida no sítio de Amadeu Ghisi Masiero, não há elementos

de prova a indicar qualquer envolvimento de ambos.

Um dos fundamentos para a condenação foi o silêncio dos apelantes na fase administrativa, o qual o ilustre Magistrado entendeu como confissão tácita, o que é inadmissível à luz do art. 5º, LXIII, da Carta Magna, que consagrou o direito ao silêncio.

Amadeu Luiz e Antenor até poderiam mesmo ter agido na forma narrada na inicial, mas sabe-se que "a condenação exige certeza" (JC 56/359), podendo ser decretada desde que o conjunto probatório seja "formado por veementes indícios de autoria" (JC 58/393); mas, nesse aspecto, nada foi produzido, impondo-se a solução absolutória.

Nesse sentido, a jurisprudência tantas vezes invocada:

"No processo penal, 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 desta ou daquele. E não pode, portanto, ser a certeza subjetiva formada na consciência do julgador, sob pena de se transformar o princípio do livre convencimento em arbítrio" (RT 619/267).

4. Ressalta da prova coligida a participação ativa dos apelantes Amadeu Ghisi Masiero, Luiz Odil Fernandes e Dircelei Maria Mayer em torno do tráfico de cocaína, destinada à distribuição neste Estado, cômicos da atividade ilícita desempenhada, configurando o concurso de agentes, que na Lei Antitóxicos encontra previsão

no combatido inc. III do art. 18 da Lei n. 6.368/76, que dispõe:

“As penas dos crimes definidos nesta Lei serão aumentadas de um terço a dois terços:

“(…)

“III — se qualquer deles decorrer de associação ou visar a menores de 21 (vinte e um) anos ou a quem tenha, por qualquer causa, diminuída ou suprimida a capacidade de discernimento ou de autodeterminação”.

Desse modo, in casu, da prova material e oral colacionada, extrai-se que os apelantes agiram com o fito de viabilizar o transporte da droga apreendida, comprovando-se, indubitavelmente, a ligação eventual entre si, para a posterior comercialização da substância entorpecente.

O colendo Supremo Tribunal Federal já assentou:

“1. A associação eventual ou concursus delinquentium, causa majorante da pena nos delitos de entorpecentes, prevista na lei extravagante, equivale ao concurso de pessoas no direito penal codificado.

“2. O legislador extremou no inciso III do art. 18 da Lei n. 6.368/76 duas hipóteses distintas: de um lado, decorrer o delito de associação criminosa, e, de outro, visar a menores ou hipossuficientes.

“3. Se houve o crime definido no art. 12 da Lei de Tóxicos, e para praticá-lo associaram-se duas ou mais pessoas — embora assim tenham procedido para o fim único — da prática de um só crime, cabe o acréscimo da qualificadora prevista no item III do art. 18 da mesma Lei” (STF, RTJ 157-199/200).

Assim, não se pode pretender excluir o aumento decorrente do art. 18, inc. III, da Lei de Tóxicos, se há prova e indícios de que os apelantes associaram-se para a prática de crimes de tráfico.

5. Para a fixação da pena assim se norteou o Juiz:

“Na fase do art. 59, dentre os elementos elencados, em detrimento do réu, verifica-se que os motivos são o ganho fácil, e as conseqüências do crime, já equiparado pelo legislador como hediondas, são extremamente nocivas à sociedade acarretando danos na sua parte mais vulnerável, os jovens, e ainda levando em consideração a grande quantidade apreendida, indicam a fixação da pena acima do seu mínimo legal, em 4 (quatro) anos de reclusão.

“Na segunda fase, não existe agravante, mas, vislumbra-se a existência da atenuante de confissão espontânea, art. 65, III, letra d, do CP, que pela sua repercussão, encontrando-se mais droga, fixo em 6 meses, totalizando nesta fase 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

“Na terceira e última fase, não existe causa de especial diminuição, tão-somente de aumento, prevista no art. 18, III, da Lei n. 6.368/76, elevando a pena em 1/3, ou seja, 1 (um) ano e 2 (dois) meses, totalizando 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão” (fls. 504).

Ficou portanto concretizada a reprimenda em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão e, como se vê, na dosimetria da pena, considerou o Juiz, à luz dos elementos informativos colhidos no processo, as diretrizes impostas pelo art. 59 do Código Penal, sendo certo que “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. 71.697-1, rel. Min. Celso de Mello, DJU 16/8/96, pág. 28.107).

Saliente-se que todos os apelantes foram extremamente beneficiados com a inclusão da expressão "inicial" na forma de cumprimento da pena privativa de liberdade, conformando-se o Ministério Público.

6. No entanto, o número de dias-multa para todos os apelantes e o valor unitário estabelecido para Amadeu Ghisi Masiero devem ser reajustados, porque desatendidos os mesmos parâmetros estabelecidos para a pena privativa de liberdade.

Assim, o número de dias-multa deve ser fixado de forma proporcional ao quantum da pena privativa de liberdade que, na sentença guerreada, foi fixada em 4 (quatro) anos, majorada de 1/3 (um terço) em face da causa de especial aumento do inc. III do art. 18 da Lei n. 6.368/76, resultando no pagamento de 88 (oitenta e oito) dias-multa.

Da mesma forma, deve ser adequado o quantum do dia-multa irrogado ao apelante Amadeu Ghisi Masiero, eis que, não obstante seu bom patrimônio (do qual não há notícias de que tenha sido obtido exclusivamente com a venda de drogas), o valor do dia-multa deve ficar na metade, entre o mínimo e o máximo, nos termos do art. 38 da Lei n. 6.368/76.

7. Finalmente, quanto ao pedido de restituição do veículo Vectra, de placa LZP 8411, de propriedade do apelante Amadeu Ghisi Masiero, con-

fiscado em favor da União, alegando que não foi utilizado reiteradamente na prática de delitos e não ser produto de crime, sabe-se que o art. 34 da Lei Antitóxicos dispõe:

"Os veículos, embarcações, aeronaves e quaisquer outros meios de transporte, assim como os maquinismos, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza, utilizados para a prática dos crimes definidos nesta Lei, após sua regular apreensão, ficarão sob custódia da autoridade de polícia judiciária, excetuadas as armas, que serão recolhidas na forma da legislação específica.

Não há nos autos provas de que o automóvel em questão era usado de modo constante e reiterado para o tráfico de drogas, não se justificando sua perda em favor da União, colhendo-se da jurisprudência:

"Se para a perpetuação do delito de tráfico de entorpecente o acusado se serve de automóvel, usando-o eventual ou ocasionalmente, tal uso não se integra no âmbito consumativo do crime – que este teria ocorrido de outras formas caso não tivesse o agente sua disponibilidade – não se justificando sua perda em favor da União como efeito da condenação" (RT 616/278).

Nesse diapasão direciona-se o entendimento deste Sodalício, veja-se:

"O confisco deve recair tão-somente sobre os objetos direta e intencionalmente usados como instrumentos do crime e não sobre os que ocasionalmente estejam ligados à conduta incriminada" (Ap. Crim. n. 29.759, de Biguaçu, rel. Des. José Roberge, j. 3/9/93).

Como visto, não há nos autos comprovação de que o carro confiscado tivesse utilização voltada para a prática do crime, como sói acontecer nos casos de veículos especialmente preparados para tal desiderato, com compartimentos específicos para o transporte oculto de drogas, nem mesmo de que fora adquirido com o produto deste, razão pela qual a restituição do bem é medida que se impõe.

III – Decisão

Diante do exposto, decidiu a Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer dos recursos, afastar a preliminar de nulidade argüida e, no mérito, negar provimento aos interpostos por Luiz Odil Fernandes e Dircelei Maria Mayer, dar provimento aos interpostos por Amadeu Luiz Masiero e

Antenor Barcelos, para absolvê-los, com base no art. 386, inc. VI, do CPP, e dar provimento parcial ao interposto por Amadeu Ghisi Masiero, apenas para adequar o número e o valor unitário do dia-multa, este também para os demais réus condenados, além de restituir-lhe o automóvel Vectra, placa LZP 8411, confiscado em favor da União.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Jorge Mussi e Maurílio Moreira Leite, e atuou, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Luiz Fernando Sirydakís.

Florianópolis, 21 de março de 2000.

Alberto Costa,
Presidente;
Torres Marques,
Relator.

CONFLITO DE JURISDIÇÃO

CONFLITO DE JURISDIÇÃO N. 99.014376-7, DE SÃO BENTO DO SUL

Relator: Des. Solon d'Eça Neves

Conflito negativo de jurisdição — Latrocínio só considerado quando objetiva garantir a subtração ou impunidade do crime ou detenção da coisa subtraída — Homicídio ocorrido após encerrada as perseguições policiais — Crimes autônomos, mas decorrentes do mesmo fato criminoso — Competência por conexão do Tribunal do

Júri — Conflito procedente.

“Para que se configure o latrocínio é mister que a violência característica do roubo tenha sido exercida para o fim de subtração patrimonial, ou para garantir, depois desta, a impunidade do crime ou a detenção da coisa subtraída” (RT 513/393).

Quando o resultado morte ocorre posteriormente ao roubo, mas com íntima ligação com este, a competência para julgamento é do Tribunal do Júri, pelo princípio da vis attractiva.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição n. 99.014376-7, da comarca de São Bento do Sul, em que é suscitante Dr. Juiz de Direito da 1ª Vara, Infância, Juventude e Registro Público da Comarca e suscitado Dr. Juiz de Direito da 2ª Vara e Fazenda Pública da Comarca:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, julgar procedente o conflito de jurisdição, declarando-se competente o Juízo suscitado para processar e julgar os fatos descritos no inquérito judicial em apenso.

Custas na forma da lei.

Cuida-se de conflito negativo de jurisdição de iniciativa do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Infância, Juventude e Registros Públicos da comarca de São Bento do Sul (Competência Comum), que pretende ver declarado o Juízo da 2ª Vara e Fazenda Pública da Comarca (Tribunal do Júri) como competente para processar e julgar os fatos descritos no inquérito policial apenso.

O processo foi recebido, inicialmente, pela Juíza da 2ª Vara da Comarca, que entendeu tratar-se de crime de latrocínio, devolvendo o processo à distribuição.

Discordando desse entendimento, o Magistrado da 1ª Vara suscitou conflito negativo de jurisdição ao argumento de que os crimes presentes na peça indiciária configuram os crimes de roubo qualificado em concurso material com homicídio qualificado.

Atendendo parecer anterior, este relator determinou baixa dos autos à comarca de origem, a fim de que o Ministério Público do Juízo suscitado pudesse manifestar-se sobre a matéria.

A Promotora de Justiça entendeu ser competente o Juízo de Direito da 1ª Vara para conhecer e processar a matéria do citado inquérito policial, uma vez que o delito foi, a seu entender, de latrocínio.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se no sentido de ser declarado improcedente o conflito.

É o relatório.

Não fica claro, pelo entendimento expresso no caderno indiciário, que a morte do policial Walfrido Corrêa ocorreu para acobertar os delitos de roubo perpetrados anteriormente, na localidade de Bateias de Baixo, comarca de São Bento do Sul, uma vez que a intenção dos assaltantes era evitar uma possível captura, afastan-

do qualquer curioso que se aproximasse. Pelo contido no caderno indiciário, constata-se que a Polícia saiu em perseguição aos assaltantes, e, por volta de 17 horas, encerraram as buscas. Esclareça-se que a vítima, mesmo de folga, acompanhou os policiais na diligência.

As declarações de Amilton João Luquetta, a fls. 47 do Inquérito Policial em apenso, não deixam dúvidas:

"...que, após entregar o dinheiro ao assaltante, o declarante foi conduzido até o bar onde estavam as demais pessoas e, em seguida, os dois elementos embarcaram no veículo Gol e saíram na direção da localidade de Bateias de Cima, saída para o Paraná; que, cerca de 10 minutos mais tarde, o declarante percebeu que o soldado PM Walfrido Corrêa passou com seu veículo particular, em alta velocidade, na mesma direção que seguiram os ladrões..."

No entanto, em seu depoimento, mais adiante, esclarece que a vítima voltou a seu estabelecimento e pegou seu veículo, isso após o encerramento das diligências policiais oficiais, e saiu novamente. Veja-se:

"...que por volta de 17h30min, o soldado Walfrido voltou ao estabelecimento do declarante para apanhar o seu veículo e, quando este se preparava para ir embora, chegou Nelson Piske dizendo que havia um veículo de cor branca escondido numa chácara nas proximidades da localidade; que o soldado Walfrido convidou Nelson para ir junto mostrar o local exato onde estava o veículo suspeito; que, por volta de 18 horas, já escuro, os dois saíram no carro de Walfrido em

direção ao local apontado por Nelson".

A fls. 41 do Inquérito Policial, Nelson Piske relata que:

"...encontrou o soldado Walfrido e narrou a ele sobre o Gol que estava escondido no mato; que em seguida, o soldado Walfrido convidou o declarante para junto com ele irem até o local e mostrar onde exatamente estaria o Gol; que, o declarante seguiu com Walfrido no carro deste, um Chevrolet Hatch e chegando na estrada da mencionada propriedade Walfrido parou seu carro em frente ao portão; que, desceram do carro para irem até onde estaria escondido o Gol, mas logo em seguida ouviram o barulho e luzes de carro vindos da direção de onde estava o Gol; que, Walfrido mandou o declarante 'cair fora' que dali em diante era com ele e entrou no mato onde ficou escondido atrás de um pinheiro..."

Dessa forma, no caso em estudo não há dúvidas que ocorreu mais de um delito, o roubo qualificado, e o homicídio do valente soldado Walfrido Corrêa em concurso material, como argumenta o suscitante do conflito de jurisdição.

Conjuntamente, há de se considerar que para caracterização do crime em estudo é fundamental que o emprego da violência tenha sido exercido objetivando a subtração ou o resguardo da res. No caso, o homicídio foi posterior e objetivava não mais o resguardo da res, mas a impunidade dos autores, o que convenhamos, a não ser pelo nexo de causalidade, são dois crimes distintos.

Julio Fabbrini Mirabete explica:

“Fragoso, com apoio em Bohemero e Carrara, reserva para cada tipo penal a denominação de latrocínio somente aos casos em que a morte da vítima é querida pelo agente. Nos termos legais, o latrocínio não exige que o evento morte esteja nos planos do agente. Basta que ele empregue violência para roubar e que dela resulte a morte para que se tenha caracterizado o delito (RT 462/353, 604/352, 620/332). É mister, porém, que a violência tenha sido exercida para o fim de subtração ou para garantir, depois desta, a impunidade do crime ou a detenção da coisa subtraída...” (Mirabete, Manual de Direito Penal, vol. 2, Atlas, São Paulo, 1997, 12ª ed., pág. 242).

No caso, os delinquentes não sabiam que a pessoa que se aproximava era o mesmo policial que havia participado da perseguição, mas pretendiam afastar qualquer curioso, podendo, portanto, a vítima ter sido qualquer outra pessoa, inclusive as crianças que brincavam ali por perto.

Dessa forma, data venia dos entendimentos contrários, foram dois crimes autônomos e o lamentável fator morte exerce vis atractiva, remetendo o julgamento para a competência do Tribunal do Júri.

Por tais fundamentos, julga-se procedente o presente conflito negativo de jurisdição, declarando-se competente o Juízo suscitado, ou seja, o da 2ª Vara da comarca de São Bento do Sul.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Genésio Nollí.

Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho.

Florianópolis, 13 de março de 2001.

Amaral e Silva,
Presidente com voto;
Solon d’Eça Neves,
Relator.

INQUÉRITO

INQUÉRITO N. 00.016850-5, DE PAPANDUVA

Relator: Des. Maurílio Moreira Leite

Inquérito policial. Emissão de cheques sem suficiente provisão de fundos. Prefeito Municipal. Foro privilegiado. Requerimento de arquivamento formulado pelo Procurador-Geral de Justiça. Ne-

cessidade de exame dos argumentos expendidos. Lei n. 8.625/93, Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e Lei Complementar Estadual n. 197/2000. Exegese de seus artigos 12, inciso XI, e 94, inciso I, respectivamente. Pagamento efetuado antes do oferecimento da denúncia. Súmula 554 do Supremo Tribunal Federal. Ausência de justa causa. Arquivamento deferido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Inquérito n. 00.016850-5, da comarca de Papanduva, em que são indiciados Edilson Lisboa e Silmara Sementkoski:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, deferir o pedido de arquivamento.

Custas legais.

Na comarca de Papanduva, foi instaurado inquérito policial visando a apurar prática delituosa, prevista no artigo 171, § 2º, inciso VI, do Código Penal, atribuída ao senhor Edilson Lisboa e Silmara Sementkoski, Prefeito Municipal de Monte Castelo e Tesoureira, respectivamente. Concluído o inquérito, por despacho constante a fls. 16, os autos foram remetidos à douta Procuradoria-Geral de Justiça, em face do estatuído no artigo 29, inciso X, da Constituição Federal.

O Dr. Procurador-Geral de Justiça, aprovando manifestação do Dr. Paulo de Tarso Brandão, Promotor de Justiça, Assessor Jurídico do Gabinete, requer o arquivamento, quando afirmada a inocorrência de justa causa à persecução penal in juditio.

Com o advento da Lei n. 197 de 13 de julho de 2000, artigo 94, inciso I, compete ao egrégio Colégio de Procuradores de Justiça “rever, pela maioria absoluta de seus mem-

bro integrantes, decisão de arquivamento de inquérito policial ou peças de informação determinada pelo Procurador-Geral de Justiça, nos casos de sua atribuição originária: I — mediante encaminhamento do relator, em caso de não confirmação do arquivamento pelo Tribunal de Justiça”.

Portanto, ante o novo disciplinamento, que teve por fulcro o disposto no artigo 12, inciso XI, da Lei n. 8.625 de 12 de fevereiro de 1993, Lei Orgânica do Ministério Público Nacional, cumpre o exame do mérito da pretensão, pois não mais em vigor a orientação jurisprudencial de que “tratando-se de competência originária, diante do pedido de arquivamento da representação, ao Tribunal só resta acolhê-lo. E que sendo o Ministério Público, e não a Corte, o titular da ação de pretensão punitiva, unicamente o Parquet pode decidir a respeito” (Representação n. 99.007410-2, de Imbituba, julgada em 21 de março de 2000).

O inquérito foi instaurado a requerimento de Shirlei Biazin, quando afirmado: “Os requeridos, o primeiro na qualidade de Prefeito Municipal e a segunda na qualidade de tesoureira, emitiram cheque sem provisão de fundos, conforme atesta o documento em anexo”. E, o documento referido diz respeito ao cheque n. 000014-0, referente à conta n. 006.191-5, datado de

5 de julho de 2000, no valor de R\$ 76,83 (setenta e seis reais e oitenta e três centavos). Segundo o constante no verso, não foi resgatado por insuficiência de fundos, na primeira apresentação (código n. 11), constantes, ainda, os códigos 13 e 14, dizendo respeito, respectivamente, à conta encerrada e prática espúria, adulteração. Tal pagamento referia-se à pensão alimentícia devida à requerente, por seu ex-marido, funcionário da referida prefeitura, e que era descontada, mensalmente, de seu salário. Segundo explicação fornecida pela tesoureira, Sra. Silmara Sementkoski, “no dia 4 de julho a declarante entregou para o amásio da Sra. Shirlei, o cheque n. 000014-0, da c/c 006.191-5, do Banco do Estado de Santa Catarina (Besc), agência desta Cidade, no valor de R\$ 76,83 (setenta e seis reais e oitenta e três centavos), referente à pensão alimentícia do mês de maio de 2000, que esta recebe do funcionário público municipal, Sr. Antonio Sebastião Bandeira, seu ex-marido; que a Sra. Shirlei telefonou no dia seguinte, após a mesma não ter conseguido receber o valor referente ao cheque no banco por insuficiência de fundos, momento em que a declarante pediu para ela segurar o cheque por alguns dias, até pegar autorização do Prefeito Municipal, Sr. Edilson, para efetuar uma transferência de dinheiro de uma outra conta para aquela do cheque, a qual disse que esperaria e após esta data não procurou mais a declarante”.

Por sua vez, Edilson Lisboa, Prefeito Municipal, deu a seguinte explicação: “quanto ao fato do referido cheque não ter sido pago anteriormente por insuficiência de fundos, o declarante diz que o valor referente ao

mesmo, ao invés de ter sido depositado na conta 006.191-5, foi depositado por um funcionário da Prefeitura em outra conta, por engano, portanto o declarante não tinha conhecimento do fato”.

A análise de tais versões restam prejudicadas, haja vista que o pagamento do referido cheque foi realizado, inclusive com referência à pensão relativa ao mês de junho, consoante cópia de recibo, devidamente autenticado, assinado pela representante, no qual se lê: “Recebi da Prefeitura Municipal de Monte Castelo, a importância supra de R\$ 153,66 (cento e cinquenta e três reais e sessenta e seis centavos), proveniente de pagamento de pensão alimentícia, referente aos meses de maio/2000 e junho/2000, descontado na folha de pagamento do servidor Antonio S. Bandeira. Monte Castelo, 18 de julho de 2000”.

Em decorrência, não há falar no crime definido no artigo 171, § 2º, inciso VI, do Código Penal, em face do estatuído na Súmula 554 do Supremo Tribunal Federal.

No que diz respeito ao crime previsto no artigo 315 do Código Penal, “Emprego irregular de verbas ou rendas públicas”, mencionado na apresentação, matéria hoje tratada, com referência ao indiciado, no Decreto-Lei n. 201/67, sequer, em tese, pode ser cogitado, pois se tratando de pensão alimentícia, valor descontado do vencimento do funcionário, não há falar em “bens ou rendas públicas”. Aliás, consoante salientado na promoção da douta Procuradoria-Geral de Justiça: “É evidente que não fica configurada a hipótese do tipo previsto no

artigo 315 do Código Penal, aventado na inicial, uma vez que, em se tratando de pagamento de prestação alimentícia descontada de servidor para repasse à ex-esposa, os valores em foco pertencem ao patrimônio de particulares e não de verbas públicas” (fls. 22).

Em face do exposto, é deferido o requerimento de arquivamento do presente auto de inquérito policial.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos.

Srs. Des. Irineu João da Silva e Torres Marques. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. José Galvani Alberton.

Florianópolis, 5 de dezembro de 2000.

Jorge Mussi,

Presidente;

Maurílio Moreira Leite,

Relator.

RECURSOS DE AGRAVO

RECURSO DE AGRAVO N. 00.008611-8, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

Relator: Des. Álvaro Wandelli

Execução penal — Decreto Presidencial n. 3.226/99 — Indulto e comutação de penas — Recurso provido.

Razões de política criminal, além da vedação de comutação àqueles que “estejam sendo processados pelos crimes descritos no art. 7º” do Dec. Presidencial n. 3.226/99 (art. 3º, inc. II), impõem a cassação do benefício àqueles que foram condenados pelos mesmos crimes.

“O Estado não pode fomentar em leis aquelas atividades que proíbe em outras leis.” (Maurício Antônio Ribeiro Lopes)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Agravo n. 00.008611-8, da comarca de Balneário Camboriú (Vara Criminal), em que é recorrente a Justiça Pública, por seu Promotor, sendo recorrido João Carlos Vaz da Silva:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Trata-se de recurso de agravo interposto pelo representante ministerial, inconformado com a decisão que concedeu comutação de pena ao sentenciado João Carlos Vaz da Silva, condenado ao cumprimento de 3 (três) anos de reclusão, por infração ao art. 12 da Lei n. 6.368/76.

Alega o recorrente que o apenado não tem direito ao benefício concedido, em face da vedação da comutação como forma de indulto parcial, a teor do art. 7º, I, do Decreto Presidencial n. 3.226/99.

Com as contra-razões, e mantida a decisão atacada, os autos ascenderam a esta Instância, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Hipólito Luiz Piazza, opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

1. Mais uma vez a falta de técnica do legislador, preocupado em contentar a opinião "publicada", causa controvérsias no seio da comunidade jurídica, impondo "conseqüências não queridas" na realidade penitenciária do país.

Como é de costume, anualmente, nos meses de setembro ou ou-

tubro, o Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o inc. XII do art. 84 da Constituição Federal de 1988, após manifestação do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, concede indulto e comutação de penas, ou seja, "por ocasião das festividades comemorativas do Natal, perdão ao condenado em condições de merecê-lo, proporcionando-lhe a oportunidade de retorno útil ao convívio da sociedade, objetivo maior da sanção penal" (Decreto Presidencial n. 3.226/99).

Nesse passo, antes mesmo da discussão advinda com o Decreto Presidencial n. 3.226/99, quando convencionada proibição expressa, tanto ao indulto quanto à comutação, Alberto Silva Franco já mencionava que "o Presidente da República não ficará, assim, obstado de conceder indulto ou, até mesmo, de comutar pena, no que tange aos crimes hediondos, à tortura, ao tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e ao terrorismo. Se, no decreto presidencial, não houver explícita exclusão dos referidos fatos delituosos, a causa extintiva da punibilidade do indulto e a causa de abrandamento de pena da comutação poderão ter tranqüila incidência" (Crimes Hediondos, SP: RT, 1991, pág. 48).

Não se olvide que, na esteira de entendimentos já esposados por esta egrégia Segunda Câmara Criminal, o instituto do indulto pode ser total ou parcial, quando se denomina comutação, que, segundo De Plácido e Silva, "é a indulgência consistente em se mudar ou trocar (comutar) uma pena por outra. É substituir a primitividade imposta, que era de caráter mais grave, por outra mais benigna ou menos grave" (Vocabulário Jurídico, 4ª

ed., Rio: Forense, 1996, vol. I, pág. 460).

No entanto, à luz dos dispositivos do referido decreto, os institutos foram tratados distintamente, configurando ato cujas conseqüências favoráveis ao apenado reclamariam interpretação ampliativa, especialmente pelos princípios constitucionais da legalidade e da taxatividade asseguradores da segurança jurídica.

O princípio da legalidade (não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal — CF, art. 5º, inc. XXXIX), aplicado à execução legal, determina que a pena e a medida de segurança sejam executadas na forma prescrita em lei, nem mais nem menos.

Por outro lado, tendo por escopo a norma jurídica, o princípio da taxatividade “significa que o legislador deve redigir a disposição legal de modo suficientemente determinado para uma mais perfeita descrição do fato típico (lex certa). Tem ele, assim, uma função garantista, pois o vínculo do juiz a uma lei taxativa o bastante constitui uma autolimitação do poder punitivo-judiciário e uma garantia de igualdade. Como bem se esclarece, a exigência de determinação se refere não só à descrição das condutas delitivas, mas também à fixação dos marcos ou margens penais, que, quando excessivamente amplos, colidem com o princípio da legalidade” (Maurício Antônio Ribeiro Lopes, *Princípios Políticos do Direito Penal*, 2ª ed., RT, SP, 1999, pág. 83).

Na verdade, da interpretação literal do Decreto, conclui-se que o pressuposto básico da comutação é de aplicação ao condenado que não

preenche os requisitos do indulto. A distinção efetuada pelo decreto entre os institutos, à luz dos princípios constitucionais, por si só, já autorizaria o aplicador do direito a interpretar seus dispositivos como favor rei concedida àqueles que, condenados por quaisquer crimes, não tenham cometido falta grave no último ano e não estejam sendo processados por outro crime praticado com violência contra a pessoa ou pelos crimes descritos no art. 7º, sem qualquer restrição àqueles que foram condenados por tais crimes.

Sobre a matéria colhe-se entendimento doutrinário:

“Também existe a prescrição para que não seja concedida a comutação ao condenado que esteja sendo processado por outro crime praticado com violência contra a pessoa, bem como não esteja sendo processado pelos crimes hediondos, de tortura, terrorismo e tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, pelos crimes definidos no Código Penal Militar, pelo crime de roubo com emprego de arma de fogo, pelo crime de roubo que tenham mantido a vítima em seu poder ou de outra forma restringido sua liberdade. Pelos mesmos fundamentos já expressos, propugnamos pela inconstitucionalidade do dispositivo. É curioso destacar, entretanto, que não há qualquer óbice à concessão da comutação a condenação pelos crimes acima citados, já que o decreto fala em ‘sendo processado’ e nada menciona à condenação. Portanto, em decorrência do princípio da isonomia e da proporcionalidade, defendemos ser cabível a concessão da comutação, independentemente da existência de processo ou condenação por crimes

hediondos, de tortura, terrorismo e tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, pelos estes crimes quando definidos no Código Penal Militar, pelo crime de roubo com emprego de arma de fogo e pelo crime de roubo que tenham mantido a vítima em seu poder ou de outra forma restringido sua liberdade" (Felippe Borring Rocha, <http://www.jus.com.br/doutrina/indulto99.html>).

No entanto, não há como deixar de reconhecer que (nesse momento até por razões de política criminal e bom senso), em face da proibição expressa inserta no art. 3º, inc. II, do Decreto Presidencial n. 3.226/99 (não esteja sendo processado por outro crime praticado com violência contra a pessoa, bem como não esteja sendo processado pelos crimes descritos no artigo 7º deste Decreto), ajustada ao pensamento da maioria, o "Estado não pode fomentar em leis aquelas atividades que proíbe em outras leis" (Maurício Antônio Ribeiro Lopes, ob. cit., pág. 201).

Tão-somente por esses motivos a decisão que concedeu comutação ao apenado deve ser cassada, restaurando-se a situação prisional anterior.

Neste sentido já decidiu este egrégio Tribunal de Justiça:

"Recurso de Agravo. Reeducação condenado pela prática de crime de tráfico ilícito de entorpecentes. Comutação concedida com base no Decreto Presidencial n. 3.226/99. Instituto consistente em espécie de indulto, cuja concessão é vedada por lei dos crimes hediondos ou a eles equiparados (art. 2º, I, da Lei n. 8.072/90), e também constitucionalmente (art.

5º, XLIII). Benefício cassado" (Rec. de Agravo n. 00.002069-9, da Capital, rel. Des. Maurílio Moreira Leite, j. 21/3/00).

Ainda:

"Recurso de agravo — Comutação de pena — Estupro — Crime hediondo — Inviabilidade — Art. 7º, inc. I, do Decreto n. 3.226/99.

"A comutação como espécie de indulto não pode ser concedida aos condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados por vedação expressa da Lei n. 8.072/90 (art. 2º, inc. I) e da Constituição Federal (art. 5º, inc. XLIII).

"Recurso provido" (Rec. de Agravo n. 00.003220-4, de Curitiba, rel. Des. Genésio Noll, j. 28/3/00).

Embora poucas, há vozes que se levantam contra a violação dos princípios constitucionais com a esperança de deixarmos os tempos longínquos da vingança privada definitivamente para trás, mas elas existem.

2. 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, inc. 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 hedi-

ondos, 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 Camargo Penteado:

“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 individua-

lização 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 de satisfação 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 art. 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 determinada 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 pela 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 de 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 Min. 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 definidos no art. 1º da citada Lei, ou seja, nos de latrocínio, extorsão qualificada pela morte, extorsão mediante seqües-

tro 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 sociopsicológicas que lhes são próprias, mas do episódio 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 con-

denado 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, despondo 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 co-

gente, 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, vêm 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, em seu 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 § 7º.

E, como bem assinalou o eminente ex-Ministro Vicente Cernicchiaro, no julgamento unânime do Recurso Especial n. 140.617—GO, pela 6ª Turma do colendo Superior Tribunal de Justiça, em 12/9/97, 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 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, a progressão de regime”.

E, na 2ª Câmara Criminal do vizinho Estado do Rio Grande do Sul, temos, inclusive, entendimento pela inconstitucionalidade da Lei dos Cri-

mes 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” (Agravado, rel. Tupinambá Pinto de Azevedo, j. 7/8/97).

Ou seja, ao crime hediondo, praticado por quadrilha ou bando, incidirá o prefalado art. 10 da Lei n. 9.034/95 e não o art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, verdadeiro contra-senso se considerarmos a necessária obediência ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade dos atos normativos:

“A inoportunidade de elementos arbitrários no conteúdo intrínseco da norma em causa evidencia que se atendeu, no processo de sua formal positividade jurídica, a exigência constitucional que impõe ao Estado a ob-

servância do princípio da igualdade na elaboração dos atos emanados do Poder Público, respeitando-se, desse modo, com inteira fidelidade, o postulado do substantive due process of law, cuja formulação repele, por inadmissíveis, quaisquer cláusulas ou disposições normativas que se caracterize pela ausência do necessário coeficiente de razoabilidade” (RTJ 162/388).

Apesar disso, não custa lembrar que o jurista moderno, adaptado às condições de seu tempo, deve atentar para a proteção dos direitos e garantias fundamentais do cidadão e, especialmente, no campo do direito da execução penal, “há que colocar-se a interpretação no seu harmonioso campo teleológico, de vistas voltadas para a premiação da recuperação do detento, manipulada em função de fatores reeducacionais diversos, dentre os quais a pena como um todo é condição singular da progressiva brandu-

ra prisional, conquistados os seus benefícios a crédito do próprio cumprimento singular e contínuo da penitência a purgar” (RHC n. 1.584—RJ, rel. Min. José Dantas, j. 21/11/91).

3. Diante do exposto, conhece-se do recurso e dá-se-lhe provimento para cassar a decisão que concedeu comutação de pena.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Jorge Mussi e Maurílio Moreira Leite, e lavrou parecer, pela doutra Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Hipólito Luiz Piazza.

Florianópolis, 6 de junho de 2000.

Alberto Costa,
Presidente;
Álvaro Wandelli,
Relator.

RECURSO DE AGRAVO N. 99.014737-1, DE PAPANDUVA

Relator: Des. Francisco Borges

Recurso de agravo. Execução de pena de multa. Extinção. Ilegitimidade do Ministério Público. Precedentes jurisprudenciais.

A alteração do art. 51 do Código Penal, com a superveniência da Lei n. 9.268/96, deixa claro que a multa aplicada em sentença penal condenatória passou a ter caráter extrapenal, sendo considerada dívida de valor, não mais competindo ao Ministério Público a propositura da competente ação de execução, cuja legitimidade ora pertence à Fazenda Pública.

Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Agravo n.

99.014737-1, da comarca de Papanduva, em que é recorrente a

Justiça, por seu Promotor, sendo recorrido Lourival Spack:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por decisão unânime, negar provimento ao recurso.

Custas de lei.

Cuida-se de recurso de agravo interposto pelo Representante do Ministério Público contra a decisão que, nos autos da ação de execução de pena de multa deflagrada pelo Parquet em exercício na comarca de Papan-duva contra Lourival Spack, extinguiu de ofício o processo com fulcro no art. 264, IV, e § 3º, do CPC, por entender que a partir da edição da Lei n. 9.268/96, que alterou a redação do art. 51 do Código Penal, a competência para a propositura de tal espécie de ação pertence à Fazenda Pública, não possuindo mais o Ministério Público legitimidade para tanto, importando assim na inexistência de pressuposto de desenvolvimento válido e regular do processo.

O ilustre representante do Parquet, em suma, transcreve artigo da lavra do ilustre Promotor de Justiça Pedro Roberto Decomain, no qual sustenta a legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação de execução de pena de multa, nos moldes do art. 129, I, da Carta Constitucional e art. 164 da Lei n. 7.210/84, citando ainda recente orientação da Corregedoria-Geral do Ministério Público.

Transcorrido in albis o prazo para o oferecimento das contra-razões, os autos ascenderam a esta Instância, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo retorno dos autos à origem, a fim de

que o Magistrado cumprisse a norma inculpada no art. 589 do CPP, o que foi atendido.

Após o despacho de sustentação, os autos alçaram novamente a esta Instância, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Apesar dos respeitáveis argumentos trazidos à baila pelo recorrente, não há como se dar guarida à pretensão almejada, porquanto a alteração sofrida pelo art. 51 do Código Penal, com a superveniência da Lei n. 9.268/96, deixa claro que a multa aplicada em sentença penal condenatória passou a ter caráter extrapenal, sendo considerada dívida de valor.

Dispõe o referido dispositivo:

“Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas de legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição”.

Comentando a norma em tela, Julio Fabbrini Mirabete assevera que “a multa aplicada em sentença condenatória transitada em julgado, tenha sido aplicada isoladamente ou cumulativamente com outra pena, perde o caráter de sanção penal, transformando-se em mera dívida de valor, com todas as conseqüências desta” e, mais à frente arremata: “Não se constituindo a multa definitivamente aplicada em sanção penal, estão revogados tacitamente os arts. 164 a 166 da LEP” (Manual de Direito Penal, vol. 1, 12ª ed., Atlas, 1997, págs. 283/284).

No mesmo sentido, Damásio E. de Jesus leciona:

“A execução não se procede mais nos termos dos arts. 164 e ss. da LEP: deixa de ser atribuição do Ministério Público, passando a apresentar caráter extrapenal, a ser promovida pela Fazenda Pública” (Código Penal Anotado”, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996, pág. 146).

Alberto Silva Franco comunga do mesmo entendimento:

“A sentença, que impõe pena de multa, produz os efeitos próprios de uma decisão penal condenatória e, apenas, o quantum da pena, traduzido em valor, será cobrado pela Fazenda Pública, se o condenado, notificado após o trânsito em julgado da sentença, não se dispuser a pagá-la ou não requerer o seu parcelamento ou o seu desconto no vencimento ou no salário. (...) Destarte, diante dos termos explícitos do art. 51 do CP, não se compreende como possa estar o Ministério Público, do ponto de vista ativo, legitimado para dar início à execução da pena pecuniária. O texto do art. 51 é bastante explícito e não dá margem a interpretação diversa. Se à multa devem ser aplicadas as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, ou seja, a Lei n. 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal), é inquestionável que, a partir do momento em que o Juiz da Execução Penal remeter a documentação necessária — certidão da sentença condenatória à pena de multa, com trânsito em julgado e comprovação de que o condenado foi notificado nos termos do art. 50 do CP, mas não efetuou o respectivo pagamento — para a Fazenda Pública a fim de que proceda à

inscrição da multa como dívida ativa não tributária, o Ministério Público deixou de ter legitimidade ativa para propor a execução da pena pecuniária” (Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, vol. 1, tomo I, 6ª ed., RT, pág. 862)

Esta Corte, em diversas oportunidades, manifestou-se no sentido da doutrina acima colacionada, como atestam os seguintes arestos:

“Execução penal — Pena de multa — Lei n. 9.268/96 — Caráter extrapenal — Ilegitimidade do Ministério Público — Precedentes jurisprudenciais — Recurso desprovido.

“O art. 51 do CP, com nova redação dada pela Lei n. 9.268/96, considera a multa de dívida de valor, exsurgindo legitimada à execução a Procuradoria do Estado.

“A multa, imposta isolada ou cumulativamente, perde o caráter penal propriamente dito, ‘transformando-se em mera dívida de valor, com todas as consequências desta’.

“Não se constituindo a multa definitivamente aplicada em sanção penal, estão revogados tacitamente os artigos 164 e 166 da LEP” (Júlio Fabbrini Mirabete)” (RA n. 99.000432-5, de Lages, rel. Des. Amaral e Silva, DJ de 26/3/99).

“Processual penal — Recurso de agravo — Pena de multa — Execução — Caráter extrapenal — Ilegitimidade do Ministério Público — Recurso desprovido.

“A nova redação do art. 51 do CP, estabelecida na Lei n. 9.268/96, considera a multa dívida de valor, exsurgindo legitimada à execução a Procuradoria do Estado” (RA n.

97.003369-9) (RA n. 98.009777-0, de São José, rel. Des. Souza Varella, DJ de 1º/9/99).

Ainda:

“A partir da vigência da Lei n. 9.268 de 1º/4/96, dando nova redação ao caput do art. 51 do Código Penal e revogando os §§ 1º e 2º do mesmo art. 51 e o art. 182 da Lei de Execução Penal (n. 7.210/84), ficou proibida a conversão da pena de multa em detenção.

“Assim, nos termos da lei nova, mais benéfica e que retroage, ‘o valor da pena de multa deve ser inscrito como dívida ativa em favor da Fazenda Pública. A execução não se procede mais nos termos dos arts. 164 e ss. da LEP. Devendo ser promovida pela Fazenda Pública, deixa de ser atribuição do Ministério Público, passando a ter caráter extrapenal’ (Damásio E. de Jesus)” (RA n. 291, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Nilton Macedo Machado, DJ de 8/7/96).

Aliás, este é o entendimento do egrégio Superior Tribunal de Justiça, do qual citam-se os seguintes julgados:

“Multa imposta em processo criminal (Código Penal — art. 51) — Lei n. 9.268/96 — Cobrança — Ilegitimidade do Ministério Público Estadual — Legitimidade da Fazenda Pública.

“— Desde o advento da Lei n. 9.268/96, compete ao Estado, através de seus procuradores, cobrar dívida correspondente a pena de multa, imposta em processo criminal (CP, Art. 51). O Ministério Público carece de legitimidade para tal cobrança” (Conflito de Atribuições n. 76/RJ, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 31/5/99).

“Tributário e penal. Multa imposta em processo penal. Execução. Ilegitimidade do Ministério Público e legitimidade da Fazenda Pública. Nova redação do artigo 51 do Código Penal (Lei n. 9.268/96).

“A titularidade para promover a execução, visando à cobrança decorrente de condenação criminal, com a imposição cumulativa de multa, passou a ser da Fazenda Pública, sendo o Ministério parte ilegítima para alcançar tal desiderato (art. 51 do CP, com a nova redação dada pela Lei n. 9.268/96). Precedente jurisprudencial.

“Recurso a que se nega provimento. Decisão unânime” (REsp. n. 151.285/SP, rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJU de 30/11/98).

Também nesse sentido:

“Processo civil. Processo penal. Execução de pena de multa. Legitimidade.

“Depois da Lei n. 9.268 de 1996, a legitimidade para propor a execução da pena de multa é da Fazenda Pública.

“Recurso especial não conhecido” (REsp. n. 151.315/SP, rel. Min. Ari Pargendler, DJU de 23/11/98).

“Processual — Pena de multa — Exigência de certidão da dívida ativa — Legitimidade — Fazenda Pública.

“Com o advento da Lei n. 9.268/96 que deu nova redação ao art. 50 do Código Penal, a multa passou a ser considerada dívida de valor e a ter caráter extrapenal. Sua execução passou a ser regulada pela Lei n. 6.830/80, necessitando da respectiva inscrição na dívida ativa e sendo ajuizada pela Fazenda Pública.

“Recurso improvido” (REsp. n. 175.909/SP, rel. Min. Garcia Vieira, DJU de 21/9/98).

Finalmente:

“Processual civil, penal e tributário. Multa imposta em sentença penal condenatória. Legitimidade para a cobrança em Juízo: da Fazenda Pública, e não do Ministério Público. Inscrição da multa na dívida ativa da Fazenda. Necessidade. Cobrança que deve ser efetuada nos termos da Lei n. 6.830/80. Recurso conhecido, mas improvido.

“I — De acordo com o ‘novo’ art. 51 do CP, a multa imposta em sentença penal condenatória é considerada dívida de valor, devendo ser cobrada segundo a Lei n. 6.830/80. Por essa razão, será inscrita em dívida ativa, e será reclamada via execução fiscal movida pela Fazenda Pública, falecendo legitimidade ativa ao Ministério Público.

“II — Recurso especial conhecido pela divergência, mas improvido, prestigiando-se as decisões proferidas nas instâncias ordinárias” (REsp. n. 180.921/SP, rel. Min. Adhemar Maciel, DJU de 19/10/98).

Por esses fundamentos, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Souza Varella. Lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho.

Florianópolis, 15 de fevereiro de 2000.

Amaral e Silva,
Presidente com voto,
Francisco Borges,
Relator.

RECURSO DE AGRAVO N. 99.018457-9, DE CHAPECÓ

Relator: Des. Francisco Borges

Recurso de agravo. Falta grave no cumprimento da pena. Perda dos dias remidos. Art. 127 da Lei n. 7.210/84. Coisa julgada e direito adquirido inexistentes. Recurso desprovido.

“A dicção do art. 127 da Lei n. 7.210/84 é clara ao estabelecer que o condenado que cometer falta grave (fuga do cárcere), durante a execução da pena, perderá os dias remidos, motivo pelo qual não há falar em coisa julgada e direito adquirido, dado que a decisão reconhecedora da remição não faz coisa julgada material. Precedentes da Corte” (RHC n. 8.460/SP, rel. desig. Min. Fernando Gonçalves, DJU de 6/9/99, pág. 00133).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Agravo n. 99.018457-9, da comarca de Chapecó (2ª Vara Criminal), em que é recorrente Ademir Bento, sendo recorrida a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por decisão unânime, negar provimento ao recurso.

Custas de lei.

O representante do Ministério Público em exercício na comarca de Chapecó interpôs recurso de agravo contra a decisão que, em incidente disciplinar instaurado em desfavor do apenado Ademir Bento, por ter cometido a falta grave prevista no art. 50, II, da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84), apesar de decretar a regressão de regime de cumprimento de pena, deixou de aplicar-lhe a sanção prevista no art. 127 da Lei n. 7.210/84, que prevê a perda dos dias remidos, por entender que referida norma é inconstitucional, ao afrontar o art. 5º, XXXVI, da CF/88, bem como o art. 45, caput, da própria Lei de Execução Penal.

Alega, em suma, que o dispositivo em tela não traduz inconstitucionalidade, citando entendimento jurisprudencial em apoio ao seu posicionamento, pugnano, ao final, pelo cancelamento dos dias remidos pelo apenado, evitando a detração do total da pena privativa de liberdade imposta.

O apenado contra-arrazoou o recurso, defendendo a manutenção da decisão recorrida, por entender que o art. 127 da Lei de Execução Penal é inconstitucional por violar direito

adquirido por decisão judicial transitada em julgado que não pode ser revista pelo Juízo da Execução.

Sustentou que o mencionado preceito apenas pode incidir sobre os dias remidos que não foram declarados por decisão judicial transitada em julgado, por não fazer coisa julgada, mesmo porque tal punição é aplicada em procedimento administrativo disciplinar, no qual sequer há o direito à ampla defesa.

Em seguida, o Magistrado retratou-se, acatando as razões expandidas pelo representante do Parquet, quando então o apenado requereu a remessa dos autos a esta Instância, nos termos do parágrafo único do art. 589 do Código de Processo Penal, tendo a douta Procuradoria-Geral de Justiça se manifestado pelo desprovisionamento do pleito.

É o relatório.

O recorrente, segundo consta do boletim informativo expedido pela Penitenciária Agrícola de Chapecó, foi condenado em quatro processos por infração aos seguintes artigos do Código Penal: 129, caput, c/c 65, III, d, c/c 61, I; 147, caput, c/c 61, I; 155, § 4º, I, c/c 61, I; e 155, § 4º, IV, c/c 61, I, e 65, III, d, cuja pena total somada importa em 4 anos e 5 meses de reclusão e 10 dias de detenção, possuindo deste quantum 40 dias remidos.

Consta ainda que há inquérito policial em andamento na comarca de Anchieta, onde é acusado do delito de lesões corporais, sendo que a perda dos dias remidos em discussão resulta do fato de o apenado, ao obter dispensa judicial de sete dias, ter permanecido por mais 16 dias além do prazo estipulado, configurando assim a hi-

pótese prevista no art. 50, II, da Lei de Execução Penal.

Sobre o tema, leciona Julio Fabbrini Mirabete:

“A fuga e conseqüentemente a sua tentativa, também é falta disciplinar grave (inciso II). Ao contrário do que ocorre na legislação penal, que considera crime apenas a evasão praticada com violência, a falta disciplinar configura-se ainda quando o preso não se utiliza desses meios para deixar a prisão. Também é indiferente que o preso tenha causado danos ao patrimônio ou tenha sido auxiliado ou favorecido por funcionários ou companheiros. Inclui-se no dispositivo, evidentemente, a fuga realizada durante a permanência fora do estabelecimento, como nas hipóteses de saídas autorizadas, trabalho externo, traslado etc.” (grifo nosso) (Execução Penal, 8ª ed., Atlas, pág. 139).

A questão trazida a lume não é novidade nesta Corte que, por meio de inúmeros precedentes, tem rechaçado a pretensão almejada pelo recorrente sob o entendimento de inexistir qualquer inconstitucionalidade na Lei de Execução Penal ao prever a perda dos dias remidos pelo apenado quando este comete falta grave, por não se tratar de direito adquirido, mas mero benefício sujeito à condição, qual seja, o não cometimento de falta grave.

O art. 126, caput, da Lei n. 7.210/84 dispõe que “o condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semi-aberto poderá remir, pelo trabalho, parte do tempo de execução da pena”, todavia, a seguir, o art. 127 do mesmo estatuto ressalva que no caso de o condenado ser punido por falta grave “perderá o direito ao tempo

remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar”.

Verifica-se, portanto, que o escopo do instituto da remição é incentivar que o apenado tenha bom comportamento enquanto estiver sob os cuidados do Estado, respeitando a disciplina do estabelecimento penal onde se encontra, condicionando assim o reconhecimento do benefício da remição à inexistência de comportamento que caracterize falta grave.

Julio Fabbrini Mirabete, sobre o tema, leciona:

“Nos termos em que é regulada a remição, a inexistência de punição por falta grave é um dos requisitos exigidos para que o condenado mantenha o benefício da redução da pena. Praticando falta grave, o condenado deixa de ter o direito à remição, assim como, por exemplo, se revoga o sursis ou o livramento condicional quando o condenado pratica novo crime ou sofre condenação durante o período de prova (fixado ou prorrogado). Assim, o abatimento da pena em face de remição não se constitui em direito adquirido protegido por mandado constitucional; é condicional, ou seja, pode ser revogado na hipótese de falta grave. Como bem observam Sérgio Nunes Coelho e Daniel Prado da Silveira, a remição ‘está sujeita à cláusula rebus sic stantibus não podendo, somente, ter seus efeitos revogados quando já extinta a punibilidade pelo cumprimento da pena’.

“Praticada a falta grave antes de decretada a remição, esta é indeferida quanto ao tempo anterior à prática da infração; estando o tempo remido, decreta-se a sua perda” (Exe-

ção Penal, Atlas, São Paulo, 1997, 8ª ed., págs. 297/298).

Desta Corte colhem-se os seguintes julgados abaixo colacionados:

“Execução penal — Fuga — Regressão de regime — Perda dos dias remidos — Art. 127 da LEP — Constitucionalidade — Recurso provido.

“Estando a remição condicionada ao bom comportamento, cometendo o apenado falta grave, a revogação do benefício se impõe.

“A perda de dias remidos não ofende a garantia constitucional do direito adquirido, porquanto se trata o benefício sujeito à condição” (RA n. 99.002802-0, de Chapecó, rel. Des. Amaral e Silva, DJ de 30/4/99).

“Execução penal — Remição — Falta grave (fuga) — Regressão do regime — Decisão que reconsiderou a perda dos dias remidos — Inadmissibilidade — Inexistência de coisa julgada e direito adquirido — Inteligência do art. 127 da LEP — Recurso provido.

‘A dicção do art. 127 da Lei n. 7.210/84 é clara ao estabelecer que o condenado que cometer falta grave (fuga do cárcere), durante a execução da pena, perderá os dias remidos, motivo pelo qual não há falar em coisa julgada e direito adquirido, dado que a decisão reconhecedora da remição não faz coisa julgada material. Precedentes da Corte’ (STJ, HC 8045/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 10/11/98)” (RA n. 99.002808-9, de Chapecó, rel. Des. Nilton Macedo Machado, DJ de 8/6/99).

Ainda:

“Recurso de agravo interposto pelo representante do Ministério Público, inconformado com a decisão que reconsiderou a determinação da perda dos dias remidos. Inexistência de direito adquirido e coisa julgada.

“O artigo 127 da Lei de Execuções Penais é taxativo: ‘O condenado que for punido por falta grave perderá o direito ao tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar’.

“A perda dos dias remidos pelo recorrido é medida que se impõe.

“Recurso provido” (RA n. 98.016706-0, de Chapecó, rel. Des. Genésio Nolli, DJ de 9/4/99).

E, por fim:

“Agravado em execução penal — Falta grave — Fuga — Perda do direito aos dias remidos — Art. 127 da Lei de Execução Penal — Ofensa ao princípio constitucional do direito adquirido — Inocorrência — Recurso provido.

“Não ofende o princípio constitucional do direito adquirido a perda do tempo remido pelo trabalho por condenado em processo penal, pois o cometimento de falta grave não retroage para alcançar situação já consolidada, caracterizando, na verdade, condição resolutive da remição” (RA n. 99.002797-0, de Chapecó, rel. Des. Paulo Gallotti, DJ de 26/5/99).

Apanham-se do colendo Superior Tribunal de Justiça os recentes arestos:

“Penal e processual penal. Falta grave no cumprimento da pena. Perda dos dias remidos. Art. 127 da Lei n. 7.210/85. Coisa julgada e direito

adquirido. Não prevalência em face do dispositivo legal.

“1 — A dicção do art. 127 da Lei n. 7.210/84 é clara ao estabelecer que o condenado que cometer falta grave (fuga do cárcere), durante a execução da pena, perderá os dias remidos, motivo pelo qual não há falar em coisa julgada e direito adquirido, dado que a decisão reconhecedora da remição não faz coisa julgada material. Precedentes da Corte.

“2 — Recurso ordinário improvido” (RHC n. 8.460/SP, rel. desig. Min. Fernando Gonçalves, DJU de 6/9/99, pág. 00133).

Também:

“RHC. Remição. Falta grave.

“1. A Lei n. 7.210/84, art. 127, expressamente dispõe que o condenado, punido por falta grave, perderá

o direito ao tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar.

“2. RHC improvido” (RHC n. 8.467/SP, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU de 30/8/99, pág. 00076).

Por esses fundamentos, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Souza Varella. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 14 de março de 1999.

Amaral e Silva,
Presidente com voto;
Francisco Borges,
Relator.

RECURSO DE AGRAVO N. 00.001578-4, DE LAGES

Relator: Des. Francisco Borges

Execução penal. Decreto n. 3.226/99. Comutação deferida com base no cômputo dos dias remidos sobre a pena efetivamente cumprida. Impossibilidade. Recurso provido.

Embora existentes duas correntes doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do cálculo da remição, uma no sentido de que os dias remidos devem ser somados ao tempo de pena já cumprido, e outra no sentido de que a remição deve incidir sobre o total da pena imposta, reduzindo-a, a melhor exegese pende para a segunda posição anotada.

“O tempo remido pelo trabalho do sentenciado, não deve ser somado ao lapso de tempo já cumprido da pena, para o efeito da concessão dos benefícios do livramento condicional, indulto e progressão de regime. Inteligência e aplicação do art. 128 da Lei de Execuções Penais – Lei n. 7.210/84” (RA n. 97.003032-0, da Capital, rel. Des. Genésio Nollí, DJ de 27/5/97).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Agravo n. 00.001578-4, da comarca de Lages (1ª Vara Criminal), em que é recorrente a Justiça Pública, por seu Promotor, sendo recorrido Romário Ribeiro de Liz:

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

Custas de lei.

Trata-se de recurso de agravo interposto pelo representante ministerial, inconformado com a decisão do MM. Juiz que concedeu ao apenado Romário Ribeiro de Liz, vulgo "Mário", comutação de $\frac{1}{4}$ da pena privativa de liberdade imposta e, concomitantemente, reduziu-a de 8 (oito) para 6 (seis) anos de reclusão, fazendo incidir sobre ela os dias remidos.

Alega que quando da realização do cálculo, o Juízo a quo considerou o período de pena remido (104 dias) como efetivamente cumprido. Desta feita, até 25/12/99 o apenado teria cumprido mais de $\frac{1}{4}$ da reprimenda imposta, fazendo jus à comutação de pena concedida pelo art. 2º do Decreto n. 3.226 de 29/10/99.

Requer, com lastro em julgados desta eg. Corte, que os dias remidos sejam deduzidos da pena imposta, em vez de acrescidos à pena efetivamente cumprida, e, em consequência, a reforma da decisão que concedeu a comutação de pena ao agravado.

Contra-arrazoado o recurso pelo defensor nomeado, o MM. Juiz proferiu despacho de manutenção da decisão impugnada, conforme precei-

tuado no art. 589 do Código de Processo Penal.

Os autos subiram a este Grau de Jurisdição, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo seu deferimento.

É o breve relatório.

Merece guarida o pleito ministerial.

Embora existam duas correntes doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema em debate, uma no sentido de que os dias remidos devem ser somados ao tempo de pena já cumprido, e outra no sentido de que a remição deve incidir sobre o total da pena imposta, reduzindo-a, este Órgão Fracionário adota a segunda posição anotada.

É da jurisprudência:

"Para efeito de progressão de regime os dias remidos não devem ser somados aos de cumprimento de pena, mas subtraídos do total da reprimenda" (RA n. 99.009102-3, de Lages, rel. Des. Amaral e Silva, DJ de 13/7/99).

"O tempo remido pelo trabalho do sentenciado não deve ser somado ao lapso de tempo já cumprido da pena, para o efeito da concessão dos benefícios do livramento condicional, indulto e progressão de regime. Inteligência e aplicação do art. 128 da Lei de Execuções Penais – Lei n. 7.210/84" (RA n. 97.003032-0, da Capital, rel. Des. Genésio Nollí, DJ de 27/5/97).

Esta Corte, em acórdão da lavra do eminente Des. Nilton Macedo Machado, já debateu o tema:

"Execução penal — Progressão de regime — Requisito temporal —

Remição — Não inclusão para efeito de concessão de benefícios — Abatimento da pena — Cálculo que deve ser feito sobre o total das penas aplicadas, ainda que superado o limite de trinta anos de encarceramento — Precedentes — Recurso desprovido.

“O tempo total pelo trabalho do sentenciado deve ser descontado do total da pena a cumprir — com a resultante servindo de base para os benefícios de progressão de regime, livramento condicional e indulto —, e não somado ao lapso do tempo já efetivamente cumprido.

‘A norma do artigo 75 do Código Penal refere-se ao tempo de efetivo encarceramento, 30 anos. Este limite não constitui, porém, parâmetro para a concessão de benefícios da execução, como o livramento condicional ou regime prisional semi-aberto’ (STF)” (RA n. 97.003960-3, da Capital, DJ de 16/6/97).

Do corpo do Recurso de Agravo n. 358, do mesmo relator, colhe-se minucioso estudo sobre o tema:

“A melhor solução em face da remição, que ora se adota, é aquela do ilustre professor Edmundo José Bastos Júnior, quando afirma:

‘Os comentaristas da Lei de Execução Penal, em geral, não tocam no ponto polêmico, mas José Antônio Paganella Boschi (Execução Penal — Questões Controvertidas, págs. 83/85), depois de opinar no sentido de que a quantidade da pena registrada na guia de recolhimento, em consequência de declaração de remição passará a ser a base de cálculo para a concessão dos benefícios legais, cita acórdão da Primeira Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul,

relatado pelo Desembargador Jorge Alberto de Moraes Lacerda, no Agravo n. 688054071, que tem a seguinte ementa:

‘Agravo. Remição. O período correspondente aos dias de trabalho do apenado, para efeito de remição, deve ser descontado do total da pena, e não somado ao lapso penal já efetivamente cumprido. Recurso ministerial provido’.

“Anoto-se, porém, que em contínua busca para uma correta e uniforme aplicação da legislação sobre execuções penais, encaminhou o então Presidente do Conselho Penitenciário deste Estado (1991), consulta sobre a matéria ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, órgão da execução penal vinculado ao Ministério da Justiça (LEP, arts. 62/64), onde aquele colegiado ao responder à consulta, aprovou, por unanimidade, o parecer do relator Luiz Alfredo Paim, reproduzido no mencionado artigo, que vale ser aqui transcrito:

‘Numa interpretação literal pode-se observar que, quando a lei fala em remir parte do tempo de execução da pena (art. 126, caput), já deixa implícita a idéia de uma parcela a ser deduzida de um todo. Infere-se a noção de um total, do qual se subtrai uma fração para resultar uma pena menor a ser cumprida. De qualquer modo, daí não se pode extrair a leitura de que o tempo remido deva ser considerado e equiparado ao tempo de pena efetivamente cumprido.

‘No particular, pode-se estabelecer perfeita analogia entre a remição e a comutação. Esta última se opera pelo abatimento de uma fração do total da pena aplicada e, ao menos que

se saiba, jamais alguém cogitou considerar a parte comutada da pena como efetivamente cumprida, para, ao contrário de abater do total, agregá-la à pena executada. Seria inaceitável tomar a parcela comutada e somá-la ao tempo já cumprido, para apressar a formação do tempo necessário à obtenção de outros benefícios. Ora, é o mesmo que se dá com a remição, que, tanto quanto a comutação, deve ser distraída do montante da pena.

‘Interpretação teleológica — Quando a lei condiciona a concessão de um benefício penal à implementação de um lapso de tempo é porque quer oportunizar a observação do apenado e isto implica em que este requisito temporal deva ser de efetivo cumprimento da pena, a ele não se podendo juntar o tempo remido, que é tempo ficto.

‘Estão neste caso, p. ex. o art. 83, I, II e III, do CP, sobre o livramento condicional. Ali se exige, além do requisito objetivo do cumprimento de parte da pena (...) que o condenado deve comprovar comportamento satisfatório durante a execução da pena. Ora, se esta fração de pena vier a ser implementada por tempo remido, o período de observação estará comprometido.

‘O mesmo se pode dizer do art. 112 da LEP, sobre a exigência de um sexto da pena no regime anterior para que se possa dar progressão. É claro o dispositivo ao exigir o cumprimento ao menos de um sexto da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão. Ora, como se haveria de avaliar o mérito do condenado se o sexto da pena no regime precedente vier a ser integralizado por tempo re-

mido, que não é tempo real? A propósito, a exposição de motivos que acompanhou o projeto da Lei de Execução Penal compreende como mérito a aptidão, capacidade e merecimento demonstrados no curso da execução.

‘Em suma, sempre que um benefício estiver condicionado ao cumprimento de uma fração da pena, esta fração há de ser de tempo cronológico (com perdão do pleonasma) e não de tempo *ex vi legis*, fictício, como é o tempo remido.

‘O art. 128 manda que, para efeito de livramento condicional e indulto, seja computado o tempo remido. Computar é calcular, contar, e isto tanto é somar, como abater. Temos que estão na relação de gênero para espécie. Assim, quando se subtrai o tempo remido do total da pena, o art. 128 estará sendo observado.

‘Dadas estas razões, o parecer que apresentamos é no sentido de que este Conselho opine pela interpretação proposta pelo ilustre consultante, isto é, que o tempo remido pelo trabalho seja abatido do total da pena a cumprir e que a resultante sirva de base de cálculo para os benefícios do livramento condicional, indulto e progressão de regime e nestes termos seja observado o art. 128 da LEP” (DJ de 4/10/95).

Dessa feita, como o agravado foi condenado à pena de 8 (oito) anos de reclusão pela prática do delito tipificado no art. 121, § 2º, inciso III, do Código Penal, com a causa de especial diminuição de pena de seu § 1º e devendo os dias remidos (cento e quatro) incidir sobre o total da pena imposta, esta ficará computada em 7

(sete) anos, 8 (oito) meses e 16 (dezesesseis) dias.

Resta analisar, então, se fará jus à comutação prevista no Decreto n. 3.226 de 29 de outubro de 1999.

Dispõe o art. 2º do referido ato administrativo:

“O condenado que, até 25 de dezembro de 1999, tenha cumprido um quarto da pena, se não reincidente, ou um terço, se reincidente, e não preencha os requisitos deste Decreto para receber o indulto, terá comutada sua pena com redução de um quarto, se não reincidente e de um quinto, se reincidente”.

O agravado iniciou o resgate da reprimenda em 6/4/98; não é reincidente, razão pela qual deverá ter cumprido um quarto de sua pena até 25/12/99, calculada a fração sobre 7 anos, 8 meses e 16 dias.

Desse modo, deverá ter cumprido 1 ano, 11 meses e 4 dias.

Não é o que se vislumbra dos autos.

O agravado terá cumprido apenas 1 ano, 8 meses e 19 dias, não preenchendo, portanto, o requisito objetivo para concessão do benefício.

Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Souza Varella. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 21 de março de 2000.

Amaral e Silva,
Presidente com voto;
Francisco Borges,
Relator.

RECURSO DE AGRAVO N. 00.009306-8, DE LAGUNA

Relator: Des. Maurílio Moreira Leite

Recurso de agravo. Pena de multa. Execução. Legitimidade ativa do Ministério Público.

A alteração do artigo 51 do Código Penal, determinada pela Lei n. 9.268/96, não tem o condão de abstrair do Promotor de Justiça a legitimidade para executar a pena de multa, que não perdeu o caráter penal, constituindo a satisfação do débito o exaurimento da pretensão punitiva, cujo titular é o Ministério Público.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Agravo n. 00.009306-8, da comarca de Laguna, em que é recorrente a Justiça, por seu

Promotor, e recorrido Giovane Pacheco:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime,

conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

Custas legais.

A representante do Ministério Público da comarca de Laguna, 2ª Vara, propôs execução de pena de multa contra Giovane Pacheco, condenado, pela prática de uso de entorpecente, a cinco meses de detenção e ao pagamento de catorze dias-multa, no valor diário de um trigésimo do salário mínimo vigente à época do fato, com sentença transitada em julgado em 22 de setembro de 1998.

A inicial foi indeferida pela autoridade judicial, por ilegitimidade ativa ad causam, valendo-se, para tanto, da orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça e de alguns julgados desta Corte, no sentido de que, com a nova redação determinada ao artigo 51 do Código Penal, pela Lei n. 9.268/96, a multa passou a ser considerada dívida de valor, devendo ser cobrada pela Fazenda Pública, nos termos da Lei n. 6.830/80.

Inconformada, a Dra. Promotora de Justiça interpôs recurso de agravo, nos moldes do artigo 197 da Lei de Execuções Penais, objetivando a reforma da decisão indeferitória da inicial, determinando-se o processamento da execução da pena. Alega, para tanto, que o entendimento jurisprudencial citado na decisão objurgada já está superado nesta Corte, que, atualmente, tem decidido pela legitimidade do Ministério Público para executar a pena de multa. Caso contrário, aduz que haveria violação ao artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal, que prevê que nenhuma pena passará da pessoa do condenado.

Citou, a seu favor, a doutrina de Julio Fabbrini Mirabete.

A decisão foi mantida pela autoridade judicial.

Após manifestação da douta Procuradoria-Geral de Justiça a fls. 17, os autos baixaram em diligência para que o recorrido fosse intimado da decisão, bem como do aforamento do presente recurso, para contra-arrazoá-lo, o que foi cumprido, tendo este, por intermédio de sua defensora nomeada, pugnado pela manutenção do decidido.

Com nova vista dos autos, opinou o Dr. Procurador de Justiça pelo provimento do recurso ministerial.

É o relatório.

Razão assiste à recorrente.

A execução da pena de multa compete ao Ministério Público, em que pese a alteração procedida no art. 51 do Código Penal, por implicação da Lei n. 9.268, de 1º de abril de 1996.

O artigo 51 do Código Penal, em sua antiga redação, previa que "A multa converte-se em pena de detenção, quando o condenado solvente deixa de pagá-la ou frustra sua execução". No seu § 1º, afirmava que "Na conversão, a cada dia-multa corresponderá 1 (um) dia de detenção, não podendo ser superior a 1 (um) ano". Contudo, a conversão somente poderia ser determinada se frustrada a execução, disciplinada no art. 164 da Lei de Execução Penal. Em sua nova redação, o referido artigo dispõe: "Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no

que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição". Em decorrência, não será mais possível, em qualquer hipótese, a transformação da pena de multa em restritiva de liberdade.

Embora afirmado que a pena de multa, com o trânsito em julgado da sentença condenatória, deva ser considerada "dívida de valor", nem por isso ela perde sua característica inicial, pena pecuniária, constituindo a satisfação do débito o exaurimento da pretensão punitiva, da qual é titular o Ministério Público. Assim, não há falar em competência de outro órgão para exercitar providências à satisfação do débito, pois tal competirá ao Ministério Público. Para tanto, utilizará as normas procedimentais previstas na Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980, que "Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública e dá outras providências". Tenha-se em conta que a nova redação do art. 51 do Código Penal, ao afirmar que a multa será considerada "dívida de valor", determina que se lhe aplique "as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública", não emergindo de tal disciplinamento qualquer alteração de competência. E, cuidando-se de execução penal, a matéria é inerente à atividade funcional do Ministério Público, pois compete-lhe promover e fiscalizar a execução da lei, nos termos do art. 257 do Código de Processo Penal, sendo vedado o exercício de suas atribuições por outros órgãos, consoante disposto no art. 129, § 2º, da Constituição Federal. Tratando-se de dívida de valor proveniente de imposição de pena de multa, a legalidade, a liquidez e certeza do crédito são decorrentes, não da

inscrição em dívida ativa, pois desnecessária, mas da própria sentença penal condenatória, com trânsito em julgado, título judicial executório, conforme disposto no art. 584, inciso II, do Código de Processo Civil.

Por fim, como bem salientado pela recorrente, muito embora, num primeiro momento, tenha esta Corte se inclinado pela ilegitimidade do Ministério Público para a execução da pena de multa, após a edição da Lei n. 9.268/96, atualmente este entendimento se encontra superado, consoante a ementa do acórdão lavrado no Recurso de Agravo n. 98.009787-8, de São José do Cedro, relator o eminente Desembargador José Roberge:

"Recurso de agravo. Inconformismo ministerial contra decisão que indeferiu pedido de execução de pena de multa. 'A Lei n. 9.268/96 não alterou a competência para a execução da pena de multa, como pode parecer à primeira vista. O processo executório, inclusive, continua sendo regulado pelos artigos 164/169 da Lei de Execução Penal que propositadamente não foram revogados' (César Bittencourt — Manual de Direito Penal)" (Julgado em 22 de junho de 1999).

Do corpo do acórdão extrai-se a lição de Julio Fabbrini Mirabete, em sua obra "Execução Penal", pág. 380, 8ª edição, no seguinte sentido: "Prevvia-se a execução da pena de multa, em ação própria, nos termos dos artigos 164 a 166 da Lei de Execução Penal. Entretanto, a exemplo de outras legislações, o art. 1º da Lei n. 9.268/96, dando nova redação ao art. 51, caput, do CP, passou a dispor: '(omissis — redação do artigo retrotranscrito)' Por isso, tem-se concluído

que a multa imposta em sentença transitada em julgado, tendo sido aplicada isolada ou cumulativamente com outra pena, perde o caráter de sanção penal, transformando-se em mera dívida de valor, com todas as consequências desta. Estaria, assim, revogado o art. 164 da LEP, passando a vigorar, na espécie, o Código Tributário Nacional, a Lei n. 6.830 de 22/9/80 e o art. 578 e parágrafo único do CPP. Assim, a atribuição para executar a multa teria passado para a Procuradoria Fiscal e a competência para o processo ao Juízo de Execuções Fiscais. Entretanto, deve-se entender que a alteração do art. 51 do CP visou a vários objetivos: excluir a possibilidade de conversão da pena de multa em privativa de liberdade; deixar claro que a multa está sujeita à atualização monetária até seu efetivo pagamento; acelerar o procedimento para a sua execução; evitar a prescrição com o estabelecimento de causas de suspensão e interrupção do lapso prescricional. Não se pretendeu, portanto, desnaturar a natureza do delito do condenado; a multa, após o trânsito em julgado da sentença, continua a ser uma sanção penal e não mera dívida de valor. Aliás, o teor do artigo 114 do CP, na redação dada pela Lei n. 9.268/96 ao tratar do prazo de prescrição, revela que a multa aplicada continua a ser tratada como sanção penal. Ademais, ainda permanecem em vigor o artigo 118, § 1º, da LEP, que prevê a regressão de regime a quem não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta, e o art. 81, II, do CP, que estabelece a revogação do sursis ao que frustra a sua execução. Fosse a multa mera dívida de valor para com a fazenda, ou seja, um

crédito fazendário, a regressão e a conversão seriam inadmissíveis diante do que dispõe o art. 5º, LXVII, da Constituição Federal. Por fim, fosse essa a sua natureza, a cobrança poderia ser efetuada contra os sucessores do condenado, o que viola o princípio previsto no art. 5º, XLV, da CF, o qual prevê que 'nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente'. Nesses termos, deve-se concluir que a multa, após o trânsito em julgado, continua a ser uma sanção penal e que, portanto, diante da Lei de Execução Penal, o titular da ação executiva da multa é o Ministério Público e é competente para apreciá-la o juiz encarregado da execução penal. Não trouxe a nova lei alteração na competência para a execução da multa, e poderia tê-lo feito, e a expressão – 'será considerada' — implica apenas a idéia de assemelhação e não de transformação, de desnaturação de um fato penal por outro, meramente fazendário. A única alteração de fundo havida diz respeito à adoção de novo rito procedimental destinado a proporcionar ao Estado-Administração, na busca da persecução criminal, uma mais célere e efetiva cobrança da pena imposta, de modo a fazer o agente cumprir a retribuição estatal".

Pelos motivos expostos, dá-se provimento ao recurso para declarar competente para a execução da pena de multa o Ministério Público, nos termos requeridos pela agravante.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jorge Mussi. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 8 de agosto de 2000.

Álvaro Wandelli,
 Presidente com voto;
 Maurílio Moreira Leite,
 Relator.

RECURSO DE AGRAVO N. 00.013592-5, DA CAPITAL

Relator: Des. Maurílio Moreira Leite

Recurso de agravo. Reeducando condenado pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes. Comutação concedida com base no Decreto Presidencial n. 3.226/99, posteriormente revogada na fase do artigo 589 do Código de Processo Penal, ante recurso ministerial. Irresignação do reeducando, que, com base no parágrafo único, do mesmo dispositivo, recorreu deste despacho. Instituto consistente em espécie de indulto, cuja concessão é vedada por lei aos crimes desta natureza (art. 2º, I, da Lei n. 8.072/90), e também constitucionalmente (art. 5º, XLIII). Improvimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Agravo n. 00.013592-5, da comarca da Capital, em que é recorrente Djair Lemos, sendo recorrida a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Custas legais.

Na comarca da Capital (Vara de Execuções Penais), o representante do Ministério Público, por inconformado com decisão judicial que concedeu ao reeducando Djair Lemos o benefício da comutação, com amparo nos artigos 2º e 3º, I e II, do Decreto Presidencial n. 3.226/99, de 29/10/99 reduzindo-lhe a pena de três anos e

seis meses de reclusão, em um quarto, interpôs, a tempo e modo, recurso de agravo, aduzindo que o recorrido não faz jus à comutação de sua pena, eis que foi condenado pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes, enquadrando-se, assim, no artigo 7º, inciso I, do referido Decreto Presidencial, entendendo-se que comutação nada mais é do que uma forma de indulto, o qual é vedado expressamente por lei aos crimes desta natureza.

Em contra-razões, pugnou o recorrido pela manutenção do decidido.

Na fase do artigo 589 do Código de Processo Penal, a autoridade judicial acolheu o recurso, reformando a decisão recorrida.

Inconformado, o reeducando, por seu advogado nomeado, recorreu deste despacho, com base no pará-

grafo único do dispositivo supramencionado.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Vilmar José Loef, manifestou-se pelo improvido do recurso.

É o relatório.

Sem razão o agravante. Embora o Decreto Presidencial n. 3.226 de 29 de outubro de 1999 preveja, aparentemente, diferenciação entre indulto e comutação, em seu artigo 2º, este último instituto nada mais é do que uma modalidade do primeiro. "O indulto individual pode ser total (ou pleno), alcançando todas as sanções impostas ao condenado, ou parcial (ou restrito), com a redução ou substituição da sanção, caso em que toma o nome de comutação" (Mirabete, Julio Fabbrini, Execução Penal, Atlas, 8ª ed., São Paulo, 1997, pág. 417). Assim, considerando que comutação é uma espécie de indulto, a concessão do benefício concedido ao recorrido encontra óbice no artigo 7º, inciso I, do referido Decreto.

O indulto, que abrange a comutação de pena, equivale à expressão graça (artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal), que nada mais representa que "indulto individual". Leia-se o autor citado: "O indulto é um ato de clemência do Poder Público em favor de um réu condenado ou de natureza coletiva quando abrange vários condenados que preencherem os requisitos exigidos. As disposições da LEP ajustam-se à orientação segundo a qual o instituto da graça foi absorvido pelo indulto, que pode ser individual ou coletivo. Na doutrina, entretanto, aponta-se como diferença entre indulto e a graça (em sentido estrito) ser

esta solicitada, enquanto aquele é concedido de ofício e de caráter coletivo". E mais adiante: "O indulto pode ser concedido ao autor de qualquer espécie de crime, inclusive os que se apuram mediante ação penal privada. Mas a Lei n. 8.072, de 25/7/90, no seu artigo 2º, I, diz que são insuscetíveis de indulto os crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo. Já se tem afirmado que a lei é inconstitucional e não poderia vedar tal benefício pois a Constituição Federal não se refere, no art. 5º, XLIII, ao indulto, mas apenas à anistia e à graça. Mas, como já observado, a palavra graça no dispositivo citado tem que ser entendida como indulto, pois somente este e a anistia são formas constitucionais de indulgentia principis pelo Executivo e pelo Legislativo, e a Lei n. 8.072, somente se refere a indulto e graça para coincidir como o art. 5º, XLIII, e, ao mesmo tempo, não dar margem a dúvidas quanto à sua abrangência. Ademais, não haveria sentido em se proibir a anistia, que só pode ser concedida por lei e se permitir o indulto individual ou coletivo, dependente de decreto" (Execução Penal, Editora Atlas, 1997, pág. 417). Da exposição de motivos da Lei de Execução Penal, colhe-se: "172. As disposições em torno da anistia e do indulto (art. 186 e seguintes) aprimoram sensivelmente os respectivos procedimentos e se ajustam também à orientação segundo a qual o instituto da graça foi absorvido pelo indulto, que pode ser individual ou coletivo". Por sua vez, dispõe o artigo 192 da lei referida: "Concedido o indulto e anexada aos autos cópia do decreto, o juiz declarará extinta a pena ou ajustará a

execução aos termos do decreto, no caso de comutação” (grifamos).

E, para melhor elucidar a questão, cita-se a lição de Maurício Kuehne, publicada no boletim da IBCCRIM, ano 7, n. 87, de fevereiro próximo passado, página 15, sob o título “Indulto pleno ou parcial (comutação = redução da pena) — Questões controvertidas — Decreto n. 3.226/99:

“1. Possível a redução da ou das penas (impropriamente denominadas de comutação) quando se trate de crime hediondo ou assemelhado?

“ ...

“O último decreto concessivo de indulto, publicado no Diário Oficial da União de 29 de outubro de 1999 trouxe aspectos que ensejam posicionamentos conflitantes. O primeiro deles diz respeito à questão de se saber se os condenados por crimes hediondos ou assemelhados tornam-se passíveis da indulgência, na modalidade de comutação (o correto seria redução) da ou das penas.

“A resposta que encontramos, após percorrer toda a doutrina nacional, com a devida vênia, é no sentido negativo, mesmo porque o termo comutação, a nosso ver, é empregado de forma equivocada no decreto, muito embora segmentos doutrinários já tenham assimilado tal terminologia, igualando a comutação à redução da pena. E, se assim nos posicionamos, tal situação deriva da exegese que se efetiva do preceito constitucional. Com efeito, a teor do contido no art. 5º, inc. XLIII, ‘a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos co-

mo crimes hediondos...’. Ora, em que pesem as discussões travadas, o legislador constitucional, ao aludir às duas formas de indulgência, o fez relativamente aos Poderes competentes para concedê-las, vale dizer, Anistia — Poder Legislativo; Graça — Poder Executivo.

“É cediço que o termo graça pode ser concebido em sentido amplo (compreensiva da anistia, indulto individual e indulto coletivo, quer sejam estes últimos de forma total ou parcial, como também a comutação da pena propriamente dita, bem como pode ser concebido em sentido estrito, compreendendo o indulto individual. Firmamos o entendimento de que, em sede constitucional, o legislador tão-só procurou separar os institutos de conformidade com os setores competentes para a concessão respectiva, consoante acima explicitamos. Ora, se assim é, o termo graça, empregado no texto constitucional mencionado, compreende todas as formas de indulgência (excetuada a anistia por expressa disposição), daí por que firmou-se o entendimento nos Tribunais Superiores de que a vedação do indulto aos que praticaram crimes hediondos não é inconstitucional e o legislador infraconstitucional não exorbitou da competência que lhe foi deferida.

“Assim entendida a questão, o Presidente da República, por vedação contida na Lei Maior, não pode conceder qualquer forma de indulgência àquele segmento de criminalidade. Conquanto possamos divergir sob o aspecto ideológico, na estrita legalidade, contudo, divergência não pode haver”.

Entretantes, da análise do decreto referido, depreende-se que a comutação é possível dès que cumprida a exigência de não preenchimento dos requisitos para receber o indulto. Leia-se o artigo 2º: “O condenado que, até 25 de dezembro de 1999, tenha cumprido um quarto da pena, se não reincidente, ou um terço, se reincidente, e não preencha os requisitos deste Decreto para receber indulto, terá comutada sua pena com a redução de um quarto, se não reincidente, e de um quinto, se reincidente” (grifamos). Assim, como condição primeira à concessão de comutação, é ter sido o indulto indeferido por ausência de condições estabelecidas no artigo 1º e seus incisos. Na espécie, o indulto sequer foi cogitado, ante a proibição estampada no artigo 7º, do decreto referido: “O indulto previsto neste Decreto não alcança os: 1 — condenados por crimes hediondos e pelos crimes de tortura, terrorismo e tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins”. Assim, não há que se falar, na espécie, na possibilidade de comutação, ante a inexistência de seu pressuposto, “não preenchimento dos requisitos estabelecidos para receber indulto (artigo 1º e seus incisos), pois sequer seria possível pretendê-lo ante a proibição estampada no artigo 7º do

decreto mencionado”. E, importante ressaltar que o decreto, em referência, no seu artigo 3º, inciso II, dispõe: “constituem também requisitos para a concessão do indulto e da comutação que o condenado: II — não esteja sendo processado pelos crimes descritos no artigo 7º deste Decreto”. E, no referido artigo está incluído o tráfico ilícito de entorpecentes. Ora, estar-se-ia diante de evidente contradição se entendido que o decreto proibiu a comutação aos requerentes que estivessem sendo processados pela prática de crime desta natureza, permitindo, por outro lado, na existência de condenação, com trânsito em julgado.

Em face do exposto, conhece-se do agravo e nega-se-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Torres Marques. Lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 29 de agosto de 2000.

Álvaro Wandelli,
Presidente com voto;
Maurílio Moreira Leite,
Relator.

RECURSO DE AGRAVO N. 00.000714-5, DA CAPITAL

Relator: Des. Nilton Macedo Machado

Execução penal — Sentença condenatória com trânsito em julgado para acusação — Recurso especial interposto pelo condenado — Ausência de efeito suspensivo — Possibilidade de execução

provisória — Ofensa ao princípio da não-culpabilidade — Inocorrência.

“O princípio constitucional da não-culpabilidade dos réus, fundado no art. 5º, LVII, da Carta Política, não se qualifica como obstáculo jurídico ao imediato cumprimento da pena imposta ao condenado, ainda que pendente de apreciação, pela via do recurso especial (STJ) ou do recurso extraordinário (STF), o acórdão de tribunal inferior que impôs ao sentenciado a sanção penal contra a qual se insurge, eis que essas modalidades de impugnação recursal, porque despojadas de eficácia suspensiva, não impedem a imediata execução da pena privativa de liberdade imposta aos sentenciados em geral (STF)”.

O art. 105 da LEP, ao tratar da expedição da carta de guia de recolhimento para a execução penal, refere-se a “transitada em julgado a sentença”; isso significa que para a execução da pena não se exige “coisa julgada”, mas sim “caso julgado”.

Confirmada na instância ordinária a sentença penal condenatória, com trânsito em julgado para acusação, mesmo sendo cabível a interposição de recurso especial ou recurso extraordinário, que não têm efeito suspensivo, nada impede se expeçam carta de guia e o competente mandado de prisão contra o condenado, para início do cumprimento da pena no estabelecimento adequado.

Execução penal — Condenações diversas — Livramento condicional — Necessidade de soma das penas — Inteligência dos arts. 111 e 112 da LEP, e 84 do CP.

“Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição” (LEP, art. 111).

Para efeito de livramento condicional, as penas que correspondem a infrações diversas devem ser somadas (CP, art. 84).

Não tem direito a livramento condicional o condenado que, não obstante primário, não cumpriu sequer 1/3 (um terço) do total das penas somadas que lhe foram impostas.

Execução penal — Indulto incidental — Ausência de previsão legal — Condenações diversas — Soma das penas — Recurso não provido.

“Ainda que o réu seja tecnicamente primário, somam-se as penas a que foi condenado para verificar-se se elas estão aquém ou além do limite previsto para a concessão do indulto, uma vez que o decreto que o concedeu não se refere à possibilidade de indulto incidental, relativo a uma das penas em vias de cumprimento” (STJ).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Agravo n. 00.000714-5, da comarca da Capital (Vara de Execuções Penais), em que é recorrente Miguel Rodrigues Orofino, e recorrida a Justiça Pública, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Custas na forma da lei.

Trata-se de recurso de agravo interposto por Miguel Rodrigues Orofino contra decisão do Dr. Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da comarca da Capital, que indeferiu seu pedido de livramento condicional, após soma das penas que lhe foram aplicadas em processos distintos, negando-lhe também o indulto referido nos Decretos Presidenciais ns. 2.365/97 e 2.838/98.

Sustentou o recorrente, de início, que tem direito ao livramento condicional porque demonstrou ser “tecnicamente primário, tem ótimo comportamento prisional, possui proposta de emprego, é pai de três jovens, residência fixa (documentos já anexados), e acima de tudo porque já cumpriu com sobra o tempo de reprimenda au-

torizados da progressão” (sic — fl. 55).

Aduziu que das condenações que lhe foram impostas somente uma delas transitou em julgado, sendo presumido inocente quanto às demais, resultando inadmissível falar-se em “unificação de pena, pois inexistente trânsito em julgado das sentenças condenatórias ensejadoras da mencionada unificação”; concluiu requerendo “reconsideração da decisão concedendo ao agravante o livramento condicional”, e também “quanto ao pedido de indulto, para que seja declarada extinta a pena de 1 ano e 2 meses imposta ao peticionário relativa ao PEC 700/97” (fls. 57).

Com as contra-razões e mantida a decisão agravada, os autos ascenderam a esta Instância, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso.

É o relatório.

1. O recurso é próprio e tempestivo, sendo conhecido, mas não merece provimento, pelas razões de fato e direito a seguir alinhadas.

2. O ilustre Dr. Juiz de Direito na decisão atacada consignou, conforme elementos constantes destes autos, que o agravante está condena-

do, em 4 (quatro) processos distintos, ao cumprimento de pena privativa de liberdade em um total de 10 (dez) anos e 4 (quatro) meses de reclusão:

— Processo Crime n. 85/93: 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, em regime aberto (art. 299 do CP — 3ª Vara Criminal da Capital — fls. 58), cuja sentença já transitou em julgado;

— Processo Crime n. 282/94: inicialmente a 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão (art. 312, §1º, c/c o art. 327, §2º, c/c o art. 29, todos do CP — 3ª Vara Criminal da comarca da Capital), reduzida para 3 (três) anos de reclusão em regime aberto (Ap. Crim. n. 99.000263-2, rel. Des. José Roberge, j. em 29/6/99 — fls. 59);

— Processo Crime n. 86/93: 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão em regime aberto (art. 317, §1º, do CP — 3ª Vara Criminal da Capital — fls. 60);

— Processo Crime n. 97.012540-2: 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão em regime aberto (art. 312, caput, do CP), originário deste egrégio Tribunal de Justiça (fls. 61/62).

Não há dúvida que em cada condenação o regime fixado para início de cumprimento de cada uma das reprimendas foi o aberto; mas em se tratando de mais de um crime com condenação em mais de um processo, há que se observar o disposto no art. 111 da LEP que diz:

“Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da so-

ma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição.

“Parágrafo único. Sobrevindo condenação no curso da execução, somar-se-á pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime”.

Julio Fabbrini Mirabete leciona que “...se a soma ultrapassar quatro anos, não poderá ser imposto o regime aberto, seja qual for a espécie da pena privativa de liberdade e, se superar oito anos, sendo uma delas ao menos de reclusão, deve ser determinado o regime fechado. Pode ocorrer também que após o início da execução sejam proferidas novas condenações contra o preso. Impostas novas penas, são elas somadas a fim de ser determinado o regime de cumprimento daí por diante. Cabe então ao juiz encarregado da execução determinar o regime de cumprimento das penas somadas, obedecendo às regras estabelecidas para a hipótese do regime inicial de cumprimento. Estando o condenado cumprindo a pena, deve ser descontado, na soma para a determinação do regime, o tempo cumprido (art. 111, parágrafo único). Soma-se assim o restante da pena que estava sendo cumprida com a nova sanção aplicada e o resultado é o parâmetro para a fixação do regime a que deve ser submetido o condenado. É possível, assim, que, mesmo com o desconto do tempo já cumprido, seja determinada a regressão, ou seja, a fixação de regime mais severo (art. 118, II)” (Execução Penal, 5ª ed., SP, Atlas, pág. 279).

Por isso, em face da soma das penas ultrapassar 8 (oito) anos, o regi-

me para iniciar a execução do total de ver ser o fechado.

E, para progressão de regime, tem-se como importante lembrar o disposto no art. 112 da mesma Lei de Execuções Penais, que exige a coexistência de dois requisitos: um de ordem objetiva, que se dá com o cumprimento de pelo menos 1/6 da pena no regime mais rigoroso; e o subjetivo, que alude ao mérito do condenado, observando-se sua conduta e capacidade de assimilação do caráter corretivo da pena.

Já para o livramento condicional, objeto específico do requerimento inicial e dirigido em relação apenas a uma das condenações (vide fls. 2), o art. 84 do CP é claro ao dispor que "as penas que correspondem a infrações diversas devem somar-se para efeito do livramento".

3. Neste tópico, há que se reafirmar da possibilidade de execução provisória (no caso não se trata mais de preso provisório, pois uma de suas condenações, tendo transitado em julgado para ambas as partes, faz coisa julgada) do total das penas aplicado, porque, segundo a certidão expedida pela Vara de Execuções Penais da Capital, uma das condenações impostas ao recorrente já transitou em julgado para ambas as partes e as demais já foram confirmadas (com reforma e adequação da pena e regime prisional) por esta egrégia Câmara Criminal, em 16/6/98 e 16/6/99, estando a primeira pendente de julgamento do recurso especial admitido (encaminhado ao STJ) e a segunda aguardando publicação do acórdão. Por fim, também do processo crime originário deste Tribunal, contra a condenação,

a defesa interpôs recurso especial que foi admitido e está pendente de julgamento.

Não obstante a matéria seja doutrinária e jurisprudencialmente controvertida, a ponto de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes mencionarem que a "incerteza quanto aos conceitos de recursos ordinários e extraordinários no sistema brasileiro tem convencido alguns processualistas da pouca utilidade dessa classificação entre nós" (Recursos no Processo Penal, 2ª ed., SP, RT, 1998, pág. 34), certo é que tanto o recurso extraordinário, quanto o especial, de competência originária do STF e do STJ, respectivamente, não têm efeito suspensivo, até mesmo por disposição de lei ordinária posterior à Constituição de 1988 (Lei n. 8.038/90, art. 27, § 2º), com o que pode ser expedido mandado de prisão contra o condenado.

Ademais, se o art. 105 da LEP, acompanhando o dispositivo correspondente do Código de Processo Penal (art. 674), estabelece que "transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução", imprescindível se torna a diferenciação entre os termos "sentença transitada em julgado" e "caso julgado" e "coisa julgada", porque as primeiras não impedem o início da execução da pena, enquanto a última constitui o próprio título contra o qual já não caiba mais recurso.

Damásio de Jesus, fazendo referência a Espínola Filho, esclarece:

“Sentença com trânsito em julgado — Ocorre quando: a) não é admissível recurso ordinário (cujo efeito é suspensivo) contra ela; b) decorreu o prazo legal sem interposição do recurso ordinário (cujo efeito é suspensivo) contra ela; c) decididos os recursos ordinários (cujo efeito é suspensivo) interpostos contra ela”, explicando mais adiante que “o que diferencia o caso julgado, ou seja, a sentença com trânsito em julgado, da coisa julgada, é ser mister, para ter-se esta, que, contra a decisão, não caiba mais recurso de espécie alguma, ordinário ou extraordinário; ao passo que há caso julgado, passa em julgado a sentença, quando pode ser executada, se bem seja ainda suscetível de impugnação por meio de recurso de caráter extraordinário, sem efeito suspensivo, por já se terem esgotado, ou não mais se poderem usar, os recursos ordinários admitidos’ (Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, Rio de Janeiro, Borsoi, 1959, VII/296, ns. 1.404 e 1.405)” (Código de Processo Penal Anotado, 15ª ed., SP, Saraiva, 1998, pág. 599).

A jurisprudência está neste sentido:

“(…)”

“Processual penal. Execução da pena. Progressão de regime. Sentença condenatória submetida a recurso especial.

“Expedição de carta guia. Incidência do artigo 105 da Lei das Execuções Penais.

“Não possuindo o recurso especial oferecido pelo réu efeito suspensivo, cabível a expedição de carta de guia e o deferimento da progressão de regime de cumprimento da pe-

na privativa de liberdade. Diferença entre a sentença transitada em julgado e coisa julgada, segundo o magistério de Espinola Filho” (Revista do Tribunal Regional Federal, 4ª Região, vol. 1, n. 2, pág. 255, rel. Juiz Sílvio Dobrowolski).

Ainda:

“Pena — Agente condenado ao cumprimento no regime aberto — Benefício negado sob o fundamento de que a decisão não transitara em julgado — Recurso somente do acusado — Constrangimento ilegal reconhecido — Habeas corpus concedido.

“Negar ao réu o benefício de cumprir a pena em regime aberto, sob o fundamento de que a sentença não transitara em julgado (e, pois, não expedida a guia de recolhimento), exatamente em razão de apelo interposto só pelo acusado, é ter do processo uma visão burocrática, porque o direito de apelar não pode excluir o direito de cumprir a pena em regime adequado, já ditado pela sentença” (JTACrimSP, 92/88).

O colendo Superior Tribunal de Justiça tem precedente adequado, no qual o condenado ainda aguardava julgamento de seus recursos aos tribunais superiores e requereu, diante do tempo em que estava preso, fosse submetido ao exame criminológico:

“Processual penal. Habeas corpus. Condenação transitada em julgado para o Ministério Público, pendente de recursos excepcionais. Inteligência do art. 105 da LEP. Guia de recolhimento para efeito de submissão a exame criminológico. Direito do paciente, mesmo sendo ‘preso provisório’. Writ concedido.

"I — O paciente foi condenado (e com ele mais 13 'bicheiros'), em regime fechado, como incurso no parágrafo único do art. 288 do CP. Somente ele apelou. Interpôs, depois, recursos especial e extraordinário, que estão sendo processados. Ao argumento de que já havia cumprido mais de um sexto da pena e essa não tinha como ser majorada, requereu ao impetrado fosse expedida carta de guia para submeter-se ao exame criminológico. Seu requerimento foi, dentre outros motivos, indeferido ao fundamento de que ainda é 'preso provisório'. Logo, não tem direito à guia de recolhimento.

"II — A LEP, que se aplica também ao 'preso provisório', por força do parágrafo único de seu art. 2º, fala no art. 105 em expedição de guia de recolhimento quando houver transitado em julgado a sentença condenatória. Tal dispositivo tem de ser interpretado em harmonia com todo o sistema jurídico. Refere-se, evidentemente, à 'sentença transitada em julgado', ou seja, ao 'caso julgado' e não à 'coisa julgada'. Basta a existência do 'caso julgado', como aconteceu in casu. É a lição de Eduardo Espínola Filho. Ninguém pode ficar prejudicado por utilizar-se de recursos permitidos legalmente. É direito assegurado na própria Constituição Federal.

"III — Writ concedido para que seja expedida a carta de guia" (RSTJ, 67/163).

Do corpo do acórdão faz-se expressa menção à diferença perseguida ("trânsito em julgado", "caso julgado" e "coisa julgada") para o fim de possibilitar a execução provisória:

"Em que pesem algumas opiniões contrárias, entendo que, desde que haja sentença transitada em julgado, isto é, desde que a pena imposta pelo juiz não tenha mais como ser majorada, como no caso concreto, o condenado tem direito à guia de recolhimento para que possa, independentemente da detração penal, começar a cumprir a pena tal como lhe foi imposta.

'O art. 105 da LEP fala em 'transitada em julgado a sentença'. Isso significa que para a execução da pena não se exige 'coisa julgada', mas sim 'caso julgado'. Ninguém melhor do que o clássico Eduardo Espínola Filho soube mostrar a diferença entre os dois institutos:

'Nenhuma razão tem Câmara Leal (Comentários ao Código de Processo Penal, vol. 4º, 1943, pág. 241), ao declarar: transita em julgado a sentença: a) se foram esgotados todos os recursos que a lei faculta contra a mesma; b) se nenhum recurso é admissível contra ela; c) se decorrer o prazo legal para interposição do recurso, sem que o mesmo fosse interposto.

'Com essa compreensão, sentença nenhuma haveria, condenatória, que passasse em julgado, pois o Código de Processo Penal, catalogando como recurso a revisão criminal (cap. VII do tit. 2º do 3º liv.), estatui, no art. 622, a possibilidade de ser requerida em qualquer tempo, antes da extinção da pena ou após.

'Invés, o que diferencia o caso julgado, ou seja, a sentença com trânsito em julgado, da coisa julgada, é ser mister, para ter-se esta, que, contra a decisão, não caiba mais recurso

de espécie alguma, ordinário ou extraordinário; ao passo que há caso julgado, passa em julgado a sentença, quando pode ser executada, se bem que ainda susceptível de impugnação por meio de recurso de caráter extraordinário, sem efeito suspensivo, por já se terem esgotado, ou não mais se poderem usar, os recursos ordinários admitidos' (Cód. de Proc. Penal Brasileiro Anotado, ed. histórica, Ed. Rio, 3º vol., referência n. 1.404).

'Tenho para mim que não vem a pêlo o fato de a pena não se revestir, ainda, de inalterabilidade por penderem recursos excepcionais (especial e extraordinário). Isso pouco interessa. O certo é que o paciente não pode ficar condicionado a ver esgotados todos os recursos para depois, então, receber a guia. Como magnificamente ressaltou o Ministro Francisco de Assis Toledo no despacho proferido no HC n. 2.549-0—RJ (fl. 315), entendimento contrário levaria ao absurdo de punir-se mais severamente o condenado pelo só fato de exercer o direito de recorrer'.

"A propósito, Magalhães Noronha ensina:

'A competência executória inicia-se com o trânsito em julgado da decisão condenatória, exercitada por um juízo especializado de acordo com a Lei de Organização Judiciária local ou, supletivamente, pelo juiz da sentença (cf. art. 65 da LEP).

'Portanto, a partir do trânsito em julgado, ou apenas pendente o recurso extraordinário, inicia-se a fase executória de competência de um juízo especializado, como regra, representado pelo recebimento da carta de guia ou de recolhimento (cf. arts. 105

e 171 da LEP) quando se tratar de pena privativa de liberdade ou medida de segurança e o mandado executório nas penas restritivas de direitos e multa' (Curso de Dir. Proc. Penal, ed. atualizada pelo Des. Adalberto José Q.T. de Camargo Aranha, Saraiva, 1992, pág. 427).

"No mesmo sentido é o magistério de Paulo Lúcio Nogueira:

'No entanto, conforme o caso, a execução provisória pode também iniciar-se com a expedição da guia de recolhimento, quando o réu tiver recorrido e o tribunal não puder reformar a sentença sob pena de incidir na *reformatio in pejus*.

'Assim, se o juiz fixa na sentença que o regime inicial de cumprimento de pena deve ser o semi-aberto e somente o réu venha a recorrer, estando ele recolhido em cadeia, casa de detenção ou presídio, pode perfeitamente ser expedida carta de guia ou guia de recolhimento para sua transferência ao regime semi-aberto para execução provisória, pois o tribunal não poderá piorar sua situação, não devendo ele permanecer em regime fechado, quando o sentenciante fixou o regime inicial em semi-aberto' (Comentários à Lei de Execução Penal, Saraiva, 1990, pág. 128).

"O Ministro José Néri da Silveira assim ementou o acórdão do HC n. 68.572-2/DF, julgado em 14/5/91 e publicado no DJU de 22/11/91, pág. 16.846:

'Habeas corpus. Preso provisoriamente. Lei n. 7.210/1984, art. 2º. Decisão que transitou em julgado para o Ministério Público, pendendo de julgamento o recurso interposto pelo réu, ora paciente. Pretensão a progre-

dir do regime fechado para o semi-aberto. Habeas corpus deferido, em parte, para que o paciente possa gozar do benefício da progressão para o regime semi-aberto, afastada, porém, a possibilidade da prisão-albergue domiciliar, na hipótese de não existir estabelecimento apto à execução da pena em prisão especial no regime semi-aberto. Precedente do STF, no HC n. 68.118-2/SP.”

Posteriormente há um julgado refluindo para a impossibilidade de progressão prisional àquele que ainda é preso provisório (RSTJ, 79), mas o entendimento anterior e mais benéfico bem exposto nos HC ns. 3.647-RJ, rel. Min. Pedro Acioli, DJ de 27/6/94, e 4.530-RS, rel. Min. Vicente Cernicchiaro, DJ de 16/6/96, foi reiterado no HC n. 5.101—SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 19/12/96, com a seguinte ementa:

“Processual penal. Execução provisória da sentença. Regime prisional. Progressão. *Reformatio in pejus*.

“1. É cabível a utilização do writ para coibir constrangimento ilegal advindo da execução provisória da sentença, ocorrida, na espécie, eis que transitada em julgado para a acusação.

“2. Em sede de execução provisória, compete ao juízo da condenação a apreciação da pretensão de progressão do regime prisional.

“3. Tendo a sentença limitado o regime fechado ao período inicial do cumprimento da pena, não pode este ser alterado em sede de apelação interposta pelo réu, sob pena de inobservância ao princípio ne *reformatio in pejus*.

“4. Ordem concedida, para que o juízo de condenação conheça do pedido e determine as diligências necessárias à procedência ou não da postulação” (RSTJ, vol. 93/404).

Na mesma senda a egrégia Primeira Turma do colendo Supremo Tribunal Federal assim ementou:

“Habeas corpus — Recurso especial interposto pelo acusado — Inexistência de efeito suspensivo — Possibilidade de prisão imediata do condenado — Magistrado de primeira instância que condiciona a expedição do mandado de prisão ao prévio trânsito em julgado da condenação penal — Deliberação que não vincula os tribunais superiores — Pedido indeferido.

“Prisão do sentenciado e interposição dos recursos excepcionais.

“— A mera interposição dos recursos de natureza excepcional — recurso especial (STJ) e recurso extraordinário (STF) — não tem, só por si, o condão de impedir a imediata privação da liberdade individual do condenado, eis que as modalidades recursais em referência não se revestem de eficácia suspensiva. Precedentes.

“Juiz que condiciona a expedição de mandado de prisão ao trânsito em julgado da condenação penal.

“— A deliberação do magistrado de primeira instância, que condiciona a expedição do mandado de prisão ao prévio trânsito em julgado da condenação penal, embora garantida ao réu o direito de apelar em liberdade contra a sentença, não vincula os tribunais incumbidos de julgar os recursos ordinários ou extraordinários eventualmente deduzidos pelo sentenciado. O Tribunal ad quem, em

consequência, pode ordenar, em sede recursal, a prisão do condenado, quando improvido o recurso por este interposto. O acórdão do Tribunal ad quem — porque substitui a sentença recorrida no que tiver sido objeto de impugnação recursal — faz cessar, uma vez negado provimento ao recurso da defesa, a eficácia da decisão de primeiro grau no ponto em que esta assegurou ao sentenciado o direito de recorrer em liberdade. Precedente.

“Princípio da não-culpabilidade do réu.

— O postulado constitucional da não-culpabilidade do réu impede que se lance o nome do acusado no rol dos culpados, enquanto não houver transitado em julgado a condenação penal contra ele proferida. Esse princípio, contudo, não constitui obstáculo jurídico a que se efetive, desde logo, a prisão do condenado, desde que desprovido de efeito suspensivo o recurso por ele interposto contra o acórdão condenatório. Precedente.

“Convenção Americana sobre Direitos Humanos e prisão antecipada do condenado.

— O Pacto de São José da Costa Rica, que instituiu a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, não impede — em tema de proteção ao status libertatis do réu (artigo 7º, n. 2) — que se ordene a privação antecipada da liberdade do indiciado, do acusado ou do condenado, desde que esse ato de constrição pessoal se ajuste às hipóteses previstas no ordenamento doméstico de cada Estado signatário desse documento internacional. O sistema jurídico brasileiro, além das diversas modalidades de prisão cautelar, também admite aquela

decorrente de sentença condenatória meramente recorrível. Precedente: HC n. 72.366-SP, rel. Min. Néri da Silveira, Pleno.

“A Convenção Americana sobre Direitos Humanos não assegura ao condenado, de modo irrestrito, o direito de sempre recorrer em liberdade” (RTJ, 168/526).

Extrai-se do corpo do acórdão:

“Entendo que não procedem as razões deduzidas pelo ilustre imponente, eis que o princípio constitucional da não-culpabilidade dos réus, fundado no art. 5º, LVII, da Carta Política, não se qualifica como obstáculo jurídico ao imediato cumprimento da pena imposta ao condenado, ainda que pendente de apreciação, pela via do recurso especial (STJ) ou do recurso extraordinário (STF), o acórdão de tribunal inferior que impôs ao sentenciado a sanção penal contra a qual se insurge.

“Mostra-se irrelevante a circunstância de ser possível a interposição de recurso especial ou de recurso extraordinário, questionando, em sede recursal, o acórdão proferido pelo tribunal apontado como coator, eis que essas modalidades de impugnação recursal, porque despojadas de eficácia suspensiva, não impedem a imediata execução da pena privativa de liberdade imposta aos sentenciados em geral”.

Assim, a jurisprudência dos tribunais superiores, não obstante não se deva olvidar ser distinta a situação do preso provisório lato sensu (aquele que ainda aguarda sentença) daquele que ainda não viu transitar em julgado a sentença condenatória de forma total — está firmada pela admissibilidade

de da expedição da carta de guia, e conseqüente mandado de prisão, mesmo na pendência de julgamento de recurso especial ou extraordinário.

Daí admitir-se a execução provisória (antes de haver coisa julgada definitiva) em benefício do condenado, pois, a não ser assim, teria de aguardar preso provisoriamente (via de regra em cadeia fechada) a definição de suas condenações nas instâncias superiores quando já transitadas em julgado para a acusação (= sem mais possibilidade de agravação).

Concluindo: confirmada a sentença penal condenatória na instância superior ordinária, no juízo de apelação, mesmo sendo cabível a interposição de recurso especial ou recurso extraordinário, sem efeito suspensivo, nada impede que contra o condenado se expeça o competente mandado de prisão, sendo necessário lembrar que pena privativa de liberdade cumpre-se na prisão.

4. Assim, sendo possível a execução provisória (em relação a três das quatro condenações impostas ao agravante, pois uma delas já é definitiva em face da coisa julgada), após realizada a soma das penas (LEP, art. 111), seja para qualquer progressão, seja também ao livramento condicional (CP, art. 84), constata-se desde logo que o agravante não preenchia mesmo o requisito objetivo de cumprimento de pelo menos 1/3 (um terço) da pena imposta (CP, art. 83, I), pois dos 10 (dez) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, na data da decisão agravada (5/11/99) e a contar de sua prisão (15/10/97), ainda não cumprira os necessários 3 (três) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias.

Quanto ao segundo requisito, de natureza subjetiva, este nem sequer foi averiguado no caso dos autos, não se tendo ainda ouvido o egrégio Conselho Penitenciário (LEP, art. 131) nem muito menos cogitado da prova da reparação do dano (CP, art. 83, IV).

5. Da mesma forma, e por fim, estando o agravante condenado ao cumprimento de penas que somam 10 (dez) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, não há como se conceder indulto incidente, relativo unicamente à condenação no Processo Crime n. 85/93 à pena de cumprimento de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, em regime aberto (art. 299 do CP — 3ª Vara Criminal da Capital — fls. 58), como se todas as penas não fossem somadas também para a concessão dos benefícios que a Lei de Execução Penal estabelece.

Somadas, como se viu, elas superam (e muito!) o limite de 6 (seis) anos previsto tanto no inc. I do art. 1º do Decreto Presidencial n. 3.226, de 29/10/99, como nos demais que o antecederam (Decretos Presidenciais ns. 2.365/97 e 2.838/98), aquele concedendo indulto, comutando penas, e dando outras providências; e o agravante, tampouco, insere-se nas hipóteses relacionadas nos demais incisos do citado art. 1º, valendo sua transcrição:

“Art. 1º É concedido indulto ao:

“I — condenado à pena privativa de liberdade não superior a seis anos que, até 25 de dezembro de 1999, tenha cumprido um terço da pena, se não reincidente, ou metade, se reincidente;

“II — condenado à pena privativa de liberdade superior a seis anos que, até 25 de dezembro de 1999, tenha completado sessenta anos de idade e cumprido um terço da pena, se não reincidente, ou metade, se reincidente;

“III — condenado à pena privativa de liberdade superior a seis anos que, ao tempo do crime, contava menos de vinte e um anos de idade e até 25 de dezembro de 1999 tenha cumprido um terço da pena, se não reincidente, ou metade, se reincidente;

“IV — condenado à pena privativa de liberdade superior a seis anos, pai ou mãe de filho menor de doze anos de idade incompletos até 25 de dezembro de 1999 e que, na mesma data, tenha cumprido um terço da pena, se não reincidente, ou metade, se reincidente;

“V — condenado à pena privativa de liberdade que, até 25 de dezembro de 1999, tenha cumprido ininterruptamente quinze anos da pena, se não reincidente, ou vinte anos, se reincidente;

“VI — condenado à pena privativa de liberdade, tetraplégico ou doente em estágio avançado de moléstia grave e irreversível, comprovado por laudo médico oficial ou, na falta deste, de médico designado, desde que não haja oposição do beneficiado, mantido o direito de assistência nos termos do art. 196 da Constituição Federal;

“VII — condenado beneficiado com suspensão condicional da execução da pena até 31 de dezembro de 1998 ou que teve a pena privativa de liberdade substituída por pena restritiva de direitos, desde que tenha cum-

prido metade do período de prova ou da pena;

“VIII — condenado à pena privativa de liberdade não superior a oito anos, beneficiado com livramento condicional até 31 de dezembro de 1998;

“IX — condenado que tenha obtido progressão a regime aberto até 31 de dezembro de 1998;

“X — condenado à pena privativa de liberdade a ser cumprida, desde o início, em regime aberto, desde que, em 31 de dezembro de 1999, já tenha cumprido metade da pena”.

Nesse sentido a jurisprudência do colendo Supremo Tribunal Federal:

“Ainda que o réu seja tecnicamente primário, somam-se as penas a que foi condenado para verificar-se se elas estão aquém ou além do limite previsto para a concessão do indulto, uma vez que o Decreto que o concedeu não se refere à possibilidade de indulto incidental, relativo a uma das penas em vias de cumprimento” (HC n. 56.893/SP, rel. Min. Moreira Alves, j. 27/3/79 — RTJ, 93/109).

Por outro lado, não pode esta instância analisar eventual direito do agravante ao benefício disposto no art. 2º do mesmo Decreto (O condenado que, até 25 de dezembro de 1999, tenha cumprido um quarto da pena, se não reincidente, ou um terço, se reincidente, e não preencha os requisitos deste Decreto para receber indulto, terá comutada sua pena com redução de um quarto, se não reincidente, e de um quinto, se reincidente), em tese possível, diante da ausência de comprovação da reparação do dano (art. 7º, III).

6. Diante do exposto, conhece-se do recurso e nega-se-lhe provimento.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Torres Marques e Nelson Schaefer Martins, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Jus-

tiça, o Exmo. Sr. Dr. Luiz Fernando Sirydakís.

Florianópolis, 29 de fevereiro de 2000.

Nilton Macedo Machado,
Presidente e Relator.

RECURSO DE AGRAVO N. 00.003345-6, DE CURITIBANOS

Relator: Des. Nilton Macedo Machado

Execução penal — Indulto e comutação de pena (Decreto n. 3.226/99) — Tráfico ilícito de entorpecentes — Proibição constitucional à graça, gênero de indulgência soberana no qual o indulto se inclui — Comutação como espécie de graça e indulto — Indulgência estendida — Inadmissibilidade — Cassação — Recurso provido.

A Carta Constitucional vigente proíbe concessão de graça aos condenados, dentre outros, por crimes como tráfico ilícito de entorpecentes, drogas afins e os definidos como hediondos (art. 5º, XLIII); na expressão graça, indulgência concedida individualmente, estão compreendidos o indulto (coletivo) e a comutação.

O Presidente da República, na esfera de sua competência privativa (CF, art. 84, XII) e por razões de política criminal, pode conceder “indulto e comutar penas”, limitando seus destinatários, requisitos e efeitos da indulgência, mas não pode estendê-la às hipóteses restringidas no art. 5º, XLIII, da mesma CF.

A comutação, nada mais sendo do que abatimento de uma fração da pena privativa de liberdade aplicada ou substituição por outra, é uma espécie de graça na qual também se inclui o indulto, estes concebidos inicialmente como “perdão” do total da pena, com efeito extintivo da punibilidade (CP, art. 107, II).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Agravo n. 00.003345-6, da comarca de Curitiba (Vara de Execuções Penais), em que é recorrente a Justiça

Pública, por seu Promotor, sendo recorrido Luiz Dartora:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime,

conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

Custas na forma da lei.

Trata-se de recurso de agravo previsto no art. 197 da LEP, interposto pelo representante do Ministério Público, inconformado com a decisão que, fundada na ausência de proibição expressa no Decreto Presidencial n. 3.226/99, porque não cabível indulto, concedeu comutação e extinguiu a pena do sentenciado Luiz Dartora, condenado ao cumprimento de 5 (cinco) anos e 5 (cinco) meses de reclusão, em regime integralmente fechado, pela prática do crime do art. 12 da Lei n. 6.368/76, art. 329, caput, do CP, e 42, inc. I, da LCP.

Alega o recorrente que o apenado não tem direito ao benefício concedido, em face da vedação expressa de comutação, como forma de indulto parcial, aos condenados por crimes hediondos e equiparados, consoante o disposto no art. 7º, I, do mesmo Decreto Presidencial n. 3.226/99.

Com as contra-razões, e mantida a decisão atacada, os autos ascenderam a esta Instância, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Luiz Fernando Sirydakís, opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

1. O recurso, como muitos que aportaram nesta Corte recentemente, versa sobre a aplicação extensiva do instituto da comutação aos condenados por crimes classificados como hediondos ou a eles equiparados, os quais foram expressamente excluídos do indulto concedido pelo texto legal monocrático (Decreto n. 3.226/99); ar-

gumenta-se que não há proibição expressa à comutação mas apenas ao indulto.

Para melhor compreensão, vale transcrever o texto do discutido Decreto n. 3.226, de 29/10/99 (DOU de 1º/11/99), no qual o Presidente da República, no uso da atribuição privativa que lhe confere o art. 84, XII, da CF, concede indulto, comuta penas, e dá outras providências:

“Art. 1º É concedido indulto ao:

“I — condenado à pena privativa de liberdade não superior a seis anos que, até 25 de dezembro de 1999, tenha cumprido um terço da pena, se não reincidente, ou metade, se reincidente;

“II — condenado à pena privativa de liberdade superior a seis anos que, até 25 de dezembro de 1999, tenha completado sessenta anos de idade e cumprido um terço da pena, se não reincidente, ou metade, se reincidente;

“III — condenado à pena privativa de liberdade superior a seis anos que, ao tempo do crime contava menos de vinte e um anos de idade e até 25 de dezembro de 1999 tenha cumprido um terço da pena, se não reincidente, ou metade, se reincidente;

“IV — condenado à pena privativa de liberdade superior a seis anos, pai ou mãe de filho menor de doze anos de idade incompletos até 25 de dezembro de 1999 e que, na mesma data, tenha cumprido um terço da pena, se não reincidente, ou metade, se reincidente;

“V — condenado à pena privativa de liberdade que, até 25 de dezembro de 1999, tenha cumprido ininter-

ruptamente quinze anos da pena, se não reincidente, ou vinte anos, se reincidente;

“VI — condenado à pena privativa de liberdade, tetraplégico ou doente em estágio avançado de moléstia grave e irreversível, comprovado por laudo médico oficial ou, na falta deste, de médico designado, desde que não haja oposição do beneficiado, mantido o direito de assistência nos termos do artigo 196 da Constituição Federal;

“VII — condenado beneficiado com suspensão condicional da execução da pena até 31 de dezembro de 1998 ou que teve a pena privativa de liberdade substituída por pena restritiva de direitos, desde que tenha cumprido metade do período de prova ou da pena;

“VIII — condenado à pena privativa de liberdade não superior a oito anos, beneficiado com livramento condicional até 31 de dezembro de 1998;

“IX — condenado que tenha obtido progressão a regime aberto até 31 de dezembro de 1998;

“X — condenado à pena privativa de liberdade a ser cumprida, desde o início, em regime aberto, desde que, em 31 de dezembro de 1999, já tenha cumprido metade da pena.

“§ 1º Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do indulto ficará subordinada à avaliação do juiz, que se valerá de todos os meios disponíveis para aquilatar as condições pessoais que façam presumir que não voltará a delinquir.

“§ 2º O indulto previsto neste Decreto não se estende às penas

acessórias (Código Penal Militar) e aos efeitos da condenação.

“Art. 2º O condenado que, até 25 de dezembro de 1999, tenha cumprido um quarto da pena, se não reincidente, ou um terço, se reincidente, e não preencha os requisitos deste Decreto para receber indulto, terá comutada sua pena com redução de um quarto, se não reincidente, e de um quinto, se reincidente.

“Art. 3º Constituem também requisitos para concessão do indulto e da comutação que o condenado:

“I — não tenha cometido falta grave apurada na forma prevista na Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984, durante os últimos doze meses de cumprimento da pena, computada a detração (artigo 42 do Código Penal);

“II — não esteja sendo processado por outro crime praticado com violência contra a pessoa, bem como não esteja sendo processado pelos crimes descritos no artigo 7º deste Decreto.

“Art. 4º Os benefícios previstos neste Decreto são aplicáveis, ainda que:

“I — a sentença condenatória tenha transitado em julgado somente para a acusação, sem prejuízo do julgamento de recurso da defesa na instância superior;

“II — haja recurso da acusação que não vise a alterar a quantidade da pena ou as condições exigidas para concessão do indulto e da comutação.

“Art. 5º A pena pecuniária não impede a concessão do indulto ou da comutação.

“Parágrafo único. O agraciado por comutação anterior terá seu bene-

fício calculado sobre o remanescente da pena, sem prejuízo da remição (artigo 126 da Lei n. 7.210, de 1984).

“Art. 6º As penas correspondentes a infrações diversas devem somar-se para efeito do indulto e da comutação.

“Art. 7º O indulto previsto neste Decreto não alcança os:

“I — condenados por crimes hediondos e pelos crimes de tortura, terrorismo e tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins;

“II — condenados pelos crimes definidos no Código Penal Militar que correspondam às hipóteses previstas nos incisos I e III deste artigo;

“III — condenados que, embora solventes, tenham deixado de reparar o dano;

“IV — condenados por roubo com emprego de arma de fogo;

“V — condenados por roubo que tenham mantido a vítima em seu poder ou de outra forma restringido sua liberdade.

“Parágrafo único. As restrições deste artigo, do § 1º do artigo 1º e do artigo 3º deste Decreto não se aplicam às hipóteses previstas no inciso VI do artigo 1º.

“Art. 8º A autoridade que custodiar o condenado ou que for responsável pelo acompanhamento da suspensão condicional da pena e do livramento condicional, bem como o Conselho Penitenciário, encaminharão ao Juiz da Execução Penal a indicação daqueles que satisfaçam os requisitos necessários para a concessão dos benefícios previstos neste Decreto, no prazo de trinta dias, contados de sua publicação.

“§ 1º O procedimento previsto no caput deste artigo poderá iniciar-se de ofício, a requerimento do interessado, de quem o represente, de seu cônjuge, parente ou descendente, do Ministério Público, do Conselho Penitenciário, dos Conselhos da Comunidade, da autoridade administrativa e do médico que assiste o condenado tetraplégico ou doente em estágio terminal.

“§ 2º O Juiz da Execução Penal proferirá decisão no prazo de trinta dias, a contar do recebimento da indicação ou do requerimento.

“Art. 9º Os órgãos centrais da Administração Penitenciária preencherão quadro estatístico, de acordo com o modelo Anexo a este Decreto, devendo encaminhá-lo, até 31 de março de 2000, ao Departamento Penitenciário Nacional da Secretaria de Justiça do Ministério da Justiça.

“Parágrafo único. O cumprimento do disposto neste artigo será fiscalizado pelo Departamento Penitenciário Nacional e verificado nas oportunidades de inspeção ou de estudo de projetos lastreados em recursos do Fundo Penitenciário Nacional — FUNPEN.

“Art. 10. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação”.

2. Agora é importante não se olvidar que o texto constitucional, norma fundamental e sustento de validade de todo o ordenamento pátrio, deve ser analisado sistematicamente, cotejando-se seus artigos e seus significados para, então, extrair-se as consequências jurídicas dele advindas, garantindo-se, sempre, os valores supremos que orientam o Estado Democrático de Direito: exercício dos direi-

tos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça (preâmbulo da CF).

A violação de “um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não só a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendendo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda estrutura nela esforçada” (Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, 5ª ed., pág. 451).

Nesse vértice, compete ao Poder Judiciário fazer observar e garantir, primordialmente, os valores e princípios norteadores da Carta Magna, dela destacando-se a garantia de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa se não em virtude de lei (art. 5º, II), e que não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (art. 5º, XXXIX).

A Carta Magna confere ao Presidente da República o poder discricionário de conceder indulto e comutar penas (art. 84, XII), exemplo típico de ato de governo que é imune à apreciação jurisdicional no que toca ao seu conteúdo “político”, revelado pela “Apreciação de conveniências, transitórias ou permanentes, mas sempre de natureza geral, considerações de

interesse comum, de utilidade pública, de necessidade ou vantagem nacional, requerendo autoridade mais ou menos arbitrária subordinada à competência dos que a exercem, aos freios da opinião popular e da moral social, mas autônoma em vasta órbita de ação, dentro da qual a discricção do legislador e do administrador se move livremente” (José Cretella Júnior, Teoria do Ato Político, Revista de Doutrina Plenum).

Esclarece o doutrinador adiante que, “Contraposto a este campo, com divisas claras e sensíveis, estende-se o terreno da Justiça, assinalado exatamente pela característica oposta de que as questões de sua alçada, ao invés de obedecerem à apreciação de conveniência e oportunidade mais ou menos gerais, entendem com a aplicação do texto legal aos casos particulares.

“Surgindo problema jurídico desta natureza, embora matizado de elementos políticos, desde que não exclusivamente políticos, tem de receber a solução legal do poder constituído para dar efeito às garantias constitucionais e com elas valer a toda individualidade, natural ou moral, lêsada em seu direito”.

Afora o teor “político” do ato presidencial, tem-se que o Judiciário não deve ficar inerte ao conteúdo visado por ele, sob pena de se provocar verdadeira antinomia com a legislação aplicada aos crimes que se convencionou denominar hediondos e seus equiparados.

Para isso, atentando-se para a interpretação sistêmica do ato político excepcional, é conveniente levar em conta a lição de Carlos Maximiliano,

para quem, “em regra, as normas jurídicas aplicam-se aos casos que, embora não designados pela expressão literal do texto, se acham no mesmo virtualmente compreendidos, por se enquadrarem no espírito das disposições: baseia-se neste postulado a exegese extensiva. Quando se dá o contrário, isto é, quando a letra de um artigo de repositório parece adaptar-se a uma hipótese determinada, porém se verifica estar esta em desacordo com o espírito do referido preceito legal, não se coadunar com o fim, nem com os motivos do mesmo, presume-se tratar-se de um fato da esfera do Direito Excepcional, interpretável de modo estrito.

“Estriba-se a regra numa razão geral, a exceção, numa particular; aquela baseia-se mais na justiça, esta, na utilidade social, local, ou particular. As duas proposições devem abranger coisas da mesma natureza; a que mais abarca, há de constituir a regra; a outra, a exceção. Se os dois campos têm amplitude relativamente igual, se um envolve tantos casos como o outro, conclui-se haver duas regras, e nenhuma exceção” (Hermenêutica e Aplicação do Direito, 10ª ed., Rio, Forense, 1988, pág. 225).

Aliás, o princípio de que as exceções devem ser interpretadas de forma restrita já vinha consagrado na Lei de Introdução ao Código Civil ao dispor que “a lei que abre exceção a regras gerais, ou restringe direitos, só abrange os casos que especifica” (art. 6º).

Na verdade, tal princípio, legado do direito romano, poder-se-ia reconhecer nos trechos do Digesto: “o que, em verdade, é admitido contra as

regras gerais de Direito, não se estende a espécies congêneres” (liv. 1, tít. 3, frag. 14); “no tocante ao que é estabelecido contra as normas comuns de Direito, aplicar não podemos regra geral” (liv. 1, tít. 3, frag. 15); e “o que é admitido sob o império da necessidade, não deve estender-se aos casos semelhantes” (liv. 50, tít. 17, frag. 162).

Carlos Maximiliano também ensinou, adiante, que tais “apótemas faziam saber que as regras adotadas contra a razão de Direito, sob o império de necessidade inelutável, não se deviam generalizar: não firmavam precedente, não se aplicavam a hipóteses análogas, não se estendiam além dos casos expressos, não se dilatavam de modo que abrangessem as conseqüências lógicas dos mesmos” (ob. cit., pág. 226), presumindo-se permitido tudo aquilo que a lei não proíbe, especialmente aquelas que impõem limitações à liberdade, ao exercício sobre a propriedade ou que asseguram privilégios.

Continua o doutrinador:

“As disposições excepcionais são estabelecidas por motivos ou considerações particulares, contra outras normas jurídicas, ou contra o Direito comum; por isso não se estendem além dos casos e tempos que designam expressamente...

“O art. 6º da antiga Lei de Introdução abrange, em seu conjunto, as disposições derogatórias do Direito comum; as que confinam a sua operação a determinada pessoa, ou a um grupo de homens à parte; atuam excepcionalmente, em proveito, ou prejuízo, do menor número. Não se confunde com as de alcance geral,

aplicáveis a todos, porém suscetíveis de afetar duramente alguns indivíduos por causa da sua condição particular. Refere-se o preceito àquelas que, executadas na íntegra, só atingem a poucos, ao passo que o resto da comunidade fica isenta" (ob. cit., pág. 227).

Daí a interpretação restrita da norma excepcional, reduzida à hipótese expressa, impedindo-se entender que o Estado tenha adotado posições totalmente antagônicas ao "perdoar" ou "reduzir" penas para crimes os quais a Carta Constitucional tem como hediondos ou a lei a eles os equipara, ainda mais porque a legislação penal, fazendo parte do ordenamento jurídico, não deve se afastar do contexto geral, da mesma forma que o intérprete não deve perder de vista que uma norma é apenas uma parte do todo, devendo com ele harmonizar-se, pois, como afirma com propriedade o Dr. Maurício Antônio Ribeiro Lopes:

"...apenas com um Código Penal nas mãos não podemos conhecer o Direito Penal de um país, prescindindo do restante da legislação positiva do ordenamento jurídico, porque as decisões políticas traduzem-se em todas as normas jurídicas que se complementam, recortam ou limitam umas às outras como consequência da inadmissibilidade de contradição ética do Direito. As decisões políticas podem ser contraditórias, e de fato muitas vezes o são, mas o ordenamento jurídico há de estar imune e tal contradição, harmonizando-se dentro do sistema legal" (Princípios Políticos do Direito Penal, 2ª ed., SP, RT, 1999, pág. 202).

3. A comutação (que nada mais é do que abatimento de uma fração do total da pena privativa de liberdade aplicada, ou substituição por outra menos grave), por determinação constitucional, é da competência privativa do Presidente da República (art. 84, inciso "XII — conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei"), que a exerce nos limites que lhe pareçam convenientes, a ponto de poder excluir do âmbito da concessão infrações e condenados que, a seu critério, sejam incompatíveis com o benefício.

Por outro lado, ao Presidente da República, que jurou cumprir e fazer cumprir a Constituição, é vedado estender a indulgência (contida no conceito de graça, como indulgência soberana) às hipóteses expressamente proibidas pela mesma Constituição que o autoriza a conceder aos demais (vide art. 5º, inciso XLIII, que exclui o favor rei de crimes como "a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos...").

Nesse ponto não se deve olvidar que, antes mesmo da discussão derivada da inteligência e aplicação do novel e questionado Decreto n. 3.226/99, mestre Alberto Silva Franco já afirmava que "o Presidente da República não ficará, assim, obstado, de conceder indulto ou, até mesmo, de comutar pena, no que tange aos crimes hediondos, à tortura, ao tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e ao terrorismo. Se, no decreto presidencial, não houver explícita exclusão dos referidos fatos delituosos, a causa extintiva da punibilidade do indulto e a causa de abrandamento de pena da

comutação poderão ter tranqüila incidência” (Crimes Hediondos, SP, RT, 1991, pág. 48).

Com esses parâmetros, e para se dirimir a controvérsia, tem-se que não basta a simples alusão à impossibilidade de concessão de comutação, como forma de indulto parcial, aos condenados por crimes considerados hediondos ou a eles equiparados ou, ao contrário, sua extensão à falta de proibição expressa, segundo argumentam os atuais defensores do benefício, pois é necessário maior sedimentação.

Julio Fabbrini Mirabete, comentando o Capítulo III (Da Anistia e do Indulto) do Título VII (Dos Incidentes da Execução) da Lei de Execução Penal, explica que “Como institutos considerados como indulgentia principis, clemência soberana ou direito de graça incluem-se a anistia, a graça (em sentido estrito) e o indulto (coletivo)... existindo duas formas possíveis de clemência soberana instituídas constitucionalmente, a anistia e o indulto, a palavra graça deve ser entendida como indulto individual e coletivo” (Execução Penal, 8ª ed., SP, Atlas, 1997, pág. 414 — original sem destaques).

O indulto, entendido como manifestação do poder de clemência do Estado exteriorizado por ato privativo do Presidente da República (CF, art. 84, XII) e tendo como consequência primária a extinção da punibilidade (CP, art. 107, II, última figura), pode ser concedido em favor de um (individual — o qual segundo a doutrina deve ser classificado como graça, exatamente como previsto no Código de Processo Penal, especialmente no art. 738) ou de vários condenados (co-

letivo), desde que preenchidos os requisitos que venham a ser relacionados pelo concedente, como aliás consta no Decreto em questão.

Tal indulgência pode ser ampla, vale dizer, abranger eventualmente todas as sanções impostas ao condenado beneficiado, ou parcial, atingindo não somente uma ou outras sanções, como, dentro dessa possibilidade de ser parcial, pode ser concedida não só visando a extinção da punibilidade (mais) mas apenas para redução ou substituição da pena privativa de liberdade (menos), sendo denominada, nesta espécie, de comutação.

Já a graça, consoante sua origem, seria recomendada por Hélio Tornaghi para ser concedida apenas em decorrência de “ato de heroísmo, por serviço de alto valor, pela necessidade de amparar a família do condenado, por alguma razão de Estado e inúmeros motivos de grande valor” (Curso de Processo Penal, SP, Saraiva, 1987, pág. 445), mas está prevista no Código de Processo Penal (no Capítulo I, do Título IV — Da Graça, do Indulto e da Anistia) como forma de extinção, ou redução ou comutação da pena (arts. 734 e ss.), no Código Penal (art. 107, II), caracterizando-se por ser também espécie de extinção da punibilidade e proibida sua concessão aos crimes relacionados na Lei n. 8.072/90 (art. 2º, I), por força do mandamento constitucional proibitivo específico (art. 5º, XLIII), garantidor de sua aplicabilidade aos demais crimes.

Esse instituto, diante da evolução do pensamento doutrinário e jurisprudencial, não foi contemplado com tal e específica denominação na Lei

de Execução Penal, porquanto a Exposição de Motivos respectiva esclarece que:

“As disposições em torno da anistia e do indulto (art. 186 e seguintes) aprimoram sensivelmente os respectivos procedimentos e se ajustam também à orientação segundo a qual o instituto da graça foi absorvido pelo indulto, que pode ser individual ou coletivo”.

Ora, resulta evidente que a lei de regência da execução penal, procedendo à fusão (absorção) da graça pelo indulto, está impregnada de influência advinda da aplicação prática do disposto no art. 738 do Código de Processo Penal, que dispõe sobre a matéria:

“Concedida a graça e junta aos autos cópia do decreto, o juiz declarará extinta a pena ou penas (rectius = indulto), ou ajustará a execução aos termos do decreto, no caso de redução ou comutação de pena”.

Assim, por tal redação, tem-se claro que a comutação, nada mais sendo do que abatimento de uma fração da pena privativa de liberdade aplicada ou substituição por outra, é espécie do gênero graça (individual) na qual também se inclui o indulto (coletivo), este e aquela como “perdão” do total da pena, com efeito extintivo da punibilidade (CP, art. 107, II, 2ª e 3ª figuras).

Na doutrina, vide Damásio de Jesus (Comentários ao Código Penal – Parte Geral, 2º vol., 2ª tir., SP, Saraiva, 1985, págs. 819/821), Magalhães Noronha (Direito Penal, atualizado por Adalberto José Q. T. de Carvalho Aranha, vol. 1, 28ª ed., SP, Saraiva, 1991, pág. 337) e João Mestieri (Ma-

nual de Direito Penal, Parte Geral, vol. 1, RJ, Forense, 1999, pág. 318), dentre outros.

A partir daí, o legislador constituinte (e não se está adaptando a Constituição à lei ordinária, mas interpretando a lei à luz da Constituição consoante seu verdadeiro sentido), sem atender ao entendimento da doutrina (no indulto pode haver não só perdão total como parcial ou substituição da pena), distinguiu desnecessariamente o indulto da comutação, estabelecendo a competência do Chefe do Executivo Federal para “conceder indulto e comutar penas” (CF, art. 84, XII), como se fossem institutos distintos.

Nesse passo, vale lembrar também que, ao mesmo tempo, a Carta Magna “não se refere, no art. 5º, XLIII, ao indulto, mas apenas à anistia e à graça. Mas, como já observado, a palavra graça no dispositivo citado tem que ser entendida como indulto, pois somente este e a anistia são formas constitucionais de indulgentia principis pelo Executivo e pelo Legislativo, e a Lei n. 8.072 somente se refere a indulto e graça para coincidir com o art. 5º, XLIII, e, ao mesmo tempo, não dar margem a dúvidas quanto à sua abrangência. Ademais, não haveria sentido em se proibir a anistia, que só pode ser concedida por lei e se permitir o indulto individual ou coletivo, dependente de decreto” (Julio Fabbrini Mirabete, ob. cit., pág. 417).

Maurício Kuehne, em recente artigo publicado pelo IBCCrim — Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, posicionando-se pela inaplicabilidade da comutação aos condenados por

crimes hediondos ou equiparados, explica:

“O último decreto concessivo de indulto, publicado no Diário Oficial da União de 29 de outubro de 1999, trouxe aspectos que ensejam posicionamentos conflitantes. O primeiro deles diz respeito à questão de se saber se os condenados por crimes hediondos ou assemelhados tornam-se passíveis da indulgência, na modalidade de comutação (o correto seria redução) da ou das penas.

“A resposta que encontramos, após percorrer toda a doutrina nacional, com a devida vênia, é no sentido negativo, mesmo porque o termo comutação, a nosso ver, é empregado de forma equivocada no decreto, muito embora segmentos doutrinários já tenham assimilado tal terminologia, igualando a comutação à redução da pena. E, se assim nos posicionamos, tal situação deriva da exegese que se efetiva do preceito constitucional. Com efeito, a teor do contido no art. 5º, inc. XLIII, ‘a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos...’. Ora, em que pesem as discussões travadas, o legislador constitucional, ao aludir às duas formas de indulgência, o fez relativamente aos Poderes competentes para concedê-las, vale dizer, Anistia — Poder Legislativo; Graça — Poder Executivo.

“É cediço que o termo graça pode ser concebido em sentido amplo, compreensiva da anistia, indulto individual e indulto coletivo, quer sejam estes últimos de forma total ou

parcial, como também a comutação da pena propriamente dita, bem como pode ser concebido em sentido estrito, compreendendo o indulto individual. Firmamos o entendimento de que, em sede constitucional, o legislador tão-só procurou separar os institutos de conformidade com os setores competentes para a concessão respectiva, consoante acima explicitamos. Ora, se assim é, o termo graça, empregado no texto constitucional mencionado, compreende todas as formas de indulgência (excetuada a anistia por expressa disposição), daí por que firmou-se o entendimento nos Tribunais Superiores de que a vedação do indulto aos que praticaram crimes hediondos não é inconstitucional e o legislador infraconstitucional não exorbitou da competência que lhe foi deferida.

“Assim entendida a questão, o Presidente da República, por vedação contida na Lei Maior, não pode conceder qualquer forma de indulgência àquele segmento de criminalidade. Conquanto possamos divergir sob o aspecto ideológico, na estrita legalidade, contudo, divergência não pode haver” (“Indulto pleno ou parcial (comutação = redução da pena) — Questões controvertidas — Decreto n. 3.226/99”, in Boletim do IBCCRIM, n. 87, fev./00, pág. 15).

Na verdade, a Constituição Federal garantiu “aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (art. 5, caput) e considerou “crimes 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, por eles res-

pondo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem” (XLIII).

Logo, sendo insuscetíveis de graça (individual), tais crimes também o são de indulto (coletivo), em qualquer de suas formas, ou seja, para “perdão” da pena, redução ou substituição por outra (comutação).

A Lei n. 8.072/90 (com a modificação dada pela Lei n. 8.930/94), por sua vez, indica, no art. 1º, os crimes que considera hediondos (homicídio simples praticado por grupo de extermínio, homicídio qualificado, latrocínio, extorsão qualificada pela morte, extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada, estupro e atentado violento ao pudor com lesões graves ou morte, epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte e genocídio; tentados ou consumados), acrescentando, no inciso I do art. 2º, que tais crimes, assim como a prática da tortura, o tráfico de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de anistia, graça e indulto.

Ora, não obstante a Lei n. 8.072/90 tenha acrescentado a proibição do indulto (que é espécie de graça) aos crimes mencionados, cumpriu e está em simetria com o texto constitucional, mesmo porque, como se viu, graça e indulto têm a mesma consequência, diferindo apenas quanto à extensão (individual e coletivo) e comutação é espécie diminuída.

O decreto excepcional, na esteira do art. 84, XII, da Constituição, distinguiu indulto de comutação e fixou regras distintas para sua concessão, como se institutos diversos fossem;

mas não há como deixar de considerar, não fosse a sua interpretação sistemática com a legislação vigente, a existência da expressa proibição constitucional da graça (CF, art. 5º, XLIII) — nela incluída a comutação, aos condenados por crimes hediondos e equiparados, como do indulto (o que constou claramente nos demais e posteriores decretos expedidos após a vigência da Lei n. 8.072/90) —, contida também no próprio Decreto n. 3.226/99, no seu art. 7º, pois lá está bem escrito que “o indulto previsto neste Decreto não alcança os condenados por crimes hediondos e pelos crimes de tortura, terrorismo e tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins” (inciso I).

Dá-se se pode concluir:

3.1 A Carta Constitucional vigente proíbe concessão de graça aos condenados, dentre outros, por crimes como tráfico ilícito de entorpecentes, drogas afins e os definidos como hediondos (art. 5º, XLIII); na expressão graça, indulgência concedida individualmente, estão compreendidos o indulto (coletivo) e a comutação.

3.2 O Presidente da República, na esfera de sua competência privativa (CF, art. 84, XII) e por razões de política criminal, pode conceder “indulto e comutar penas”, limitando seus destinatários, requisitos e efeitos da indulgência, mas não pode estendê-la às hipóteses restringidas no art. 5º, XLIII, da mesma CF.

3.3 A comutação, nada mais sendo do que abatimento de uma fração da pena privativa de liberdade aplicada ou substituição por outra, é uma espécie de graça na qual também se inclui o indulto, estes concebi-

dos inicialmente como “perdão” do total da pena, com efeito extintivo da punibilidade (CP, art. 107, II).

4. Diante do exposto, conheceu-se do recurso e dá-se-lhe provimento, para cassar a comutação concedida.

Eventuais outros benefícios e direitos que o agravado possa ter, como progressão e/ou livramento condicional, deverão ser analisados pelo Juiz da Execução.

Corrija-se a autuação fazendo constar o nome do agravado como Luiz Dartora.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jorge Mussi. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Luiz Fernando Sirydakis.

Florianópolis, 11 de abril de 2000.

Alberto Costa,
Presidente, com voto;
Nilton Macedo Machado,
Relator.

RECURSO DE AGRAVO N. 99.021944-5, DE CURITIBANOS

Relator: Des. Torres Marques

Recurso de agravo — Abertura de vista pelo escrivão para intimação do Promotor — Ciente do representante ministerial em data diversa — Discussão acerca do início da contagem do prazo.

Ausência de manifestação pelo membro do Parquet quanto à diversidade de datas.

— Em regra, para a contagem do prazo recursal, não existe prevalência entre a data da abertura de vista e a da efetiva manifestação do Parquet. Entretanto, em face da ausência de irrevogação por parte do Promotor de Justiça, prepondera a data da abertura de vista.

Recurso protocolado fora do quinquêdimo legal — Intempestividade — Não conhecimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Agravo n. 99.021944-5, da comarca de Curitiba (2ª Vara, Fazenda e Execuções Penais), em que é recorrente a Justiça, por seu Promotor, sendo recorrido Plínio Gomes:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por unanimidade, não conhecer do recurso, por intempestivo.

Custas legais.

I — Relatório

Cuida-se de recurso de agravo interposto pelo representante do Parquet a quo contra decisão que deferiu a progressão ao regime semi-aberto a apenado Plínio Gomes.

Tendo em vista o disposto na sentença condenatória, o sentenciado, segundo a Magistrada prolatora da decisão recorrida, teria direito à progressão de regime caso estivessem atendidos os demais requisitos necessários.

Sustenta o recorrente divergir do entendimento da Juíza segundo o qual a não progressão de regime implicaria em reformatio in pejus, por ter a sentença condenatória determinado que a execução da pena aconteceria segundo o artigo 33, § 2º, a, do CP.

Rebatido o recurso e mantida a decisão monocrática (fls. 26), os autos ascenderam e nesta instância a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso.

II — Voto

O representante do Parquet em exercício na comarca de Curitiba (Vara de Execuções Penais) recorreu da decisão que beneficiou o apenado Plínio Gomes, condenado pela prática de crime hediondo, com a progressão de regime.

Consoante verifica-se dos autos, foi aberta vista ao recorrente da decisão que concedeu a Plínio Gomes a progressão de regime em 3/11/99 (fls. 18v.). Também a fls. 18v. consta o “ciente” do representante ministerial, com data de 17/11/99. Esclareço que a certidão do escrivão não tem mais valor do que o ciente do

membro do Parquet. Desse modo, caso a certidão contivesse data errada, o Promotor deveria ter salientado tal erro ao dar seu ciente e requerido a modificação da data de abertura da vista.

Assim sendo, e considerando-se que em 4/11/99 iniciou o quinquídio legal para a interposição do recurso, o prazo terminou em 8/11/99. Tendo em vista que o recurso de agravo somente foi protocolado em 22/11/99 (fls. 2), não se conhece da ir-resignação ministerial, por intempestiva.

Da jurisprudência do STF:

“Penal. Processual Penal. Habeas corpus. Agravo. Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210, de 11/6/84). Prazo para interposição. I – Aplicam-se ao agravo previsto no art. 197 da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84) as disposições do CPP referentes ao recurso em sentido estrito. Dessa forma, o prazo para a interposição do referido recurso é de 5 (cinco) dias (CPP, art. 586) e não de 10 (dez) dias, conforme previsto na Lei n. 9.139/95, que alterou o Código de Processo Civil. II – HC deferido” (HC n. 75.178/RJ, rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 30/9/97).

Nesse mesmo sentido, das decisões desta Corte de Justiça: Recurso de Agravo n. 97.006491-8, da Capital, rel. Des. Alberto Costa, j. em 2/9/97; Recurso de Agravo n. 275, de Itajaí, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. em 4/2/94; e, Recurso de Agravo n. 96.008597-1, da Capital, rel. Des. José Roberge.

III — Decisão

Ante o acima exposto, não se conhece do recurso, por intempestivo.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Maurílio Moreira Leite e Nilton Macedo Machado, tendo lavrado parecer pela douta Procurado-

ria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Demétrio Constantino Serratine.

Florianópolis, 29 de fevereiro de 2000.

Alberto Costa,
Presidente;
Torres Marques,
Relator.

REVISÕES CRIMINAIS

REVISÃO CRIMINAL N. 99.020104-0, DA CAPITAL

Relator: Des. Souza Varella

Revisão criminal — Formação de quadrilha — Roubo consumado e tentado em continuidade delitiva — Critério para aumento — Consideração das circunstâncias objetivas e subjetivas — Inteligência do parágrafo único do artigo 71 do Código Penal — Pedido indeferido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal de n. 99.020104-0, da comarca da Capital (1ª Vara), em que é requerente Carlos Alberto Damásio:

ACORDAM, em Câmaras Criminais Reunidas, por votação unânime, indeferir o pedido.

Custas de lei.

Carlos Alberto Damásio foi condenado à pena de 13 (treze) anos e 3 (três) meses de reclusão por incurso nas sanções dos artigos 155, por duas

vezes, 288, 157, § 2º, I, 157, § 2º, I, c/c artigo 14, II, e artigos 69 e 71, parágrafo único, todos do Código Penal.

Em virtude da Apelação Criminal n. 33.097, julgada pela Primeira Câmara Criminal desta Casa, teve sua pena diminuída e fixada em 11 (onze) anos e 6 (seis) meses de reclusão, pela exclusão da condenação referente ao crime de furto.

Vem agora requerer a absolvição do crime de tentativa de assalto, ou, alternativamente, a diminuição da pena no que se refere à continuidade delitiva.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Hipólito Luiz Piazza, opina pelo provimento parcial do apelo para reduzir a pena imposta aos delitos de roubo.

Contudo, entenderam as Câmaras Criminais Reunidas pelo não deferimento da revisão.

Com referência à tentativa de assalto, retira-se dos autos que em razão da apelação interposta, anteriormente citada, já houve reexame dessa matéria e em face da inexistência de prova nova, não há como se dar abrigo à mencionada pretensão.

Oportuna a lição de Julio Fabbrini Mirabete:

"A revisão não é uma segunda apelação, não se prestando à mera reapreciação da prova já examinada pelo Juízo de Primeiro Grau e, eventualmente, de Segundo, exigindo que o requerente apresente com o pedido elementos probatórios que desfaçam o fundamento da condenação, como, por exemplo, a retratação da vítima" (in Processo Penal, 5ª ed., Atlas, São Paulo, 1995, pág. 667).

Quanto ao pedido de ajuste no acréscimo da pena, decorrente da continuidade delitiva, melhor sorte não lhe socorre.

Observa-se que, por se tratar de delito praticado com violência à pessoa, o Magistrado aplicou o parágrafo único do artigo 71 do Código Penal que admite um aumento de até o triplo.

O parágrafo único do art. 71 dispõe que "poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste código". Portanto, presentes os requisitos objetivos (crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa), cabe observar aqueles subjetivos, equivalentes aos constantes do art. 59 do CP, sendo estes desfavoráveis ao réu.

Nesse sentido a jurisprudência:

"O art. 71, parágrafo único, do CP, ao autorizar o excepcional aumento da reprimenda nas hipóteses de crimes dolosos contra vítimas diversas, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, remete o juiz, ainda, à consideração da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social e da personalidade do agente, assim como dos motivos e circunstâncias do crime, tudo a fim de que tenha os parâmetros que lhe ditam a quantidade do aumento a ser imposto" (TACrimSP — AC — rel. Canguçu de Almeida — JUTACrim 91/408, in Franco, Alberto Silva. Código Penal e Sua Interpretação Juris-

prudencial, vol. 1, Tomo I, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, pág. 1.149).

Isso posto, tratando-se de continuidade delitiva específica, em que os roubos se consumaram em concurso de pessoas e mediante grave ameaça, sendo desfavoráveis as circunstâncias e os demais elementos do artigo 59 do Código Penal, é que se mantém a reprimenda nos parâmetros em que foi fixada.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos.

Srs. Des. Maurílio Moreira Leite, Nilton Macedo Machado, Amaral e Silva, Genésio Nollí, Jorge Mussi e Francisco Borges. Lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Hipólito Luiz Piazza.

Florianópolis, 23 de fevereiro de 2000.

Alberto costa,
Presidente com voto;
Souza Varella,
Relator.

REVISÃO CRIMINAL N. 00.015733-3, DE SÃO DOMINGOS

Relator: Des. Maurílio Moreira Leite

Revisão criminal. Defensor dativo intimado da decisão condenatória por aviso de recebimento (AR). Inadmissibilidade. Intimação pessoal. Necessidade. Inaplicabilidade do artigo 370 do Código de Processo Penal. Sentença não transitada em julgado. Pedido não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal n. 00.015733-3, da comarca de São Domingos, em que é requerente Altair Biazin:

ACORDAM, em Câmaras Criminais Reunidas, por votação unânime, não conhecer do pedido.

Custas legais.

Na comarca de São Domingos, Altair Biazin foi condenado à pena de 22 anos de reclusão, mais 12 dias-multa, no valor mínimo cada, com enquadramento no artigo 157, § 3º, in fine, do Código Penal. Determinado re-

gime prisional fechado. Da decisão foi intimado pessoalmente. Não houve apelo.

Por meio de revisão, interposta pela Dra. Janice de Bairros, é pretendida a diminuição da pena, porquanto não aplicáveis à espécie as agravantes acolhidas. Da mesma forma, inviável, à hipótese, a fixação da pena-base acima do mínimo previsto.

A douda Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Hipólito Luiz Piazza, manifestou-se pelo indeferimento da pretensão.

É o relatório.

Pressuposto inarredável da medida invocada é o trânsito em julgado da sentença condenatória, a teor do artigo 621 do Código de Processo Penal. O defensor dativo, Dr. Ronaldo José François, foi intimado da sentença condenatória por AR (documento de fls. 139 verso assinado por Aline Narciso), prática inadmitida na área processual penal, consoante nos diz Julio Fabbrini Mirabete: "Não é admissível no processo penal a intimação por via postal com AR. Também desconhece a lei processual penal a intimação do defensor por publicação na imprensa quando se trata de julgamento de Primeira Instância" (Processo Penal, Editora Atlas, 1998, pág. 470).

Não se desconhece as disposições do artigo 370 do Código de Processo Penal trazidas pela Lei n. 9.271/96 impondo maior celeridade e presteza às intimações, quando possível, inclusive, o uso de AR, consoante preconizado no seu § 2º, salvo se o defensor for nomeado.

No entanto, tais disposições não se aplicam à intimação de sentença condenatória, consoante já decidido, *mutatis mutandis*: "Apelação criminal. Defensor constituído intimado da sentença condenatória, por intermédio de publicação no Diário da Justiça. Inviabilidade. Inteligência do artigo 392 do Código de Processo Penal. Retorno dos autos à origem para que

se proceda à intimação pessoal do advogado.

"A regra contida no artigo 370, § 1º, do Código de Processo Penal, aplica-se à cientificação das partes para a prática de todos os atos processuais, com exceção à intimação da sentença condenatória, que tem disciplina própria, instituída no artigo 392 do Código de Processo Penal" (Apelação Criminal n. 00.005156-0, de Brusque, julgada em 9 de maio de 2000, deste relator).

Em face do exposto, o pedido revisional não é conhecido, devendo, na comarca de origem, ser providenciada a intimação pessoal do defensor, possibilitando a interposição de apelação, medida de maior amplitude do que a ora invocada.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Solon d'Eça Neves, Irineu João da Silva, Torres Marques, Jorge Mussi e Souza Varella. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Hipólito Luiz Piazza.

Florianópolis, 29 de novembro de 2000.

Genésio Nolli,
Presidente com voto;
Maurílio Moreira Leite,
Relator.

**JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL
E ADMINISTRATIVA**

AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 99.016471-3, DE PONTE SERRADA

Relator designado: Des. João José Schaefer

— *Lei Orgânica Municipal.*

— *Norma fixando em um ano o mandato dos membros da Mesa da Câmara Municipal e autorizando a recondução para os mesmos cargos na eleição imediatamente subsequente.*

— *Inconstitucionalidade não entrevista ante ao disposto no § 3º do art. 46 da Constituição Estadual, que fixa em dois anos o mandato dos membros da Mesa da Assembléia Legislativa e veda a recondução para o mesmo cargo na eleição imediatamente subsequente. É que essa norma da Constituição do Estado não constitui um princípio constitucional, de obrigatória observância pelos municípios, mas apenas regra para composição da Mesa, de caráter regimental, não havendo, outrossim, no rol de preceitos do art. 111 da Constituição Estadual, que os municípios estão obrigados a seguir, regra a respeito da duração dos aludidos mandatos.*

— *Liminar para suspensão dos efeitos do dispositivo inquinado de inconstitucionalidade que se denega.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 99.016471-3, da comarca de Ponte Serrada, em que é

requerente Prefeito Municipal de Vargeão, sendo requerida Câmara Municipal de Vargeão:

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal Pleno, por maioria de votos, indeferir a liminar.

Custas de lei.

O Prefeito Municipal de Vargeão propôs a presente ação direta de inconstitucionalidade do art. 39 da Lei Orgânica do município de Vargeão que fixou em 1 (um) ano o mandato da Mesa da Câmara Municipal.

Diz que essa disposição contraria o disposto no art. 46, § 3 da Constituição Estadual e o § 4º do art. 57 da Constituição Federal, retirando um ano de mandato dos componentes da Mesa.

O constituinte estadual não autorizou a alteração do período de mandato dos componentes da Mesa das Câmaras Municipais e este Tribunal suspendeu, liminarmente, por entrever inconstitucionalidade nas suas disposições, normas análogas, da Lei Orgânica ou de emendas votadas nos municípios de Papanduva (ADIn. n. 97.009427-2); Capital (ADIn. n. 97.008363-7); Chapecó (ADIn. n. 98.012859-5); Canoinhas (ADIn. n. 97.014230-7) e da Capital (ADIn. n. 97.005412-2), relatores, respectivamente, Des. Eder Graf, Wilson Guarany, Anselmo Cerello, João José Schaefer e Alcides Aguiar.

Presentes se acham, no caso, os requisitos próprios para a concessão da liminar, estando configurado o *fumus boni juris* pela colisão do dispositivo Municipal com o Estadual e o Federal.

É o relatório.

A matéria, de fato, foi analisada inúmeras vezes nesta Corte.

Entendeu-se, a princípio, consoante julgados invocados pelo ilustre autor, que a regra constante do § 3º do art. 46 da Constituição Estadual devesse ser observada obrigatoriamente pelas Câmaras Municipais.

Quando do julgamento da ADIn. n. 99.000850-9, na sessão de 21 de outubro último, a partir dos votos dos Desembargadores Francisco Oliveira Filho, relator designado e do relator designado da presente ação direta e tendo por norte, fundamentalmente, decisão do egrégio Supremo Tribunal Federal na ADIn. n. 793, de Rondônia (RTJ 163/52), de que é relator o Sr. Ministro Carlos Velloso, assentou este Órgão Especial, por maioria de votos, que o enunciado naquele dispositivo da Constituição do Estado não encerra um princípio, mas apenas uma regra a ser observada na composição da Mesa da Assembléia, tal como o § 4º do artigo 57 da Constituição Federal em relação às Mesas do Senado e da Câmara Federal, não sendo, contudo, de observância obrigatória pelas Câmaras Municipais.

Tal entendimento reafirmou este Tribunal no julgamento da ADIn. n. 97.012116-4, relator o designado para este acórdão.

É que o Município, nos termos do art. 29 da CF e 111 da Constituição Estadual, deve atender aos princípios estabelecidos na Constituição Federal e na Constituição Estadual e ainda aos preceitos expressamente arrolados naqueles dispositivos, não havendo nos respectivos róis nenhum preceito expresso a respeito da matéria, nem a duração do mandato dos integrantes de Mesa das Câmaras, constitui um

princípio a que devesse obrigatoriamente seguir as Câmaras Municipais.

No voto proferido no STF na ADIn. n. 793, assinalou o Sr. Ministro Carlos Velloso, tratar-se, aquela norma, de princípio constitucional estabelecido.

Mas já naquele julgamento o Sr. Ministro Moreira Alves registrara que, em hipótese semelhante, na Apresentação n. 1245, em 15/10/87, por unanimidade de votos, decidira o STF que o art. 30, parágrafo único, letra f, da Emenda Constitucional n. 1/69, não se incluía "entre princípios essenciais a que os Estados devam obediência...", mesmo considerando que aquela Emenda n. 1/69 era muito mais limitativa da autonomia dos Estados, tanto que continha determinação (o art. 200) de que "as disposições constantes desta Constituição ficam incorporadas, no que couber, no direito constitucional legislado dos Estados".

Prosseguiu o Sr. Ministro Velloso dizendo haver meditado sobre o tema, já não mais sustentando que a norma inscrita no § 4º do art. 57 da Constituição Federal constitua um princípio constitucional estabelecido.

Transcreveu, então, estes trechos do parecer do Procurador-Geral da República, Prof. Geraldo Brindeiro, que disse haver enfrentado a matéria "com absoluta propriedade":

"Na verdade, a norma constante do art. 57, § 4º, da Constituição Federal, não inclui, a rigor, princípio constitucional, mas sim regra aplicável à composição das Mesas do Congresso Nacional. O Constituinte federal optou por incluir norma que seria de natureza regimental no texto da

Constituição, não cabendo nenhuma analogia com a norma constitucional do art. 14, § 5º (esta sim encerrando princípio constitucional de irreelegibilidade aplicável às Constituições Estaduais quanto aos Governadores), que se refere obviamente à eleição pelo eleitorado e não eleição interna corporis pelas Casas Legislativas.

"É bastante considerar, aliás, que o art. 27, caput, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, referindo-se expressamente às 'regras' que os Estados da Federação devem seguir quanto à composição das Assembléias Legislativas, mandatos, remuneração, sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidade, licenças e impedimentos, nada estabeleceu quanto à eleição das Mesas".

Afirmando, então, com razão o ilustre Procurador-Geral da República, refere o Ministro Carlos Velloso, que "a norma do § 4º do art. 57 não constitui um princípio constitucional. Ela é, na verdade, simples regra aplicável a composição das Mesas do Congresso Nacional, norma própria, aliás, do regimento interno das Câmaras...".

Considerou tal regra "conveniente e oportuna", no sentido de que as Assembléias Legislativas e as Câmaras deveriam inscrever em seus regimentos, ou "as Constituições Estaduais deviam copiá-las", advertindo, contudo, que "A conveniência, no caso, entretanto, não gera inconstitucionalidade...".

Da mesma forma na Constituição do Estado.

O disposto no § 3º do art. 46 constitui regra específica a ser observada na composição da Mesa da

Assembléia, mas não reveste a condição de princípio, nem há, no rol do art. 111 da CE, preceito de que devam os municípios fixar em dois anos o mandato dos membros da Mesa de suas Câmaras ou vedar a recondução para o mesmo cargo na eleição imediatamente subsequente.

Ante o exposto, inexistindo vulneração à Constituição Estadual pela Emenda n. 4/96 à Lei Orgânica do município de Vargeão, indefere-se a liminar.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Eder Graf, Amaral e Silva,

Anselmo Cerello, Genésio Noll, Jorge Mussi, Francisco Borges e, com votos vencidos, os Exmos. Srs. Des. Sérgio Paladino, Xavier Vieira e Wilson Guarany. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Odil José Cota.

Florianópolis, 15 de dezembro de 1999.

João Martins,

Presidente;

João José Schaefer,

Relator designado.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 99.002303-6, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

Relator designado: Des. Anselmo Cerello

Ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Ministério Público — Artigo 1º, § 2º, e artigo 2º, parágrafo único, da Lei n. 1.609/96 e Decreto n. 3.022/98 do município de Balneário Camboriú — Cobrança de tarifa de coleta e remoção de lixo urbano por concessionária de serviço público municipal, diretamente do usuário — Inexistência de aparente inconstitucionalidade ante a Constituição Estadual de Santa Catarina — Ferimento ao princípio da legalidade inexistente — Suspensão liminar da eficácia dos dispositivos imputados indeferida.

Para acolhimento de argüição direta de inconstitucionalidade, perante o Tribunal de Justiça, de lei ou ato normativo municipal, impõe-se antes de mais nada, que a apontada eiva, a teor do artigo 85 da CESC/89, consista em afronta — mesmo que aparente, em termos de concessão de liminar — a dispositivo constante do Diploma Político Máximo Estadual, ou pelo menos nele reproduzida quando se tratar de afronta à disposição inserida em diploma federal.

Não se mostra aparente a ofensa ao princípio da legalidade tributária, a cobrança direta ao usuário de tarifa pela empresa con-

cessionária, referente a serviço público por ela prestado e autorizada por lei que colocou sob o regime de concessão pública serviço municipal de caráter industrial e comercial.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 99.002303-6, da comarca de Balneário Camboriú, em que é requerente o representante do Ministério Público, sendo requerido o município de Balneário Camboriú:

ACORDAM, em Órgão Especial, por maioria de votos, indeferir a liminar.

Custas legais.

Pretende a DDª Promotora de Justiça da comarca de Balneário Camboriú ver decretada a inconstitucionalidade dos arts. 1º, § 2º, e 2º da Lei n. 1.609/96 e Dec. n. 3.022/98 daquele Município, por afrontar ao disposto no art. 128, I, da Constituição deste Estado (princípio da legalidade tributária), por consagrar a cobrança da tarifa pelos concessionários ou permissionários de serviço público, de coleta de lixo industrial e doméstico diretamente do usuário, sendo repassado ao município 3% do arrecadado.

Toda a querela principiou em decorrência de uma ação civil pública intentada pela Associação Catarinense do Consumidor — Acadeco, que pretendia tornar inconstitucional a cobrança da taxa (então taxa) de coleta de lixo e limpeza pública que era cobrada conjuntamente com o IPTU, por caracterizar tais serviços como essenciais e genéricos, e não específicos e divisíveis, dentre os beneficiários, a teor do art. 77 do CTN, sendo, por isso, inconstitucional a cobrança, em razão de tal serviço (genérico e indivi-

dual) ser custeado pelos impostos locais.

A referida ação obteve exaurimento, na pena do DD. Desembargador Presidente deste egrégio Tribunal de Justiça, que não visualizando relação de consumo, mas sim tributária, provera monocraticamente agravo do município, a teor da Lei n. 9.847/92, artigo 4º.

Ato contínuo, o Ministério Público da comarca de Balneário Camboriú ingressou com a presente ação direta de inconstitucionalidade, perseguindo a decretação de inconstitucionalidade dos dispositivos em apreço, realçando:

“O que o Ministério Público não quer com a presente demanda unicamente, frise-se, é que permaneça o atual estado de coisas flagrantemente inconstitucional no que tange à remuneração dos serviços de coleta de lixo e limpeza urbana neste Município.

“Estes deverão continuar sendo prestados através da empresa vencedora da licitação; porém, deverão ser pagas diretamente pelo poder concedente que dada a sua legitimidade ativa na relação tributária, irá exigir, através da competente taxa, fixada de acordo com as regras legais, a contraprestação pecuniária devida pelo contribuinte deste Município. Em outras palavras, a concessão pública deve ser mantida, com o serviço sendo prestado pela Coneville; entretanto, a remuneração deve ser feita pelos cofres públicos após a competente arrecadação, por si, dos valores dos con-

tribuintes e não diretamente pela concessionária. A relação deve ser trilateral (contribuinte—Município—Coneville) e jamais bilateral (contribuinte—Coneville).

“Não se está questionando, pois, o processo licitatório, mas unicamente a forma de remuneração equivocada instituída para este serviço.

“Quanto a eventual abusividade dos valores cobrados a título de coleta de lixo e limpeza urbana, será objeto de análise pelo Ministério Público em procedimento próprio”.

Requeru a concessão da medida liminar, ora em causa.

Dúvidas me assaltaram, e pedi vistas dos autos, ante o voto do eminente Desembargador Relator, concedendo a outorga in initio litis, que acabou por ser acatada pelo mesmo DD. Relator por ver afrontado o princípio constitucional da legalidade tributária, reiterado no Diploma Político Estadual.

É o relatório.

Sucedo que, com a devida vênia, ousou dissentir de Sua Excelência, o Exmo. Desembargador Relator, de seu brilhante, não obstante, voto.

É que o serviço de coleta de lixo urbano do município de Balneário Camboriú fora desafetado da administração pública municipal, a teor do art. 1º da Lei n. 1.610, daquele Município, colocando-o sob o regime de concessão pública. Prescreve o aludido artigo:

“Sujeitam-se ao regime de concessão os serviços públicos de coleta, transporte, transbordo, tratamento e transformação do lixo domiciliar, industrial e de remoção de entulhos e outros tipos de lixo não compatíveis

com o lixo de coleta regular do município de Balneário Camboriu, mediante concorrência pública”.

Tal dispositivo encontra absoluto respaldo constitucional no art. 137 da Carta Catarinense, em seus §§ 1º e 2º, sendo que o § 2º, II, autoriza o Estado a definir política tarifária, a teor, ainda, do que dispõe o art. 175, parágrafo único, III da CF/88:

“Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre por meio de licitação, a prestação de serviços públicos.

“Parágrafo único: A lei disporá sobre:

“III — política tarifária”.

Também se harmonizam as disposições acioadas de inconstitucionais, conforme o delineado nos arts. 17 e 18 do Diploma Estadual Máximo.

Portanto, trata-se de serviço público ou de utilidade pública posto legalmente ao regime concessionário e a sua contraprestação faz-se por meio de “tarifas” (preços públicos tabelados e não por taxa), consoante determina o artigo 1º, § 2º, da Lei Municipal de Balneário Camboriu:

“No caso de serviços urbanos prestados indiretamente através de concessão, permissão ou autorização pública, fica a concessionária ou permissionária autorizada a cobrar diretamente ao contribuinte a respectiva taxa de serviços urbanos, utilizando sistema próprio ou não de cobrança, em conformidade com os valores fixados pelo Poder Executivo”.

Ora, não há disposição no Diploma Político Catarinense que dispo-

nha em contrário, inibindo a concessionária lididamente investida, nesta condição de efetuar a cobrança da tarifa que tem direito, como contraprestação do serviço realizado de coleta de lixo.

Muito pelo contrário, doutrina com a usual precisão, Celso Antônio Bandeira de Melo:

“Em geral, o concessionário de serviço público (ou da obra pública) explora o serviço (ou a obra pública) mediante tarifas que cobra diretamente dos usuários, sendo daí que extrai, basicamente, a remuneração que lhe corresponde. Isto não exclui a possibilidade de que sejam também previstas outras fontes de recursos para compor-lhe a remuneração (Curso de Direito Administrativo, 9ª ed., Malheiros, pág. 471).

A este respeito se associa o saudoso Hely Lopes Meirelles:

“Tanto a taxa como a tarifa têm de retribuir satisfatoriamente a prestação do serviço, para que o seu investimento, manutenção, operação e ampliação sejam custeados pelos usuários e, quando se tratar de serviço industrial explorado por concessionário ou permissionário, produza lucro razoável para o investidor. É o que dispõe a Constituição da República, no que concerne à concessão ou permissão de serviço público ao determinar que a lei pertinente disporá sobre ‘política tarifária’ (art. 175, parágrafo único, III), entendendo-se que a lei deva assegurar o equilíbrio econômico-financeiro na prestação do serviço.

“Embora caiba ao Executivo a fixação e alteração de tarifas, em qualquer época do ano, tal ato não é discricionário, mas vinculado às nor-

mas legais e regulamentares, e, sobretudo, às cláusulas contratuais da concessão ou às condições da outorga da permissão, que disciplinam a prestação de serviço concedido ou permitido (Direito Municipal Brasileiro, 6ª edição, Malheiros, pág. 262).

Portanto, não se identifica a eiva imputada como atentatória ao princípio de legalidade tributária, e como se não bastasse, mesmo que existente a incompatibilidade das disposições no mundo jurídico, esta seria, ante o disposto no art. 7º do CTN, que proíbe a delegação tributária, ressalvada a hipótese de “arrecadação” e “fiscalização” (vide Aliomar Baleeiro, Direito Tributário, 11ª ed., págs. 79/80).

Ora, a ação direta de inconstitucionalidade a que pertine no âmbito da jurisdição estadual, restringe-se a incompatibilidade de lei ou ato administrativo, em contradição com disposição da Carta Política Estadual e não com a Lei Federal, salvo se a Constituição Estadual repetir preceito federal, o que não é o caso.

Contudo, sustenta a DD. representante do Ministério Público que a coleta de lixo representa um serviço essencial e compulsório, divisível e específico, prestado ao usuário ou colocado a sua disposição, sendo, portanto, fato gerador de “taxa”, e, como tal, deve ser cobrado pelo, no caso, Município e submetido às limitações constitucionais ao poder de tributar, o que não sucede com as tarifas que podem ser revistas constantemente, por não contar com aqueles controles, em detrimento dos contribuintes usuários do serviço público, efetivamente ou potencialmente.

Volta-se aqui ao argumento de que o referido serviço, com amplo amparo constitucional, como foi visto, fora colocado sob o regime concessório, contra o qual, segundo vimos, o egrégio órgão arguinte não se insurge, apenas irresignando-se, em face da cobrança da contraprestação, que entende deve ser efetuada pela municipalidade, dada a natureza do serviço prestado, estando sujeito ao regime de taxa e não de tarifa.

Ocorre que, se há concessão, a contraprestação deve ser efetuada através de tarifas e não por meio de taxa.

A contrario sensu, como poderia a administração pública efetuar a cobrança da contraprestação de um serviço que não prestou? Como justificar a transformação de uma receita derivada tributária — taxa — em ingresso, uma vez que o arrecadado a título de taxa deve ser repassado à concessionária?

Por outro lado, a distinção de taxa e preço público efetuada com arraigado apego ao enunciado Sumular 545 do STF não satisfaz, evidentemente.

De fato preleciona, nestes termos, o saudoso mestre Geraldo Ataliba:

“A taxa é mera forma. Um pagamento juridicamente configura o preço ou taxa, conforme seu regime jurídico. Ora, tal matéria está no arbítrio puro e simples do legislador. Ele, de modo efetivamente arbitrário, dá ou não forma de taxa — vale dizer, estrutura tributária — ao pagamento. Ele é absolutamente livre para criar uma entidade, como preço ou como taxa. Da mesma maneira é livre para trans-

formar qualquer taxa em preço, ou qualquer preço em taxa (basta-lhe modificar o regime jurídico da relação que tem por objeto o pagamento).

“De todas aquelas atividades do Poder Público — diz Greco — que consistirem em serviços públicos só poderão dar ensejo à taxa. Preço público é denominação da remuneração paga ao Poder Público quando ele presta um serviço ou vende um bem em regime jurídico privado”.

Recomenda autorizadamente A. D. Giannini: “que se elimine de logo a principal fonte de confusão: a não ser de serviço público. É incrível constatar — escreve o exímio catedrático da Universidade de Roma — como é difusa a crença em que serviço público signifique serviço regido por normas de Direito Público, em vez de serviço assumido pelo poder público. Daí se pretenderia resumir que as entradas derivadas do ‘serviço público’ seriam taxas e não contraprestações (corrispetivi). Esta crença é radicalmente errada, porque existem serviços públicos prestados segundo normas de direito público, assim como serviços públicos prestados segundo normas de direito privado. Observe-se ainda que se ‘normas de direito público’ é coisa de fácil compreensão em sede teórica, é de difícilíssima individualização em sede prática, e não sem razão”.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, posto ante o árduo problema da incerteza da linha demarcatória entre as taxas e os chamados “preços públicos”, entendeu oferecer critério objetivo, capaz de perfeitamente extremá-los. Referindo-se a decisões proferidas em casos ocorridos

ainda sob o império da Constituição de 1946, decretou a Corte — fundado no conceito de tributo tacitamente concebido pela norma fundamental (Constituição de 1946, art. 141, § 34; hoje art. 150, I e II, b -- o consabido enunciado 545 da Súmula da jurisprudência predominante, nestes termos: “Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as institui”.

Aliás já notara, com a sua habitual agudeza e precisão, o eminente Ministro Victor Nunes, no voto proferido nos embargos no RE n. 54.194, em que se disputava a respeito da natureza da denominada taxa de água e de saneamento: “...o critério da obrigatoriedade é absolutamente insuficiente para caracterização do tributo (...). No caso presente, é preciso distinguir se a obrigatoriedade resulta do serviço, que se remunera, ou se resulta de outras considerações, vindo a obrigatoriedade da remuneração do serviço por via de consequência. (...) A obrigatoriedade, no caso em exame, de pagar a taxa de água e esgoto não está vinculada ao uso ou não do serviço. Resulta de uma imposição de ordem sanitária segundo a qual quem quer que construa imóvel urbano há de dotar esse imóvel dos serviços de água e esgoto. (...) A obrigatoriedade do pagamento é indireta. Direta é a obrigatoriedade de equipar o imóvel urbano com esse serviço. (...) O que se discute é precisamente isso, saber quando um pagamento obrigatório é taxa ou não é taxa. Não estou sustentando que não possa haver taxa que não seja obrigatória; o que estou sustentando

do é que há pagamentos obrigatórios, os quais, não obstante, não são taxas”.

Mas no próprio Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento, em 26/4/79, do RE n. 89.876—RJ, em que se discutia a respeito da natureza da prestação cobrada pela Companhia Municipal de Limpeza Urbana (Comlurb), do Rio de Janeiro, pela remoção do lixo dos prédios situados no município, o critério esposado pela Súmula 545 viria a ser considerado “deficiente”, sob o fundamento de que “a Súmula 545 se aplica, como critério distintivo, nos casos em que o legislador ordinário estabeleceu que a contrapartida devida pelo particular em virtude da prestação do serviço público é exigida, que não use do serviço, pelo simples fato de este estar colocado a sua disposição.

Pretende, ao que parece, estabelecer um critério material de distinção mais abrangente que o adotado pela Súmula 545. Destacou, no caso ora citado, o voto do Relator, o eminente Ministro Moreira Alves: “O que importa, no caso, é examinar a natureza do serviço prestado, para saber se é ele um serviço devido pelo Poder Público”.

Todavia, a doutrina do RE n. 89.876, a despeito do que afirma o seu eminente relator, não é data venia, substancialmente diversa da que servia de fundamento à Súmula 545. Com efeito, não sendo a compulsoriedade desta última, como demonstramos, a que caracteriza o tributo em si mesmo, mas, sim, a que decorre de um fato estranho, anterior à relação tributária — e que consiste, já se disse, na demanda “forçada” do serviço,

na “imposição” da prestação administrativa — não vemos como distinguir o que, in casu, é chamado “compulsoriedade” (Súmula 545), daquilo que, no RE n. 89.876, se designa como “obrigatório”. A verdade é que, tanto num quanto noutra caso, é sempre da atuação necessária do Poder Público, da obrigatoriedade da prestação administrativa, enfim, da utilização “forçada” do serviço.

Impõe-se assinalar, outrossim, em reforço às considerações precedentes, que tais serviços públicos “necessários” ou “obrigatórios” — na linguagem do RE n. 89.876: serviços de “utilização compulsória” — (p.ex.: serviços de travessia por balsas ou ferry boats, coleta de lixo, extinção de incêndios, sepultamento, água e esgoto, saneamento, seguro social, assistência médica e odontológica etc.), constituem, todavia, nos ordenamentos de vários países estrangeiros e, em alguns desses casos, até em nosso próprio país, objeto de prestação por particulares, mediante concessão, permissão ou autorização. Ora, em qualquer dessas hipóteses, não parece absolutamente concebível que a remuneração devida aos sujeitos particulares encarregados da prestação daqueles serviços econômicos, de regra em regime monopolístico, possa, a despeito de “imposta” aos usuários, qualificar-se de outro modo que não como “tarifa” ou “preço público”. De fato, referindo-se aos serviços concedidos (mas a observação vale (a fortiori, para os permitidos e autorizados), leciona Hely Lopes Meirelles: “O serviço concedido deve ser remunerado por tarifa (preço público) e não por taxa (tributo)”. Mesmo porque, prescindindo de outras objeções teóricas, daí re-

sultaria, nesta última hipótese, a absurda figura de um tributo que não seria receita pública (cf. art. 9º da Lei n. 4.320, de 17/3/64); ou, ao ângulo subjetivo, a hipótese inconcebível de uma obrigação tributária cujo sujeito seria (contrariamente ao art. 119 do CTN) um particular. Por outro lado, seria igualmente inconcebível que a remuneração paga, quer aos poderes públicos, quer a um particular, por motivo de prestação de um mesmo serviço, deva mudar sua natureza e converter-se, ora em tributo, ora em preço, como decorrência, tão-somente, da qualidade (pública ou privada) do prestador do serviço.

Ensina, a respeito, A. Theodoro Nascimento — Preços, Taxas, pág. 38: “...ninguém poderá obter água, gás, energia elétrica ou telefônica senão comprando tais serviços do Estado ou do concessionário beneficiado por esse monopólio de fato. Mas isso não basta para dizer que o preço pago por tal serviço configura tributo. O simples raciocínio de que a quantia paga não passará de preço de monopólio privado, se o serviço é prestado sob regime de concessão, é suficiente para induzir à concessão de que não deixaria de ser preço, apenas por haver o Estado, substituindo o concessionário, passado a prestar diretamente o serviço”.

Em síntese, a conclusão que, quanto a este ponto, decerto se recolhe é a de que, a despeito de ser a taxa um tributo e, enquanto tal, uma prestação pecuniária compulsória (CTN, art. 3º), o critério da “compulsoriedade” (que inspira e domina tanto a Súmula 545 quanto ao RE n. 89.876) não parece bastar a uma segura distinção, no plano jurídico, entre essa e

o “preço público”. Quando mais não fosse, porque representando a compulsoriedade, na acepção de propriedade essencial da prestação tributária, somente um dentre seus vários caracteres distintivos, tal critério, como bem assinalou o Ministro Victor Nunes, em seu notável voto, já citado, nos ERE n. 54.194, seria “absolutamente insuficiente para caracterização do tributo”, uma vez que há pagamentos obrigatórios, os quais, não obstante, não são taxas.

A “compulsoriedade”, enfim, no sentido em que a concebe a jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, e aí, particularmente, o RE n. 89.876 — ou seja, como utilização coativa de um serviço público, enquanto esse é, verbis: “obrigatório para o poder público e indispensável para o particular” — não vale de critério distintivo entre a taxa e o “preço público”, não só porque é, como já se viu, nesse sentido, um elemento indiscutivelmente estranho ao conceito jurídico de tributo, mas também porque tal critério não se coaduna com a experiência do Direito Tributário.

O que essencialmente distingue, portanto, no plano jurídico a taxa do “preço público”, é, não como entende a doutrina da “compulsoriedade”, uma determinada característica da relação, ou uma circunstância a ele atinente, isoladamente considerada, mas sim, exclusivamente, a respectiva fatispécie ou fato gerador, que consiste, neste caso, como sabemos, a contrario sensu da definição genérica do art. 16 do CTN, no exercício de uma atividade estatal específica (vale dizer, inerente ao Poder Público), relativa ao contribuinte.

Reconhece, de fato, quanto a esse ponto, a doutrina mais categorizada, vindo à frente Mario Pugliese: “As taxas são tributos e não preços, porque correspondem sempre a prestações próprias e exclusivas do Estado, que têm por objeto, prevalecentemente, não uma entidade econômica, mas sim uma entidade jurídica. É claro, portanto, o critério de determinação das taxas: elas não são pagas como contraprestações (sic) de todos os serviços que o Estado presta em regime de monopólio, mas só daqueles que, pelo seu caráter, não podem ser fornecidos senão monopolista-Estado e se subtraem, por esse motivo, às leis privadas do monopólio econômico. (...) as taxas são correspondentes exclusivamente à prestação de serviços que o Estado fornece agindo na qualidade de ente soberano de Direito Público, dotado, em tal qualidade, de um monopólio absoluto, total e permanente para a prestação desses mesmos serviços”.

Assim, a partir desta observação — mas tendo antes constatado, como já se sabe, com toda a respeitável doutrina precedentemente citada, que “à taxa correspondente, antes de tudo, atividade dos poderes públicos que não têm propriamente o caráter de serviços, mas que são, antes, funções” — A. D. Giannini percutientemente assinalou que a natureza da entrada do ente público se ordena concretamente, não a uma abstrata atividade pública, privada ou de direito especial, conforme o caso, mas sim, precisamente, ao ato (jurisdicional ou administrativo) que vem a ser praticado e à conseqüente relação. Pode dizer-se, nesse caso — precisa ainda Giannini — que a taxa corresponde e

se vincula à prática de atos administrativos ou de atos jurisdicionais: desde que, ao contrário, o ato praticado não tenha esta natureza, estar-se-á em presença de entradas patrimoniais (ou contraprestacionais) (corrispetive).

No intento de desfazer dúvidas surgidas a respeito do exato alcance do seu pensamento, o próprio M. S. Giannini, em trabalho posterior (louvamo-nos, neste ponto, em referências obtidas por intermédio de A. Berliri), teve ocasião de confirmar amplamente que a taxa se deve “individuar somente pela sua coligação com a prática de um provimento administrativo ou jurisdicional”, esclarecendo, ademais, que em todos os outros casos a receita deve ser, ao contrário, considerada “contraprestação (corrispetivo) pecuniária, se e enquanto as fatispções devam constituir-se como obrigações de prestar e dar, por parte do ente público, e como obrigação de pagar uma soma, por parte do indivíduo”. E, ainda mais incisivo, arremata o insigne autor: “a taxa é quanto cabe pagar pelo único fato de que se requer e se obtém o provimento administrativo ou a pronúncia jurisdicional”.

Ao conceito de taxa assim delineado por Giannini, e aqui irrestritamente acolhido (tributo que tem como fato gerador a prática de um ato administrativo ou jurisdicional cujo destinatário é o contribuinte), poderia objectar-se, porém, que esse não passa de um conceito doutrinário, que (supõe-se) não corresponde ao conceito do Direito Positivo, porque, a adotá-lo, ficariam sumariamente excluídos da categoria das taxas pelo menos todas aquelas prestações, distintas das chamadas “taxas de polícia”.

Conforme Baleeiro, Direito Tributário Brasileiro, ob. cit., pág. 330 e seguintes:

“Ela (a taxa), como todo tributo, é obrigação ex lege. Cabe quando os serviços recebidos pelo contribuinte resultam de função específica do Estado, ato de autorização, que por sua natureza repugna ao desempenho do particular e não pode ser objecto de concessão a este” (grifamos).

Ruy Barbosa Nogueira, Curso de Direito Tributário, ob. cit., pág. 174 e seguintes:

“Convém também esclarecer que esse serviço específico é aquele que somente pode ser prestado pelo Estado, isto é, serviço administrativo ou jurisdicional. Só ao Estado compete prestá-lo aos seus jurisdicionados como desempenho de atribuições públicas e como decorrência do jus imperii. Uma atividade civil, comercial ou industrial que possa ser prestada dentro da relação negocial não tem a natureza dessa atividade estatal específica. Esse serviço específico há de decorrer do exercício do poder de regular (poder de polícia), do poder de tributar ou da consorciação destes e sempre, para cada pessoa jurídica de direito público, em razão do exercício de atribuições constitucionais de cada governo”.

A. Theodoro Nascimento — Preços, Taxas, pág. 108 e seguintes:

“A quantia paga só configura taxa, quando o serviço que o Estado proporciona é de natureza administrativa ou jurisdicional. (...) o serviço de natureza administrativa ou jurisdicional constitui prerrogativa estatal, atividade específica, decorrente do jus imperii, indelegável, e, por isso, não

poderá ser objeto de concessão ao particular. Isso completa a distinção: a taxa o serviço a ela corresponde representa atividade específica do Estado”.

Alberto Xavier – Manual de Direito Tributário, vol. I, pág. 54:

“As taxas correspondem a bens ou serviços que são por essência da titularidade do Estado, de acordo com a concepção política dominante numa sociedade (...) E daí ainda que a obrigação de taxa não resulte de um acordo de vontades, antes revista a natureza de uma obrigação legal”. (Textos extraídos dos artigos de autoria de Geraldo Ataliba — Considerações em torno da Teoria Jurídica da Taxa — RDP n. 9 e Apontamentos sobre o conceito da taxa por Flávio Bauer Novelli — Rev. Direito Administrativo — RT 189 — 1 – 38 – jul./set./1992).

Diante de todo o exposto conclui-se que e respeitando as opiniões em contrário, inexistente a aparente inconstitucionalidade apontada dos artigos 1º, § 2º, e 2º da Lei n. 1.609/96 e Dec. n. 3.022/98 do município de Balneário Camboriú quanto à cobrança da tarifa de coleta e remoção de lixo urbano daquele município, pela empresa concessionária lididamente investida nesta condição por regular procedimento licitatório, por força da desafetação de tal serviço público, de natureza industrial e comercial e não administrativo e jurisdicional, pela Lei do município de Balneário Camboriú n. 1.610/96 que colocou o serviço em apreço sob o regime de concessão pública.

Ademais, o que se alega para argumentar mesmo que assim não fosse, haveria afronta ao disposto no

artigo 7º, caput do CTN — Lei Complementar Federal n. 5.102/66 que dispõe:

“A competência tributária é indelegável, salvo atribuição das funções de arrecadar ou fiscalizar tributos, ou de executar leis, serviços, atos ou decisões administrativas em matéria tributária, conferida por uma pessoa jurídica de direito público a outra, nos termos do § 3º do artigo 18 da Constituição”.

Podendo existir, o que se alega para argumentar, quando muito, aparência de afronta à Lei Federal, o que não justifica a admissibilidade da ADIN perante o Tribunal de Justiça, com respaldo no artigo 85 da CESC/89.

Não se vislumbra afronta ao princípio da legalidade tributária previsto no artigo 150, I, da CF, que dispõe “exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”, porque, in casu, não se está exigindo uma elevação do tributo, mas, sim, efetuando a sua cobrança, sendo permitida a arrecadação como é óbvio. Em todo caso, na pior das hipóteses, tratar-se-ia de afronta ao princípio que proíba a delegação tributária, vedação esta constante de lei complementar federal, o que foge da competência veiculada pela ação direta de inconstitucionalidade, não repetida na Carta Estadual.

Por isso, deixamos de conceder a almejada suspensão liminar da eficácia dos dispositivos acoimados.

É o voto.

Presidiu o julgamento, o Exmo. Sr. Des. Wilson Guarany, e dele participaram, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. José Roberge, Amaral e Silva, Jorge Mussi, Francisco

Borges, Silveira Lenzi, Sérgio Paladino e Eder Graf e, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Alcides Aguiar. Impedido o Exmo. Sr. Des. Genésio Nolli.

João Martins,
Presidente para o acórdão;
Anselmo Cerello,
Relator.

Florianópolis, 19 de maio de 1999.

**JURISPRUDÊNCIA
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 2.197-4 — RIO DE JANEIRO (MEDIDA CAUTELAR)

Relator: Min. Maurício Corrêa

Requerente: Procurador-Geral da República

Requerido: Governador do Estado do Rio de Janeiro

Requerida: Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Medida cautelar. Lei n. 3.310/99 do Estado do Rio de Janeiro. Contribuição previdenciária de servidores estaduais aposentados e pensionistas. Precedentes da Corte.

1. Ao julgar a ADIMC n. 2.010/DF, este Tribunal suspendeu a eficácia de dispositivos da Lei Federal n. 9.783/99, que instituiu a contribuição previdenciária de servidores públicos federais aposentados e pensionistas.

2. No âmbito estadual, essa tese foi reafirmada no julgamento das ADIMCs ns. 2.087/AM, 2.138/RJ e 2.176/RJ.

3. Suspensão ex tunc da eficácia do artigo 11 e seu parágrafo único e das expressões “e inativos” e “e/ou proventos” contidas no artigo 10, ambos da Lei n. 3.310, de 30 de novembro de 1999, do Estado do Rio de Janeiro.

Medida cautelar deferida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, deferir o pedido de medida cautelar, para suspender, até a decisão final da ação direta de inconstitucionalidade, com eficácia extunc, a execução e a aplicabilidade, no artigo 10 da Lei n. 3.310, de 30 de novembro de 1999, do Estado do Rio de Janeiro, das expressões “e inativos” e “e/ou proventos”, e suspender, na integralidade, o artigo 11 nela contida e respectivo parágrafo.

Brasília, 4 de maio de 2000.

Marco Aurélio,
Presidente;
Maurício Corrêa,
Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA: Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Procurador-Geral da República, do artigo 11 e seu parágrafo único e das expressões “e inativos” e “e/ou proventos”, contidas no artigo 10, ambos da Lei n. 3.310/99 do Estado do Rio de Janeiro.

2. Afirma o requerente que os dispositivos impugnados afrontam os artigos 40, § 12, e 195, II, da Constituição Federal, dado que, a partir da Emenda Constitucional n. 20/98, ficou

vedada a instituição de cobrança de contribuição previdenciária sobre proventos, aposentadorias e pensões.

3. Fundamenta o pedido tendo em vista decisão desta Corte (ADIn. n. 2.010/DF, Celso de Mello, julgada em 30/9/1999, Informativo — STF 164), que, por unanimidade de votos, suspendeu a eficácia das expressões “e inativo, e dos pensionistas” e “do provento ou pensão”, contidas no artigo 1º da Lei Federal n. 9.783/99. Além desse precedente, o requerente reporta-se ao julgamento da ADIn. n. 2.087-1/AM, Pertence, julgada em 3/11/1999, Informativo — STF 169, em que foi deferido o pedido de medida cautelar para suspender a eficácia de dispositivos da Lei Amazonense n. 2.543/99, que versam sobre a mesma matéria.

4. Dispensei as informações dos requeridos, uma vez que o Tribunal já apreciou o pedido liminar da ADIn. n. 2.138-9/RJ, Sydney Sanches, julgada em 16/3/2000, que cuida de matéria idêntica.

5. É o relatório.

Submeto o pedido cautelar à apreciação do Tribunal.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA (RELATOR): Conforme deixei consignado no relatório, a ação direta de inconstitucionalidade insurge-se contra a Lei n. 3.310/99 do Estado do Rio de Janeiro, que institui contribuição previdenciária dos servidores aposentados e pensionistas.

2. Em virtude do imperativo constitucional atinente à iniciativa das leis, o regime previdenciário dos mem-

bro dos Poderes Legislativo e Judiciário e seus servidores, bem como do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, ficou disposto em leis autônomas. Contra cada uma delas foi ajuizada ação direta de inconstitucionalidade. A ADIn. n. 2.196-6/RJ, referente aos membros e servidores do Poder Legislativo, foi distribuída ao Ministro Moreira Alves; a ADIn. n. 2.176-1/RJ, relativa aos membros e servidores do Poder Judiciário, da relatoria do Ministro Pertence, que deferiu o pedido (22/3/00); a ADIn. n. 2.138-9, Sydney Sanches, referente aos membros e servidores do Ministério Público, foi apreciada pelo Tribunal, que deferiu, unanimemente, o pedido cautelar, decidindo também, em Questão de Ordem, pela desnecessidade de se incluir o feito em pauta, não obstante a inovação introduzida pela Lei n. 9.869/99, sobre o cabimento de sustentação oral.

3. A plausibilidade jurídica do pedido exsurge do disposto no artigo 195, II, c/c o artigo 40, § 12, da Constituição Federal, na redação conferida pela Emenda Constitucional n. 20/98, em que ficou vedada a instituição de cobrança de contribuição previdenciária sobre proventos, aposentadorias e pensões.

4. Esse foi o entendimento desta Corte ao deferir o pedido cautelar da ADIn. n. 2.010/DF, Celso de Mello, julgada em 30/9/1999, Informativo — STF 164, para suspender a eficácia das expressões “e inativo e dos pensionistas” e “do provento ou pensão”, contidas no artigo 1º da Lei Federal n. 9.783/99. Ademais, a mesma tese já foi confirmada no julgamento das ADIMCs n. 2.087/AM, Sepúlveda Pertence, julgada em 3/11/1999;

2.138/RJ, Sydney Sanches, julgada em 16/3/2000; e 2.176/RJ, Sepúlveda Pertence, julgada em 22/3/2000, com relação a servidores aposentados e pensionistas das unidades federadas.

5. O periculum in mora transparece nos prejuízos que sofrerão os servidores em face do tempo que normalmente decorrerá até decisão do mérito, levando-se em consideração o caráter alimentar inerente aos proventos e pensões.

Ante o exposto, defiro o pedido de medida cautelar, para suspender, com efeito ex tunc, a eficácia do artigo 11 e seu parágrafo único, e das expressões “e inativos” e “e/ou proventos”, contidas no artigo 10, ambos da Lei n. 3.310, de 30 de novembro de 1999, do Estado do Rio de Janeiro.

EXTRATO DE ATA

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.197-4 — Medida Liminar
 Proced.: Rio de Janeiro
 Relator: Min. Maurício Corrêa
 Reqte.: Procurador-Geral da República
 Reqdo.: Governador do Estado do Rio de Janeiro
 Reqda.: Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, deferiu o pedido de medida cautelar, para suspender, até a decisão final da ação direta de inconstitucionalidade, com eficácia ex tunc, a execução e a aplicabilidade, no art. 10 da Lei n. 3.310, de 30 de novembro de 1999, do Estado do Rio de Janeiro, das expressões “e inativos” e “e/ou proventos”, e suspender, na integralidade, o art. 11 nela contido e respecti-

vo parágrafo. Votou o Presidente. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Nelson Jobim, Sydney Sanches e Carlos Velloso (Presidente). Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Marco Aurélio (Vice-Presidente). Plenário, 4/5/2000.

Presidência do Senhor Ministro Carlos Velloso. Presentes à sessão

os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octávio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson Jobim.

Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.

*Luiz Tomimatsu,
Coordenador.*

**JURISPRUDÊNCIA
DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

RECURSO ESPECIAL

RECURSO ESPECIAL N. 228.782 — SC (1999/0079282-3)

Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar

Recorrente: Unruh Xavier e Companhia Ltda.

Advogados: Rainoldo de Oliveira e outros

Recorrido: BB Leasing S/A — Arrendamento Mercantil

Advogados: Patrícia Netto Leão e outros

EMENTA

Leasing financeiro. Valor residual. Cobrança antecipada. Desfiguração do contrato de arrendamento mercantil. Juros. Súmula 596/STF.

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

Reintegração deferida faltando o pagamento das 3 (três) últimas prestações, das 24 (vinte e quatro) contratadas.

Recurso conhecido e provido parcialmente para julgar improcedente a ação de reintegração de posse.

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 e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha. Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior.

Brasília—DF, 7 de dezembro de 1999.
(data do julgamento).

*Ministro Ruy Rosado de Aguiar,
Presidente e Relator.*

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR: BB Leasing S/A — Arrendamento Mercantil promoveu ação de reintegração de posse contra Unruh Xavier e Cia. Ltda., objetivando reaver um trator entregue à ré em virtude de contrato de arrendamento mercantil (leasing), tendo em vista a sua inadimplência no pagamento de três prestações.

A liminar foi deferida, mas não executada, consoante esclareceu a certidão de fls. 32.

Contra a decisão de fls. 36/36v., que determinara a intimação do representante legal da ré para informar o paradeiro do bem arrendado ou providenciar a sua entrega à autora, sob pena de multa diária de R\$1.000,00, sem prejuízo de responsabilização

criminal por desobediência, manifestou-se agravo de instrumento, ao qual foi atribuído efeito suspensivo.

A ação foi julgada procedente, confirmada a medida liminar e ordenada a reintegração da autora na posse do bem.

Rejeitados os embargos de declaração (fls. 85/85v.), a ré apelou, e a eg. Primeira Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina negou provimento ao recurso, em acórdão assim ementado:

“Reintegração de posse — Arrendamento mercantil — Sentença que acolheu o pedido vestibular, reintegrando o autor na posse do bem — Discussão de cláusulas contratuais, como também da legalidade da cobrança antecipada do valor residual — Reclamo inacolhido.

“É lícito às partes pactuarem a cobrança do valor residual antecipado, mensalmente, em contrato de arrendamento mercantil, não importando, destarte, em nulidade contratual.

“Em sede de ação reintegratória, fulcrada em contrato de arrendamento mercantil inadimplido, a discussão de cláusulas ditas abusivas deve ser exercida em demanda autônoma” (fls. 103).

A ré interpôs recurso especial por ambas as alíneas, sob a alegação de afronta aos arts. 6º e 11, §§ 1º e 2º, da Lei n. 6.099/74, com as alterações da Lei n. 7.132/83, aos arts. 9º, 10, e parágrafo único, da Resolução n. 351/75 do Bacen, além de divergência jurisprudencial. Sustenta tratar-se de típico contrato de compra e venda a prestação, e não de um arrendamento mercantil, apesar da existência de normas meramente administrativas,

prevendo, para efeitos fiscais, a antecipação do valor residual.

Com as contra-razões, o Tribunal de origem inadmitiu o recurso especial subindo os autos por força de provimento do Agravo de Instrumento n. 238.118/SC (autos apensos). Requisitados os autos.

É o relatório.

VOTO

O MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR (RELATOR):

1. O recurso versa sobre a desfiguração do contrato de arrendamento mercantil (leasing) quando o valor do saldo residual é inserido no valor das prestações mensais, de tal sorte que, ao final do cumprimento do contrato, o preço já está totalmente pago.

2. O leasing financeiro, modalidade de que se trata, “consiste no negócio jurídico bilateral pelo qual uma das partes, necessitando utilizar um determinado bem, procura uma instituição financeira para que promova a compra do mesmo para si e, posteriormente, lhe entregue em locação, mediante uma remuneração periódica, em geral, no seu somatório, superior a seu preço de aquisição. Ao final do prazo contratual, via de regra, surgem três opções para o locatário: a de tornar-se proprietário mediante o pagamento de uma quantia, a de renovar a locação por um valor inferior ao primeiro período locativo ou a de devolver a coisa locada” (Benjó, Celso. O leasing na sistemática jurídica nacional e internacional. In Revista Forense, abril/maio/junho de 1981, pág. 15).

3. A opção de compra tem sido definida como “um fator de máxima

importância na caracterização do leasing financeiro” (op. cit., pág. 17). Isso porque, esclareceu o Ilmo. Prof. Penalva Santos, “com boa razão, no parágrafo único do art. 10, a Resolução n. 351/75 capitulou que o exercício da opção, em desacordo com o disposto no caput do artigo, ou seja, antes do término da vigência do contrato (rectius: da opção) será considerado como de compra e venda a prestação. A ratio de tal dispositivo tem por finalidade evitar a prática de expediente como uma simples compra e venda mascarada de arrendamento mercantil” (Santos, J. A. Penalva. Leasing. In Revista Forense, abril/maio/junho de 1975, pág. 48).

4. A Lei n. 6.099, de 12/9/74, alterada pela Lei n. 7.132, de 26/10/83, dispondo sobre o leasing, estabelece no seu art. 5º que os contratos de arrendamento mercantil conterão, entre outras disposições, a cláusula de “opção de compra ou renovação de contrato como faculdade do arrendatário”.

No art. 11, § 1º, a lei dispõe que “a aquisição pelo arrendatário de bens arrendados em desacordo com as disposições desta lei será considerada operação de compra e venda a prestação”.

5. Além das razões de ordem fiscal que levaram o legislador a manter a opção de compra, com o pagamento do valor residual como uma das características do contrato de leasing operacional, existem outras duas a considerar: a) o negócio do leasing fica sem causa, isto é, desaparece a razão do negócio se o arrendatário paga integralmente o preço do bem no curso da execução do contrato, uma vez que a finalidade básica do leasing fi-

nanceiro é “sempre o financiamento de investimentos produtivos” (Fábio Konder Comparato, Contrato de Leasing, Revista Forense, 250/10) e não a compra e venda, sendo que a existência de uma promessa unilateral de venda por parte da instituição financeira serve para diferenciá-lo da locação e da compra e venda a crédito; b) o arrendatário perde com a inclusão, na prestação mensal, da parcela correspondente ao valor residual, pois desembolsa antecipadamente aquilo que pagaria apenas no caso de exercer uma das três opções que a lei lhe reserva, ao final do contrato. E isso lhe pode ser ainda mais prejudicial se considerarmos que tal parcela serve para compor o valor da prestação mensal, sobre o qual incidirão juros e outros acréscimos. E a inadimplência, que resulta do não-pagamento da prestação mensal assim composta, terá graves reflexos na economia do contrato, com possibilidade de perda da posse do bem, embora uma parte do valor não pago constitua cobrança antecipada do que somente seria exigível ao final.

Uma consequência dessa cobrança antecipada é que se elimina a opção de compra, pois não resta alternativa a quem já pagou antecipadamente o preço. O eminente Ministro José Augusto Delgado, ao considerar a hipótese de ser imposta ao arrendatário a obrigação de adquirir o bem, com eliminação da opção, assim se manifestou: “Tenho a cláusula que impõe obrigatoriedade do exercício de tal manifestação (compra) como leonina. Não se pode deixar de considerar que essa opção deve ser entendida como em harmonia com os interesses negociais do arrendatário, inclusive

de suas condições financeiras. A imposição do arrendador viola o princípio da livre manifestação e o da razoabilidade negocial” (Leasing, Doutrina e Jurisprudência, Juruá, 1997, pág. 128).

6. Sendo assim, o comprador do bem objeto do contrato exerce regularmente a posse que recebeu quando da tradição do bem, e a falta de pagamento das três prestações enseja as ações cabíveis para situação de inadimplemento do contrato, mas não a possessória, que pressupõe esbulho, inexistente no caso dos autos.

Convém fique registrado que o contrato foi firmado em 28 de julho de 1993 para pagamento em 24 parcelas mensais, das quais falta pagar apenas as três últimas prestações; isso significa que o credor está pretendendo retomar o bem cujo preço e custo de financiamento foi pago em 90%, não se satisfazendo com a cobrança da importância que lhe é devida.

7. Por isso, conheço do recurso e lhe dou provimento, para julgar improcedente a ação de reintegração de posse, com inversão dos ônus da sucumbência.

É o voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: — Sr. Presidente, acompanho o voto de V. Exa. com ressalva.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

QUARTA TURMA

Relator: Exmo. Sr. Min. Ruy Rosado de Aguiar

Presidente da Sessão: Exmo. Sr. Min.
Ruy Rosado de Aguiar
Subprocuradora-Geral da República:
Exma. Sra. Dra. Cláudia Sampaio
Marques
Secretária: Cláudia Austregésilo de
Athayde

AUTUAÇÃO

Recorrente: Unruh Xavier e Compa-
nhia Ltda.
Advogados: Rainoldo de Oliveira e
outros
Recorrido: BB Leasing S/A — Arren-
damento Mercantil
Advogados: Patrícia Netto Leão e ou-
tros

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia Quarta Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha.

Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 7 de dezembro de 1999.

**VICE-PRESIDÊNCIA
DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

RECURSO ESPECIAL

RECURSO ESPECIAL CÍVEL N. 99.001999-3, DE BLUMENAU

Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Procurador: Dr. Paulo Roberto Speck

Recorrida: Sudameris Arrendamento Mercantil S/A

Advogado: Dr. Alessandro Schenkel Fornari

DESPACHO

O Ministério Público de Santa Catarina, por seu Procurador de Justiça Dr. Paulo Roberto Speck, inconformado com a decisão da colenda Segunda Câmara Civil que, por maioria de votos, deu provimento a agravo extraído em ação civil pública promovida contra a ora recorrida, extinguindo o processo por ilegitimidade do Ministério Público para a propositura da ação, manifesta recurso especial, fundado no art. 105, inciso III, alíneas a e c, da Constituição Federal, sustentando haver o venerando aresto recorrido negado vigência ao art. 81, parágrafo único, incisos I, II e III, e ao art. 82, I, da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e ao art. 5º da Lei n. 7.347/85, bem como emprestado aos mesmos dispositivos interpretação di-

vergente da que lhes deram os egrégios Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

Após considerações doutrinárias sobre os direitos difusos e coletivos, sobre os direitos individuais homogêneos e, finalmente, sobre a legitimidade do Ministério Público para defesa desses direitos, refere que o art. 81 e seu parágrafo único e incisos I a III resultaram contrariados pelo acórdão recorrido, basicamente por duas razões: a primeira, por ter conferido ao direito tutelado classificação equivocada, entendendo tratar a espécie de direito individual homogêneo, definido no inciso III do art. 81, parágrafo único, quando, na verdade, se caracteriza tal direito como interesse difuso e direito coletivo e, segundo, porque, admitindo-se, para argumentação, que a lide envolva direito individual

homogêneo, o acórdão emprestou-lhe tratamento individualizado, concluindo ser daqueles que devem ser defendidos pelos lesados, de per si, ou, no máximo, por qualquer dos outros legitimados, menos o Ministério Público, quando a norma legal insere no caput do artigo 81 e em seu parágrafo único, expressamente admite que tenham tratamento coletivo, como pretende lhe dar o Ministério Público autor.

Acrescenta que, em se tratando de relação de consumo, é-lhe inerente o interesse social (art. 1º do CDC) e, assim, perfeitamente passível de ser coletivamente considerado, sendo legitimado para a ação o Ministério Público.

O art. 82 do CDC e o art. 5º da Lei n. 7.347/85 resultaram vulnerados na medida em que conferem legitimidade concorrente ao Ministério Público para as ações de defesa coletiva de interesse ou direitos difusos, de interesses ou direitos coletivos e interesses ou direitos individuais homogêneos.

A divergência jurisprudencial diz manifesta em face da decisão do egrégio Supremo Tribunal Federal no RE n. 185.360-3/SP, 2ª Turma, rel. o Sr. Ministro Carlos Velloso (RT 752/116), pois enquanto se afirmou no acórdão recorrido a ilegitimidade do Ministério Público para a defesa de interesses individuais homogêneos, o Supremo Tribunal Federal adotou orientação contrária, reconhecendo expressamente a legitimidade do Parquet para o manejo da ação civil pública, quando em tela direito individual homogêneo considerado coletivamente, oriundo de relação de consumo.

Diz o recorrente evidenciado o dissenso, ainda, com o julgado do egrégio Superior Tribunal de Justiça no REsp n. 38.176-2/MG (RT 723/283), relator o Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, em que se reconheceu a legitimidade do Ministério Público “para promover ação civil pública, na defesa de interesses coletivos da comunidade de pais e alunos de estabelecimento escolar, visando à fixação da anuidade escolar”.

A recorrida ofereceu contra-razões, sustentando que o recorrente não explicitou os motivos pelos quais entende violados os dispositivos de lei federal, argumentando, outrossim, que o acórdão entendeu, corretamente, que a situação defendida pelo recorrente não é de interesse difuso, coletivo ou homogêneo, não versando sobre os direitos tutelados pela Lei n. 8.078/90, pois nem todos os arrendatários são consumidores, sendo o Ministério Público, portanto, parte ilegítima para deflagrar a ação civil pública.

Com relação à letra c, diz não ser divergente a decisão recorrida dos acórdãos paradigmas, pois estes cuidaram de direitos individuais homogêneos de consumidores, enquanto o aresto recorrido teve por disponíveis os direitos dos arrendatários, não os considerando consumidores.

É, em síntese, o relatório.

O art. 82 da Lei n. 8.078/90 — o Código de Defesa do Consumidor — confere ao Ministério Público legitimidade concorrente para a propositura de ação nas hipóteses enunciadas no art. 81, em se tratando de interesses ou direitos difusos (inciso I); interesses ou direitos coletivos (inciso II) e “interesses ou direitos individuais ho-

mogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum” (inciso III).

No REsp n. 105.215-0, rel. o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo (Ementário do STJ 19/175) teve-se o Ministério Público como parte legítima “para ajuizar ação coletiva de proteção ao consumidor, em cumulação de demandas, visando: a) à nulidade de cláusula contratual inquinada de nula (juros mensais); b) à indenização pelos consumidores que já firmaram os contratos em que constava tal cláusula; c) à obrigação de não mais inserir nos contratos futuros a referida cláusula” (Ementa, item I), em situação análoga, pois, à dos autos.

A negativa, in casu, de legitimação ativa ao Ministério Público para a propositura da ação civil pública, afigura-se, assim, com a devida vênua, vulnerante do disposto no art. 81, III, da Lei n. 8.078/90, pelo que admito o recurso especial pela letra a do permissivo constitucional.

No plano da letra c, embora a situação fáctica dos autos não seja rigorosamente a mesma dos arestos trazidos a confronto, há semelhança entre elas, pois nos acórdãos paradigmáticos se reconheceu legitimidade ao

Ministério Público para ingressar com ação civil pública visando à fixação e ao pagamento de mensalidades escolares — portanto em causa envolvendo obrigações que têm origem comum, como o exige o art. 81, III, da Lei n. 8.078/90, ou seja, a prestação do ensino, o que também se verifica no caso em tela, em que a alegada lesão, posto ocorrente em circunstâncias diversas de tempo e lugar, resultam de uma mesma relação jurídica, o contrato de leasing, em que se exige correção das prestações respectivas pela variação do dólar norte-americano.

O recorrente, de resto, procedeu à demonstração analítica do dissenso, indicando, outrossim, repertório autorizado para comprovação do dissídio pretoriano.

Nessas condições, admito o recurso também sob o pálio da letra c da autorização constitucional.

Encaminhem-se os autos ao Superior Tribunal de Justiça.

Intimem-se.

Florianópolis, 26 de outubro de 2000.

João José Schaefer,
Vice-Presidente.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO CÍVEL N. 99.014321-0, DE PALMITOS

Recorrente: Companhia de Seguros Aliança do Brasil

(Advogados: Dr. Marcus Antônio Cordeiro Ribas e outros)

Recorrido: Alcides Piacentini

(Advogado: Dr. Fernando Emílio Tiesca)

DESPACHO

Companhia de Seguros Aliança do Brasil, fundada no art. 102, item III, alínea a, da Constituição Federal, manifesta recurso extraordinário da decisão unânime da colenda Primeira Câmara Civil, que negou provimento à sua apelação, mantendo a sentença de primeiro grau que, em ação de cobrança, a condenou a pagar ao recorrido a importância de R\$ 32.245,00, correspondente à diferença entre o valor segurado e o efetivamente pago.

Alega que inexistindo “qualquer disposição na lei processual, tampouco na legislação substantiva civil ou comercial, que determine (obrigue) que o valor a ser ressarcido na hipótese de sinistro de bem segurado, seja efetuado de forma diversa da pactuada entre as partes” (fls. 203), o acór-

dão impugnado violou o art. 5º, II, da CF/88, ao “estabelecer que a quantia a ser indenizada seja o valor presente na apólice, desconsiderando o pacto firmado entre as partes”. Acrescenta que, ao desrespeitar o pactuado no contrato, violou também o inciso XXXVI do aludido dispositivo constitucional, pois o “ato jurídico perfeito, formulado pelas partes é negócio fundado em lei e somente poderá ser mudado por consenso das partes” (fls. 204).

Os embargos declaratórios opostos pela recorrente foram providos parcialmente.

O recorrido apresentou as contra-razões dos recursos especial e extraordinário em uma única peça, pugnando pelo improvimento destes.

É o relatório.

De início, assinale-se que as contra-razões do recurso não têm condições de ser admitidas, pois conforme Theotonio Negrão, in Código de Processo Civil, 31ª edição, pág. 589, se “forem de natureza diferente os recursos (extraordinário e especial), a impugnação deve ser feita em peças distintas, por simetria com o disposto no art. 541, caput” (nota n. 5/art. 542).

O recurso, entretanto, não reúne condições de prosseguir.

A decisão recorrida não se ocupou do art. 5º, inciso II, da CF, dado como violado, apesar da interposição dos embargos de declaração, o que afasta o cabimento do recurso, à luz da Súmula 282 do STF.

O inciso XXXVI do mesmo dispositivo constitucional apenas foi mencionado no julgamento dos embargos declaratórios, sem qualquer debate a respeito, ao anotar a decisão que a quitação dada pelo recorrido continha a seguinte ressalva:

“Com o presente recibo não dou à referida seguradora quitação do sinistro que trata o presente documento, tendo em vista que o acordo firmado entre o perito regulador, Sr.

Sérgio, da empresa Ativa — Perícias e Avaliações – Chapecó—SC, pelo valor da indenização única de R\$ 34.135,00 (trinta e quatro mil cento e trinta e cinco reais), não ter sido cumprido por essa seguradora. Sendo que solicito a imediata reabertura do sinistro para nova avaliação” (fls. 36v.).

E concluiu:

“À vista dessa reserva — possibilidade de o segurado pleitear a diferença entre o valor pago e a indenização que entende efetivamente devida —, não há que se falar em plena quitação do contrato, nem mesmo em violação ao princípio estampado no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal” (fls. 197).

Não se entremostra, assim, vulnerado o artigo invocado.

Ante o exposto, nego seguimento ao recurso.

Intimem-se.

Florianópolis, 17 de novembro de 2000.

João José Schaefer,
Vice-Presidente.

NOTICIÁRIO

109º ANIVERSÁRIO DE INSTALAÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Comemorou-se em 1º de outubro de 2000 o 109º aniversário de instalação do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Em homenagem à data, foi realizada, às 14 horas do dia 2/10/2000, Sessão Solene do Tribunal Pleno, sob a Presidência do Exmo. Sr. Des. Xavier Vieira.

Discurso proferido pelo Exmo. Sr. Des. Presidente Francisco Xavier Medeiros Vieira:

“Transcorreu ontem o centésimo nono aniversário desta Corte de Justiça. Nas comemorações, em razão desta data memorável, tivemos hoje pela manhã uma reunião do Conselho de Administração do Poder Judiciário, durante a qual nós lançamos os vinte e sete cursos destinados aos servidores do Poder Judiciário de vinte e sete Comarcas. Estes cursos, que têm início hoje e já tiveram início em várias Comarcas, atingirão mil cento e sessenta e cinco servidores e serão trabalhados temas como relacionamento interpessoal e qualidade no atendimento.

Gostaria de registrar que são cursos que estamos fazendo em parceria com a Secretaria da Administração do Estado, Secretaria da Família e Desenvolvimento Social, com recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador. Os cursos serão ministrados em todo o Estado pelo Senai. É uma parceria ampla que procura, com este investimento no servidor, melhorar o nosso trabalho, o nosso serviço para a satisfação dos usuários.

Também, a nossa Administração ao assumir, e foi aliás um dos compromissos que assumimos antes da eleição, se propôs a investir numa humanização da Justiça, também investir no magistrado, no servidor para satisfação do usuário.

Não nos esquecemos que em data de hoje, numa solenidade realizada pela manhã, que contou com a presença de vários colegas, autoridades também do magistério superior, nós assinamos um convênio com a Universidade do Vale do Itajaí. Vamos realizar um mestrado exclusivo para magistrado. É um fato inédito na história do Judiciário brasileiro, é a primeira

vez que um Tribunal de Justiça firma um convênio com uma universidade para um curso de mestrado exclusivo aos magistrados.

Nós, numa consulta prévia do Centro de Estudos Jurídicos do Tribunal de Justiça, que está co-patrocinando a iniciativa, juntamente com a Associação dos Magistrados Catarinenses, da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, de uma parceria muito fértil e rica em idéias com a Universidade do Vale do Itajaí — Univali, obtivemos o interesse manifestado por mais de uma centena de magistrados. O curso vai contemplar aqueles que forem selecionados em número de trinta. O primeiro curso de mestrado terá, então, trinta magistrados. Acho que estamos marcando de uma maneira muito forte, muito firme, os cento e nove anos desta Corte.”

Discurso do Exmo. Sr. Dr. Adriano Zanotto representando a Ordem dos Advogados do Brasil, Secção Santa Catarina:

“Excelentíssimo Senhor Desembargador Francisco Xavier Medeiros Vieira, saudando Vossa Excelência quero saudar todas as autoridades já nominadas e, saudando os eminentes Desembargadores João José Ramos Schaefer, Jorge Mussi e Carlos Alberto Silveira Lenzi, quero saudar todos os advogados catarinenses.

No momento em que se comemora o centésimo nono aniversário do nosso Tribunal de Justiça, a OAB vem trazer sua mensagem de felicitações por esta significativa data, que comemora muito mais do que um evento, mas cento e nove anos de incessante

busca e realização do ideário maior buscado por todos nós.

No passar destes anos, sob a premência de uma realidade trepidante, assistimos com satisfação que o nosso Tribunal tem sido senhor do seu tempo, diante do progresso industrial, das novas conquistas da técnica, das relações entre o capital e o trabalho, da consciência que ganha os trabalhadores e consumidores de seus direitos, da informatização e da globalização.

Apesar de uma estrutura pesada, ainda longe do ideal, e recebendo adaptações tardias, consegue adequar-se às novas realidades graças aos esforços sérios dos membros que o administram.

Ainda hoje se reclama, como no início do século, da morosidade do Judiciário. Palavras que servem para decorar discursos e que deixam na prática pouco ou quase nada em relação às necessárias conquistas. Não é necessário, como insistimos sempre, mais discussões, mais debates ou fóruns para saber quais problemas levam a tornar o Judiciário lento.

O problema e as causas, os operadores do Direito já os conhecem, as conseqüências, a população arca. A hora é de deixarmos para trás qualquer tipo de ato que de concreto não traga benefício algum. São cobradas, de todos nós que administramos a Justiça, soluções eficazes às mazelas que tocam a sociedade tão sofrida, tão vilipendiada em seus direitos e que tem, e somente terão, no Poder Judiciário a salvaguarda de seus interesses. E isso se dará com a efetiva e moderna participação de todos os en-

volvidos na administração: Juízes, Advogados e Ministério Público.

Não se pode falar em Judiciário eficaz e confiável se não houver a participação dos seus três elementos formadores do tríplice alicerce da democracia e é por isso que repudiamos e sempre repudiaremos qualquer ato e qualquer legislação que tente afastar os advogados da administração da Justiça, como no caso dos Juizados Especiais, seja de qualquer causa.

O direito do cidadão não tem medida a ponto de discriminá-lo em grande ou pequeno. O direito é um só e é inerente a cada pessoa, e quanto mais simples, quanto mais ínfimos os interesses em litígio, sem dúvida maior significado àquele que o pleiteia, não podendo, desta forma, ser relegado a um plano que deixe os contendores sem o profissional que melhor sabe buscar os direitos de seus semelhantes — o Advogado.

Senhor Presidente, se é verdade que em alguns pontos a OAB tem posicionamentos divergentes ao dessa Administração, e sempre no campo das idéias, não menos é verdade que em muitos pontos convergimos na busca que extrapola o plano no ideal e redonda na esperança do jurisdicionado, que é a realização da Justiça.

Esta Corte está de parabéns e todos os seus administradores igualmente, porque firmes nos seus objetivos têm buscado e alcançado o resultado que a todos anima e estimula.

É de se registrar, ainda, as congratulações ao Tribunal Regional Eleitoral, capitaneado pelo Des. Alberto Costa, que com competência, eficiência e lisura comandou mais um pleito

eleitoral, sendo exemplo digno a todo o País. Parabéns a todos."

Discurso do Exmo. Sr. Dr. Jobél Braga de Araújo em nome do Ministério Público:

"Excelentíssimo Senhor Desembargador Francisco Xavier Medeiros Vieira, digníssimo Presidente deste Tribunal de Justiça, em saudando Vossa Excelência, saúdo também este corpo de Desembargadores que muito honra o Estado de Santa Catarina. Demais autoridades, senhores e senhoras.

Não deveria ser eu quem neste dia haveria de proferir o discurso desta tão bonita solenidade em comemoração aos 109 anos da instalação do nosso Tribunal de Justiça; seria o eminente Procurador de Justiça Joel Rogério Furtado. Entretanto, como este se aposentou, fui chamado de última hora para representar o Dr. José Galvani Alberton, Procurador-Geral de Justiça, sabendo que o improvisado, Excelência, é uma constante na vida de todos os homens.

O Homem tem a sua ascensão em direção ao Cosmos. Ele evolui constantemente. Não retroage. Estaciona em alguns momentos, mas sempre tende a ir em direção à Luz Suprema, desenvolvendo a sua inteligência, e que essa inteligência seja aproveitada para as causas nobres e justas.

Vossa Excelência, ultimamente, nobre Presidente deste egrégio Tribunal, no afã de bem distribuir a justiça, tem, nas suas manifestações, lembrado dos pequenos, dos humildes, dos desfavorecidos da fortuna, e faz sempre a sua exortação a Deus.

Esse Supremo Arquiteto que criou o Universo, essa imensidão regi-

da por leis perfeitas, equilibradas e justas, que ainda não nos é dado conhecê-las profundamente; esse Deus que nos brindou com as flores que ornaram esta mesa, por isso valho-me da imagem das rosas, Senhores Desembargadores, pois as rosas representam a nossa vida. Nós vamos desfolhando pétala por pétala em cada ação, em cada trabalho; temos os espinhos que são as dificuldades a serem removidas, mas ao final da jornada ficaremos com o perfume da saudade dos atos benfazejos que praticamos em benefício do nosso próximo.

Neste momento, lembro de meu valoroso pai, Inspetor Escolar João Rodrigues de Araújo, que foi aconselhado a ingressar na magistratura pelos seus colegas e amigos diletos: Drs. Aristeu de Gouveia Schiefler, Belisário da Costa Ramos, Osmundo Dutra, Raul Alfred Buindegem, Francisco de Oliveira, Cerqueira Cintra.

No início da década de 50, ele iniciou na magistratura, sempre dignificando a toga pela lisura de seu comportamento. E por que não deveria eu lembrar o nome do meu pai nesta solenidade, um homem probo e trabalhador que deixou seu nome registrado nos anais do Poder Judiciário? Deveria sim, porque a magistratura de Santa Catarina tem a sua tradição e nós temos um orgulho muito grande de pertencer a este Estado. Também não escondo o orgulho que tenho de meu saudoso pai. Por que não deveríamos lembrar daqueles Juizes, Promotores e Advogados que não conseguiram integrar o Segundo Grau? Devemos nos lembrar deles, sim. Eu recorro com muita honra de haver trabalhado em conjunto, em 1976, em

Ibirama, com o então Juiz Substituto Newton Trisotto; 1974, em Pomerode, com o Juiz Orli de Ataíde Rodrigues; 1978, Tijucas, Juiz Almir Boaventura Cabral; 1979, Balneário Camboriú, época do Juiz Solon d'Eça Neves; 1981, Itajaí, Juiz Genésio Nollí, Juiz Irineu João da Silva, Volnei Ivo Carlin, Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, Ivo Ivaristo Carvalho, Édio de Oliveira, Antonio Carlos Bottan, Bruno Carlini, dentre tantos outros com os quais tive o privilégio de exercer o múnus ministerial.

E, dentre esses, alguns foram felizardos porque chegaram ao Segundo Grau e são felizardos também porque neste dia memorável podem participar desta sessão solene, na condição de Desembargadores, neste circunspecto auditório que se acha engalanado pelas inteligências privilegiadas que formam o ápice do Poder Judiciário de Santa Catarina. E aqui Suas Excelências podem fazer coro com aquelas expressões ilustres, homens e mulheres que deixaram a sua marca indelével ao longo da árdua missão de julgadores, mas cujas decisões permanecem até hoje latentes na memória desta Casa.

Temos valores que compõem uma nominata de juizes e desembargadores que se acham no outro plano da vida, e bem por isso merecem o nosso aplauso, a nossa gratidão.

Eu me lembro muito bem, meu pai falava com tanto respeito e admiração de Osmundo Nóbrega, Urbano Salles, Alves Pedrosa, Marcílio Medeiros e tantos outros que abrilhantaram com seu saber jurídico o Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Isto, Senhor Presidente, num jovem como eu,

calou fundo. Como calou fundo também ver os exemplos de advogados que se projetaram como Arão Rebelo, Egídio Gehner, Evilásio Caon e também este em que me espelhei no exemplo de causídico, que hoje é magistrado nesta Corte Superior, Dr. João José Schaefer, ladeado por Silveira Lenzi e Jorge Mussi, pedindo vênias por não poder citar o nome de tantos outros advogados não menos ilustres que marcaram a sua vivência nas lides forenses catarinenses como integrantes da OAB.

Recordo-me, também, do Advogado José Medeiros Vieira, já falecido, irmão de Vossa Excelência, Senhor Presidente, que militava na comarca de Itajaí. Lembro-me que em determinado dia houve a prisão de alguns marinheiros naquela cidade; estava eu presenciando um tumulto enorme, uma multidão em frente à Delegacia de Polícia de Itajaí e ninguém conseguia entrar naquele prédio. E o seu irmão apresentou-se ao guarda e disse: 'Eu quero falar com o Senhor Delegado de Polícia'. E o responsável perguntou: 'Quem é o senhor?' Ao que seu irmão respondeu: 'Eu sou o advogado Medeiros Vieira', e as portas se abriram. Então, fiquei impressionado, porque naquele momento, importante para mim, estudante de Direito, reconheci a importância de ser advogado e o que a OAB representa nas garantias constitucionais dos brasileiros e como essa Instituição tem marcado sua atuação junto ao Poder Judiciário de Santa Catarina.

E o Ministério Público, Excelências, vem lado a lado com o Poder Judiciário evoluindo num crescente trabalho forjado na têmpera de seus

valorosos representantes. Neste momento evocamos também o nome de José Daura, Zenon Torres Maltchinski, Rui Olímpio de Oliveira, Ruyter do Nascimento e tantos outros que dignificaram a sua passagem pelo Ministério Público catarinense.

E integrando o Poder Judiciário, egressos da Instituição a que pertencem, estão julgando no Segundo Grau os Desembargadores Sérgio Paladino, Maurílio Moreira Leite e Luiz César Medeiros.

Através de Suas Excelências, agora Desembargadores, o Ministério Público, com muito brilho, se faz também presente neste egrégio Tribunal de Justiça. Nós somos uma geração que está marcando a sua época e Vossa Excelência, Desembargador Presidente, está no comando desta nau na condição de Chefe do Poder Judiciário. E complementando o tripé, Ministério Público e OAB, nós somos uma elite pensante: faremos ou não faremos o nosso momento.

Então, Excelências, eu concito a todos: vamos talhar a nossa marca na História, vamos trabalhar com afinco, porque a sociedade precisa de um Judiciário forte e lúcido, de um Ministério Público atuante e de uma Ordem dos Advogados operosa.

A avalanche de processos preocupa a todos. Posso citar um episódio por mim vivenciado: quando o Desembargador Corregedor Francisco Oliveira Filho visitou a Quarta Câmara Civil, no intervalo do cafezinho, e conversando com o Desembargador Pedro Abreu dizia da necessidade de todos envidarem esforços para aumentar a produção dos julgamentos, ao que o Desembargador Pedro Abreu retru-

cou: 'Mas, Excelência, eu trabalhei até as três horas da madrugada, levantei às sete, preparei os julgamentos desta Câmara e estou sendo cobrado pela minha família pela falta de lazer!' Tais detalhes não são revelados à sociedade catarinense. E o que se passa e o que se passou de dificuldades no interior atinente a cada Juiz, a cada Promotor, a cada Advogado! Exemplificando, o então Juiz Cláudio Barreto Dutra, quando julgando na comarca de Canoinhas, privou da hospitalidade daquele povo, mas sofreu o frio castigante daquela região serrana. E cada qual tem a marca de peculiaridades ao longo de sua carreira.

Senhores, iniciei minha trajetória pelo Oeste, em 1972, com o Juiz Sálvio de Oliveira, na comarca de Seara; Eralton Joaquim Viviane, Juiz Substituto da Circunscrição; Promotores Valdir Carvalho e Santides Carmelino de Amorin, Substituto, e ali vizinho, em Concórdia, julgava nosso particular amigo, Juiz Nestor José da Silveira, que por ser o mais experiente elucidava nossas dúvidas.

E àquela época, Excelência, nós não dispúnhamos de computador, não dispúnhamos de estradas asfaltadas, nem de comunicações telefônicas adequadas, mas o Judiciário e o Ministério Público estavam fortes, unidos, produzindo.

Neste momento, certamente que não seria justo nós silenciarmos quanto àqueles julgadores de Primeiro Grau que não conseguiram chegar à Superior Instância; é válido homenageá-los porque deixaram e estão deixando o cunho do seu trabalho, da

sua honestidade, da sua produção jurídica.

Senhores, o volume de serviço nos leva a um incessante labor para dar resposta aos reclamos dos jurisdicionados.

Quando eu vejo um homem da envergadura do Desembargador Wilson Eder Graf, conhecido por sua notável capacidade de produção e exemplar pertinácia no trabalho, falar em público, em uma sessão neste Tribunal, com a sinceridade e franqueza que lhe são peculiares, dizendo da sua preocupação com o volume de processos que são distribuídos, sendo inferior o número de processos julgados, é aí que exsurge realmente o quanto estamos assoberbados pela quantidade de ações ajuizadas; diria, até mesmo, desafiados, mas não amedrontados.

E o Ministério Público, fazendo coro com o Judiciário, vem trabalhando com afinco, indistintamente, mas amparando e dando sustentação principalmente àqueles de que Vossa Excelência, Desembargador Presidente, sempre fala, que são os menos favorecidos da fortuna, mas que também são filhos de Deus, nosso Pai e Criador, e mesmo por isso não devem ser relegados a um plano secundário.

Trago aqui desta criatura extraordinária que é o Desembargador Marcílio João da Silva Medeiros um trabalho que ele elaborou e foi publicado intitulado 'Um Século de Trabalho e Justiça', cujo epílogo está assim redigido:

'Do meu canto, rendo comovida homenagem aos desembargadores falecidos, a começar pelos da primeira composição, que tanto dignificaram a

toga pelo seu saber e firmeza de caráter. Preito que estendo aos juizes de direito que não chegaram ao cume da carreira, conquistando, porém, em sua caminhada de comarca em comarca o respeito e a estima de seus jurisdicionados.

Saúdo os desembargadores que hoje integram o Tribunal, os magistrados de todas as entrâncias e, pela contribuição que deram ao funcionamento do Poder, cumprimento os serventuários e empregados da justiça.

Honra ao Tribunal de Santa Catarina pelo trabalho que fez e pelo que está fazendo, serenamente, com independência, aplicando a lei como de direito, distribuindo a justiça sem olhar a quem. Honra ao Tribunal.'

Senhor Presidente, Senhores Desembargadores, meus Senhores e minhas Senhoras, muito obrigado pela paciência de ouvir estas modestas palavras.

Terminaria dizendo que acredito na capacidade de todos os juristas que se acham presentes aqui nesta Casa, que podem se orgulhar e se inspirar nos feitos da geração passada, Desembargadores que por aqui passaram, dos Juizes, dos Promotores, dos Procuradores de Justiça, dos Advogados, pois todos deram a sua parcela de contribuição para com a sociedade catarinense que tantas esperanças deposita no Poder Judiciário.

E mais uma vez, como sempre me é prazeroso lembrar meu saudoso pai, Magistrado João Rodrigues de Araújo, ele, ao final da sua judicatura, homenageado no jantar de despedida na Sociedade Guarani, na comarca de

Itajaí, proferiu estas sábias palavras: 'Felizes daqueles que ao final do dia podem repousar a cabeça no travesseiro, com uma festa na alma pelo dever cumprido e sob os aplausos da sua consciência.'

Deus nos inspire a todos. Parabéns, Santa Catarina, pelos seus homens de estirpe valorosa que compõem o Poder Judiciário, o Ministério Público e a OAB catarinenses. Disse."

Discurso, pela Corte, do Exmo. Sr. Des. João José Ramos Schaefer, Vice-Presidente do Tribunal de Justiça:

"Distinguiu-me o Presidente Xavier Vieira com o convite para falar em nome do Tribunal nesta sessão comemorativa do 109º aniversário de instalação da Corte.

A data, na verdade, comporta algumas reflexões sobre o que tem sido o Tribunal ao longo de sua extremamente rica história, o que ele representa nos dias de hoje e o que dele se espera no futuro.

Limitarei a retrospectiva histórica, contudo, aos primeiros 50 anos de existência da Corte, não só por ser mais conhecida a trajetória, também brilhante, cumprida posteriormente, como porque o julgamento de um período histórico deve ser feito quando definitivamente assentada a poeira que sua passagem levantou.

Viviam-se há 109 anos os primeiros tempos do regime republicano, em que não se haviam amainado de todo as paixões decorrentes de sua instauração.

Registra Aujor Luz, no expressivo legado literário que deixou, "Santa Catarina, Quatro Séculos de Histó-

ria”, compilado pelo acadêmico Carlos Humberto Corrêa, que estava ainda arraigado em muitos o sentimento monárquico, com algumas reações populares que não pouparam derramamento de sangue, quando assume o governo provisório do Estado o então Tenente de Engenharia Lauro Müller, catarinense, mas, à época, vivendo no Rio, que veio para cá com a missão de reorganizar as instituições locais nos moldes republicanos.

A par de prover à eleição dos representantes catarinenses no Senado e na Câmara, cuidou Lauro Müller de remodelar os serviços administrativos e judiciários, criando, no que tangue a estes, a nova Comarca de Aranguá e restabelecendo a de Tijucas, que se somavam às doze então existentes, inclusive a da Capital.

A mais distante do litoral, Curitiba, cuja sede estivera, anteriormente, em Campos Novos, bem assinala que o grande povoamento do Estado não atingira, então, o que hoje se conhece como o Meio e o Extremo Oeste, de tamanho relevo na vida econômica, social e política dos dias atuais.

Em março de 1891, o Congresso Constituinte e Legislativo do Estado confirma Lauro Müller como Governador e elege Gustavo Richard Vice-Governador.

Caberia a este como Governador interino, em cuja condição nomeara os integrantes da Corte, receber o compromisso constitucional que, a 1º de outubro de 1891, fizeram o Desembargador José Roberto Vianna Guilhon, primeiro Presidente, e os demais Desembargadores como membros do Superior Tribunal de Justiça do Esta-

do, que substituíra, como órgão recursal ordinário, o Tribunal da Relação de Porto Alegre.

Logo entrou a atuar o Tribunal.

Publicação de 1916 transcreve os primeiros julgados, ainda de 1891, de anulação de júri por defeito dos quesitos; de incompetência do Tribunal para julgar apelação anteriormente distribuída à Relação de Porto Alegre, e de aplicação da lei vigente ao tempo da interposição do recurso.

A rotina de julgamentos cíveis e criminais em 1892 e nos primeiros meses de 1893, contudo, seria quebrada, abruptamente, em abril deste último ano.

Divergências políticas entre o então Chefe do Executivo, o Tenente de Cavalaria Manoel Joaquim Machado, que para cá viera nomeado no fragor da Revolta da Armada, e Hercílio Luz, então Comissário de Terras em Blumenau e já influente político no Estado, desencadearam o que se constituiria talvez no acontecimento mais marcante na hoje mais que centenária vida institucional do Tribunal.

O relato dos fatos ouvi pela primeira vez da palavra lúcida do saudoso Des. Miranda Ramos, nas comemorações do 80º aniversário de instalação do Tribunal e daquele discurso, dos registros históricos de Osvaldo Cabral, Aujor Luz, José Artur Boiteux e dos que compõem a magnífica publicação “Tribunal de Justiça de Santa Catarina — Um Século” editado na presidência do Des. Ayres Gama e que contou com expressivas contribuições dos Des. Marcílio Medeiros, Tycho Brahe, Xavier Vieira, Francisco Oliveira Filho e outros, se vê que, na verdade, foi total a ruptura das rela-

ções entre o Governo do Estado e o Poder Judiciário, constitucionalmente instituído, criando o Executivo um outro órgão à sua feição e à sua vontade.

Em sua notabilíssima “História do Judiciário Catarinense”, o Des. Tycho Brahe descreve o ocorrido com todas as circunstâncias de tempo, local, personagens e desdobramentos à luz dos documentos da época, evidenciando a maneira altiva e serena com que o Tribunal reagiu à afronta.

A ocorrência originou-se de fato corriqueiro, a negativa de expedição de certidão circunstanciada de um ato cresceu ante o temperamento e a posição dos inicialmente nela envolvidos, com ameaças recíprocas, ao calor das discussões, culminou com enfrentamento público de facções políticas ante a prisão de correlegionários políticos de Hercílio Luz; houve disparo de armas; instaurou-se procedimento policial e, a seguir, judicial e, por fim, é afrontada a autoridade de um julgador do Tribunal de Justiça.

Entendeu este, com base na legislação de então, como da competência de seu Presidente, o julgamento do recurso contra despacho do Chefe de Polícia. O Presidente do Tribunal, despachando o recurso, relata Boiteux, tendo por inexistente ‘o elemento moral da voluntariedade, ou intenção direta e perfeita — dolus determinatus’ no fato de que resultou ferimentos na vítima, desclassificou o delito de tentativa de morte para lesões corporais leves, de competência dos então Tribunais Correicionais, ordenando o encaminhamento de peças do processo para os fins de direito para o Promotor Público de Blumenau.

O Tenente Machado, inconformado com a decisão, baixa então o Decreto n. 821, de 8 de abril, dissolvendo o Tribunal e o reconstitui com outros membros, entre eles o mesmo Chefe de Polícia que presidira o inquérito de que resultara o indiciamento de Hercílio Luz.

Em discurso póstumo em homenagem ao Des. Guilhon, registra José Artur Boiteux que o Presidente do Tribunal, em resposta disse ao Executivo que ele e seus colegas, por não reconhecerem o ato de dissolução da Corte, ‘havia resolvido suspender suas sessões’.

Em seguida, em petição ao Juiz Federal da Seção deste Estado, afirmava o Des. Guilhon que o atentado representava um ‘castigo que se quer infligir ao Tribunal, pelo motivo de que, cumprindo a lei, não deu entrada no seu recinto à paixão partidária que andava a bramir pelas colunas dos jornais, impetuosa e ameaçadora’.

Relata o Presidente Guilhon que ‘a vozeria vingativa começou a rodear o Tribunal’ e, a medida que se aproximava a data do julgamento, eram dirigidos aos juizes do Tribunal ‘os comentários mais audazes, os anúncios mais acintosos de vingança, se não fosse satisfeita a vontade de intransigência política rancorosa’.

O desfecho foi a insólita dissolução do Tribunal.

Pouco mais de um ano após, pelo Decreto n. 988, de 22 de abril de 1894, o ato de dissolução foi tornado ilegal e reconduzidos a seus lugares os antigos membros da Corte, os Desembargadores José Roberto Vianna Guilhon, Francisco Machado Bran-

ção, Edelberto Licínio da Costa Campelo e Domingos Pacheco D'Ávila.

Encerrava-se o episódio que marcou uma das mais afirmativas páginas da história da Justiça em Santa Catarina, indômita na defesa da soberania de suas decisões.

No discurso já mencionado, refere Boiteux que o Dr. Pedro Henrique da Gama Guimarães escreveu em sua Genealogia, editada em 1923, em Lisboa, que José Roberto Vianna Guilhon 'nunca soube praticar uma injustiça nem odiar, e quando vestia sua toga de juiz esquecia todas as paixões, desprendia-se de todos os interesses e só se inspirava no respeito da lei e do culto pelo direito, honrando, com nobreza e elevação, a magistratura brasileira, com geral consideração de seus pares e concidadãos'.

Passada aquela ocorrência, retoma o Tribunal seus trabalhos ordinários, refletindo-se em seus julgados, aqui e ali, acontecimentos históricos vividos pelo País e pelo próprio Mundo, como os acontecimentos do Contestado e da I Guerra Mundial, no primeiro caso ao dar-se o Tribunal como incompetente para julgar Oficial do Exército acusado de atos praticados no curso de ações essencialmente militares e, no segundo, ao decidir pela inoportunidade de responsabilidade civil do Estado por danos causados pela turba, em movimentos considerados imprevisíveis e incontroláveis.

Os acórdãos criminais de então e no período de 1930, na sua maioria, envolvem crimes contra a pessoa, homicídios, em grande parte, e lesões corporais.

Há raros casos de crimes contra o patrimônio e nestes nenhum de

estelionato ou assemelhados, fruto talvez, de uma população de características rurais, sem os centros populosos de hoje, em que a população, só da Capital, supera o de todo o Estado na época.

No cível, as questões possessórias, de sucessões e as de natureza comercial predominam, e há registros da atuação, no cível e no crime, entre outros, também ilustres, dos advogados Nereu Ramos ('Jurisprudência' de 1929, páginas 15, 17, 152); Wanderley Júnior (1929, pág. 88); Luiz Gallotti (1929, pág. 197) Henrique Rupp Júnior (pág. 338); Otacílio Vieira da Costa (idem, vol. 3, pág. 58); Ivo D'Aquino (parecer, pág. 297), muitos deles fundadores da Faculdade de Direito, em 1932, um deles, Nereu, Presidente da Câmara, do Senado e da República; Gallotti, Ministro do Supremo Tribunal Federal, uma das figuras mais expressivas da história de nossa Corte Suprema e que deu nome ao atual edifício sede do Tribunal de Justiça, Ivo D'Aquino, Deputado e Senador, Wanderley Júnior e Otacílio Costa, Deputados Federais, e Henrique Rupp, professor de alguns dos atuais membros desta Corte.

Numa apelação julgada em 1929, Nereu Ramos, como patrono da causa e representante da filha menor Olga, insurgia-se contra exigência de pagamento de laudêmio para a Prefeitura, sustentando a tese de que o imóvel, onde mais tarde veio a ser construída sua residência, hoje tombada, estava incluída na 'meia légua em quadro', doada por D. João VI ao Município. A decisão foi de que não se operara a extinção da enfiteuse, o laudêmio era devido, mas por parte do alienante. O decreto de doação dessa

meia légua em quadro seria, mais tarde, na década de 60, o documento básico para firmar a dominialidade de particulares na área da 'meia légua em quadro'.

Tendo sofrido o desmembramento de parte de seu território para a formação do município de Palhoça (Decreto n. 184, de 1894), o Município de São José propôs, em 1912, uma ação ordinária de nulidade daquele ato, averbando de ilegítima a autoridade que o baixou, o Coronel Moreira César, e pleiteando fossem reconhecidos como limites os traçados pela Lei n. 693, de 1906, já então regularmente votada. O pedido foi julgado procedente por maioria de votos (Jurisp. 1913/14, pág. 204), dando ensejo a embargos, que, também por maioria de votos, foram recebidos, reformando-se o acórdão embargado, julgando-se o município de São José carecedor de ação.

Restaram vencidos os Desembargadores Ayres Gama e Vasco de Albuquerque Gama, ao argumento de não ter o Dec. n. 184 validade jurídica, porque o ato de criação de município e a definição de seus limites era de competência exclusiva do legislativo e a ratificação pelo Congresso só podia referir-se aos atos de exclusiva competência do próprio legislativo.

Em julgamento de fevereiro de 1893, o Tribunal não tomava conhecimento de uma apelação, porque excedido o prazo de quatro meses para interposição do recurso à Relação de Porto Alegre, de sentença proferida na comarca de Blumenau.

Os autos cuidavam de uma ação de força nova, e apelante era o

próprio fundador da cidade, o Doutor Hermann Blumenau!

O prazo para tal recurso, mais tarde, foi reduzido para sessenta dias, como se vê de uma apelação apreciada em 1912, de Lages, em que se contrapunham Vidal José de Oliveira Ramos Sobrinho e Humberto de Oliveira Ramos. Teriam começado aí as divergências políticas entre Nereu e Aristiliano?...

Da comarca de Tubarão sobre processo envolvendo escrivão judicial que, posto apenado por retardamento na remessa ao Tribunal dos autos de um processo crime, mereceu voto do Desembargador Vasco de Albuquerque Gama pela manutenção do despacho recorrido, uma vez que a Comarca se achava 'em estado anormal, tratava-se de uma sedição, os espíritos exaltados e inquietos, o escrivão ameaçado pelos sediciosos, conforme alega a fls., não podia ter a serenidade precisa para bem desempenhar o cargo (...) julgando ter remetido os autos ao Juiz, pô-los em outros papéis, só descobrindo muitos dias depois' (1914, pág. 166).

Ainda em processo de Tubarão, proposto por Eduardo Horn, figura de expressão na vida do Estado, salva-se a Companhia de Estrada de Ferro da responsabilidade por incêndio provocado por fagulha de uma locomotiva, por haver provado que o autor, ou alguém por ele, colocara, imprudentemente, um pedaço de anagem na clarabóia do prédio sinistrado, que devia estar tampada com outro vidro em lugar do que ali existia e se partira...

Noutro caso, certamente não foi pelo nome que o recorrente perdeu

o apelo, mas os propectos Desembargadores de então, possivelmente, hão de ter comentado durante o julgamento o curioso prenome do apelante: Limfloroso ...!

A menção de algumas decisões da Corte teve o propósito, talvez desnecessário, de evidenciar que nos julgamentos dos tribunais, envolvendo pessoas humildes ou figuras de expressão política e social, pulsa vida, que neles se projetam desavenças, malogros e insucessos de uma ou outra parte, mas também vicejam afeto, solidariedade e comunhão de propósitos, como é próprio da alma humana, no fundo o autor central de todos os litígios.

Refletem esse e inúmeros outros julgados a cultura humanística, a correção de linguagem, o conhecimento profundo do Direito que ostentavam e, mercê de Deus, ostentam ainda hoje nossos julgadores.

Teorias e concepções jurídicas consagradas e aceitas no direito europeu e norte-americano, eram rapidamente assimiladas e aplicadas nos julgados da Corte, constituindo a leitura destes, de fato, uma aula viva de Direito.

Bem por isso é que no reiniciar a publicação da 'Jurisprudência Catarinense', em 1929, dizia-se na sua apresentação que 'os arestos são a coluna mestra da hermenêutica' e transcrevia-se o magistério de Carlos Maximiliano de que 'uma coleção de arestos é uma coleção de experiências jurídicas, sem cessar renovadas, em que se pode colher ao vivo a reação dos fatos sobre as leis'.

Uma rápida menção à 'Revista de Jurisprudência'. Os acórdãos de

1891/96, foram datilografados e editados em 1916. O segundo volume, impresso nas oficinas de 'O Dia', iniciou uma fase que durou até 1920.

Em 1929, reinicia-se a publicação da Revista, contendo o volume I do 'Anno I', de Setembro de 1929, fasc. I, precioso material jurisprudencial e doutrinário.

A revista era resultado do que hoje se diz parceria do poder público com particulares, tanto que cada volume estampava diversos anúncios de advogados locais, como os Drs. Acácio Moreira, pai e filho, e Edmundo Moreira; Moura Ferro, Ferreira Bastos (que seria Desembargador), Wanderley Júnior, Artur Costa, Nereu, Marinho Lobo (de Joinville); Honório Cunha, do Rio; Carlos Gomes de Oliveira, de Joinville e Bayer Filho, de Tijucas.

Uma terceira e definitiva fase começaria em 1971, com um novo número 1. Mantém-se ininterruptamente até hoje e prosseguirá, certamente, porque nada supera, nem os modernos sistemas de armazenamento de dados por computador o farão, o impresso com cecidilhas, tils e circunflexos, nem sempre reproduzidos atualmente, bem como a seqüência ordenada de matérias, para a leitura e principalmente para o acompanhamento das tendências da jurisprudência, sobretudo com partículas da poeira do tempo, que dá mais vida aos julgados.

O movimento de processos no Tribunal, ao final da década de 20, era expressivo para os padrões da época, mas, evidentemente, muitíssimo inferior ao dos dias atuais.

Distribuídos em 1928 o total de 538 feitos, foram julgados 448, dentre os quais 207 apelações criminais e 47 apelações cíveis. Os agravos ficaram em 38, o que hoje corresponde a 2 dias de distribuição!!

Ainda assim, e num quadro que certamente não seria muito diferente no País, uma vez que a chamada crise do Supremo Tribunal Federal só eclodiria na década de 60, o Decreto n. 41, de 31/12/30, preconizava a reforma do Código Judiciário, com vistas, particularmente, a se adotarem fórmulas processuais simplificadas e adequadas aos pequenos pleitos.

Numa antecipação do preceito hoje consagrado no art. 98, I, da CF, e pela Lei n. 9.099/95, no que tange às infrações penais de menor potencial ofensivo, funcionavam, desde 1871, os Tribunais Correicionais, que foram objeto de reformulação pela Lei de Organização Judiciária n. 919, de 1911.

Funcionavam na sede de cada distrito, integrados pelo Juiz de Paz, como Presidente e por dois cidadãos, sorteados dentre os alistados como jurados, com a participação do Promotor Público da Comarca ou de seu Adjunto.

Tinham esses tribunais competência para julgamento de lesões corporais leves e demais crimes ou contravenções, apenados com multa ou com pena não superior a seis meses de prisão celular, livrando-se os réus soltos, ainda que presos em flagrante delito, salvo se não tivessem profissão lícita e domicílio certo, ou se já tivessem cumprido pena anteriormente.

De competência originária desse Tribunal Correicional é que se entendeu o delito atribuído a Hercílio Luz no rumoroso caso de dissolução desta Corte.

A propósito, uma outra crise, de menores proporções, é verdade, ocorreria em 1931, no Governo Ptolomeu de Assis Brasil.

Em sessão de 13/5/31, o então Presidente Francisco Tavares da Cunha Mello Sobrinho renunciou à presidência porque, não lhe tendo seu Escrivão indicado um nome para que nomeado seu ajudante, 'resolveu o Sr. General Interventor fazer a nomeação, retirando assim do Presidente do Tribunal a competência que, por lei, lhe era e sempre foi conferida'.

Houve apelos dos pares mas a renúncia foi mantida, apesar de haver o Interventor declarado ao Procurador-Geral do Estado que não tivera a intenção de desprestigiar o Poder Judiciário, tanto que retificou o ato, tornando interina a nomeação.

Concretizada a renúncia, nova eleição. O Presidente que renunciara recebeu 7 votos e o Des. Carneiro Ribeiro 1 voto.

Agradecendo mais essa prova de consideração e amizade, o renunciante afirmou que, pelos motivos já expostos, deixava de aceitar a investidura.

Procedeu-se à nova eleição, sendo eleito o Des. Carneiro Ribeiro com 6 votos, tendo recebido 1 voto, cada, dois outros integrantes da Corte.

Registre-se que em fins de 1930, antes mesmo desse fato, o Des. Tavares Sobrinho fora convidado pelo

Interventor Federal de Pernambuco, Dr. Carlos de Lima Cavalcanti, para as funções de Desembargador daquele Estado, com apelo a seus sentimentos de patriotismo 'para colaborar na grande obra de reconstrução nacional', convite que o Des. Tavares agradeceu, penhorado, mas que não lhe seria possível aceitar, vinculado que estava há vinte e seis anos à magistratura de Santa Catarina.

O gesto foi saudado pelo redator da Revista de Jurisprudência, o Dr. Wanderley Júnior, como de afeto à boa e generosa terra catarinense, 'céspede carinhoso que embalou o berço de todos os seus filhos'.

As relações com o Governo, contudo, eram, via de regra, pautadas pelo respeito e harmonia recíprocos.

Há registro disso, especialmente em relação ao Governador Dr. Adolfo Konder que, em mensagem de 1928, dizia que o propósito de seu Governo de dotar o Poder Judiciário com 'uma sede decente e condigna', estava virtualmente concretizado, 'dependendo apenas da conclusão dos trabalhos de instalação interna'.

A 22 de outubro daquele ano, no discurso com que agradeceu a entrega solene das chaves do novo edifício, o Presidente Tavares Sobrinho assinalava que 'Em três anos, já decorridos do atual governo, não foi o Tribunal de Justiça solicitado uma só vez a restabelecer garantia constitucional desrespeitada, ou a restaurar um direito violado pelo Presidente do Estado'.

E adiante: 'Nunca tivemos de protestar ou reagir contra uma tentativa de indébita interferência em nossas deliberações, de cerceamento das prer-

rogativas, das atribuições legais, da independência da magistratura'. Meses mais tarde, já tendo deixado o Governo, Adolfo Konder tinha inaugurado seu retrato no salão nobre do Palácio da Justiça, assinalando o Vice-Presidente, no impedimento, por doença, do Presidente, que aquela era a primeira homenagem da espécie que o Tribunal, em trinta e nove anos de existência constitucional, prestava à personalidade que exerceu funções de outro poder.

A cultura de integrantes da Corte está bem expressa na participação brilhante de dois de seus integrantes na I Conferência dos Desembargadores, reunida no Rio de Janeiro, em julho de 1943, como se vê do volume 9 do CPP anotado, de Eduardo Espínola Filho.

Numa discussão em que pontificaram nomes nacionais como os de Seabra Fagundes, Ivair Nogueira Itagiba, José Duarte, Figueiredo Ferraz e o então Advogado e futuro Ministro Nelson Hungria, os Desembargadores Urbano Salles e Medeiros Filho participaram ativamente da discussão de diversos temas, sustentando suas posições em relação a matérias em debate ou informando a orientação do Tribunal local a respeito, com a autoridade de quem podia dizer, como o fez o Des. Urbano Sales em determinada discussão, que 'não aceito, assim, a opinião do Dr. Nelson Hungria'.

Aquele saudoso Desembargador sustentou com brilho que só a ausência completa de fundamentação anula a sentença, não a sua insuficiência; a prevalência da orientação de que se deve, na sentença condenatória, primeiro fixar a pena-base;

manifestou-se, outrossim, quanto ao cômputo do tempo da preventiva no cumprimento da pena afinal imposta e também quanto à duração máxima das penas e o Des. Medeiros Filho quanto à necessidade da intimação pessoal da sentença condenatória ao réu preso, assim como relativamente ao tempo máximo de duração das penas.

Esse, a largo vôo, o Tribunal nos seus primeiros cinqüenta anos.

Um tribunal de grandes e impecáveis lições jurídicas, uma Corte que tem pautado sua atuação no estrito cumprimento da missão constitucional de distribuir justiça, de julgar com isenção órgãos públicos, fatos, pessoas, de atender aos justos anseios de todos por uma solução a seus conflitos. Um tribunal, sobretudo, de lições de dignidade, de independência, de altivez!

Atento aos novos tempos, frente a um crescimento vertiginoso dos pleitos judiciais, do surgimento de novos instrumentos céleres de tutela, de desigualdades sociais flagrantes, de uma quantidade imensa de excluídos, de legítimos anseios de todos por justiça, o Tribunal procura adequar sua estrutura à nova realidade; amplia o número de seus membros, para o que tem contado com o irrestrito apoio dos demais Poderes e, consciente das limitações orçamentárias, reorganiza-

se, planeja seu futuro, certo de que não pode olvidar o compromisso que tem com os cidadãos, difundindo e estimulando meios mais expeditos de prestação jurisdicional, na forma como o reclamam as leis e a Constituição. Ainda hoje, objetivando o aperfeiçoamento dos magistrados, celebrou convênio com a Univali para um Curso de Mestrado para a Magistratura.

Com a colaboração do Ministério Público, da Ordem dos Advogados e de seu dedicado corpo de servidores, que a partir desta data está iniciando um Curso de Qualificação para melhoria dos serviços a seu cargo, com esse ânimo, procurando imprimir um sentido de humanismo em suas ações, apresta-se este Tribunal para enfrentar os desafios de um novo século, em que cada vez maiores as exigências de afirmação da cidadania, de que o Poder Judiciário é pedra angular.

Inspirados no legado que nos deixaram nossos maiores e no compromisso de bem e fielmente cumprir a Constituição e as leis, à maneira do símbolo olímpico, que nestes dias tanto tem emocionado a humanidade, levaremos aos que nos seguirem, e esses pelos tempos afora, o ideal e a chama que nos foram transmitidos, conscientes todos da grandeza e da perenidade da instituição a que servimos e que serve ao povo, ao Estado e à Nação".

ÍNDICE NUMÉRICO

AÇÃO RESCISÓRIA

96.000798-9	— Capital.....	412
-------------	----------------	-----

AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE

2.197-4	— Rio de Janeiro.....	719
99.007737-3	— Capital.....	408
99.016471-3	— Ponte Serrada.....	703
99.002303-6	— Balneário Camboriú	706

AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO

00.018153-6	— Capital.....	379
-------------	----------------	-----

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

97.004828-9	— Videira.....	323
98.001699-1	— Turvo.....	328
99.001999-3	— Blumenau.....	355
99.004781-4	— Curitiba.....	347
99.012267-0	— Maravilha	350
99.012612-9	— Capital.....	351
99.014408-9	— Capital.....	368
99.015401-7	— Capital.....	332
99.016072-6	— Pinhalzinho	353
99.016074-2	— Tubarão.....	296
99.016217-6	— Capital.....	286
99.019236-9	— Pomerode	290
99.020351-4	— Ibirama	336
99.021079-0	— Piçarras.....	299
99.021658-6	— Balneário Camboriú	343
99.022236-5	— Criciúma.....	302
00.001171-1	— Capital.....	377
00.001690-0	— Jaraguá do Sul.....	340
00.002924-6	— Joinville	305
00.004722-8	— Braço do Norte.....	293
00.019561-8	— Criciúma.....	316

APELAÇÕES CÍVEIS

48.673	—	Capinzal	237
48.874	—	Urussanga	281
50.252	—	Capital	242
50.575	—	São José	270
51.122	—	São Carlos	273
51.537	—	Blumenau	276
51.681	—	Capital	253
51.904	—	Itapiranga	260
96.000701-6	—	Balneário Camboriú	116
97.006001-7	—	Balneário Camboriú	278
98.001195-7	—	Capital	127
98.012353-4	—	Itajaí	154
98.012548-0	—	Capital	160
98.016648-9	—	Criciúma	189
98.016879-1	—	Rio do Sul	87
99.002496-2	—	Capital	90
99.004219-7	—	Capital	174
99.004754-7	—	Blumenau	105
99.010078-2	—	São José	193
99.010441-9	—	Guaramirim	145
99.011078-8	—	Criciúma	198
99.011188-1	—	Criciúma	203
99.015073-9	—	Capital	166
99.016358-0	—	Tubarão	220
99.017576-6	—	Chapecó	149
99.019249-0	—	São Bento do Sul	263
99.020766-8	—	Blumenau	180
00.001765-5	—	Capital	225
00.003545-9	—	Piçarras	186
00.004035-5	—	Joinville	130
00.006380-0	—	Araranguá	137
00.012444-3	—	Capital	112
00.019956-7	—	Blumenau	140

APELAÇÕES CÍVEIS EM MANDADOS DE SEGURANÇA

97.013871-7	—	Blumenau	53
98.001019-5	—	Capital	57
99.016448-9	—	Lebon Régis	73
99.017424-7	—	Brusque	79

APELAÇÕES CRIMINAIS

98.018041-4	—	Dionísio Cerqueira	607
99.000066-4	—	Capital	481
99.002264-1	—	Joaçaba	587

99.003498-4	— Jaraguá do Sul.....	485
99.009970-9	— São Joaquim.....	615
99.011523-2	— Araranguá.....	620
99.013008-8	— Joinville.....	592
99.014798-3	— Criciúma.....	572
99.017666-5	— Blumenau.....	577
99.018001-8	— Joaçaba.....	498
99.018736-5	— Concórdia.....	556
99.020138-4	— Criciúma.....	558
99.021039-1	— Seara.....	563
99.021414-1	— Itajaí.....	602
00.000023-0	— Criciúma.....	568
00.000466-9	— Lages.....	590
00.005870-0	— Joinville.....	529
00.006351-7	— Urubici.....	534
00.012176-2	— Criciúma.....	538
00.013246-2	— Criciúma.....	503
00.014061-9	— Orleans.....	508
00.019145-0	— Araranguá.....	542
00.020852-3	— Abelardo Luz.....	596
00.021304-7	— Guaramirim.....	549
00.023326-9	— Balneário Camboriú.....	517
00.024344-2	— Abelardo Luz.....	522

CONFLITO DE JURISDIÇÃO

99.014376-7	— São Bento do Sul.....	638
-------------	-------------------------	-----

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NAS APELAÇÕES CÍVEIS

99.016739-9	— Capital.....	422
99.017015-2	— Barra Velha.....	424

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA

156	— Blumenau.....	425
-----	-----------------	-----

HABEAS CORPUS

99.004968-0	— Jaraguá do Sul.....	431
99.019401-9	— Blumenau.....	435
99.022050-8	— Criciúma.....	459
00.002255-1	— Papanduva.....	462
00.025002-3	— Rio do Sul.....	439
00.006548-0	— Curitibaanos.....	445
00.007243-5	— Capital.....	450
00.023093-6	— Capital.....	452
00.023384-6	— Biguaçu.....	457

INQUÉRITO

00.016850-5 — Papanduva.....	641
------------------------------	-----

MANDADO DE SEGURANÇA

97.015810-6 — Capital.....	45
----------------------------	----

RECURSO ESPECIAL

228.782 — Santa Catarina (STJ)	725
--------------------------------------	-----

RECURSO ESPECIAL CÍVEL

99.001999-3 — Blumenau.....	733
-----------------------------	-----

RECURSO EXTRAORDINÁRIO CÍVEL

99.014321-0 — Palmitos	736
------------------------------	-----

RECURSOS CRIMINAIS

99.010510-5 — Joinville	478
99.020070-1 — Turvo.....	479
00.002063-0 — Piçarras.....	471
00.010289-0 — Capital.....	469

RECURSOS DE AGRAVO

99.014737-1 — Papanduva.....	653
99.018457-9 — Chapecó	657
99.021944-5 — Curitibaanos.....	695
00.000714-5 — Capital.....	672
00.001578-4 — Lages	661
00.003345-6 — Curitibaanos.....	684
00.008611-8 — Balneário Camboriú	644
00.009306-8 — Laguna	665
00.013592-5 — Capital.....	668

REVISÕES CRIMINAIS

99.020104-0 — Capital.....	697
00.015733-3 — São Domingos	699

ÍNDICE POR ASSUNTO

A

ABANDONO MATERIAL

- Delito caracterizado — Negativa de pagamento, sem justa causa, de pensão alimentícia. Condenação mantida. 522

ABUSO DE AUTORIDADE

- Delegado de polícia — Delito caracterizado. Condenação..... 607

AÇÃO CAUTELAR

- Vide Medida cautelar.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

- Estado — Obrigação de fazer. Prestação de serviços médico-hospitalares a todos as crianças e adolescentes. Ausência de previsão legislativa e adequação orçamentária. Extinção do feito por impossibilidade jurídica do pedido. 379
- Interposição pelo Ministério Público — Interesse coletivo inexistente. Ilegitimidade caracterizada. Extinção do feito..... 355
- Município — Concurso interno para efetivação de servidores estáveis por força do art. 19 do ADCT. Inadmissibilidade. Necessidade de concurso público. Edital anulado. Decisão mantida. 105
- Prefeito municipal — Improbidade administrativa. Comprovação. Condenação mantida. 145

AÇÃO DE COBRANÇA

- Município — Aquisição de mercadorias. Dívida reconhecida. Alegação de ausência de licitação. Irrelevância. Enriquecimento ilícito vedado. Pleito procedente. 237

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO

- Vide Indenização.

AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

- Vide Investigação de paternidade.

AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE

- Menor — Prova documental e exame de DNA atribuindo ao autor a probabilidade em 99,98% da paternidade. Pleito procedente. 180

AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE

- Vide Reintegração de posse.

AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANO

- Vide Responsabilidade civil.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

- Lei estadual — Instituição de contribuição previdenciária de servidores aposentados e pensionistas. Vedação constitucional. Medida cautelar deferida..... 719
- Lei orgânica municipal — Norma que fixa o mandato dos membros da Mesa da Câmara e autoriza a recondução na eleição subsequente. Inexistência de ofensa à CE. Liminar denegada. 703
- Norma estadual — Associação de âmbito nacional. Impugnação perante esta Corte de Justiça. Inviabilidade. Inteligência dos arts. 102, I, letra a, e 103, IX, da CF. 408
- Norma municipal — Cobrança de tarifa de coleta e remoção de lixo, pela concessionária, diretamente do usuário. Admissibilidade e constitucionalidade. Suspensão liminar indeferida. Maioria de votos..... 706

AÇÃO MONITÓRIA

- Cheque prescrito — Título representativo de obrigação líquida, certa e exigível em ação ordinária. Prosseguimento do feito conforme o art. 1.102c, § 3º, do CPC. 198

AÇÃO ORDINÁRIA

- Reconhecimento de direito — Portador de HIV. Fornecimento de medicamento. Obrigação do Estado. Licitação e previsão orçamentária para aquisição. Dispensabilidade. Pleito procedente. 127

AÇÃO POPULAR

- Câmara de vereadores — Elevação do número de edis. Ato lesivo ao patrimônio público e à moralidade administrativa. Pleito procedente. 281

AÇÃO RESCISÓRIA

- Violação à literal disposição de lei — Inocorrência. Acórdão que acolhe corrente jurisprudencial existente à época do julgado. Aplicação da Súmula 343 do STF. Pleito improcedente. 412

ACIDENTE DO TRABALHO

- Morte de obreiro — Responsabilidade solidária das empreiteiras in eligendo e in vigilando. Reconhecimento. Indenização devida. Pensão. Adequação. Recursos parcialmente providos. 174

ADOÇÃO

- Menor — Deferimento. Consentimento materno. Dispensabilidade. Medida que apresenta reais vantagens para o adotando. 154

ADRIANO ZANOTTO (Dr.)

- Discurso proferido por ocasião do 109º aniversário de instalação do Tribunal de Justiça. 741

ADVOGADO

- Defensor dativo — Sentença condenatória. Necessidade de intimação pessoal. 699
- Representação contra causídico na OAB — Regular procedimento que não caracteriza injúria ou difamação. Trancamento da ação penal. Ordem concedida. 439

AGRAVO DE INSTRUMENTO

- Vide Recurso.

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

- Veículo — Perda total. Seguro. Indenização devida ao credor fiduciário em sub-rogação. Aplicação do art. 762, § 1º, do CC. 87

ALIMENTOS

- Provisionais — Ex-esposa. Exclusão. Alegação de que exerce atividade remunerada. Incomprovação. Manutenção da obrigação. 296

ANTONIO CARLOS BOTTAN (Dr.)

- A desconsideração da personalidade jurídica — Disregard doctrine. 25

APELAÇÃO CRIMINAL

- Vide Recurso crime.

APOSENTADORIA

- Funcionário público — Cargo comissionado. Emprego temporário. Admissibilidade do benefício. Inteligência do art. 40, § 2º, da CF. 73

ARREMATÇÃO

- Vide Venda judicial.

ARRENDAMENTO

- Mercantil — Aquisição de computador e impressora. Inadimplência. Alegada essencialidade para o exercício da atividade da empresa. Inacolhimento. Liminar reintegratória mantida. 377
- Mercantil — Contrato em dólar. Elevação da moeda estrangeira. Desequilíbrio na avença. Reajuste das prestações pelo INPC. Possibilidade. 305

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA

- Integral e gratuita — Concessão à pessoa jurídica de direito privado. Possibilidade. 351

ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR

- Vide Crime contra os costumes.

ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

- Art. 19, § 1º 57 e 105

ATO ILÍCITO

- Vide Indenização.

AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO

- Realização fora do prazo legal — Validade. Ausência de prejuízo à defesa. 607

C**CALÚNIA**

- Vide Crime contra a honra.

CÂMARA DE VEREADORES

- Decreto legislativo — Elevação do número de edis. Ato lesivo ao patrimônio público e à moralidade administrativa. Ação popular procedente. 281

CARLOS LEANDRO DA COSTA ROSLINDO (Bel.)

- A descon sideração da personalidade jurídica — Disregard doctrine. 25

CARTA PRECATÓRIA

- Executória — Penhora de créditos. Modus operandi do depósito fixado pelo juízo deprecante. Alteração pelo juízo deprecado. Impossibilidade. Incompetência. Agravo desprovido. 347

CERCEAMENTO DE DEFESA

- Caracterização — Processo crime. Defensor constituído. Substituição por dativo sem a ciência da acusada. Nulidade do feito. Decretação de ofício. 568
- Inocorrência — Julgamento antecipado da lide. Admissibilidade. Matéria exclusivamente de direito. 198
- Inocorrência — Julgamento antecipado da lide. Admissibilidade. Matéria exclusivamente de direito. 203
- Inocorrência — Prova documental e legislação aplicável à espécie suficientes para o deslinde da *quaestio*. 57
- Inocorrência — Provas. Requerimento inoportuno. Preclusão. Preliminar afastada. 160

CHEQUE

- Prescrito — Título representativo de obrigação líquida, certa e exigível em ação ordinária. 198

CITAÇÃO

- Retificação de área — Citação dos alienantes ou seus sucessores. Desnecessidade. Exegese do art. 1º da Lei n. 9.039/95. 425

CO-AUTORIA

- Latrocínio — Co-réu que não efetuou o disparo fatal. Irrelevância. Condenação mantida. 549
- Roubo qualificado — Participação de menor importância. Inadmissibilidade. Co-participação tipificada. 577

COCAÍNA

- Vide Crime contra a saúde pública.

CÓDIGO CIVIL

- Art. 15 112
- Art. 159 112 e 174
- Art. 502 336
- Art. 524 336
- Art. 762, § 1º 87
- Art. 960 203
- Art. 1.092 140
- Art. 1.218 160

— Art. 1.518.....	174
— Art. 1.521, III.....	174
— Art. 1.525.....	225
— Art. 1.531.....	203
— Art. 1.537.....	225

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (Lei n. 8.078/1990)

— Art. 2º.....	166 e 203
— Art. 6º.....	305
— Art. 14.....	130
— Art. 81, parágrafo único, I, II e III.....	355
— Art. 82, I.....	355
— Art. 83.....	379
— Art. 84, § 5º.....	379

CÓDIGO DE DIVISÃO E ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA (Lei n. 5.624/1979)

— Art. 107, § 2º.....	174
-----------------------	-----

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

— Art. 9º, I, in fine.....	180
— Art. 20, § 4º.....	186 e 203
— Art. 20, § 5º.....	174
— Art. 45.....	90
— Art. 111, in fine.....	302
— Art. 263.....	323
— Art. 265.....	90
— Art. 265, IV, a.....	340
— Art. 267, IV, V, VI e § 3º.....	316
— Art. 275.....	350
— Art. 329.....	260
— Art. 333, II.....	198
— Art. 335.....	225
— Art. 517.....	220
— Art. 525, I e II.....	328
— Art. 535.....	422
— Art. 557, § 1º-A.....	379
— Art. 602, caput.....	328
— Art. 602.....	174
— Art. 683.....	299
— Art. 687, § 5º.....	343
— Art. 732.....	459
— Art. 927.....	336 e 377
— Art. 928.....	336

— Art. 1.102c, § 3º.....	198
--------------------------	-----

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

— Art. 41.....	485
— Art. 43, I.....	592
— Art. 149.....	529
— Art. 157.....	522
— Art. 184.....	529
— Art. 312.....	479
— Art. 365, parágrafo único.....	577
— Art. 370.....	699
— Art. 383.....	620
— Art. 386, II.....	498
— Art. 386, III.....	517
— Art. 386, V.....	556
— Art. 386, VI.....	508, 558, 572 e 620
— Art. 408, §§ 1º e 2º.....	471
— Art. 411.....	556
— Art. 488.....	445
— Art. 489.....	445
— Art. 527.....	431
— Art. 563.....	607
— Art. 574, II.....	556
— Art. 580.....	452
— Art. 581, IV.....	471
— Art. 589.....	668

CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO (Lei n. 9.503/1997)

— Art. 107.....	45
— Art. 257, § 7º.....	286
— Art. 282, § 3º.....	286
— Art. 293.....	602
— Art. 306.....	602

CÓDIGO PENAL

— Art. 121, caput.....	471 e 478
— Art. 121, § 1º.....	542
— Art. 121, § 2º, IV.....	471 e 615
— Art. 129, § 1º, I.....	556
— Art. 139.....	439
— Art. 140.....	439
— Art. 155.....	697
— Art. 155, § 2º.....	517 e 563
— Art. 155, § 4º, II.....	563

— Art. 155, § 4º, IV	596
— Art. 157, § 2º, I.....	529 e 697
— Art. 157, § 2º, I e II	450, 538, 549, 577 e 596
— Art. 157, § 2º, I, II e V.....	568
— Art. 157, § 3º, in fine	549 e 699
— Art. 158, caput.....	587
— Art. 171, caput.....	534
— Art. 171, § 2º, VI.....	641
— Art. 175, I.....	431
— Art. 180.....	431
— Art. 184, §§ 1º e 2º	431
— Art. 213.....	596
— Art. 214.....	590
— Art. 224, a.....	590
— Art. 226, I.....	596
— Art. 226, III.....	590
— Art. 244.....	522
— Art. 288.....	697

CÓDIGO PENAL (Lei n. 7.209/1984)

— Art. 14, II	450, 517, 615 e 697
— Art. 29.....	450 e 485
— Art. 29, § 1º	577
— Art. 42.....	572
— Art. 59.....	481, 503, 620 e 697
— Art. 65, III, d.....	542
— Art. 69.....	439, 485, 596 e 697
— Art. 71	435, 522, 596 e 697
— Art. 77, I.....	563
— Art. 84.....	672
— Art. 107, II.....	684

CÓDIGO PENAL (Lei n. 9.268/1996)

— Art. 51	653 e 665
-----------------	-----------

CÓDIGO PENAL (Lei n. 9.714/1998)

—	481
— Art. 44, incisos e § 2º	534
— Art. 44, III e § 3º	503

CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (Lei n. 5.172/1966)

— Art. 3º	368
— Art. 77.....	368
— Art. 97, I.....	368
— Art. 151, II.....	189

COMPETÊNCIA

- Ação de indenização — Representação comercial. Competência do foro do domicílio do representante para o processamento e julgamento. 350
- Crime contra a honra — Rito especial. Competência da Justiça Comum e não dos Juizados Especiais Criminais para o processamento e julgamento. 462
- Exceção de incompetência — Contrato de adesão. Competência para o processamento e julgamento da ação no foro de eleição do pacto. Aplicação da Súmula 335 do STF. 302
- Mandado de segurança — Interposição contra ato do comandante-geral da Polícia Militar. Competência do Tribunal de Justiça para processamento e julgamento. 412

COMPETÊNCIA (matéria penal)

- Crime contra os costumes — Estupro. Delito praticado por indígena. Competência da Justiça Estadual para o processamento e julgamento. 596
- Conflito negativo — Roubo qualificado e homicídio. Crimes autônomos, mas decorrentes do mesmo fato criminoso. Competência do Tribunal do Júri para o julgamento. 638
- Crime contra a propriedade imaterial — Violação de direito autoral e de marcas. Competência da Justiça Estadual para o processamento e julgamento. 431

CONSTITUIÇÃO ESTADUAL

- 1989 — Art. 46, § 3º 703
 - Art. 83, XI, c 412
 - Art. 85 706
 - Art. 85, VI 408
 - Art. 111 145 e 703
 - Art. 111, IV, a e b 281
 - Art. 128, I 706
 - Art. 137 45

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

- 1988 — Art. 5º, XIII 45
 - Art. 5º, XLIII 668 e 684
 - Art. 5º, LVII 672
 - Art. 5º, LXI 459
 - Art. 5º, LXVII 459
 - Art. 5º, LXIX 53
 - Art. 29, IV, a 281
 - Art. 29, V 145

— Art. 29, VIII.....	462
— Art. 37, II.....	57
— Art. 37, § 6º.....	112, 130 e 270
— Art. 40, § 2º.....	73
— Art. 41.....	105
— Art. 84, XII.....	644 e 684
— Art. 93, IX.....	459
— Art. 102, I, a.....	408
— Art. 103, IX.....	408
— Art. 109, XI.....	596
— Art. 125, § 1º.....	412
— Art. 128, § 5º, II, a.....	105
— Art. 129, I.....	435
— Art. 132.....	53
— Art. 145, II.....	368
— Art. 150.....	368
— Art. 170, IV.....	45
— Art. 175.....	368
— Art. 192, § 3º.....	203
— Art. 194.....	379
— Art. 226, § 1º.....	180
— Art. 227.....	154, 180 e 379
— Art. 232.....	596

CONSTRANGIMENTO ILEGAL

- Caracterização — Excesso de prazo na formação da culpa. Habeas corpus concedido de ofício. 471

CONTRATO

- Adesão — Competência para o processamento e julgamento da ação no foro de eleição do pacto. Aplicação da Súmula 335 do STF. 302
- Arrendamento mercantil — Pacto em dólar. Elevação da moeda estrangeira. Desequilíbrio na avença. Reajuste das prestações pelo INPC. Possibilidade. 305
- Rescisão — Inadimplência de uma das partes. Comprovação. Pleito procedente. 140
- Rescisão — Incorporação imobiliária. Prazo de entrega. Excesso. Constituição em mora. Notificação. Desnecessidade. Parcelas pagas. Devolução. Pleito procedente. 166

CORREÇÃO MONETÁRIA

- Acidente de trânsito — Incidência. Fluência. Exegese da Súmula 43 do STJ. 225

CORRETAGEM

- Vide Intermediário de negócio.

CRACK

- Vide Crime contra a saúde pública.

CRIME CONTRA A HONRA

- Calúnia e difamação — Delito de imprensa. Animus narrandi evidenciado. Dolo inexistente. Veracidade dos fatos noticiados. Queixa-crime rejeitada. 592
- Injúria — Vereador. Inviolabilidade assegurada. Trancamento da ação penal. Ordem de habeas corpus concedida..... 462

CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

- Sonegação fiscal — Habeas corpus. Trancamento da ação penal. Falta de justa causa. Inocorrência. Ordem denegada. 435

CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA

- Narcotraficância — Cocaína. Desclassificação para uso próprio. Admissibilidade. Mercancia não comprovada. Recurso parcialmente provido..... 498
- Narcotraficância — Desclassificação para o art. 16 da Lei Antitóxicos. Inadmissibilidade. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação mantida. 485
- Narcotraficância — Maconha. Laudo toxicológico. Ausência. Imprescindibilidade. Absolvção. 498
- Tráfico de entorpecente — Delito caracterizado. Condenação mantida. Co-réus. Vínculo psicológico com o crime. Não comprovação. Absolvção. Recurso parcialmente provido. 620
- Tráfico de entorpecente — Desclassificação para o art. 16 da Lei Antitóxicos. Impossibilidade. Mercancia comprovada. Condenação mantida. 481
- Tráfico de entorpecente — Desclassificação para uso próprio. Admissibilidade. Prova insuficiente da mercancia. Recurso provido. 572
- Tráfico de entorpecente — Maconha. Autoria do delito. Prova insuficiente. Absolvção decretada. 558
- Tráfico de entorpecente — Prova insuficiente, contradições processuais e dúvida quanto à autoria. Absolvção decretada. Aplicação do in dubio pro reo..... 508

CRIME CONTRA OS COSTUMES

- Atentado violento ao pudor — Delito caracterizado. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação mantida..... 590

- Estupro — Delito praticado por indígena. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação mantida. 596

CRIME DE IMPRENSA

- Calúnia e difamação — Animus narrandi evidenciado. Dolo inexistente. Veracidade dos fatos noticiados. Queixa-crime rejeitada. .. 592

CRIME DE TRÂNSITO

- Embriaguez ao volante — Delito caracterizado. Suspensão da habilitação. Fixação aquém do mínimo legal. Adequação. Recurso ministerial provido. 602

CUSTAS

- Processuais — Município. Isenção. 105

D

DANO MORAL

- Caracterização — Transporte de passageiros. Danificação das bagagens. Comprovação. Responsabilidade objetiva da empresa. Obrigação de indenizar. 130
- Indenização — Banco que transfere salários de cliente para outra conta sem autorização. Incabimento. Autor obrigado a viver às expensas de terceiros. Comprovação. Ressarcimento devido. 253
- Indenização — Calúnia. Ofensas irrogadas em folhetos. Demanda contra distribuidores dos impressos. Ilegitimidade caracterizada. 260
- Indenização — Critério para fixação. 225
- Indenização — Critérios bem sopesados. 174
- Indenização — Vírus HIV. Contaminação em transfusão sanguínea. Verba devida. Quantum elevado. Minoração. 242
- Quantum indenizatório — Critérios para fixação. 130

DECADÊNCIA

- Lei de imprensa — Indenização por dano moral. Prazo decadencial. Fluência. 323
- Mandado de segurança — Contagem. 57

DELEGADO DE POLÍCIA

- Abuso de autoridade — Delito caracterizado. Condenação. 607

DENÚNCIA

- Inépcia — Configuração. Peça acusatória omissa, vaga e imprecisa dificultando o exercício da ampla defesa. 452
- Inépcia — Inocorrência. Falta de representação do ofendido. Omissão que não obsta a propositura da ação penal. 607
- Inépcia — Inocorrência. Atendimento às exigências do art. 41 do CPP. 485
- Oferecimento fora do prazo legal — Possibilidade. 607

DIFAMAÇÃO

- Vide Crime contra a honra.

DOCTRINA

- A desconsideração da personalidade jurídica. Disregard doctrine — Dr. Antonio Carlos Bottan, Juiz de Direito aposentado, Bel. Carlos Leandro da Costa Roslindo e Acadêmica Gislaíne Mohr. 25
- Juizados especiais no âmbito da Justiça Federal — Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Ministro do STJ. 13
- Os fundamentos da bioética e o direito — Volnei Ivo Carlin, Desembargador e Professor de Pós-Graduação. 3
- Transexualismo. Aspectos jurídicos e bioéticos — Mestranda Rode Anélia Martins. 33

E**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO**

- Vide Recurso.

EMBARGOS DE TERCEIROS

- Apreciação de fraude contra credores — Possibilidade. 273

EMBARGOS DO DEVEDOR

- Execução — Penhora. Bem de família. Impenhorabilidade. Construção a ser efetuada em outro bem desobrigado. Recurso provido. 137

ESTADO

- Vide Pessoa jurídica de direito público.

ESTATUTO DA ADVOCACIA E A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (Lei n. 8.906/1994)

- Art. 34, XXIV e XXV 439

ESTATUTO DO ÍNDIO (Lei n. 6.001/1973)

—	596
---------	-----

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (Lei n. 8.069/1990)

— Art. 1º	379
— Art. 4º	379
— Art. 7º	379
— Art. 11	379
— Art. 14	379
— Art. 33, § 3º	422
— Art. 43	154
— Art. 45	154
— Art. 86	379
— Art. 148, IV	379
— Art. 201, V	379
— Art. 202	379
— Art. 208	379
— Art. 210, I	379
— Art. 213, §§ 1º, 2º e 3º	379
— Art. 215	379

ESTELIONATO

— Cheque sem fundos — Pagamento efetuado antes do oferecimen- to da denúncia. Ausência de justa causa à persecutio criminis. Inquérito policial arquivado.....	641
--	-----

ESTUPRO

— Vide Crime contra os costumes.	
----------------------------------	--

EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA

— Vide Competência.	
---------------------	--

EXECUÇÃO

— Embargos do devedor — Penhora. Bem de família. Impenhorabili- dade. Construção a ser efetuada em outro bem desobrigado. Re- curso provido.	137
— Exceção de pré-executividade — Acolhimento. Exclusão de parte do feito por ilegitimidade. Recurso cabível.	186
— Penhora — Bem sujeito à construção cujo valor ultrapassa o exe- cutado. Redução. Possibilidade.	347
— Penhora — Imóvel residencial. Bem de irmãos solteiros. Impenho- rabilidade.	290

- Título extrajudicial — Cédula de crédito industrial. Prévio protesto. Prescindibilidade. Juros. Capitalização mensal. Inadmissibilidade. Multa contratual. Redução. Recurso provido. Maioria de votos. 203

EXECUÇÃO PENAL

- Comutação da pena — Dias remidos. Critério. 661
- Comutação da pena — Impossibilidade. Reeducando condenado por tráfico ilícito de entorpecente. Vedação do benefício aos crimes desta natureza. 668
- Indulto e comutação de pena — Tráfico de entorpecentes. Proibição constitucional do benefício. Cassação. Exegese do art. 5º, XLIII, da CF. 684
- Preso — Falta grave cometida. Perda dos dias remidos. Exegese do art. 127 da LEP. 657
- Sentença condenatória — Recurso especial. Apelo que não confere efeito suspensivo da sanção penal. Cumprimento da pena determinado. 672
- Tráfico de entorpecente — Crime hediondo. Comutação da pena. Inviabilidade. 644

EXTORSÃO

- Delito caracterizado — Prova testemunhal farta e convincente. Reconhecimento da tentativa. Impossibilidade. Condenação mantida. 587

F

FIANÇA

- Locação — Despejo. Fiadores. Exclusão. Inteligência da Súmula 214 do STJ 220

FRANCISCO XAVIER MEDEIROS VIEIRA (Des.)

- Discurso proferido por ocasião do 109º aniversário de instalação do Tribunal de Justiça. 741

FRAUDE CONTRA CREDORES

- Apreciação em embargos de terceiros — Possibilidade. 273

FUNCIONÁRIO PÚBLICO

- Aposentado e pensionista — Lei estadual. Instituição de contribuição previdenciária. Vedação constitucional. Medida cautelar deferida. 719
- Cargo comissionado — Emprego temporário. Aposentadoria. Admissibilidade. Inteligência do art. 40, § 2º, da CF. 73
- Mandado de segurança — Servidor regido pela CLT. Concurso de acesso. Impossibilidade. Ausência de concurso público originário. Recurso desprovido. 57

FURTO

- Tentativa — Res furtiva de ínfimo valor e de menor relevância. Aplicação do princípio da insignificância. Absolvição decretada. . 517

FURTO PRIVILEGIADO

- Impossibilidade — Res furtiva de valor maior que o salário mínimo, e agente reincidente. 563

FURTO QUALIFICADO

- Abuso de confiança — Qualificadora não caracterizada. Desclassificação para furto simples. Recurso parcialmente provido. 563

G**GISLAINE MOHR (Acadêmica)**

- A desconsideração da personalidade jurídica — Disregard doctrine. 25

H**HABEAS CORPUS**

- Ação penal privada — Trancamento. Impossibilidade. Fatos descritos que, em tese, constituem infrações penais. Ordem denegada. 431
- Constrangimento ilegal — Caracterização. Excesso de prazo na formação da culpa. Ordem concedida de ofício. 471

— Crime contra a honra — Injúria. Vereador. Inviolabilidade assegurada. Trancamento da ação penal. Ordem concedida.	462
— Júri — Defeito e omissão na formulação dos quesitos. Inocorrência. Ordem denegada.	445
— Liberdade provisória — Indeferimento. Ausência de fundamentação. Inocorrência. Despacho suficientemente fundamentado. Ordem denegada.	457
— Mandado de prisão — Expedição. Descabimento. Ausência de motivos para a segregação cautelar. Ordem concedida.	450
— Nulidade processual — Matéria nova. Análise pela via estreita do writ. Possibilidade. Conhecimento.	445
— Prisão civil — Decretação. Obrigação alimentar. Inadimplemento. Segregação mantida. Ordem denegada.	459
— Trancamento da ação penal — Denúncia. Inépcia. Configuração. Materialidade do delito. Ausência. Ordem concedida.	452
— Trancamento da ação penal — Falta de justa causa. Inocorrência. Ordem denegada.	435
— Trancamento da ação penal — Falta de justa causa. Ocorrência. Ordem concedida.	439

HOMICÍDIO

— Júri — Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Inocorrência. Desclassificação para a forma privilegiada. Impossibilidade. Condenação mantida.	542
— Pronúncia — Absolvição sumária. Descabimento. Indícios da autoria com suporte em provas dos autos. Desclassificação para o crime de rixa. Impossibilidade. Provisional mantida.	478

HOMICÍDIO QUALIFICADO

— Pronúncia — Provisional com profunda incursão na prova e na matéria de direito. Inadmissibilidade. Nulidade do decisum.	471
— Tentativa — Júri. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Inocorrência. Condenação mantida.	615

HONORÁRIOS DE ADVOGADO

— Exceção de pré-executividade — Arguição nos autos da própria executacional. Cabimento da verba.	186
— Execução — Fixação da verba nos moldes do art. 20, § 4º, do CPC.	203
— Fixação excessiva — Adequação.	242
— Indenização — Acidente do trabalho. Fixação consoante o art. 20, § 5º, do CPC.	174

I

ILEGITIMIDADE AD CAUSAM

- Passiva — Dano moral. Calúnia. Ofensas irrogadas em folhetos. Demanda contra distribuidores dos impressos. Ilegitimidade caracterizada. 260

IMÓVEL

- Penhora — Avaliação. Impugnação. Alegação de que o bem possui maior valor de mercado. Incomprovação. Reavaliação indeferida. 299
- Residencial — Bem de irmãos solteiros. Impenhorabilidade. 290

INDENIZAÇÃO

- Acidente de trânsito — Antecipação de tutela. Pensão mensal. Inviabilidade. Não comprovação dos ganhos mensais do de cujus. Indisponibilidade dos bens dos acionados. Impossibilidade. Recurso desprovido. 328
- Acidente de trânsito — Colisão em decorrência de óleo na pista e ausência de sinalização. Responsabilidade do município comprovada. Obrigação de indenizar. 270
- Acidente de trânsito — Cumulação com dano moral. Condução imprudente e inconseqüente. Comprovação. Culpa do condutor demonstrada. Verba devida. 225
- Acidente do trabalho — Morte. Responsabilidade solidária das empreiteiras in eligendo e in vigilando. Reconhecimento. Verba devida. Pensão. Adequação. Recursos parcialmente providos. ... 174
- Ato ilícito e dano moral — Banco que transfere salários de cliente para outra conta sem autorização. Incabimento. Autor obrigado a viver às expensas de terceiros. Comprovação. Ressarcimento devido. 253
- Dano moral — Calúnia. Ofensas irrogadas em folhetos. Demanda contra distribuidores dos impressos. Ilegitimidade caracterizada. 260
- Furto de veículo — Condomínio-garagem. Falhas na vigilância. Constatação. Obrigação de indenizar. 116
- Perdas e danos — Imóvel. Atraso na entrega da obra. Multa contratual. Ressarcimento devido. Pleito procedente. 276
- Responsabilidade civil — Vírus HIV. Contaminação em transfusão sanguínea. Hospital público. Alegação de caso fortuito ou força maior. Inocorrência. Pleito procedente. 242

INJÚRIA

- Vide Crime contra a honra.

INQUÉRITO POLICIAL

- Estelionato — Cheque sem fundos. Pagamento efetuado antes do oferecimento da denúncia. Ausência de justa causa à persecução criminis. Arquivamento. 641

INTERMEDIÁRIO DE NEGÓCIO

- Comissão de corretagem — Mediação demonstrada. Verba devida. Fixação por arbitramento. 160

INTIMAÇÃO

- Arrematação — Ciência do devedor apenas da segunda praça porém com antecedência de cinco dias. Validade do ato. Atendimento ao disposto no art. 687, § 5º, do CPC. 343

INTIMAÇÃO (matéria penal)

- Sentença condenatória — Defensor dativo. Necessidade de intimação pessoal. 699

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

- Ação procedente — Decisão lastreada exclusivamente em prova oral. Contradições. Exame de DNA. Necessidade. Conversão do julgamento em diligência. 149

J**JOÃO JOSÉ RAMOS SCHAEFER (Des.)**

- Discurso proferido por ocasião do 109º aniversário de instalação do Tribunal de Justiça. 741

JOBÉL BRAGA DE ARAÚJO (Dr.)

- Discurso proferido por ocasião do 109º aniversário de instalação do Tribunal de Justiça. 741

JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE

- Admissibilidade — Matéria exclusivamente de direito. ... 198 e 203

JÚRI

- Habeas corpus — Defeito e omissão na formulação dos quesitos. Inocorrência. Ordem denegada. 445
- Homicídio — Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Inocorrência. Desclassificação para a forma privilegiada. Impossibilidade. Condenação mantida. 542
- Homicídio qualificado — Tentativa. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Inocorrência. Condenação mantida. 615

JUROS

- Moratórios — Acidente de trânsito. Incidência. Fluência. Exegese da Súmula 54 do STJ. 225
- Reais — Auto-aplicabilidade do art. 192, § 3º, da CF, e de incidência imediata. 203
- Reais — Capitalização mensal. Inadmissibilidade. 203

L**LATROCÍNIO**

- Delito caracterizado — Materialidade e autoria comprovadas. Condenação mantida. 549

LEASING

- Valor residual — Cobrança antecipada. Desfiguração do contrato. Transformação em compra e venda a prestação. Reintegratória improcedente. Comprador que exerce regularmente a posse do bem. 725
- Veículo — Valor residual diluído nas prestações. Descaracterização do contrato. Transformação em compra e venda a prestação. Ação de reintegração de posse. Inviabilidade. Meio inadequado. Extinção do processo de ofício. 316

LEGISLAÇÃO ESTADUAL**LEIS**

- N. 5.624/1979 — Vide Código de Divisão e Organização Judiciárias do Estado de Santa Catarina.
- N. 9.830/1995 — Art. 3º, IV, b. 332

LEGISLAÇÃO FEDERAL

DECRETOS

— N. 3.226/1999	—	684
	— Art. 1º, I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX e X	672
	— Art. 2º	661 e 668
	— Art. 3º, I e II	668
	— Art. 3º, II	644
	— Art. 7º	644

DECRETOS-LEIS

— N. 167/1967	—	203
— N. 413/1969	—	203
— N. 911/1969	—	87
— N. 7.661/1945	— Vide Lei de Falências.	

LEIS

— N. 1.060/1950	— Vide Lei da Assistência Judiciária.	
— N. 4.591/1964	— Vide Lei de Condomínio.	
— N. 4.728/1965	— Art. 66, § 7º	87
— N. 4.886/1965	— Art. 39	350
— N. 4.898/1965	— Art. 4º, a e c	607
	— Art. 12	607
— N. 5.172/1966	— Vide Código Tributário Nacional.	
— N. 5.249/1967	— Art. 1º	607
— N. 5.250/1967	— Vide Lei de Imprensa.	
— N. 6.001/1973	— Vide Estatuto do Índio.	
— N. 6.015/1973	— Vide Lei dos Registros Públicos.	
— N. 6.099/1974	— Art. 5º, c	725
	— Art. 11, § 1º	725
— N. 6.368/1976	— Vide Lei Antitóxicos.	
— N. 6.404/1976	— Vide Lei das Sociedades Anônimas.	
— N. 6.515/1977	— Vide Lei do Divórcio.	
— N. 6.840/1980	—	203
— N. 7.132/1983	—	725
— N. 7.209/1984	— Vide Código Penal.	
— N. 7.210/1984	— Vide Lei de Execução Penal.	
— N. 7.347/1985	— Art. 1º, IV	379
	— Art. 3º	379
	— Art. 5º, § 1º	379
	— Art. 11	379
— N. 8.009/1990	—	290
	— Art. 1º	137

— 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. 8.080/1990	—	379
— N. 8.137/1990	— Art. 1º, I, II, III e IV	435
— N. 8.142/1990	—	379
— N. 8.213/1991	— Art. 16, § 2º	422
— N. 8.245/1991	— Vide Lei de Locações.	
— N. 8.420/1992	— Art. 1º	350
— N. 8.625/1993	— Vide Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.	
— N. 8.906/1994	— Vide Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil.	
— N. 9.714/1998	— Vide Código Penal.	
— N. 9.099/1995	—	462 e 469
	— Art. 89	498
— N. 9.249/1995	— Art. 34	435
— N. 9.268/1996	— Vide Código Penal.	
— N. 9.298/1996	—	203
— N. 9.313/1996	— Art. 1º	127
	— Art. 2º	127
— N. 9.437/1997	— Art. 10, caput	508
	— Art. 10	620
	— Art. 10, § 3º, I	457
— N. 9.503/1997	— Vide Código de Trânsito Brasileiro.	
— N. 9.528/1997	—	422
— N. 9.839/1999	—	469

LEI

— Orgânica municipal — Ação direta de inconstitucionalidade. Norma que fixa o mandato dos membros da mesa da Câmara e autoriza a recondução na eleição subsequente. Inexistência de ofensa à CE. Liminar denegada	703
---	-----

LEI ANTITÓXICOS (Lei n. 6.368/1976)

— Art. 11	481
— Art. 12	452, 481, 485, 498, 508, 558, 572, 620 e 684
— Art. 14	620
— Art. 16	481, 485, 498 e 572
— Art. 18, III	485, 508, 572 e 620
— Art. 18, IV	558
— Art. 19	572
— Art. 22	452
— Art. 25	498

— Art. 34.....	620
— Art. 37.....	572
— Art. 38.....	498, 485 e 572
LEI DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA (Lei n. 1.060/1950)	
— Art. 3º, V.....	351
— Art. 11, § 1º.....	174
— Art. 11, § 2º.....	180
— Art. 12.....	180
LEI DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS (Lei n. 6.404/1976)	
— Art. 206.....	90
— Art. 210.....	90
— Art. 211.....	90
LEI DE CONDOMÍNIO (Lei n. 4.591/1964)	
— Art. 43, VI.....	166
LEI DE EXECUÇÃO PENAL (Lei n. 7.210/1984)	
— Art. 105.....	672
— Art. 111.....	672
— Art. 112.....	672
— Art. 127.....	657
— Art. 128.....	661
LEI DE FALÊNCIAS (Decreto-Lei n. 7.661/1945)	
— Art. 5º.....	340
LEI DE IMPRENSA (Lei n. 5.250/1967)	
— Art. 20.....	592
— Art. 21.....	592
— Art. 49, § 3º.....	260
— Art. 56.....	323
LEI DE LOCAÇÕES (Lei n. 8.245/1991)	
— Art. 77.....	220
LEI DO DIVÓRCIO (Lei n. 6.515/1977)	
— Art. 19.....	296
LEI DOS CRIMES HEDIONDOS (Lei n. 8.072/1990)	
— Art. 1º.....	590
— Art. 2º, I.....	668
— Art. 2º, § 1º.....	590

LEI DOS REGISTROS PÚBLICOS (Lei n. 6.015/1973)

- Art. 213, § 2º 425

LEI ORGÂNICA NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (Lei n. 8.625/1993)

- Art. 12, XI 641

LEIS COMPLEMENTARES

- N. 197/2000 (Estadual) — Art. 94, I 641

LESÃO CORPORAL GRAVE

- Inimputabilidade do agente — Comprovação. Absolvição e imposição de medida de segurança. 556

LESÃO CORPORAL LEVE

- Crime militar — Suspensão condicional do processo. Inviabilidade. Exegese do art. 1º da Lei n. 9.839/99. 469

LIBERDADE PROVISÓRIA

- Indeferimento — Ausência de fundamentação. Inocorrência. Despacho suficientemente fundamentado. Habeas corpus denegado. . 457

LIVRAMENTO CONDICIONAL

- Indeferimento — Descumprimento ao requisito do art. 83, I, do CP.. 672

LOCAÇÃO

- Despejo — Fiadores. Exclusão. Inteligência da Súmula 214 do STJ. 220

M**MACONHA**

- Vide Crime contra a saúde pública.

MANDADO DE SEGURANÇA

- Abastecimento de água e esgoto — Legalidade da cobrança do serviço. Agravo desprovido. 368
- Decadência — Inocorrência. Contagem. 57

- Direito líquido e certo — Indemonstração. Ilegalidade ou ato abusivo cometido pela autoridade. Incomprovação. Segurança denegada. 305
- Estabelecimento comercial — Taxa de licença de localização e funcionamento. Cobrança. Legitimidade e legalidade. Aplicação da Súmula 157 do STJ. 79
- Funcionário público — Cargo comissionado. Emprego temporário. Aposentadoria. Admissibilidade. Inteligência do art. 40, § 2º, da CF. 73
- Funcionário público — Servidor regido pela CLT. Concurso de acesso. Impossibilidade. Ausência de concurso público originário. Recurso desprovido. 57
- Interposição contra ato do comandante-geral da Polícia Militar — Processamento e julgamento do mandamus. Competência do Tribunal de Justiça. 412
- Mototáxi — Portaria que proíbe o registro, licenciamento e emplacamento. Legalidade. Falta dos requisitos de segurança, higiene e conforto. Ausência de direito líquido e certo. Segurança denegada. 45
- Sociedade comercial — Enquadramento como microempresa. Indeferimento. Sócio quotista participante em outra empresa com idêntico título. Recurso desprovido. 332

MANDATO JUDICIAL

- Procurador do Estado — Juntada de procuração. Desnecessidade. Atribuição decorrente de dispositivo constitucional. 53

MANUTENÇÃO DE POSSE

- Vide Possessória.

MEDIDA CAUTELAR

- Ação principal — Partes que integram a relação processual. Identidade. Obrigatoriedade. 353
- Inominada — Incidental. Lide principal que contempla pleito deduzido incidentalmente. Perda de objeto da cautelar. 189

MENOR

- Ação de reconhecimento de paternidade — Prova documental e exame de DNA atribuindo ao autor a probabilidade em 99,98% da paternidade. Pleito procedente. 180
- Adoção — Deferimento. Consentimento materno. Dispensabilidade. Medida que apresenta reais vantagens para o adotando. 154
- Pátrio-poder — Destituição. Decretação. Pais alcoólatras e ambiente familiar marcado pela violência física e moral. 263

MINISTÉRIO PÚBLICO

- Ação civil pública — Interesse público inexistente. Ilegitimidade caracterizada. Extinção do feito. 355
- Honorários — Percepção. Vedação constitucional. 105

MINISTÉRIO PÚBLICO (matéria penal)

- Pena de multa — Execução pelo órgão do Parquet. Ilegitimidade. Exegese da Lei n. 9.268/96 que deu nova redação ao art. 51 do CP. 653
- Pena de multa — Execução pelo órgão do Parquet. Legitimidade em que pese a alteração do art. 51 do CP pela Lei n. 9.268/96. 665

MULTA

- Contratual — Redução. Aplicação do art. 52, § 1º, do CDC. 203

MUNICÍPIO

- Vide Pessoa jurídica de direito público.

N**NARCOTRAFICÂNCIA**

- Vide Crime contra a saúde pública.

NOTICIÁRIO

- 109º Aniversário de instalação do Tribunal de Justiça. 741

NULIDADE (matéria penal)

- Absoluta — Matéria nova não ventilada no processo crime. Análise em sede de habeas corpus. Possibilidade. Conhecimento do writ. .. 445
- Processo crime — Decretação de ofício. Alegações finais omissas e deficientes. 538
- Processo crime — Defensor constituído. Substituição por dativo sem a ciência da acusada. Cerceamento de defesa caracterizado. Decretação de ofício. 568
- Pronúncia — Decretação. Provisional com profunda incursão na prova e na matéria de direito. 471
- Sentença — Inocorrência. Definição jurídica diversa da contida na denúncia. Possibilidade. 620

P

PENA CRIMINAL

- Redução — Impossibilidade. Fixação adequada..... 697
- Crime contra a saúde pública — Associação eventual. Majorante adequada. 485
- Dosimetria — Fixação adequada..... 542
- Mitigação — Impossibilidade. Fixação de acordo com as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP..... 620
- Privativa de liberdade — Substituição por restritiva de direitos. Viabilidade. Exegese do art. 44, III, do CP..... 534
- Privativa de liberdade — Substituição por restritiva de direitos. Impossibilidade. Réu multireincidente e circunstâncias judiciais desfavoráveis. 503
- Redução — Estipulação acima do mínimo legal..... 534
- Redução — Fundamentação. Exigibilidade..... 615
- Redução — Inviabilidade..... 577
- Redução — Inviabilidade. Fixação no *quantum* mínimo..... 481
- Roubo qualificado — Desclassificação para tentativa. Redução da pena. Critério..... 529
- Tráfico de entorpecente — Crime hediondo. Comutação da pena. Inviabilidade..... 644

PENA PECUNIÁRIA

- Multa — Execução. Ilegitimidade do Ministério Público. Exegese da Lei n. 9.268/96 que deu nova redação ao art. 51 do CP. 653
- Multa — Execução. Legitimidade do Ministério Público em que pese a alteração do art. 51 do CP pela Lei n. 9.268/96..... 665

PENAL CRIMINAL

- Adequação — Critério rigoroso na fixação da pena-base..... 522

PENHORA

- Bem de família — Impenhorabilidade. Constrição a ser efetuada em outro bem desobrigado..... 137
- Bem particular de sócio cotista — Inviabilidade. Cotas sociais cedidas antes da constrição e sem prova de intenção fraudulenta. Embargos de terceiros procedentes. 278
- Execução — Bem sujeito à constrição cujo valor ultrapassa o executado. Redução. Possibilidade..... 347

- Imóvel — Avaliação. Impugnação. Alegação de que o bem possui maior valor de mercado. Incomprovação. Reavaliação indeferida. . . 299
- Imóvel residencial — Bem de irmãos solteiros. Impenhorabilidade. 290

PERDAS E DANOS

- Indenização — Imóvel. Atraso na entrega da obra. Multa contratual. Ressarcimento devido. Pleito procedente. 276

PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO

- Assistência judiciária — Integral e gratuita. Concessão. Possibilidade. 351

PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO

- Estado — Ação civil pública. Obrigação de fazer. Prestação de serviços médico-hospitalares a todos as crianças e adolescentes. Ausência de previsão legislativa e adequação orçamentária. Extinção do feito por impossibilidade jurídica do pedido. 379
- Estado — Ação ordinária. Fornecimento de medicamento. Portador de HIV. Obrigação do ente público. Licitação e previsão orçamentária para aquisição. Dispensabilidade. Pleito procedente. 127
- Município — Acidente de trânsito. Colisão em decorrência de óleo na pista e ausência de sinalização. Responsabilidade do ente público comprovada. Obrigação de indenizar. 270
- Município — Aquisição de mercadorias. Dívida reconhecida. Alegação de ausência de licitação. Irrelevância. Enriquecimento ilícito vedado. Ação de cobrança procedente. 237
- Município — Concurso interno para efetivação de servidores estáveis por força do art. 19 do ADCT. Inadmissibilidade. Necessidade de concurso público. Edital anulado. Decisão mantida. 105
- Município — Custas processuais. Isenção. 105
- Município — Tarifa de coleta e remoção de lixo. Norma que autoriza a cobrança pela concessionária diretamente do usuário. Admissibilidade. Inexistência de inconstitucionalidade. Suspensão liminar indeferida. 706

POSSESSÓRIA

- Manutenção — Turbadores desconhecidos. Irrelevância. Pressupostos da concessão initio litis presentes. Deferimento do pleito. . 336

PREFEITO MUNICIPAL

- Improbidade administrativa — Comprovação. Condenação mantida. 145

PRISÃO CIVIL

- Decretação — Obrigação alimentar. Inadimplemento. Segregação mantida. Habeas corpus denegado. 459

PRISÃO EM FLAGRANTE

- Auto — Nulidades. Arguições insubsistentes. Preliminares rejeitadas. 485

PRISÃO PREVENTIVA

- Revogação — Recurso ministerial. Pretendida segregação sob o fundamento da garantia da ordem pública para resguardar a integridade física do paciente. Incabimento. Argumento sem sustentação legal. Apelo desprovido. 479

PROCESSO

- Dissolução de sociedade comercial — Suspensão. Falência da empresa decretada nesse ínterim. Exegese do art. 265, IV, alínea a, do CPC. 340
- Suspensão — Indenização. Ilícito civil. Descabimento do pleito. . 225

PROCESSO CRIME

- Nulidade — Decretação de ofício. Alegações finais omissas e deficientes. 538
- Nulidade — Defensor constituído. Substituição por dativo sem a ciência da acusada. Cerceamento de defesa caracterizado. Decretação de ofício. 568
- Suspensão condicional — Inviabilidade. Crime militar. Exegese do art. 1º da Lei n. 9.839/99. 469

PROCURAÇÃO

- Vide Mandato judicial.

PRONÚNCIA

- Homicídio — Absolvição sumária. Descabimento. Índícios da autoria com suporte em provas dos autos. Desclassificação para o crime de rixa. Impossibilidade. Provisional mantida. 478
- Homicídio qualificado — Provisional com profunda incursão na prova e na matéria de direito. Inadmissibilidade. Nulidade do decisor. 471

PROVA

- Laudo pericial — Acidente de trânsito. Presunção juris tantum.... 225

PROVA CRIMINAL

- Exame de sanidade mental — Desnecessidade. Acusado que não demonstrou qualquer distúrbio capaz de justificar a providência. 529
- Fase policial — Validade. 522
- Laudo toxicológico — Ausência. Trancamento da ação penal. Ordem de habeas corpus concedida. 452
- Laudo toxicológico — Imprescindibilidade para um decreto condenatório. 498
- Pericial — Auto de exame cadavérico. Peça assinada por um perito. Validade. 549

Q**QUEIXA-CRIME**

- Crime de imprensa — Calúnia e difamação. Animus narrandi evidenciado. Dolo inexistente. Veracidade dos fatos noticiados. Queixa rejeitada. 592

R**RECURSO**

- Agravo de instrumento — Interposição contra decisão que não impõe nenhum prejuízo ou gravame ao recorrente. Falta de interesse. Apelo prejudicado. 293
- Apelação — Cabimento da decisão que acolhe exceção de pré-executividade e exclui parte do feito por ilegitimidade. 186
- Embargos de declaração — Omissão. Inexistência. Rejeição. 422
- Embargos de declaração — Omissão. Inocorrência. Questão não deduzida anteriormente. Não conhecimento. 424

RECURSO CRIME

- Agravo — Interposição fora do quinquídio legal. Intempestividade. Não conhecimento. 695
- Apelação — Indicação do dispositivo legal somente nas razões recursais. Possibilidade. Conhecimento. 615

- De ofício — Interposição de decisão proferida por juiz singular. Incabimento. Inteligência dos arts. 574, II, e 411, ambos do CPP. Não conhecimento. 556
- Revisão — Reexame de prova. Inadmissibilidade. Pedido indeferido. 697

RECURSO DE AGRAVO

- Vide Recurso crime.

RECURSO ESPECIAL

- Despacho da Vice-Presidência — Ação civil pública. Interposição pelo Ministério Público. Alegação de ofensa ao art. 81, III, da Lei n. 8.078/90 e divergência jurisprudencial. Configuração. Seguimento ao apelo especial. 733
- Leasing — Valor residual. Cobrança antecipada. Desfiguração do contrato. Transformação em compra e venda a prestação. Reintegratória improcedente. Comprador que exerce regularmente a posse do bem. 725

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

- Ação direta de inconstitucionalidade — Lei estadual. Instituição de contribuição previdenciária de servidores aposentados e pensionistas. Vedação constitucional. Medida cautelar deferida..... 719
- Despacho da Vice-Presidência — Ação de cobrança. Alegada violação ao art. 5º, II e XXXVI, da CF. Inocorrência. Seguimento ao apelo extremo negado..... 736

REGIME CARCERÁRIO

- Progressão — Inviabilidade. Crime hediondo. 590

REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

- Art. 116, § 1º 149
- Art. 160 e parágrafo único..... 79

REGISTRO DE IMÓVEIS

- Retificação de área — Citação dos alienantes ou seus sucessores. Desnecessidade. Exegese do art. 1º da Lei n. 9.039/95. 425

REINTEGRAÇÃO DE POSSE

- Leasing — Valor residual. Cobrança antecipada. Desfiguração do contrato. Transformação em compra e venda a prestação. Reintegratória improcedente. Comprador que exerce regularmente a posse do bem. 725

- Leasing — Veículo. Valor residual diluído nas prestações. Descaracterização do contrato. Transformação em compra e venda a prestação. Inviabilidade da possessória. Meio inadequado. Extinção do processo de ofício. 316

REPRESENTAÇÃO COMERCIAL

- Ação de indenização — Competência. Foro do domicílio do representante. 350

RESPONSABILIDADE CIVIL

- Ação de reparação de dano — Acidente de trânsito envolvendo veículos oficial e particular. Culpa exclusiva do motorista do Estado. Condenação do servidor a reembolsar ao Poder Público. Decisão mantida. 112
- Acidente de trânsito — Colisão em decorrência de óleo na pista e ausência de sinalização. Responsabilidade do município comprovada. Obrigação de indenizar. 270
- Acidente de trânsito — Colisão na traseira de veículo. Responsabilidade do condutor que não guardava a distância necessária. Quantum indenizatório. Adequação. Recurso parcialmente provido. 193
- Dano moral — Transporte de passageiros. Danificação das bagagens. Comprovação. Responsabilidade objetiva da empresa. Obrigação de indenizar. 130
- Indenização — Vírus HIV. Contaminação em transfusão sanguínea. Hospital público. Alegação de caso fortuito ou força maior. Inocorrência. Pleito procedente. 242

RETIFICAÇÃO DE ÁREA

- Vide Registro de imóveis.

REVISÃO CRIMINAL

- Vide Recurso crime.

RODE ANÉLIA MARTINS (Mestranda)

- Transexualismo — Aspectos jurídicos e bioéticos. 33

ROUBO QUALIFICADO

- Emprego de arma — Concurso de pessoas. Autoria e materialidade comprovadas. Delito caracterizado. Condenação mantida. 577
- Emprego de arma — Desclassificação para tentativa. Acolhimento. Recurso parcialmente provido. 529

RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR (Min.)

- Juizados especiais no âmbito da Justiça Federal. 13

S

SEGURO

- Veículo — Perda total. Bem alienado fiduciariamente. Indenização devida ao credor fiduciário em sub-rogação. Aplicação do art. 762, § 1º, do CC. 87

SENTENÇA CRIMINAL

- Nulidade — Inocorrência. Definição jurídica diversa da contida na denúncia. Possibilidade. 620

SERVIDOR PÚBLICO

- Vide Funcionário público.

SOCIEDADE

- Comercial — Dissolução parcial. Admissibilidade. Empresa desativada e com graves dissensões internas. Affectio societatis inexistente. Pleito procedente. 90
- Comercial — Enquadramento como microempresa. Indeferimento. Sócio quotista participante em outra empresa classificada com idêntico título. 332
- Comercial — Taxa de licença de localização e funcionamento. Cobrança. Legitimidade e legalidade. Aplicação da Súmula 157 do STJ. 79

SOCIEDADE COMERCIAL

- Dissolução — Exclusão de sócios. Suspensão do feito. Falência da empresa decretada nesse ínterim. Exegese do art. 265, IV, alínea a, do CPC. 340

SONEGAÇÃO FISCAL

- Vide Crime contra a ordem tributária.

SÚMULAS

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- N. 43. 225
- N. 54. 225
- N. 64. 479

— N. 93.....	203
— N. 96.....	587
— N. 140.....	596
— N. 157.....	79
— N. 176.....	203
— N. 214.....	220

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

— N. 161.....	130
— N. 335.....	302
— N. 343.....	412
— N. 473.....	57
— N. 491.....	242
— N. 554.....	641
— N. 562.....	225
— N. 596.....	725

SURDIS

- Vide Suspensão condicional da pena.

SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA

- Sursis — Fixação aquém do mínimo legal. Adequação. 602
- Sursis — Inviabilidade. Réu reincidente em crime doloso. 563

T

TAXA

- Licença — Localização e funcionamento. Estabelecimento comercial. Cobrança. Legitimidade e legalidade. Aplicação da Súmula 157 do STJ. 79

TENTATIVA DE FURTO

- Vide Furto.

TRÁFICO DE ENTORPECENTE

- Vide Crime contra a saúde pública.

V**VEÍCULO**

- Furto — Condomínio-garagem. Falhas na vigilância. Constata-
ção. Obrigação de indenizar. 116
- Multa — Pagamento. Responsabilidade do proprietário para a ob-
tenção do licenciamento. Aplicação do art. 282, § 3º, do CTB. 286
- Perda total — Bem alienado fiduciariamente. Seguro. Indeniza-
ção devida ao credor fiduciário em sub-rogação. Aplicação do art.
762, § 1º, do CC. 87

VENDA JUDICIAL

- Arrematação — Intimação do devedor apenas da segunda praça
porém com antecedência de cinco dias. Validade do ato. Atendi-
mento ao disposto no art. 687, § 5º, do CPC. 343

VEREADOR

- Crime contra a honra — Inviolabilidade assegurada. Trancamento
da ação penal. Ordem de habeas corpus concedida. 462

VOLNEI IVO CARLIN (Des.)

- Os fundamentos da bioética e o direito. 3

Composição, revisão e paginação executadas
pela Seção de Revisão
da Divisão de Acórdãos e Publicações
da Diretoria de Infra-Estrutura
do Tribunal de Justiça.

Chefe de Divisão

Idalete Souza

Chefe da Seção de Revisão

Léa dos Santos Sousa

Composição

José Tadeu de Miranda

Revisores

Cleusa Maria de Souza
Christiane Monique Callado Silva
Eliane Cardoso de Melo
Inge Ignez Ruschel Horn
João Paulo da Silva
Maria Fernandes Bez
Sandra Mello Bottaro Vieira
Valmecir José de Souza
Wânia Mara Valentim da Silva

Índice Numérico e Legislativo

Jorge Silveira

Índice por Assunto

Juvenaldo Zangelini

Montagem, impressão e acabamento
realizadas pela Divisão de Artes Gráficas,
da Diretoria de Material e Patrimônio
do Tribunal de Justiça.