

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

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

ANO XXV — 1º Trimestre 1999 — N. 85
Florianópolis — SC
1999

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

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

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

Diretor: Des. João Martins

Comissão de Jurisprudência:

Des. Wilson Guarany Vieira — *Presidente*

Des. Anselmo Cerello

Des. Pedro Manoel Abreu

Des. José Trindade dos Santos

Des. Carlos Alberto Silveira Lenzi

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

Diretor de Infra-Estrutura:

Antônio Henrique Faraco

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

Praça da Bandeira, n. 208

Caixa Postal n. 427

88 020-901 — Florianópolis — SC

Telefone (048) 221 1213

Fax (048) 221 1200

Telex 481108/482610

Tiragem: 3.000 exemplares

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE. Tribunal de Justiça.

Florianópolis, SC, 1973 —

Trim.

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

periodicidade irregular de 1891 a 1972

CDU — 340.142 (816.4) (05)

CDD — 34005

SUMÁRIO

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA	V
--	---

DOCTRINA

A Lei n. 9.714/98 — Os crimes hediondos e de tráfico ilícito de entorpecentes — Nilton João de Macedo Machado, Juiz de Direito	3
Penas alternativas (Lei n. 9.714/98) — Questões sobre sua aplicabilidade — Iasodara Fin Nishi, Juíza Substituta	17

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Mandados de Segurança	23
Apelações Cíveis em Mandados de Segurança	33
Apelações Cíveis	60
Agravos de Instrumento	411
Ação Rescisória	482
Embargos Infringentes	492
Agravos nos Agravos de Instrumento	507

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Habeas Corpus	521
Recursos Criminais	546
Apelações Criminais	565
Recurso de Agravo	733
Embargos Infringentes	744

JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Recurso Extraordinário 757

JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Recursos Especiais..... 761

ÍNDICE NUMÉRICO..... 773

ÍNDICE POR ASSUNTO..... 779

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
(novembro de 1999)

TRIBUNAL PLENO

Presidente

Des. JOÃO MARTINS

Vice-Presidente

Des. WILSON GUARANY Vieira

Corregedor-Geral da Justiça

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO

Des. Francisco XAVIER Medeiros VIEIRA

Des. JOÃO JOSÉ Ramos SCHAEFER

Des. Wilson EDER GRAF

Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR

Des. JOSÉ ROBERGE

Des. ALBERTO Luiz da COSTA

Des. Antônio Fernando do AMARAL E SILVA

Des. ÁLVARO WANDELLI Filho

Des. ANSELMO CERELLO

Des. GENÉSIO NOLLI

Des. JORGE MUSSI

Des. FRANCISCO BORGES

Des. CARLOS PRUDÊNCIO

Des. José GASPAR RUBIK

Des. PEDRO MANOEL ABREU

Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES

Des. José TRINDADE DOS SANTOS

Des. João Eduardo de SOUZA VARELLA

Des. Carlos Alberto SILVEIRA LENZI

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA

Des. NEWTON TRISOTTO

Des. SÉRGIO Torres PALADINO

Des. MAURÍLIO MOREIRA LEITE

Des. SOLON D'EÇA NEVES

ÓRGÃO ESPECIAL

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

Des. JOÃO MARTINS — **Presidente**

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

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

Des. Francisco XAVIER Medeiros VIEIRA

Des. JOÃO JOSÉ Ramos SCHAEFER

Des. Wilson EDER GRAF

Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR

Des. JOSÉ ROBERGE

Des. ALBERTO Luiz da COSTA

Des. Antônio Fernando do AMARAL E SILVA

Des. ÁLVARO WANDELLI Filho

Des. ANSELMO CERELLO

Des. GENÉSIO NOLLI

Des. JORGE MUSSI

Des. FRANCISCO BORGES

CONSELHO DA MAGISTRATURA

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

Des. JOÃO MARTINS

Des. WILSON GUARANY Vieira

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO

SEÇÃO CIVIL

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

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

Des. JOÃO JOSÉ Ramos SCHAEFER

Des. Wilson EDER GRAF

Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR

Des. JOSÉ ROBERGE

Des. ANSELMO CERELLO

Des. CARLOS PRUDÊNCIO

Des. José GASPAS RUBIK

Des. PEDRO MANOEL ABREU

Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES

Des. José TRINDADE DOS SANTOS

Des. Carlos Alberto SILVEIRA LENZI

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA

Des. NEWTON TRISOTTO

Des. SÉRGIO Torres PALADINO

Des. SOLON D'EÇA NEVES

PRIMEIRO GRUPO DE CÂMARAS

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

Des. Francisco XAVIER Medeiros VIEIRA — **Presidente**
Des. JOSÉ ROBERGE
Des. ANSELMO CERELLO
Des. CARLOS PRUDÊNCIO
Des. José GASPAS RUBIK
Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES
Des. José TRINDADE DOS SANTOS
Des. NEWTON TRISOTTO

SEGUNDO GRUPO DE CÂMARAS

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

Des. JOÃO JOSÉ Ramos SCHAEFER — **Presidente**
Des. Wilson EDER GRAF
Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR
Des. PEDRO MANOEL ABREU
Des. Carlos Alberto SILVEIRA LENZI
Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA
Des. SÉRGIO Torres PALADINO
Des. SOLON D'EÇA NEVES

PRIMEIRA CÂMARA CIVIL

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

Des. CARLOS PRUDÊNCIO — **Presidente**
Des. ORLI RODRIGUES
Des. José TRINDADE DOS SANTOS
Des. NEWTON TRISOTTO

SEGUNDA CÂMARA CIVIL

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

Des. Francisco XAVIER Medeiros VIEIRA — **Presidente**
Des. JOSÉ ROBERGE
Des. ANSELMO CERELLO
Des. José GASPAS RUBIK

TERCEIRA CÂMARA CIVIL

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

Des. Wilson EDER GRAF — **Presidente**
Des. Carlos Alberto SILVEIRA LENZI
Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA
Des. SÉRGIO Torres PALADINO

QUARTA CÂMARA CIVIL

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

Des. JOÃO JOSÉ Ramos SCHAEFER — **Presidente**
Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR
Des. PEDRO MANOEL ABREU
Des. SOLON D'EÇA NEVES

CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS

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

Des. ALBERTO Luiz da COSTA — **Presidente**
Des. Antônio Fernando do AMARAL E SILVA
Des. GENÉSIO NOLLI
Des. JORGE MUSSI
Des. FRANCISCO BORGES
Des. João Eduardo de SOUZA VARELLA
Des. MAURÍLIO MOREIRA LEITE
Des. NILTON João de MACEDO MACHADO*
Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU*

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

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

Des. Antônio Fernando do AMARAL E SILVA — **Presidente**
Des. GENÉSIO NOLLI
Des. FRANCISCO BORGES
Des. João Eduardo de SOUZA VARELLA

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

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

Des. ALBERTO Luiz da COSTA — **Presidente**
Des. JORGE MUSSI
Des. MAURÍLIO MOREIRA LEITE
Des. NILTON João de MACEDO MACHADO*
Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU*

CÂMARA CÍVEL ESPECIAL

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

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

JUÍZES DE DIREITO SUBSTITUTOS DE SEGUNDO GRAU

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

JUÍZES CORREGEDORES

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

SECRETÁRIO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dr. CLEVERSON OLIVEIRA

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

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

DOCTRINA

A LEI N. 9.714/98 — OS CRIMES HEDIONDOS E DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES

Nilton João de Macedo Machado*

Com o advento da Lei n. 9.714/98, ampliando as espécies e possibilidades de sanções substitutivas previstas no artigo 44 do Código Penal (mesmo porque se procurou prosseguir com a reforma penal prevendo introdução de novas medidas sancionatórias benéficas previstas na já longínqua Exposição de Motivos à Lei n. 7.209/84), muito se tem discutido acerca da possibilidade de sua aplicação aos crimes definidos como hediondos na Lei n. 8.072/90, e aos a eles equiparados, como os denominados de tráfico ilícito de entorpecentes.

Sabe-se que na atividade de aplicação da lei penal “o Poder Judiciário deve efetivar os princípios e as regras visando à realização do Direito e à prática da Justiça”¹.

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

* *Juiz de Direito Substituto de Segundo Grau em Santa Catarina; Professor de Direito Penal e Processo Penal da Escola Superior da Magistratura Federal de SC e da UNIVALI, Campus IV, Biguaçu—SC.*

1 DOTTI, René Ariel. *A Retroatividade da Lex Mitior e o Critério da Combinação de Leis*, apud JUSTIÇA PENAL, vol. 5, p. 344.

direitos 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”².

Nesse vértice, o magistrado, como membro de um Poder e, como tal, representante do próprio Estado, deve 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 senão 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 pena, inserida nos dispositivos constitucionais citados, é usada em sentido amplo, significando não só aquela sanção imposta pela prática de conduta tipificada como crime, mas também reprimenda aplicada ao indivíduo que descumpra qualquer outro preceito legal, seja civil, administrativo etc.

Quanto às penas decorrentes da prática de crimes, não custa lembrar que a Carta Magna apresenta no art. 5º, XLVI, o rol daquelas que a lei individualizará, dentre outras: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.

O Código Penal, por sua vez, como lei geral, em simetria com o comando constitucional, dividiu-as em privativas de liberdade, restritivas de direitos, e multa (art. 32), regulou a forma de imposição e substituição e ditou as regras básicas pelas quais deverão ser executadas (a especificação da execução está na Lei de Execução Penal), destacando-se que são reprimendas distintas e autônomas, possuindo, cada qual, características próprias e diferenciadas entre si.

A nova redação do art. 44 do Código Penal, advinda com a Lei n. 9.714/98, fixa requisitos objetivos e subjetivos para substituição da pena

2 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 5ª ed., p. 451.

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.

No tocante à reincidência, cumpre observar que, agora, havendo condenação anterior transitada em julgado por crime doloso mas não se tratando de reincidente específico, ainda assim poderá obter a substituição desde que presente um elemento subjetivo adicional: “a medida seja socialmente recomendável” (§ 3º, art. 44).

Mas o requisito subjetivo, que deverá sempre ser observado para determinação da substituição, reside no exame da suficiência desta operação, verificada a partir da análise dos seguintes elementos: a) culpabilidade; b) antecedentes; c) conduta social e personalidade do condenado; d) motivos e circunstâncias do crime.

Expressamente prevista no Código Penal (derivada do comando constitucional), a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não se subordina ao cumprimento ou preenchimento de quaisquer outros requisitos que não sejam aqueles já enumerados, sendo certo que as normas fixadas neste diploma legal, como lei geral, são aplicáveis aos fatos incriminados em leis especiais, se estas não regularem a matéria dispondo de forma diversa (art. 12 do CP).

Este dispositivo (art. 12, CP) não suscita qualquer dúvida, tendo a doutrina assentado, com firmeza:

“A essas leis, a menos que disponham de forma diferente, aplicam-se as regras gerais do Código Penal, não apenas as contidas em sua Parte Geral, como também as que se encontram na Parte Especial, como a que conceitua funcionário público, por exemplo (art. 327)”³.

Damásio E. de Jesus já comentou, incisivamente, na mesma linha:

“Regras gerais do Código são as normas não incriminadoras, permissivas ou complementares, previstas na Parte Geral ou Especial. Em regra, estão contidas na Parte Geral, mas também podem estar descritas na Especial (ex.: conceito de funcionário público — art. 327). Por outro lado, a legislação especial, conjunto de leis extravagantes, também pode conter regras gerais diversas das do Código. Neste caso, prevalecem

3 BASTOS JÚNIOR, Edmundo José de. *Código Penal em Exemplos Práticos*. Florianópolis: Ed. Terceiro Milênio, 1998, p. 30.

aquelas. Em caso contrário, quando a lei especial não ditar regras gerais a respeito dos fatos que descreve, serão aplicadas as do Código”⁴.

O Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, em voto proferido no Superior Tribunal de Justiça, também lecionou, com sua lógica objetiva:

“O Direito Penal é sistema (conjunto de normas vinculadas a princípios comuns). O Código Penal, por sua vez, o texto básico. Daí, com razão, ser denominado Direito Penal Fundamental. Aplicam-se suas regras a todo o Direito Penal, salvo se norma especial dispuser em sentido contrário”⁵.

Pois bem, a Lei n. 8.072/90, que é especial, não só definiu os crimes hediondos e seus equiparados, dentre eles o tráfico ilícito de entorpecentes, e no pertinente às sanções penais (*inclusive* nela aumentadas), como proibiu expressamente a concessão de anistia, graça, indulto, fiança e liberdade provisória, acrescentando que o cumprimento da pena privativa de liberdade imposta deverá se dar em regime integralmente fechado (art. 2º, I, II, e § 1º), nada dispondo quanto à impossibilidade ou incompatibilidade de substituição da pena de prisão por restritiva de direitos.

Desse modo, diante da omissão da lei especial (que não pode ser entendida como “lacuna” no processo de auto-integração da lei, como lecionou Washington de Barros Monteiro⁶), as regras gerais do Código Penal referentes à aplicação e dosimetria da pena, *inclusive* as atinentes à substituição das penas privativas por restritivas de direitos, são aplicáveis (RSTJ, 19/491) aos crimes de que trata a Lei n. 8.072/90 (claro excluídos aqueles praticados mediante violência ou grave ameaça à pessoa), com as ressalvas explícitas contidas no art. 2º, I, II, e § 1º, porque nestas a “norma especial afasta a incidência da norma geral”⁷.

A previsão na lei especial de regime integralmente fechado em nada impede a possibilidade de substituição da pena de reclusão pelas restritivas de direitos, porquanto se trata de coisas distintas e independentes entre si, de exame sucessivo no art. 59 do CP, pois a viabilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito deve ser

4 JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. V. 1, 13ª ed., SP: Saraiva, 1988, p. 127—128.

5 REVISTA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Ed. Brasília Jurídica, v. 88, p. 298.

6 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral, 17ª ed., SP: Saraiva, 1978, p. 38.

7 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 4ª ed., SP: Saraiva, 1991, p. 51.

verificada obrigatória e subseqüentemente, de ofício (inciso IV), somente após quantificada aquela e fixado seu regime (inciso III).

A propósito, recentemente decidiu-se no Tribunal de Justiça de Santa Catarina que a seqüência legal prevista no art. 59 do CP deve ser observada quando da aplicação da pena, “ou seja, após quantificá-la observando as três fases exigidas pelo art. 68 do CP, o juiz deve fixar o regime inicial de seu cumprimento (inciso III c/c art. 110 da LEP) para depois examinar obrigatoriamente, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, a substituição ‘por outra espécie de pena, se cabível’ (inciso IV); o exame sobre a possibilidade de concessão do *sursis* somente ocorre após verificar não ser indicada ou não cabível a substituição anterior (CP, art. 77, inciso III)”⁸.

Neste ponto invoca-se novamente a doutrina de Damásio E. de Jesus quando afirma, sobre o tema, diante da lei nova:

“As penas alternativas não são absolutamente incompatíveis com os delitos previstos na Lei dos Crimes Hediondos. São admissíveis em alguns casos. Cremos que não se apresenta como obstáculo o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, que disciplinou os delitos hediondos e deu outras providências, segundo o qual a pena deve ser executada integralmente em regime fechado. De ver-se que as penas alternativas constituem medidas sancionatórias de natureza alternativa, nada tendo que ver com os regimes de execução. Estes são próprios do sistema progressivo. De maneira que o juiz tem dois caminhos: se impõe pena privativa de liberdade por crime hediondo, incide a Lei n. 8.072/90; se a substitui por pena alternativa, não se fala em regimes (fechado, semi-aberto e aberto). Nesse detalhe, a Lei dos Crimes Hediondos disciplina a ‘execução da pena privativa de liberdade’, não se relacionando com os pressupostos de aplicação das penas alternativas. Encontramos parâmetro no *sursis*, que também admite, em tese, sua incidência nos delitos hediondos, como vem entendendo a jurisprudência, embora não unânime. Como já dissemos, a execução da pena imposta em face do crime hediondo, presentes seus pressupostos objetivos e subjetivos, não é incompatível com o *sursis*. Ex.: tentativa de atentado violento ao pudor com violência imprópria, imposta a pena mínima de dois anos de reclusão. Não impede o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, segundo o qual a pena deve ser executada integralmente em regime fechado. Ocorre que o *sursis* constitui uma medida penal sancionatória de natureza alternativa, não se relacionando

8 Apelação Criminal n. 99.002676-0, de Itajaí, j. em 13/4/99, rel. Nilton Macedo Machado.

com os regimes de execução. Nesse sentido: ANTÔNIO SCARANCE FERNANDES, Considerações sobre a Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990 — crimes hediondos, RT, 660:266; CLÁUDIA VIANA GARCIA, A Lei n. 8.072/90 e o *sursis*: possível a concessão?, Boletim do IBCCrim, São Paulo, maio 1997, 54:8; TJSP, HC n. 112.809, RT, 676:298; TJSP, ACrim n. 112.837, JTJ, 134:417 (tentativa de estupro); TJSP ACrim n. 166.011, 3ª Câm. Crim., j. 27/6/1994, JTJ, 161:311; TJSP ACrim n. 153.487, rel. Des. Canguçu de Almeida, RT, 719:391; STJ, REsp. n. 91.851, 5ª T., RT, 739:572. Contra: STJ, REsp. n. 60.733, 5ª T., DJU, 12 jun. 1995, pág.17.637; STJ, REsp. 91.852, 6ª T., DJU, 5 maio 1997, pág. 17.197. A argumentação referente ao *sursis* é aplicável ao tema das penas alternativas. Contra, no sentido de que, cuidando-se de crimes hediondos, é inadmissível a aplicação do sistema vicariante: CÉZAR ROBERTO BITENCOURT e LUIZ RÉGIS PRADO, Código Penal anotado, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais (no prelo)⁹.

Ademais, o fato de a pena privativa de liberdade ser cumprida integralmente em regime fechado será um reforço adicional e estímulo para que o condenado cumpra e observe o regramento da pena restritiva, pois esta será convertida naquela se houver o seu descumprimento (art. 44, § 4º, do CP).

Embora possa existir disparidade entre a situação do condenado a cumprir uma pena privativa de liberdade integralmente em regime fechado e a condição daquele que obtém substituição por “pena alternativa”, tal distinção é natural e facilmente justificável, posto que, na prática, diversas são as formas das ações criminosas, tendo, cada uma delas, graus de reprovabilidade social diferenciados.

Assim, o agente que, por uma única vez, buscou, em situação que caracteriza crime de tráfico de entorpecentes, uma forma talvez desesperada de sustentar seu vício, merece reprimenda completamente diferente daquele que se revela grande traficante e fornece quilos ou até toneladas de substâncias estupefacientes a pessoas dependentes, pratica violência, alicia crianças para o mundo das drogas e envolve outras pessoas (mulas, olheiros etc.) para a prática de diversos ilícitos, com intuito lucrativo e para manter sua impunidade.

Torna-se evidente, portanto, que enquanto ao primeiro deve ser aplicada pena que permita sua plena ressocialização e tratamento, *inclusive* evitando-se sua contaminação com o ambiente deletério da prisão

9 JESUS, Damásio E. de. *Penas Alternativas*. SP: Saraiva, 1999, p. 95/96.

com a promiscuidade maligna com os demais criminosos, ao segundo, narcotraficante repulsivo movido pelo lucro fácil, a sanção deve ser firme e contundente, com cunho repressivo e preventivo, exemplarmente dissuadindo a entrada de outras pessoas no mundo do crime.

Daí revelar-se como oportuna a aplicabilidade das novas sanções aos crimes em comento, com rígida observância do requisito subjetivo incluído pelo legislador no inciso III do art. 44 do CP, cabendo ao sentenciante análise da suficiência da substituição da prisão pelo cumprimento de pena “alternativa”, com o que poderão ser evitadas injustiças que derivaram da lei na forma anterior, quando o pequeno e infeliz usuário flagrado em situação de tráfico era apenado com a mesma sanção que seria imposta ao grande traficante.

Importante trazer mais uma vez a opinião do mestre Damásio E. de Jesus, também em comentários à nova lei geral:

“Tráfico de drogas. Admite, em tese, a imposição de penas alternativas, tendo em vista que a pena mínima cominada nos arts. 12, 13 e 14 da Lei n. 6.368/76 é de três anos de reclusão. Nesse sentido, pronunciamento do Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, Dr. Luiz Antônio Guimarães Marrey, criticando a lei nova por se aplicar à hipótese (Folha de S. Paulo, O Globo e O Estado de S. Paulo, edição de 25 de novembro de 1998). O tratamento mais leve, entretanto, condiciona-se à presença das circunstâncias pessoais e objetivas, estas referentes à gravidade do crime, previstas nos incisos II e III do art. 44 do CP”¹⁰.

Por outro lado, revela-se insustentável o argumento contrário à aplicabilidade das penas alternativas especificamente para os crimes de tráfico de entorpecentes quando invoca que estes, por serem equiparados a hediondos, não podem ser considerados de menor gravidade e que somente estes delitos mereceriam a aplicação de penas “alternativas”, diante da *mens legis* motivadora da Lei n. 9.714/98 (em sua exposição de motivos menciona-se direção até crimes de média gravidade).

É que a distinção entre crime hediondo ou de especial gravidade com o crime de média gravidade ou mesmo de menor potencial ofensivo não se encontra escrita de forma expressa nem mesmo implícita no texto ou sequer na ementa da lei (e ementa não faz parte do comando normativo); ao contrário, na Lei n. 9.714/98 foram definidos os critérios legais para aferição da possibilidade de operar-se a substituição de forma geral, sem ressalva à classificação do crime por sua gravidade ou potencialidade.

10 *Idem*, ob. cit., p. 89/90.

de lesiva (salvo aqueles praticados com violência ou grave ameaça à pessoa).

Assim, se a Lei n. 9.714/98 não vedou expressamente a aplicação de penas alternativas aos crimes de especial gravidade, aos hediondos e equiparados, então o intérprete não poderá fazê-lo por conta própria, pois o princípio da legalidade insculpido no texto constitucional garante ao cidadão que o Estado não lhe aplicará sanção que não esteja amparada em lei anterior que a comine, valendo invocar a máxima “*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*”, ou seja, se a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir, especialmente quando essa distinção resultará fatalmente em prejuízo ao réu.

O princípio da legalidade, também conhecido como da reserva legal ou da anterioridade da lei penal, advindo do enunciado formulado por Anselmo Feuerbach — *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* —, consagrado no art. 1º do Código Penal e constitucionalizado no art. 5º, incisos XXXIX e XL, da Constituição Federal de 1988, garante descrição específica, individualizadora e prévia de condutas e sanções na lei federal (só a União pode legislar direito penal), não bastando simples referência ao bem juridicamente tutelado, nem descrição genérica.

O tipo expresso exerce função de garantia, e esta “só se justifica, do ponto de vista material, desde que especifique a conduta-infração penal. A generalidade é insuficiente. Não alcança a finalidade, para concretamente registrar a garantia ínsita à prévia descrição do comportamento ilícito-penal”, como bem escreveram os doutos Min. Luiz Vicente Cernicchiaro e Prof. Paulo José da Costa Júnior¹¹; a seguir sentenciam os grandes penalistas contemporâneos:

“A descrição genérica enseja, ao intérprete, liberdade ainda maior. Conseqüentemente, perigosa. Flagrantemente oposta ao mandamento constitucional. O crime não é qualquer ação, mas ação determinada. E determinada na lei”.

A questão tem, assim, resposta certa, clara e cristalina:

A substituição da pena privativa de liberdade, uma vez preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos previstos no art. 44 e incisos do Código Penal, é direito público subjetivo do réu, ainda mais por se tratar, inegavelmente, de medida sancionatória mais benéfica, sabido que as normas que excluem ou privam direitos e garantias individuais devem ser interpretadas restritivamente e consoante reserva legal.

11 *Direito Penal na Constituição*. 2ª ed., SP: RT, 1991, p. 16 e 17.

Mas, há outro fundamento constitucional — amparador do princípio da legalidade com previsão de tipo penal fechado e expresso — que consiste na garantia da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inciso III), vale dizer, o direito à liberdade individual só pode suportar ameaça diante da necessidade de tutela de outro bem jurídico concreto, não se devendo permitir haja intervenção estatal na liberdade da pessoa com uma simples “presunção legal” de que a Lei n. 9.714/98, diante da omissão de texto expresso vedando sua incidência aos crimes hediondos ou a eles equiparados, não permitiria tal abrangência porque sua exposição de motivos exclui crime de maior gravidade, sob pena de inversão da ordem jurídica e transformar em tábula rasa o espírito e o texto da Carta Maior, que tem na dignidade da pessoa humana um de seus pilares.

Assim temos: é flagrantemente inconstitucional o argumento de que o novo sistema de penas substitutivas, advindo com a Lei n. 9.714/98, não se aplica aos crimes de maior gravidade, hediondos e a estes equiparados, como tráfico ilícito de entorpecentes, simplesmente porque sua exposição de motivos não os inclui ou porque haveria incompatibilidade com o regime integralmente fechado. Ora, quisesse proibir, a lei o teria feito.

Mas, ainda que fosse dúbia a interpretação do novo texto legal e seu exato sentido, a solução não poderia ser diferente daquela ministrada pelo festejado Damásio E. de Jesus quando, analisando à exaustão o tema da interpretação da norma penal, demonstra:

“Que fazer quando, apesar do trabalho hermenêutico, mediante cuidadosa interpretação literal e lógica, persiste dúvida quanto à vontade da norma? Abrem-se três caminhos ao intérprete: 1º) admitir que a dúvida deva ser resolvida contra o agente (*in dubio pro societate*); 2º) admitir que seja resolvida contra o agente ou contra a sociedade, segundo o livre convencimento do intérprete; 3º) resolver a questão da forma mais favorável ao agente. Em outros termos, se a vontade da lei não se torna nítida, se não chegar o juiz a saber se a lei quis isso ou aquilo, ou se nem ao menos consegue determinar o que ela pretendeu, deverá seguir a interpretação mais favorável ao réu (desde que usados todos os meios interpretativos). A terceira solução é adotada por nós”¹².

Nem se diga que, em se tratando de crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, o verbete n. 171 da Súmula do colendo Superior Tribunal de Justiça tenha força de impedir a substituição da pena privativa de liberda-

12 JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. 14ª ed., SP: Saraiva, 1990, v. 1, p. 37.

de pela restritiva de direito, pois tal enunciado nega, sim, substituição da prisão por multa quando a lei especial comina essas penas cumulativamente; decisão resultante do lógico argumento de que é impossível ao magistrado suprir uma pena trocando-a por outra quando o legislador expressamente determinou a aplicação de ambas, o que é circunstância completamente diversa daquela em que são aplicadas penas pecuniária e privativa de liberdade, substituindo-se somente esta por uma restritiva de direito.

Bem por isso, anteriormente à Lei n. 9.714/98, diante da ausência de proibição expressa na Lei n. 8.072/90, já se concedia a suspensão condicional da execução da pena (*sursis*) aos condenados por crime hediondo mesmo que praticado com violência ou grave ameaça à pessoa, como nos casos de estupro na modalidade tentada (quando a pena ficava no patamar de dois anos de reclusão), valendo lembrar que o colendo Superior Tribunal de Justiça já o admite pacificamente (*vide* RSTJ 109/306, citando RTJSP 134/417; RT 676/298 e RT 719/312), destacando-se precedente recentíssimo, no HC n. 7919/SP (98/0063715-0), rel. Min. Félix Fischer, publicado no DJU de 22/2/99, pág. 00114:

“Penal e processual penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Estupro tentado. Aumento do art. 9º da Lei n. 8.072/90. *Sursis*.

“I — O acréscimo de pena previsto no art. 9º da Lei n. 8.072/90 somente se aplica na eventualidade de lesão corporal grave ou morte. Precedentes.

“II — Desde que preenchidos os requisitos legais, a serem verificados via de cognição mais ampla, o *sursis* pode ser concedido em caso de ilícito penal qualificado de hediondo. Precedentes”.

No Tribunal de Justiça de Santa Catarina também já se decidia nesse sentido (Apelações Criminais ns. 33.175, de São Carlos, rel. Des. Álvaro Wandelli — j. em 28/8/95, *in* DJ n. 9.355, de 10/11/95, pág. 12 — e 97.003588-8, de Mafra, rel. Des. Amaral e Silva — j. em 10/6/97).

Especificamente em crimes contra a saúde pública, na espécie tráfico ilícito de entorpecentes, para que não se diga da inexistência de precedente, não fossem os argumentos já expendidos, registra-se valioso julgado concessivo de *sursis* em rara hipótese de reconhecimento de tentativa (com o que a pena ficou em *quantum* que admitia a suspensão trazendo a obrigação de ser examinada sua concessão ou não), da lavra do eminente Des. José Roberge, com a seguinte ementa:

“Crime contra a saúde pública. Artigo 12, parte final (adquirir sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar), da Lei de Tóxicos. Autoria e materialidade comprovadas.

“Tentativa. O réu exauriu os atos de execução, e não meros atos preparatórios, não chegando ao seu final, por circunstâncias alheias a sua vontade, haja vista que o destinatário que seria mera peça no esquema, assustado com a quantidade do remédio e a qualidade, comunicou à polícia.

“Recurso pretendendo a absolvição, ou, alternativamente, a desclassificação do delito para estelionato na sua forma tentada. Impossibilidade. Incabível a desclassificação pretendida, pois a verdadeira intenção do agente não era obter vantagem em prejuízo de outrem, mas sim o fornecimento, sem nota fiscal, dos medicamentos controlados pelo Ministério da Saúde, evitando a fiscalização.

“Concessão do *sursis*. Admissibilidade. A lei que define o crime hediondo não inibe a concessão do benefício. Não se pode dar interpretação extensiva, a refletir analogia *in malam partem*, de forma a afligir a situação do condenado. O que o dispositivo em análise veda é a anistia, a graça, o indulto e a progressão de regime, mas não o *sursis*. Se tal fosse, estaria explícito na redação do texto legal, não se podendo dar a ele uma interpretação virtual” (Apelação Criminal n. 33.846, de São José, j. 16/4/96).

Do corpo do acórdão traz-se a fundamentação garantista do benefício por falta de proibição expressa na norma incriminadora, aplicável como luva à hipótese em exame:

“No que pertine à concessão do benefício do *sursis*, esclarece-se que o recorrente foi condenado por infração ao artigo 12, porém na sua forma tentada. Conforme salienta o doutor Maurílio Moreira Leite, em seu parecer, ‘...embora exista corrente asseverando a impossibilidade da tentativa nos crimes definidos no artigo 12, o contrário já vem sendo afirmado, conforme Vicente Greco Filho: ‘Consumação e tentativa. Como vimos, consuma-se o delito com a prática de uma das ações previstas no tipo. Alguns atos de execução, eventualmente caracterizadores da tentativa, são, por si mesmos, condutas igualmente puníveis, daí ser difícil a existência da forma tentada. O *conatus*, porém, em princípio, não está nem lógica nem juridicamente excluído, dependendo da análise do caso concreto’ (Tóxicos — Prevenção — Repressão, Editora Saraiva, 1993, pág. 91). E o caso concreto diz bem da possibilidade aventada, porquanto o réu exauriu os atos de execução que lhe diziam respeito, somente não

chegando ao seu final por circunstâncias alheias a sua vontade, haja vista que o ‘destinatário’ que seria mera peça no esquema, assustado com a quantidade de remédio e sua qualidade, comunicou o fato à polícia’.

“Por último, *data venia* ao entendimento do ilustre Procurador de Justiça, o *sursis* é de ser concedido. Satisfeitos os pressupostos subjetivos e objetivos do artigo 77 e seus itens, do Código Penal, não é o disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, óbice a sua concessão: ‘A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado’. Sem qualquer filiação, a alegada inconstitucionalidade do dispositivo, devidamente improcedente, tantas vezes proclamada pelas Cortes Superiores, a razão está simplesmente na não vedação da concessão do *sursis* no dispositivo em questão.

“É que ‘não existe qualquer norma penal que defina a possibilidade da concessão ou não do benefício em decorrência da classificação do crime cometido’. Assim, a lei que define o crime hediondo não inibe a concessão do *sursis*. Não se pode dar, *in casu*, interpretação extensiva, ‘a refletir analogia *in malam partem*, de forma a afligir a situação do condenado. Tal se mostra intolerável perante um sistema que prestigiou sensivelmente a presunção de inocência e a plenitude da defesa, razão pela qual, a teor do disposto no artigo 697 do Código de Processo Penal, deve o juiz se pronunciar a respeito da concessão do *sursis*’ (Renato Nalini — RT 676/298). O que o dispositivo em análise veda é a anistia, a graça, o indulto e a progressão de regime, mas não o *sursis*. Se tal fosse, estaria explícito na redação do texto legal, não se podendo dar a ele uma interpretação virtual. O regime, até que ultime a sentença, com seu total cumprimento, é o fechado, o que significa dizer que se as condições que forem impostas não restarem devidamente cumpridas, resultando rescindido o *sursis*, o réu será recolhido ao regime fechado”.

Por fim há que se justificar mais duas situações:

— Anteriormente à Lei n. 9.714/98 não se cogitava da substituição da pena privativa de liberdade nos crimes hediondos e tráfico ilícito de entorpecentes por pena restritiva de direitos e chegava-se apenas ao *sursis* porque, na melhor hipótese, somente se alcançavam as situações antes enfocadas, quando as penas totalizavam até 2 (dois) anos, isso em face da causa especial de diminuição da tentativa, sabido que o limite para substituição era de até 1 (um) ano nos casos de crimes dolosos (nunca se examinou porque o limite da pena nunca permitiu).

— Nada se alterará em casos de prisão em flagrante com a proibição de liberdade provisória, ao argumento de que seria injusta a manuten-

ção do preso quando, na perspectiva de condenação poderia ser agraciado com a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas, porquanto os institutos têm pressupostos distintos e, enquanto não há sentença, a pena possível será de até 15 anos de reclusão, fora do limite permissivo. Não fosse isso, sempre há possibilidade de *mutatio libelli* antes da sentença.

Por todos esses motivos, a conclusão lógica e irrefutável: em crimes hediondos ou a eles equiparados, como tráfico ilícito de entorpecentes, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito, não existindo qualquer outra vedação legal à sua concessão, sendo direito público subjetivo do réu a substituição da pena quando lhe for mais benéfica, desde que preenchidos todos os requisitos estipulados pelo art. 44 do CP, com a nova redação dada pela Lei n. 9.714/98, especialmente os subjetivos contidos no inciso III do dispositivo, devendo-se avaliar e interpretar se, não obstante a substituição, a pena imposta mostra-se suficiente à repressão e à prevenção genérica do crime (estas conclusões foram acolhidas, por unanimidade, pela Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de SC, na Apelação Criminal n. 99.002222-6, da Capital, j. em 20/4/99).

PENAS ALTERNATIVAS (LEI N. 9.714/98) QUESTÕES SOBRE SUA APLICABILIDADE

Iasodara Fin Nishi

Juíza Substituta em Santa Catarina

Com o advento da Lei n. 9.714/98, que ampliou para dez o número de sanções substitutivas previstas no artigo 44 do Código Penal Brasileiro, muito se tem discutido acerca de sua retroatividade, bem como a possibilidade de aplicação nos crimes definidos na Lei n. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos).

Sabe-se que a aplicação da lei penal é “atividade através da qual o Poder Judiciário deve efetivar os princípios e as regras visando a realização do Direito e a prática da Justiça” (RENÉ ARIEL DOTTI, “A Retroatividade da *Lex Mitior* e o Critério da Combinação de Leis”, *apud* JUSTIÇA PENAL, vol. 5, pág. 344).

Neste contexto, a Constituição Federal estabelece dentre os direitos e garantias individuais o princípio da irretroatividade da lei mais grave, ao dispor que “a lei não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (art. 5º, XL). Destarte, a Lei 9.714/98, por ser mais benéfica (*lex mitior*) que a anterior, terá sua aplicação em qualquer circunstância ou estágio do processo, *inclusive* naqueles já decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

Assim, e porque é importante saber-se sobre a quem competirá a aplicação da lei mais benéfica, pode-se afirmar:

a) Se o processo encontra-se em andamento, sem sentença prolatada, ou mesmo se sentenciado mas com recurso interposto e os autos ainda

não foram remetidos à Superior Instância, a competência para aplicação da lei nova será, indiscutivelmente, do juízo *a quo*. Neste caso, como bem salienta Luiz Flávio Gomes, não se pode dizer que o juiz sentenciante perdeu a jurisdição, porquanto somente a perde para o reexame do mérito, “mas reconquista-a automaticamente na eventualidade do surgimento de lei mais favorável” (in Repertório IOB de Jurisprudência, 2ª quinzena de janeiro de 1999, pág. 42).

b) No caso de já transitada em julgado a sentença condenatória e expedida a respectiva carta de guia, caberá ao juízo da execução (*vide* arts. 66, I, da LEP, e Súmula 611 do STF) sua apreciação e aplicação, *inclusive* para aqueles casos de “*sursis humanitário*” (pena superior a 2 e inferior a 4 anos), com o agente demonstrando “razões de saúde” para obtenção do benefício (art. 77, § 2º, última parte).

c) Estando os autos em grau de recurso, surgem duas posições advindas da doutrina: *a primeira* sustentando deva haver remessa dos autos ao primeiro grau, com conversão do julgamento do recurso em diligência, para que lá seja apreciada a matéria, sob pena de supressão de um grau de jurisdição e ofensa ao princípio do contraditório (esta não parece mais adequada, porquanto não se trata de o juiz completar a sentença, por eventual omissão, pois quando prolatado o ato compositivo da lide penal não havia a lei permissiva); *a segunda*, e que acredito seja a melhor, é aquela que se coaduna com o entendimento de que cabe ao próprio Tribunal, quando da análise do recurso, de ofício ou mediante provocação recursal (nesta hipótese a matéria lhe seria devolvida pela parte) aplicar a nova lei naquilo que beneficiar ao agente (há casos de *sursis* concedido com condições mínimas, mais favoráveis que uma pena restritiva de direitos), por observância da garantia constitucional (CF, art. 5º, XL) e legal (CP, art. 2º, parágrafo único), reforçada pelo disposto no § 2º do art. 642 do CPP.

— Outro aspecto relevante, e que tem sido objeto de amplos debates, diz respeito à aplicabilidade da Lei aos crimes hediondos, especificamente aos previstos na lei de entorpecentes, que lhes são equiparados.

Há duas posições bem definidas:

A primeira defende a impossibilidade de aplicação, ao argumento de que a *mens legis* (conforme sua Exposição de Motivos) pretendeu abarcar somente os denominados crimes de menor potencial ofensivo, afastando pois sua incidência naqueles denominados hediondos ou equiparados, por se tratar de crimes que demandam maior repressão ante sua

gravidade e porque o regime integralmente fechado é incompatível com o sistema de substituição, representando incentivo à grande criminalidade.

A segunda, à qual me filio, entende ser perfeitamente aplicável a Lei n. 9.714/98 aos crimes previstos na Lei n. 8.072/90 que não tenham sido cometidos com violência ou grave ameaça contra a pessoa, e cuja pena não seja superior a 4 (quatro) anos, pelas seguintes razões:

Antes mesmo da Lei n. 9.714/98 já se afirmara, *inclusive* nos Tribunais Superiores, a possibilidade de suspensão condicional da execução da pena nos casos de estupro tentado, quando a pena ficava igual a 2 anos de reclusão (sem olvidar que se trata de crime cometido com violência ou grave ameaça).

Sabe-se que o *sursis* somente deve ser examinado quando, após aplicada a reprimenda privativa de liberdade e fixado o regime de cumprimento da pena (CP, art. 59, III, c/c art. 111, da LEP), não houver possibilidade primeira de substituição por outra espécie de pena, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, como decorre do art. 77, III, do CP, o que vale dizer: mesmo com pena para ser cumprida em regime fechado (1º passo), deve ser viabilizado exame sobre a substituição por pena restritiva (2º passo), e, se negativo, passa-se, obrigatoriamente, para o *sursis* (3º passo).

Note-se que anteriormente à Lei n. 9.714/98, nos casos em que a pena privativa de liberdade aplicada a crime hediondo fosse igual a 2 (dois) anos, somente se apreciava o cabimento e em muitos casos se concedeu *sursis* exatamente porque era o único benefício cabível diante da quantidade da pena e porque limite previsto para substituição por penas restritivas de direito era fixado em no máximo até um 1 ano, salvo se se tratasse de crime culposos.

Ora, com a ampliação da limitação temporal de 1 (um) para 4 (quatro) anos e à falta de vedação expressa na Lei n. 9.714/98, tem-se como perfeitamente aplicável a substituição, desde que satisfeitos os demais requisitos legais nela contidos (poderá ser denegado diante do caráter subjetivo — inciso III do art. 44 do CP), tudo porque não se pode perder de vista que a Lei n. 9.714/98 é norma geral, aplicável às normas especiais anteriores sem ressalva proibitiva da substituição apenas na consideração da espécie de crime (tanto na Constituição, como na própria lei dos crimes hediondos, não há proibição de substituição da pena, mas apenas de concessão de anistia, graça ou indulto, assim como de liberdade provisória com ou sem fiança).

Por outro lado, deve-se observar o princípio da reserva legal, sendo defeso ao hermeneuta lançar mão da interpretação dilatória ou ampliativa, para restringir direitos e garantias individuais, fazendo incluir proibição que a Constituição e a lei não contemplaram.

Importante ressaltar ainda a circunstância de que o regime de cumprimento das penas privativas de liberdade, em crimes hediondos ou a eles equiparados, ser obrigatória e integralmente fechado não afeta nem proíbe a substituição da prisão por pena restritiva de direitos, porquanto se trata de coisas distintas e independentes entre si (uma é a forma de cumprir a pena de reclusão, se for preso; a outra é a possibilidade de substituir aquela, evitando-se a prisão).

Outrossim, descumpridas por qualquer forma as condições da pena restritiva de direitos substituta, será convertida naquela pena privativa de liberdade, que deverá ser cumprida integralmente em regime fechado (art. 44, § 4º, do CP); a possibilidade de reversão para regime tão severo servirá como estímulo ao cumprimento daquela.

Destarte, a lei nova somente não será aplicada aos crimes, hediondos ou não, quando cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa ou, o que deverá ser bem utilizado para negar àqueles, mediante negativa fundamentada nas circunstâncias subjetivas, apreciadas pelo juiz no art. 59 do Código Penal (*vide* CP, art. 44, III).

Concluindo, tem-se que a aplicação da Lei 9.714/98, com a substituição da pena privativa de liberdade pelas restritivas de direitos, por ser benéfica, constitui-se em direito subjetivo do apenado, e a) deverá ser efetuada desde pelo juiz sentenciante, nos processos pendentes, bem como naqueles em grau de recurso que ainda não tenham sido remetidos ao Juízo *ad quem*; b) se o foram, caberá ao Tribunal examinar da possibilidade de incidência imediata, salvo se verificar prejuízo ao réu; c) se a sentença condenatória já transitou em julgado, caberá ao juiz da execução fazê-lo (LEP, art. 66, I, e Súmula 611 do STF); d) é aplicável aos crimes hediondos, em face do princípio da reserva legal, porquanto as normas que restringem direitos e garantias individuais devem ser interpretadas de maneira restritiva.

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

MANDADOS DE SEGURANÇA

MANDADO DE SEGURANÇA N. 98.004315-8, DA CAPITAL

Relator: Des. Xavier Vieira

Mandado de segurança. Professora. Tempo de serviço. Aposentadoria especial. Pretendida cumulação de tempo de serviço prestado em atividades distintas do magistério. Vedação. Exegese do art. 40, III, b, da Carta Magna. Segurança denegada.

— A aposentadoria especial se circunscreve à efetiva e exclusiva atividade magisterial.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 98.004315-8, da comarca da Capital, em que é impetrante Arlete Hermínia Matos, sendo impetrados o Secretário de Estado da Administração e outro:

ACORDAM, em Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis, sem voto discrepante, denegar a segurança.

Custas ex lege.

Busca a impetrante, Arlete Hermínia Matos, servidora do quadro do Magistério Público Estadual, pelo presente writ of mandamus, a concessão da aposentadoria especial, alegando

que “exerceu durante significativo tempo de serviço atividade insalubre, como auxiliar de enfermagem e técnica em enfermagem”, anteriormente ao magistério, cujo tempo somado ao atual lhe dá direito ao referido benefício.

Após prestadas as informações pelas autoridades impetradas, os autos foram encaminhados à douta Procuradoria-Geral de Justiça que, em parecer do ilustrado Dr. Luiz Carlos Freyesleben, opinou pela denegação da segurança.

É o relatório.

Trata-se de pretensão à aposentadoria especial formulada por pro-

fessora que postula o cômputo do tempo de serviço prestado no desempenho das funções de auxiliar e técnica de enfermagem, atividades estas prestadas em condições insalubres, que lhe garantiriam a percepção do aludido benefício previsto no art. 40, item III, b, da CF.

Não há, contudo, como prosperar a pretensão.

Dispõe o mencionado dispositivo constitucional:

“Art. 40 — O servidor será aposentado:...

“III — voluntariamente:

“b — aos trinta anos de efetivo exercício em funções de magistério, se professor, e vinte e cinco, se professora, com proventos integrais”.

Com efeito, a jurisprudência das Cortes Superiores vem consolidando o entendimento de que professores não fazem jus ao cômputo do tempo de serviço prestado em atividades distintas do magistério para efeito de aposentadoria especial.

Assim é que:

“Não é computado para efeito de aposentadoria especial de professora, o tempo de serviço que não envolva diretamente atividades típicas desenvolvidas em sala de aula. Precedentes do STJ (ADIn. n. 122/SC, ADIn. n. 152/MG, RE 171.694)” (ROM n.0006071-RS, 1995, relator Min. Fernando Gonçalves).

Neste sentido, a ADIn. n. 122, de Santa Catarina, relator Min. Paulo Brossard:

“Constitucional. Aposentadoria facultativa especial. Professores. Aposentação com vencimentos integrais de professores aos 30 anos e de

professoras aos 25, limitado ao efetivo exercício das funções de magistério. Emenda n. 18/1981 e Constituição, art. 40, III, b. Seu caráter excepcional e conseqüente interpretação estrita.

“Descabimento das ampliações analógicas por parte dos Estados. Precedentes do STF. Ação julgada procedente. Inconstitucionalidade do § 4º do inciso III do art. 30 da Constituição do Estado de Santa Catarina”.

No mesmo diapasão, a ADIn. n. 152, de Minas Gerais, relator Min. Ilmar Galvão:

“Ação Direta de Inconstitucionalidade. Art. 286 da Constituição do Estado de Minas Gerais, que considerou como de Professor, para os fins de aposentadoria e disponibilidade e de todos os direitos e vantagens da carreira, o tempo de serviço de ocupante de cargo ou função do quadro do magistério ou de regente de ensino.

“Inconstitucionalidade material, no que concerne à aposentadoria especial de professor, prevista no art. 40, III, b, da CF/88, já que a estendeu a todos os cargos e funções do ‘Quadro do Magistério’ e, ainda, ao de ‘Regente de Ensino’, resultando contempladas pelo benefício classes de servidores ligadas exclusivamente a atividades de caráter administrativo, estranhas à sala de aula.(...)”

“Procedência da ação, declarada a inconstitucionalidade do art. 286 da Constituição do Estado de Minas Gerais”.

Ainda:

“Constitucional — Administrativo — Servidor público — Professor —

Aposentadoria especial — CF, art. 40, III, b.

“— A aposentadoria especial de professor, com vencimentos integrais, aos trinta anos de serviço e da professora aos vinte e cinco anos limita-se ao efetivo exercício das funções de magistério (CF, art. 40, III, b). Tendo em vista o seu caráter excepcional, tem interpretação estrita (...)” (in RE n. 180.150-6, DJU de 21/6/96, seção 1, pág. 22.301, relator Min. Carlos Velloso).

Ainda neste diapasão, o RMS n. 2.005-8—RS, relator Min. Vicente Leal, in DJU n. 120, de 24/6/96, pág. 22.805:

“Administrativo — Professora estadual — Tempo de serviço — Aposentadoria — Serviço eleitoral.

“A jurisprudência da eg. Sexta Turma consolidou o entendimento:

“— Não se presta para a referida contagem, destarte, o período em que a professora se encontrava designada para o exercício de atividade burocrática junto à Justiça Eleitoral.

“Recurso Ordinário desprovido”.

Por derradeiro, importante consignar que a pretensão também esbarra no art. 202, II, da CF, porquanto inexistente lei específica a amparar os trabalhadores da área de enfermagem, contemplando-os com aposentadoria especial.

Ademais, não basta a mera comprovação de que a Impetrante tenha trabalhado em condições insalubres. É imprescindível que a lei considere as atividades exercidas como beneficiárias da aposentadoria especial.

Assim, por tais razões, denega-se a segurança.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Anselmo Cerello, Gaspar Rubik, Orli Rodrigues, Trindade dos Santos, Newton Trisotto e Cesar Abreu, e lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Dr. Luiz Carlos Freyesleben.

Florianópolis, 11 de agosto de 1999.

Xavier Vieira,
Presidente e Relator.

MANDADO DE SEGURANÇA N. 98.006899-1, DE SÃO JOSÉ

Relator: Des. Anselmo Cerello

Mandado de segurança — Serventia extrajudicial — Vacância do cargo por força de ato do Presidente do Tribunal de Justiça, com base em decisão do Supremo Tribunal Federal que julgou inconstitucional o art. 14 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição do Estado de Santa Catarina — Designação pelo diretor do foro de serventúria para responder pela escritania até o provimento definitivo do cargo pelos procedimentos legais —

Afastamento do serventuário mais antigo que vinha respondendo pela escritania na condição de titular — Afronta ao disposto no art. 39, § 2º, da Lei n. 8.935/94 — Direito líquido e certo do serventuário que responde pela escritania, até a investidura de seu titular, por força de provimento do cargo por meio de concurso público — Segurança concedida.

O Ato n. 239, de 12 de fevereiro de 1998, do Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, declarou a nulidade do Ato n. 729, de 17 de dezembro de 1991, que efetivou no cargo de titular da serventia extrajudicial do Tabelionato de Notas e Ofícios de Protesto de Títulos, da comarca de São José, o então Oficial Maior, que respondia pelo Ofício por força de vacância do cargo, em razão da aposentadoria de sua antiga titular. Não importando, pois, no afastamento do serventuário que respondia pelo ofício extrajudicial, substituindo-o pelo Oficial Maior, indicado pelo primeiro, para responder provisoriamente até o provimento legal do cargo, uma vez que a decisão do Supremo Tribunal Federal, que declarou inconstitucional o disposto no art. 14 dos Atos e Disposições Transitórias da Constituição de Santa Catarina, também atinge o Oficial Maior, substituto legal do titular, razão pela qual, e com amparo no art. 39, § 2º, da Lei n. 8.935/94, é este último quem deve responder pela serventia, provisoriamente, segundo ficou expresso no v. aresto do colendo Supremo Tribunal Federal, referente à ADIn. n. 363-1/DF, que assim dispôs: “Ante os termos claros e categóricos dessa regra constitucional — art. 236, § 3º, da CF/88 —, os substitutos não têm direito à efetivação como titulares das serventias e o exercício da substituição cessa com o provimento do cargo do titular através de concurso de remoção ou em virtude de concurso público, que devem ser abertos no prazo de seis meses a partir da vacância” (grifo).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 98.006899-1, da comarca de São José, em que é impetrante Max Frederico Hablitzel, sendo impetrado o Dr. Juiz de Direito, Diretor do Fórum, da comarca de São José:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, à unanimidade, conceder a segurança.

Custas legais.

Cuida-se de impetração de segurança, aforada por Max Frederico Hablitzel, irrisignado com o ato do Juiz de Direito, Diretor do Fórum da comarca de São José, consubstancia-

do na Portaria n. 030/97—DF, que nomeou Luzia Maria dos Santos Oficial maior do Tabelionato de Notas e Protestos da comarca de São José, reputando-o manifestamente ilegal, e altamente ofensivo a seu direito líquido e certo, respaldado no art. 39, § 2º, da Lei n. 8.935/94, que lhe assegura continuar a responder por aquela serventia extrajudicial, não obstante o ato que o efetivou naquele cargo extrajudicial — Ato n. 729, de 17 de dezembro de 1991, do Sr. Des. Presidente do egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina — ter sido declarado nulo, pelo Ato n. 239, de 12 de fevereiro de 1998, do digníssimo e atual Presidente do Tribunal de Justiça, com respaldo em v. aresto do colendo Supremo Tribunal Federal, referente à ADIn. n. 363-1/DF, que declarou inconstitucional o art. 14 do ADCT, da Constituição de 1989 do Estado de Santa Catarina.

Sustenta o impetrante, em rápida síntese, ter sido nomeado pelo Ato n. 956, de 11 de junho de 1984, para exercer o cargo de Oficial Maior do Tabelionato de Notas e Ofícios da comarca de São José, do qual era titular a serventia Maria de Lourdes Bott Philippi, tudo na conformidade com o disposto no art. 73 da Lei n. 5.624/79 (CDOJSC).

Por força da vacância do cargo de titular do aludido Ofício Público, em razão da aposentadoria de sua ocupante efetiva, assumiu a testa da serventia, em caráter provisório, o impetrante, que acabou por ser efetivado pelo Ato n. 729, de 17 de dezembro de 1991, conforme foi dito, que, por sua vez, respaldou-se no art. 14 do ADCT da Constituição de Santa Catarina.

Sucedeu que a aludida disposição constitucional fora declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, pela ADIn. n. 363-1/DF.

Diante desse contexto, o digníssimo Presidente do Tribunal de Justiça, pelo Ato n. 239, de 12 de fevereiro de 1998, declarou vaga a titularidade da serventia, a fim de ser preenchida pelos meios legais previstos.

Diante da vacância do aludido cargo, o Juiz Diretor do Fórum da comarca de São José, que é a autoridade impetrada, baixou a Portaria n. 030-97/DF, designando para responder pelo cargo aludido a Senhora Maria Luzia dos Santos. Com o que não se resigna o impetrante, por ter sido ferido seu direito líquido e certo, e que consiste, evocando o art. 39, § 2º, da Lei n. 8.935/94, em seu direito de responder provisoriamente pela titularidade do oficial extrajudicial, dada a sua condição de serventuário mais antigo da serventia, sendo ilegal e arbitrária a sua destituição sem atinência do devido processo legal.

A liminar apreciada após as informações fora negada.

Oficiou a Procuradoria de Justiça pela denegação do writ.

Atendendo à postulação do ilustre Procurador de Justiça, foi citada a litisconsorte Maria Luzia dos Santos que se habilitou nos autos, por advogado, às fls. 98/102, onde sustentou a legitimidade do ato ora impugnado, em razão da destituição do impetrante ser legítima, a teor do art. 35, inciso I, da Lei n. 8.935/94, por pretender o impetrante ripristinar o ato de sua condução ao cargo de Oficial Maior, tornando sem efeito aquele que legitimamente o exonerou, inves-

tindo contra legítimo direito da litiscon-sorte de exercer aquele cargo, na condição de lídima substituta legal.

É o relatório.

Incontornável é a reiteração da matéria em debate.

O impetrante foi nomeado Oficial Maior do Tabelação de Notas e Ofícios e Protestos de Títulos da comarca de São José, por força do Ato n. 596, de 11 de junho de 1984, da lavra do então Des. Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, publicado no órgão oficial que circulou no dia 13 daquele mês e ano. Nomeação esta que se deu por indicação da então titular daquele Ofício Público, Maria de Lourdes Bott Philippi. Tudo em atinência com o disposto no art. 73 da Lei Estadual n. 5.624/79.

Por força da inatividade da aludida titular, o impetrante, dada a sua condição de Oficial Maior, passou a responder pela titularidade do Cartório, e, com base no art. 14 do ADCT da Constituição do Estado de Santa Catarina, foi efetivado como titular daquele Ofício Público, pelo Ato n. 729, do então Des. Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em 17 de dezembro de 1991, publicado no Órgão Oficial do dia 19 daquele mês e ano.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, em v. acórdão, veiculado na ADIn. n. 363-1/DF, declarou inconstitucional o dispositivo legal da constituição catarinense já aludida, e que respaldava a efetivação do impetrante na titularidade daquele Cartório Público.

Em decorrência, o atual Des. Presidente deste Tribunal baixou o Ato n. 239, em 12 de dezembro de

1998, publicado no dia 18 do mesmo mês e ano, declarando a nulidade do ato de efetivação n. 729/91, da titularidade do impetrante e em consequência declarou vago aquele cargo público extrajudicial.

Irresignado, o impetrante impetrou o Mandado de Segurança n. 98.002787-0, que se encontra sub judice, e que objetiva a desconstituição do Ato n. 239/98.

A autoridade impetrada, digníssimo Dr. Juiz Diretor do Fórum da comarca de São José, diante de tal contexto, baixou a Portaria n. 030/97—DF, de 19 de fevereiro de 1998, designando Luzia Maria dos Santos para responder temporariamente pela titularidade daquela serventia, até que o cargo fosse devidamente provido pelos meios legais previstos.

Depara-se que o impetrante fora regularmente investido na titularidade daquele Ofício Público, dada a sua condição de Oficial Maior, por indicação da antiga titular, investidura esta não despojada por força do ato designativo ao direcionamento do Cartório, segundo se verifica a fls. 24.

O ato que declarou nula a efetivação e vaga a serventia não exonerou o impetrante dos seus serviços, nem poderia fazê-lo sem a atinência do devido processo legal, com a devida vênia.

Em consequência, uma vez tornada sem efeito aquela efetivação, nada há que contrarie que o impetrante continue a responder pela serventia, desta feita, não como efetivo, mas sim temporariamente, ou seja, até o seu provimento regular, revertendo-se pois, em razão do ato do Des. Presidente do Tribunal, que se encontra so-

bre o crivo judicial, ao status quo ante. A contrario sensu, também seria irregular, data venia, a designação da litisconsorte, designada pelo ato ora impugnado, para responder pela serventia, dada a sua condição de Oficial Maior, cargo que ostenta por indicação do próprio impetrante, exercendo a prerrogativa de titular efetivo do cargo público extrajudicial, que ora se vê abalada, pela declaração de inconstitucionalidade da disposição legal que a respalda.

Afastada, assim, a condição de titular efetivo do impetrante da serventia, passa ele a responder agora em caráter diverso, ou seja, sem prerrogativa da efetividade. É o que se subtrai da inteligência do art. 39, § 2º, da Lei n. 8.935/94, que assim dispõe:

“Extinta a delegação a notário ou a oficial de registro, a autoridade competente declarará vago o respectivo serviço, designará o substituto mais antigo para responder pelo expediente e abrirá concurso”.

Esclarece Walter Ceneviva, em sua obra “Lei dos Notários e dos Registradores Comentada”, Saraiva, 1996, pág. 101, reportando-se ao art. 20 da Lei n. 8.935/94:

“Para evitar confusão com o oficial de registro, é de bom alvitre evitar a clássica designação oficial maior e preferir, por exemplo, escrevente encarregado, de modo a distingui-lo dos escreventes simplesmente substitutos.

“A Lei n. 8.935/94 aditou as denominações oficial de registro e registrador às encontradas na legislação anterior e não fez referência ao oficial maior que, na tradição cartorária, é o substituto direto do titular”.

Reportando-se ao art. 39 do mesmo Diploma, deixa assente:

“Substituto mais antigo é a expressão a ser lida em conjunto com o art. 20. Neste se verifica a hipótese de duas espécies de substitutos: os escreventes substitutos, considerados em geral e, dentre eles, o designado pelo notário ou pelo oficial de registro para responder pelo serviço nas ausências e impedimentos do titular”.

E, com referência ao art. 39, da mencionada Lei n. 8.935/94, arremata:

“A autoridade competente não é vinculada pela decisão do notário ou do registrador, quando o serviço fique vago, mas deve obedecer à ordem de antigüidade, avaliada na forma da lista recebida com o nome dos substitutos e a data do início da substituição.

“A solução da lei não é a melhor:” — E explica — “a boa qualidade dos serviços estaria bem atendida se a mesma pessoa, a qual coube, antes da extinção, dirigir os serviços nas ausências e impedimentos do titular, continuasse interinamente nessa atividade. Todavia, a lei privilegiou o critério da antigüidade dos substitutos indicados pelo titular que é, sem sombra de dúvida, o único resultante da exegese combinada dos dois dispositivos”.

A respeito assim proclamou a egrégia terceira Câmara Civil, deste Tribunal, ao definir o Mandado de Segurança n. 97.014841-0:

“Mandado de segurança — Serventia extrajudicial — Vacância — designação de responsável pelo expediente — Escrevente juramentado mais antigo — Oficial maior — Concessão da ordem.

“Não tendo sido revogada a nomeação, presume-se que foi mantido como substituto do titular da serventia aquele que, até o advento da Lei n. 8.935/94, ocupava o cargo de oficial maior. Assim sendo, se extinta a delegação, tem ele direito líquido e certo à designação para responder, provisoriamente, pelo expediente dos serviços notariais e de registro, enquanto não preenchido o cargo (art. 39, § 2º)” (MS n. 97.014841-0, de Criciúma, rel. Des. Newton Trisotto).

Tanto isto é certo que, na própria ADIn. n. 363-1/DF, que proclamou a inconstitucionalidade do art. 14 do ADCT, da Constituição de Santa Catarina, que respalda a efetividade do impetrante, em face do disposto no § 3º do art. 236 da Constituição Federal, entendeu o colendo Pretório Excelso, in verbis:

“Ante os termos claros e categóricos dessa regra constitucional — art. 236, § 3º, da CF/88 —, os substitutos não têm direito à efetivação como titulares das serventias e o exercício da substituição cessa com o provimento do cargo do titular através de concurso de remoção ou em virtude de concurso público, que devem ser abertos no prazo de seis meses a partir da vacância” (grifo).

Portanto e concluindo, o impetrante só perde o exercício da titularidade de Notário, em razão do provimento do cargo de seu titular, por meio concurso de remoção ou em vir-

tude de certame público, que devem ser abertos, no prazo de seis meses a partir de sua vacância, segundo foi eloqüente o aresto da Suprema Corte. Até lá é incontroverso o direito líquido e certo do impetrante para responder temporariamente pela serventia de Notário do aludido Ofício Público, sem que isto se converta em repristinação do ato de 11 de junho de 1984, que investiu o impetrante no cargo extrajudicial de Oficial Maior do dito Tabelionato de Notas, à revelia da lei.

Isso posto, concede-se a segurança postulada, para anular o ato impugnado e, em consequência, resta reintegrado provisoriamente no cargo de titular do Tabelionato de Notas e Protesto de Títulos da comarca de São José o impetrante, para que responda por este até que cesse a aludida vacância em decorrência de seu provimento legal, na forma já preconizada.

É o voto.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Vanderlei Romer e Gaspar Rubik. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira.

Florianópolis, 4 de junho de 1999.

*Anselmo Cerello,
Presidente e Relator.*

MANDADO DE SEGURANÇA N. 99.003913-7, DE RIO DO SUL**Relator: Des. Cláudio Barreto Dutra**

Mandado de segurança — Permissão para a retirada de processos do Cartório — Cassação — Imputação, ao autorizado, da autoria de fatos desabonadores — Revogabilidade do ato lastreada na quebra de confiança, revogável ad nutum — Poder-dever do togado, investido do munus de administrador — Interesses da ordem pública, sociedade e justiça — Ausência de ilegalidade ou abuso de poder (Lei n. 1.533/51, artigo 1º) — Ordem denegada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 99.003913-7, da comarca de Rio do Sul (1ª Vara da Infância, Juventude e Registros Públicos), em que são impetrantes Ceres Cavalcanti de Albuquerque e Allan Cavalcanti de Albuquerque Olstan, representado por sua mãe, Ceres Cavalcanti de Albuquerque, sendo impetrado o Dr. Juiz de Direito da 1ª Vara:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, denegar a segurança.

Custas na forma da lei.

Mandado de segurança impetrado por Ceres Cavalcanti de Albuquerque, assistindo e representando seu filho Allan Cavalcanti de Albuquerque, contra ato do Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da comarca de Rio do Sul, que cassou a autorização outorgada ao segundo, proibindo-o de retirar, do Cartório, processos de qualquer natureza, "uma vez que perdeu a confiança deste Juízo".

Aduziram que o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil assegura a retirada de processos do Cartório não só por advogados, mas tam-

bém por pessoas expressamente autorizadas, e que é incabível a acusação de envolvimento em episódio policial imputada ao segundo impetrante na data de 20/2/99, porque foi, na verdade, vítima de violência e arbitrariedade.

Dizendo-se surpresos com a atitude do Magistrado e fundamentando o pedido no artigo 5º da Constituição Federal, a primeira impetrante acrescentou que advoga na comarca há 25 anos, é filha de advogado, que era filho de desembargador no Estado do Paraná, por sua vez, primo irmão de jurista, sendo, todos, netos de um dos primeiros advogados militantes no Estado de Pernambuco (fls. 8), importando, a linhagem, no reconhecimento de valores morais perpétuos da família e da formação do autor.

Requereram a concessão de liminar, notificação da autoridade coatora e a procedência do pedido.

Juntaram documentos, sendo a liminar indeferida pelo despacho de fls. 18.

Nas informações, que vieram acompanhadas de farta documentação, a autoridade coatora discorreu sobre os fatos e os motivos pelos quais cassou a autorização, asseverando

que, nos termos da legislação processual cível e penal, não há necessidade da prova da culpa para o deferimento de medidas preventivas, e que, neste caso, tinha em conta o resguardo dos interesses da ordem pública, da sociedade e da justiça. Acrescentou que o impetrante foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 331, caput, do Código Penal, estando o processo com audiência marcada para o dia 9/6/99, às 16h30min.

Com vista dos autos, a Procuradoria-Geral de Justiça foi pela denegação da ordem.

É o relatório.

O ato dito ilegal refere-se à autorização outorgada ao segundo impetrante, para a retirada de processos de interesse da primeira no Cartório da 1ª Vara Cível da comarca de Rio do Sul, em que é titular a autoridade apontada como coatora.

Com efeito, o Estatuto da OAB (Lei n. 8.906, de 4/7/94) prescreve os direitos do advogado, dentre os quais os de examinar, ter vista e levar processos em carga, findos ou não, desde que na segunda hipótese tenha procuração nos autos (artigo 7º).

Por sua vez, a Corregedoria-Geral da Justiça, ao editar o Provimento n. 90, de 12/11/98, dispôs acerca da viabilização da retirada de autos cíveis e criminais de Cartório pelas pessoas que indica, condicionando tal prerrogativa à prévia autorização escrita do advogado, quando outorgada a pessoa que não o seja.

Este o teor dos artigos 1º e 4º:

“Art. 1º — A retirada de autos cíveis de cartório é reservada a advogados, estagiários regularmente ins-

critos na OAB, constituídos procuradores de alguma das partes, além de pessoas expressamente autorizadas por escrito pelo advogado, sob sua responsabilidade.

“(…)

“Art. 4º — Em matéria penal, a carga poderá ser efetuada, também, somente por advogado ou estagiário regularmente inscritos na OAB, mesmo sem procuração, se o acusado indicar defensor no interrogatório ou em qualquer ocasião que comparecer em juízo, bem assim de terceiros expressamente autorizados por escrito pelo advogado, sob sua responsabilidade” (grifo).

Referidas normas, juntamente com a presunção de inocência ínsita no artigo 5º da Carta Constitucional e a cadeia genealógica dos impetrantes, constituem os fundamentos do pedido.

Como se sabe, ao juiz, nesta condição, cumpre, não só, decidir e atuar conforme os ditames da lei processual (artigo 125 e seguintes do Código de Processo Civil), mas também estabelecer as diretrizes de seu proceder como administrador.

Sabe-se que o poder administrativo é atribuído à autoridade para remover os interesses particulares que se opõem ao interesse público, convertendo-se no dever de agir (Hely Lopes Meirelles. “Direito Administrativo Brasileiro”, 14ª ed., Editora RT, pág. 85). Entre o uso e o abuso de poder, tem-se que enquanto o primeiro constitui prerrogativa, o segundo caracteriza desvio de finalidade.

À guisa desse entendimento, vê-se que a atuação do Togado decorreu da constatação do envolvimento

do primeiro impetrante em ocorrência policial, daí exsurgindo o inusitado da situação e a própria motivação do despacho.

Num primeiro momento, a medida parece exagerada porque contrária às regras invocadas. Contudo, nem a edição do Provimento nem a interpretação conferida pelos impetrantes às referidas normas são aptas a desconstituir os critérios de que se valeu o Juiz, que, para tal desiderato, invocou outras, sobrepondo os interesses particulares da causídica e de seu filho. Nesse contexto, e ainda que venha a ser absolvido, o envolvimento do segundo impetrante nos fatos narrados na peça acusatória era fator que incitava certo receio em relação à confiança que se lhe havia sido depositada, pois deixou antever, quando menos, seu despreparo ante a determinadas responsabilidades.

Assim, não obstante a ausência de condenação e afastada a intenção de prejudicar, as questões fáticas

conduziam à aludida providência porque, assim como a confiabilidade, a falta ou quebra restou evidenciada em face de circunstâncias concretas, que se sobrepõem a falácias relativas à ascendência familiar ou mesmo a preceito normativo generalizado.

Não havendo direito líquido e certo a ser protegido, outra alternativa não resta senão indeferir a ordem.

Ante o exposto, a Câmara, em votação unânime, denegou a segurança.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino, lavrando parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. José Antônio Salvadori.

Florianópolis, 25 de maio de 1999.

Eder Graf,

Presidente com voto;

Cláudio Barreto Dutra,

Relator.

APELAÇÕES CÍVEIS EM MANDADOS DE SEGURANÇA

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 99.000882-7, DE BLUMENAU

Relator: Des. Eder Graf

Mandado de segurança — Administrativo — Licitação — Vinculação ao edital.

“A interpretação das regras do edital de procedimento licitatório não deve ser restritiva. Desde que não possibilitem qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, é de todo conveniente que compareça à disputa o maior número possível de interessados, para que a proposta mais vantajosa seja encontrada em um universo mais amplo.

“O ordenamento jurídico regulador da licitação não prestigia decisão assumida pela Comissão de Licitação que inabilita concorrente com base em circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, fazendo exigência sem conteúdo de repercussão para a configuração de habilitação jurídica, da qualificação técnica, da capacidade econômico-financeira e da regularidade fiscal” (Min. José Delgado).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 99.000882-7, da comarca de Blumenau (1ª Vara Cível), remetidos pelo MM. Juiz de Direito, em que é apelante o município de Blumenau, sendo apelada Sadenco — Sul Americana de Engenharia e Comércio Ltda.:

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

Custas na forma da lei.

Sadenco — Sul Americana de Engenharia e Comércio Ltda. impetrou mandado de segurança contra ato do Secretário Municipal da Administração da Prefeitura de Blumenau, que inacolheu o recurso administrativo, mantendo decisão da Comissão de Licitação que considerou a impetrante inabilitada para participar de processo licitatório, relativo ao Edital de Tomada de Preços n. 02-005/97, ante a falta de autenticação no verso do Certificado de Registro, conforme determinava o Edital. Sustentou que

cumpriu todos os requisitos exigidos no Edital, devendo ser considerado como autenticação do certificado o carimbo apostado pelo Cartório Luz de Florianópolis.

A liminar foi deferida, determinando-se a sustação de todos os efeitos da desclassificação da impetrante.

Notificada, a autoridade coatora prestou informações arguindo, em preliminar, ilegitimidade passiva, sustentando que o Presidente da Comissão de Licitação é o responsável pelo ato impugnado. No mérito, asseverou que a impetrante em momento algum impugnou o Edital devendo, agora, cumpri-lo integralmente. Disse que a inabilitação da impetrante foi declarada em face do não-preenchimento de requisito do Edital de Tomada de Preços.

Após manifestação do Ministério Público, o Dr. Juiz de Direito concedeu a segurança.

Irresignado, o Município apelou insistindo na preliminar de ilegitimidade passiva, ao argumento de que o presente writ deveria ter sido impetra-

do contra o Presidente da Comissão de Licitação. Defendeu, no mérito, a legalidade do ato, porquanto exarado com supedâneo no Edital.

Não houve contra-razões.

O órgão do Ministério Público a quo manifestou-se pelo improvimento do apelo.

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

É o relatório.

A proemial de ilegitimidade passiva do Secretário Municipal da Administração, porquanto praticado o ato pelo Presidente de Comissão de Licitações, reeditada agora na apelação, não pode prosperar: a uma, porque o ofício de fls. 34, firmado conjuntamente pela Diretora do Departamento de Suprimentos e pelo próprio Secretário da Administração, dá conta do desprovemento do recurso administrativo; a duas, porque o Secretário da Administração, ao prestar informações, encampou o ato hostilizado e defendeu a legalidade em extenso e erudito arrazoado.

Theotonio Negrão, em nota de rodapé à Lei do Mandado de Segurança, registra:

“Art. 1º:49 Torna-se coatora a autoridade superior que encampa o ato da inferior (RTJ 76/506), ‘contestando o mérito da impetração’ (STJ — 2ª Turma, REsp. 12.837-0—CE, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 17/3/93, não conheceram, v.u., DJU 5/4/93, pág. 5.824). Neste sentido: STJ — 1ª Seção, MS 4.085 — DF, rel.

Min. Demócrito Reinaldo, j. 10/11/97), pág. 64.584; STJ — 3ª Seção, MS 4.681—DF, rel. Min. Anselmo Santiago, j. 12/8/98, negaram a segurança, v.u., DJU 8/9/98, pág. 14; RT 607/95, 622/76, RF 300/201, RJTJESP 103/165.

‘Para figurar no pólo da ação de segurança, autoridade coatora é aquela que ordena, que determina ou pratica o ato, ou ainda, a que defende a prevalência deste (ato coator), assumindo, embora a posteriori, a posição de coator’ (STJ — 1ª Seção, MS 4.085 — DF, rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 10/11/97, concederam parcialmente a segurança, três votos vencidos, DJU 9/12/97, pág. 64.584)” (Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, 30ª ed., RT, 1999, pág. 1.508).

Já se fixou:

“Mandado de segurança — Ilegitimidade passiva — Autoridade superior — Encampação.

‘Se a autoridade impetrada, nas suas informações, não se limitou a alegar sua ilegitimidade, contestando o mérito da impetração, encampou, ao assim proceder, o ato coator praticado por autoridade de inferior hierarquia. Por isso, não há como afastá-la da impetração, não se podendo divisar ofensa ao art. 267, VI, do CPC’ (STJ)” (MS n. 96.001924-3, da Capital, j. 4/9/96).

Quanto ao mérito, deve-se lembrar que o documento é o Certificado do Registro no Cadastro do Departamento de Suprimentos da Secretaria da Administração do Município de Blumenau (fls. 13), o qual não foi aceito por estar autenticado apenas no anverso e não nas duas faces, como exi-

ge expressamente a cláusula 4, item 1, do edital, a saber:

“4.1.1 — Certificado de Registro Cadastral para Edital Tomada de Preços, emitido pela Prefeitura Municipal de Blumenau (cópia e autenticação da frente e do verso)” (fls. 19).

Sabe-se que a autenticação — ato notarial típico — é efetuada pelos tabelionatos de acordo com as normas legais e administrativas específicas e, in casu, o Provimento n. 12/92, da Corregedoria-Geral da Justiça, preceitua no item 8.1, ao disciplinar expressamente a matéria:

“Sempre que possível a autenticação será feita no averso do documento” (fls. 16).

Foi seguindo essa orientação que o Tabelionato autenticou o certificado apenas no averso, à luz do seu original.

Como o Edital exigia autenticação de tal documento “na frente e no verso”, cumpre analisar se essa formalidade extrapolou ou não a Lei de Licitações, até porque, nela, não se admitem condições abusivas, restritivas ou discriminatórias.

Logo, o art. 3º, § 1º, I, da Lei de Licitações, deve ser lembrado, veja-se:

“§ 1º É vedado aos agentes públicos:

“I — admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra cir-

constância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato”.

A propósito, Maria Sylvia Zanela Di Pietro leciona:

“Na Lei n. 8.666 são inúmeros os dispositivos em que se exige razoabilidade da Administração. A título de exemplo, podem ser citados alguns, bastante significativos, como os que seguem:

“1. Art. 3º, § 1º, inc. I: ele contém uma aplicação do princípio da igualdade entre os licitantes, ao proibir aos agentes públicos ‘admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato’.

“Aqui, o princípio da razoabilidade deve estar presente no próprio ato de convocação (edital ou carta-convite); qualquer exigência que implique preferência ou distinção em benefício ou em prejuízo de determinados licitantes somente será válida se for pertinente ou relevante para o específico objeto do contrato; ao contrário, haverá ofensa ao princípio da razoabilidade e, em última instância, ao da igualdade entre os licitantes” (Licitações e Contratos, 3ª ed., Malheiros, 1998, pág. 27).

Por sua vez, Jessé Torres Pereira Júnior, ao comentar o dispositivo legal em tela, ensina:

“Em face do princípio da isonomia, a lei suporta o *discrimen* que se cinja a assegurar determinada finali-

dade de interesse público. No caso das licitações, a norma constitucional condescende em que a Administração dirija aos licitantes exigências tão-só indispensáveis 'à garantia do cumprimento das obrigações'. Logo, a Lei nº 8.666/93 timbrou de rigor, rente à ordem magna, ao rejeitar qualquer preferência ou distinção impertinente ou irrelevante 'para o específico objeto do contrato'. O que não importa à execução deste não pode ser tido como de interesse público, constituindo-se, ao contrário, em discriminação impossível com o princípio da igualdade" (Comentários à Nova Lei das Licitações Públicas, Renovar, 1993, pág. 27).

É do Superior Tribunal de Justiça:

"Administrativo. Licitação. Habilitação. Vinculação ao edital. Mandado de segurança.

"1. A interpretação das regras do edital de procedimento licitatório não deve ser restritiva. Desde que não possibilitem qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, é de todo conveniente que compareça à disputa o maior número possível de interessados, para que a proposta mais vantajosa seja encontrada em um universo mais amplo.

"2. O ordenamento jurídico regulador da licitação não prestigia decisão assumida pela Comissão de Licitação que inabilita concorrente com base em circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, fazendo exigência sem conteúdo de repercussão para a configuração de habilitação jurídica, da qualificação técnica, da capacidade econômico-financeira e da regularidade

de fiscal" (MS n. 5.779/DF, Min. José Delgado, j. 9/9/98).

Ou ainda:

"Direito público. Mandado de segurança. Procedimento licitatório. Vinculação ao edital. Interpretação das cláusulas do instrumento convocatório pelo Judiciário, fixando-se o sentido e o alcance de cada uma delas e escoimando exigências desnecessárias e de excessivo rigor prejudiciais ao interesse público. Possibilidade. Cabimento do mandado de segurança para esse fim. Deferimento.

"O 'edital' no sistema jurídico constitucional vigente, constituindo lei entre as partes, e norma fundamental da concorrência, cujo objetivo é determinar o 'objeto da licitação', discriminar os direitos e obrigações dos intervenientes e o poder público e disciplinar o procedimento adequado ao estudo e julgamento das propostas.

"Consoante ensinam os juristas, o princípio da vinculação ao edital não é 'absoluto', de tal forma que impeça o Judiciário de interpretar-lhe, buscando-lhe o sentido e a compreensão e escoimando-se de cláusulas desnecessárias ou que extrapolem os ditames da lei de regência e cujo excessivo rigor possa afastar, da concorrência, possíveis proponentes, ou que o transmude de um instrumento de defesa do interesse público em conjunto de regras prejudiciais ao que, com ele, objetiva a administração.

"[...]

"O formalismo no procedimento licitatório não significa que se possa desclassificar propostas eivadas de simples omissões ou defeitos irrele-

vantes" (MS n. 5.418/DF, Min. Demócrito Reinaldo, j. 25/3/98).

É certo que o Edital não foi impugnado no prazo legal, passando a reger a licitação, a teor do art. 41 da Lei n. 8.666/93. Contudo, não se pode olvidar que, ao tratar da matéria — Certificado de Registro Cadastral —, a mesma norma preceitua:

"Art. 32. Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da Administração, ou publicação em órgão de imprensa oficial.

"[...]

"§ 2º O certificado de registro cadastral a que se refere o § 1º do art. 36 substitui os documentos enumerados nos arts. 28 e 29, exclusive aqueles de que tratam os incisos III e IV do art. 29, obrigada a parte a declarar, sob as penalidades cabíveis, a superveniência de fato impeditivo da habilitação, e a apresentar o restante da documentação prevista nos arts. 30 e 31 desta Lei.

"§ 3º A documentação referida neste artigo poderá ser substituída por registro cadastral emitido por órgão ou entidade pública, desde que previsto no edital e o registro tenha sido feito em obediência ao disposto nesta Lei".

De outra forma, o art. 36 da Lei estabelece:

"Art. 36. Os inscritos serão classificados por categorias, tendo-se

em vista sua especialização, subdivididas em grupos, segundo a qualificação técnica e econômica avaliada pelos elementos constantes da documentação relacionada nos arts. 30 e 31 desta Lei.

"§ 1º Aos inscritos será fornecido certificado, renovável sempre que atualizarem o registro".

Ora, se o certificado de registro cadastral foi expedido pela própria autoridade impetrada, não tem sentido incluir tal exigência de autenticação dupla no mesmo documento, salvo se para o fim deliberado de afastar do evento empresa que, por uma ou outra razão, entendeu adequado autenticar o mesmo documento uma só vez, como recomendado pelo Órgão Correicional.

A ordem foi acertadamente concedida.

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

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

Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer a Exma. Sra. Dra. Rosa Maria Garcia.

Florianópolis, 11 de maio de 1999.

Eder Graf,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 5.055, DE BLUMENAU

Relator: Des. Pedro Manoel Abreu

Mandado de segurança. Ato administrativo praticado por Reitor de Universidade. Autarquia municipal. Competência. Apelação cível. Férias coletivas. Interrupção do prazo recursal. Alegação de superveniente falta de objeto do recurso. Inocorrência.

Sendo o ato administrativo praticado por Reitor de Universidade, criado por lei municipal, envolvendo atividade típica administrativa, interna corporis, ditada pelos estatutos e regimento da entidade de ensino superior, a competência é da Justiça Estadual. Sendo, por outro lado, ato que, pela sua natureza, longa manus do poder delegante, decorre de disciplinamento para o ensino superior nacional, o controle judicial compete à Justiça Federal.

O mandado de segurança não tem curso durante as férias, se a lei federal que o regula nada dispõe sobre o assunto (CPC, art. 174, III), sendo certo que o atual Código de Processo Civil não remete às leis de organização judiciária dos Estados a disciplina da matéria. Nas férias coletivas, entretanto, o writ pode ser intentado, apreciando-se o pedido de liminar e praticando-se outros atos necessários à conservação de direitos que possam ser prejudicados pelo adiamento (CPC, art. 174).

Não há falar em carência superveniente de interesse recursal, se a alegada falta de objeto decorre de modificação do ato administrativo por determinação da própria sentença recorrida.

Administrativo. Concurso público. Prova de títulos. Admissão de docente. Desclassificação de candidato aprovado, por não dispor de curso de especialização, exigido no edital, com base em resolução da própria entidade. Legalidade. Autonomia constitucional das universidades.

O edital é a lei do concurso. Inexistindo afronta às normas do Direito, define as regras do certame.

Ante o disposto no art. 207 da Constituição Federal, as universidades têm autonomia administrativa para organizar seus próprios serviços, fazê-los funcionar, inclusive convocando, nos termos da lei, pessoal habilitado. Têm, por outro lado, autonomia para edi-

tar os atos administrativos necessários à sua organização, como seus estatutos, regimentos, resoluções etc., podendo, por isso mesmo, disciplinar regras próprias para o provimento de cargos de docência, exigindo curso de pós-graduação.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 5.055, da comarca de Blumenau (1ª Vara), em que é apelante Sandra Krieger Gonçalves Silva e apelados Osvaldo Rogério de Oliveira e Universidade Regional de Blumenau:

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

Custas legais.

1. Osvaldo Rogério de Oliveira impetrou mandado de segurança contra ato do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade Regional de Blumenau, na pessoa do Magnífico Reitor, alegando, em suma, que é bacharel em Direito desde 1971, tendo sido nomeado Juiz de Direito em 1974, integrando a 2ª Turma de Recursos do Estado. Além disso, é professor colaborador da Furb no Curso de Direito, na cadeira de Organização Judiciária, desde agosto de 1992. Pelos pareceres ns. 182/92 e 29/93, o Cepe fixou o prazo de um semestre para iniciar um curso de pós-graduação, tendo atendido esse pressuposto em abril/93. Acrescenta que, pelo Edital n. 10/93, a Universidade abriu concurso público para o preenchimento de uma vaga de docente, na categoria de Professor Auxiliar de Ensino, do Departamento de Direito Público, na matéria Organização Judiciária. No referido edital, em

seu item III, exigiu-se titulação em Direito e conclusão de curso de pós-graduação em nível de especialização e experiência profissional de mais de cinco anos na área ou experiência de magistério superior, de, no mínimo, dois semestres na área jurídica. Argumenta que, cumprindo as determinações constantes do edital, apresentou a documentação exigida, com exceção do certificado de conclusão de curso de pós-graduação, por não tê-lo concluído e por entender que a exigência era ilegal. Sua inscrição foi aceita sem qualquer ressalva, tendo prestado o concurso, sendo aprovado em primeiro lugar. Remetido o resultado para homologação, o Cepe, por maioria de votos, acolhendo o parecer da Relatora, desclassificou o impetrante, classificando a candidata aprovada em 2º lugar, justamente por não ter concluído a pós-graduação. Tal decisão foi referendada pelo Magnífico Reitor, publicando o referido resultado. Sustenta que o ato em questão reveste-se de ilegalidade, porquanto a exigência que motivou sua desclassificação somente consta da Resolução n. 8/92, não estando prevista em lei. Ao contrário, a Lei n. 5.539, de 27/11/68, que modificou dispositivos da Lei n. 4.881/65 (Estatuto do Magistério Superior), em seu art. 6º, exige tão-somente graduação em curso de nível superior. Assim, não seria possível à Universidade, por resolução, alterar a lei. Ademais, no § 3º do aludido preceito, dispõe que o auxiliar de ensi-

no deverá obter certificado de aprovação em curso de pós-graduação no prazo de quatro anos, pena de não poder ser renovado o contrato. E tendo deferida sua inscrição e ao ser admitido a prestar o concurso, foi considerado qualificado para o cargo, ainda mais que, para a nomeação posterior, nenhuma outra documentação foi-lhe solicitada.

Requeru, por isso, a concessão de liminar, suspendendo os efeitos do ato impugnado, posto que a segunda colocada, Sandra Krieger Gonçalves Silva, fatalmente seria nomeada para o cargo, dele tomando posse, em que pese esteja o impetrante lecionando a disciplina objeto do concurso. Postulou, por fim, a concessão definitiva da ordem, para que seja revertido o ato administrativo, assegurando-se-lhe a classificação em primeiro lugar.

Deferida a liminar, a autoridade impetrada prestou as informações de praxe, esclarecendo que as normas para Concurso Público de Provedor de Cargos Docentes da Universidade estão definidas na Resolução n. 25/90, de 18/12/90. A cada concurso corresponde um edital, com o conteúdo proposto pelo Departamento respectivo, sendo a redação final aprovada pelo Cepe, em sessão plenária. No Edital n. 10/93, como nos demais, constou a exigência, para a classificação do candidato, da conclusão de curso de pós-graduação em nível de especialização. Tal exigência consta da aludida Res. n. 25/90, em seu art. 10, III. Por outro lado, a Resolução n. 8/92, pautada em deliberação do Conselho de Ensino, estabeleceu que a partir de 1º/7/92 somente poderiam ser contratados, em qualquer catego-

ria funcional, para preenchimento de cargos de docentes, pessoas portadoras de qualificação profissional, no mínimo, a nível de especialização (pós-graduação lato sensu). Argumenta, de outro lado, que o art. 207 da Carta Constitucional concedeu às universidades autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, não se submetendo, portanto, à legislação federal invocada, mesmo porque a Universidade Regional de Blumenau foi instituída pelo Poder Público municipal, pela Lei Municipal n. 1.557, de 24/12/68. A esse propósito, colaciona doutrina e jurisprudência. Enfatiza, por fim, que a inscrição é ato meramente administrativo-burocrático, não comprometendo, favorável ou desfavoravelmente, o resultado final do concurso, pois o julgamento do candidato é da alçada exclusiva da banca examinadora.

Citada, a litisconsorte necessária — Sandra Krieger Gonçalves Silva — ofereceu contestação, alegando, preliminarmente, carência de ação, por impossibilidade jurídica do pedido e falta de interesse de agir. No mérito, requereu a denegação da segurança, sustentando que o acolhimento da inscrição, assim como a aprovação no concurso não geram qualquer direito, pois dependentes de homologação pelo órgão deliberativo, que é o Cepe. Sustenta, ademais, que a Universidade tem autonomia para disciplinar a realização dos concursos, na conformidade do art. 207 da CF. Daí por que o ato impugnado não feriu direito líquido e certo do impetrante.

A Dra. Promotora de Justiça manifestou-se pela concessão da segurança.

Sentenciando, o Dr. Juiz de Direito, na esteira do parecer ministerial, julgou procedente o pedido, concedendo definitivamente a segurança, homologando o julgamento da comissão examinadora e conferindo ao impetrante o primeiro lugar no certame.

Irresignada, apelou a litisconsorte passiva necessária, pugnando pela reforma da sentença, sustentando, em suma, que caso mantida a decisão profligada as universidades catarinenses não mais terão autonomia na escolha do seu corpo docente, mesmo não estando submissas à legislação do ensino universitário federal. Aduz que a qualificação exigida constava do edital, acrescentando que o impetrante lecionava como professor colaborador e não como auxiliar de ensino, circunstância que o colocava em igualdade de condições relativamente aos demais candidatos, não o desobrigando dos títulos exigidos no edital.

Nas suas contra-razões, o impetrante alega ser intempestivo o recurso e ter este restado sem objeto, porque o Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade reafirmou a decisão anterior, homologando o resultado do concurso.

A Dra. Promotora de Justiça foi pelo desprovimento da irresignação.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em preliminar, manifestou-se pela decretação da nulidade do feito, por incompetência absoluta da Justiça Estadual para o julgamento da causa, por envolver ato de autoridade de estabelecimento de ensino superior, invocando, para tanto, a Súmula 15 do extinto TFR. No mérito, manifestou-se

pelo conhecimento e provimento do recurso.

2. A matéria processual invocada — incompetência absoluta do juízo, intempestividade da irresignação e ausência de objeto do recurso, tendo em vista a retificação do ato impugnado — não merece acolhimento, como se demonstrará.

2.1. Inassiste razão ao ilustre parecerista, quando sustenta a incompetência absoluta do Juízo.

Colhe-se dos autos que a Universidade Regional de Blumenau, tendo por entidade mantenedora a Fundação Universidade Regional de Blumenau — Furb, foi instituída pela Lei Municipal n. 1.557, de 24/12/68. Trata-se, portanto, de instituição municipal de ensino superior, que, dentro do princípio da autonomia constitucional, possibilita ao Município organizar e gerir o seu sistema de ensino, exercitando, por outro lado, atividade delegada da União Federal.

Nesse contexto, para definir-se a competência, há de se estabelecer a natureza do ato objeto do writ of mandamus. Quando corresponde à típica atividade administrativa interna corporis, originariamente ditada nos estatutos e regimento do estabelecimento de ensino superior, a competência é reconhecida em favor da Justiça Estadual. Por outro lado, em se tratando de ato que, pela sua natureza, longa manus do poder delegante, decorre de disciplinamento para o ensino superior nacional, decidido pelo Conselho Federal de Educação, o controle judicial compete à Justiça Federal (STJ, CC 3112, rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. 25/5/93, DJ 28/6/93, pág. 12.825).

Na hipótese vertente, não há dúvida que se trata de atividade administrativa interna corporis, não envolvendo ato de natureza delegada, por tratar-se de mera questão relativa à homologação de concurso público para provimento de cargo de docente, realizado de acordo com as normas estatutárias e regimentais da própria Universidade.

Assim, não se evidenciando no ato em questão, praticado por dirigente de estabelecimento de fundação municipal de ensino superior, interesse da União Federal, a competência da Justiça Comum Estadual se impõe (RTJESP, Lex 128/280).

Nessa esteira tem-se posicionado reiteradamente a jurisprudência do STJ, como se colhe do Conflito de Competência n. 8.105-0—SP, em que foi relator o eminente Min. Hélio Mosimann:

“Conflito de competência. Mandado de segurança. Ensino superior. Ato administrativo praticado pelo reitor da Universidade. Autarquia municipal. Competência da Justiça Estadual.

“I — Dentro do princípio da autonomia constitucional, os Estados e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.

“II — Se o ato não é praticado por delegação da União Federal, a competência para processar e julgar mandado de segurança é da Justiça Estadual” (JSTJ e TRF, Lex 72/36).

2.2. O apelo é tempestivo.

Afasta-se a arguição de intempestividade do recurso, pois, segundo entendimento desta Câmara, os processos de mandado de segurança

têm sua tramitação suspensa durante as férias forenses coletivas. Sobre o tema, o eminente Des. João José Schaefer, no julgamento da ACMS n. 5.609, da Capital, averbou:

“— Mandado de segurança.

“— Não tem curso durante as férias, se a lei federal que o regula nada dispõe em tal sentido (CPC, art. 174, III).

“— Nem por isso, contudo, ficam vedadas sua interposição nesse período e a apreciação do pedido de liminar, como atos necessários à conservação de direitos que possam ser prejudicados pelo adiamento, na forma do inciso I do mesmo artigo 174 do CPC”.

Colhe-se do corpo do venerando aresto:

“O Código de Processo Civil diz, no art. 174, que se processam durante as férias e não se suspendem pela superveniência delas, entre outras, ‘III — todas as causas que a lei federal determinar’.

“A Lei n. 1.533/51, que dispõe sobre o mandado de segurança, contudo, não determina o seu trâmite durante as férias.

“Nem por isso, entretanto, se proíbe que tais ações possam ser propostas e prosseguir até a liminar, durante as férias, mas por força do inciso I do art. 174 do CPC que diz processarem-se durante as férias, não se suspendendo pela superveniência delas: ‘I — os atos de jurisdição voluntária bem como os necessários à conservação de direitos, quando possam ser prejudicados pelo adiamento’.

“Essa a inferência lógica do disposto no inciso III, que exige indicação

de lei federal para que a causa corra durante as férias, e do inciso I, que admite a prática de atos necessários à conservação de direitos, cujo retardamento possa trazer prejuízos à parte.

“Voto do hoje Ministro Sálvio de Figueiredo, ao tempo em que julgava no TAMG (RF 276/170), referiu que o Simpósio de Curitiba, em sua conclusão LXXVII, acolheu o entendimento de que ‘o processo de mandado de segurança não corre nas férias, mas nestas poderá ser ajuizado o pedido e deferida a suspensão liminar do ato impugnado’.

“Theotônio Negrão (nota ao art. 174 do CPC) indica entre os processos que não correm durante as férias: ‘(...) os mandados de segurança’, indicando como suporte dessa afirmação: (SIMP — concl. LXXVII, aprovada por unanimidade; VI ENTA — concl. 41, aprovada por unanimidade; 4ª Câmara do TJSP — RT 524/92 e 540/104; 1º TACivSP — RT 524/140, 588/103 e 607/95; 2ª Câmara TJSP — RTJESP 54/180; 3ª Câmara TJSP — RJTJESP 64/197 e 69/126; 15ª Câmara TJSP — RJTJESP 119/261 e 136/356; JTA 57/51.

“Há decisões em sentido contrário, referidas também por Theotônio Negrão, mas outras, não constantes da relação acima, podem ser lidas no autorizado repertório jurisprudencial de Alexandre de Paula, como por exemplo do TJPR (RT 539/202, n. 3.810 do II volume de O Processo Civil à Luz da Jurisprudência); do TJSP (RT 534/70 e n. 3.822-A do mesmo II volume de A. de Paula); e ainda, no volume X, sob o n. 22.679; acórdão desta Corte na ACMS n. 1.860 da lavra do eminente Des. Wilson Gua-

rany, deste teor: ‘não fluem nas férias forenses os prazos para mandado de segurança, razão pela qual é tempestiva a apelação interposta imediatamente após o decurso das férias coletivas’.

“Oportuno, aliás, conhecer-se a fundamentação da 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo porque enfrentou a matéria ante a alegação de que a legislação estadual contemplaria o curso de mandado de segurança nas férias: ‘No regime anterior, o Código Judiciário do Estado (Dec.-Lei n. 3, de 27/8/69), no art. 113, § 2º, dispunha: ‘Além dos atos enumerados no parágrafo anterior, podem ser processados e julgados durante as férias e não se suspendem pela superveniência delas: 1) os mandados de segurança’.

‘Todavia, a norma foi baixada, quando vigorava o Código de Processo Civil de 1939, cujo art. 40 estabelecia: ‘Os Estados, em suas leis de organização judiciária, decretarão férias coletivas e indicarão os processos que durante as mesmas deverão correr’.

‘Revogado o Estatuto Processual, não mais subsiste a legislação estadual pertinente à matéria, porque o Código de Processo Civil vigente não manteve regra semelhante à do art. 40 acima transcrito’ (RTJESP 69/126).

“Acrescenta esse julgado que ‘os arts. 173 e 174 do atual CPC não mencionam o mandado de segurança, logo, com exceção da liminar, que poderá ser concedida para conservação de direitos, o feito não corre nas férias forenses’, lembrando, ainda, o decidido no Simpósio de Curitiba, cuja con-

clusão está na RT 482/273 e anotando que igual deliberação tomou a Assembléia de Juizes do Estado de São Paulo em 1973.

“O aresto constante da RT 540/104, referido por Theotonio Negrão, e também do TJSP (4ª Câmara Civil), teve também como inaplicáveis disposições de leis estaduais sobre ações que correriam nas férias, como o autorizava o art. 4º do Código de 1939, porque tais normas foram revogadas pelo art. 173 do vigente CPC”.

A par da decisão em foco, na ACMS n. 5.568, da Capital, em que foi relator o signatário, esta colenda Câmara teve ensejo de reafirmar o mesmo posicionamento:

“Segundo entendimento desta Câmara, os processos de mandado de segurança têm sua tramitação suspensa durante as férias coletivas da Justiça de Primeiro Grau”.

Sendo assim, conhece-se do recurso.

2.3. Não há falar, de outra parte, em perda de objeto do recurso pelo fato de a autoridade impetrada ter retificado o ato impugnado.

A portaria que consta de fls. 213, que retificou o resultado do concurso público de títulos, confirmando o impetrante em primeiro lugar, alterando a portaria anterior, foi editada em estrita observância da decisão judicial prolatada no presente feito, conforme restou justificado no ato administrativo em tela.

Ao que tudo indica, como a Universidade não recorreu da sentença, não teve conhecimento a instituição do recurso interposto pela litisconsorte necessária.

Nesse diapasão, em nada se modifica o procedimento recursal, subsistindo, por evidente, interesse processual no deslinde da questão.

3. No que pertine ao mérito, o recurso é provido, para denegar-se a segurança.

Pelo que ressei dos autos, o impetrante foi admitido como professor colaborador da Universidade Regional de Blumenau em agosto/1992, por um semestre, lecionando na cadeira Organização Judiciária, tendo sido autorizado pelo Parecer n. 29/93, do Cepe (fls. 22/35). Posteriormente, pelo Parecer n. 39/93, teve renovada sua autorização para docência, em caráter excepcional, não renovável, até 30/6/93, para mais um semestre, somente, por tratar-se de professor graduado (fls. 36), sem especialização. Ocorre que, pelo Parecer n. 182/92, de 18/8/92, o Cepe, pela sua Câmara de Ensino, havia determinado que os colaboradores com somente curso de graduação deveriam ser encaminhados, pelo respectivo Departamento, para algum curso de especialização, no prazo de um semestre, sob pena de não obterem a renovação para lecionar (fls. 12/20).

Instado por essa circunstância, o impetrante inscreveu-se no Curso de Pós-Graduação em Nível de Especialização em Comércio Exterior, promovido pela Furb (fls. 37).

Em 17/5/93, pelo Edital n. 10/93, a Universidade abriu inscrição para o concurso público de uma vaga de docente, na categoria de Professor Auxiliar de Ensino, do Departamento de Direito Público, na matéria Organização Judiciária, exigindo que os candidatos apresentassem a seguinte ti-

tulação, de acordo com o item III, do referido édito: graduação em Direito e pós-graduação em nível de especialização; e, ainda, experiência profissional de cinco anos na área ou experiência de magistério superior, de no mínimo dois semestres, na área jurídica (fls. 38/41).

Dentre os documentos exigidos para a inscrição, constava o diploma de graduação devidamente registrado e certidão de conclusão do curso de pós-graduação (item II, ns. 3, 4). Apesar disso, o impetrante, mesmo não tendo concluído o curso de especialização, à época, teve aceita sua inscrição, juntamente com a ora apelante Sandra Krieger Gonçalves Silva (fls. 42).

Realizado o certame, a Comissão designada proclamou o resultado, classificando o ora impetrante em primeiro lugar, com média 6,87, e a litisconsorte em segundo lugar, com média 3,05, encaminhando-o à homologação do Cepe, em obediência ao disposto no art. 22 da Resolução n. 25/90 (fls. 43).

O concurso envolvia fundamentalmente uma prova de títulos, submetendo-se os candidatos, também, a uma prova eliminatória de capacidade didática.

Sucedeu que o Cepe, pelo Parecer n. 241/93, em que foi relatora a Prof^a Lili Althoff Kalvelage, desclassificou o impetrante, ao fundamento de que não atendeu ao item III, letra b, do Edital n. 10/93, por não ter apresentado certificado de conclusão de curso de Pós-Graduação em nível de Especialização. Restou classificada, como candidata única, a professora Sandra

Krieger Gonçalves Silva, ora apelante (fls. 54/56). Daí a impetração.

Entende o impetrante estar o ato inquinado de ilegalidade, porquanto foi admitida a sua inscrição, foi aprovado, e, portanto, não poderia o Conselho, posteriormente, negar a necessária homologação ao certame.

É certo, conforme já decidiu o TJRS que é direito inafastável do candidato inscrever-se e prestar concurso público sem previamente ser obrigado a atacar os termos do edital, se nele entender presentes normas ilegais e/ou inconstitucionais. “Quem se inscreve e presta concurso público cujo edital estiver viciado de ilegalidade e/ou inconstitucionalidade não assume, ipso facto, qualquer compromisso de respeitar as suas regras, se viciadas” (Rev. Jurispr. TJRGS 135/282).

Todavia, conforme decidiu o TJSP — “Os requisitos de admissão em concurso para cargo público devem ser preenchidos no prazo da inscrição. A força vinculante do edital ou das instruções do concurso é plenamente reconhecida. Assim, se a prova de conclusão de curso superior é requisito essencial e o candidato não o preenche — a tanto não equivalendo a exibição de declaração da faculdade de que está inscrito prestes a concluí-lo — não tem direito, muito menos líquido e certo, à inscrição” (RT 645/83).

Conforme proclamou o STJ, pelo voto do brilhante Min. Vicente Cernicchiaro, no RMS 2.286-9—GO — “O edital é, conforme se repete, a lei do concurso. Com efeito, inexistindo afronta às normas do Direito, define as regras do certame” (RT 705/212).

Sobre este enfoque, portanto, inassiste-lhe razão.

De outro vértice, pretende o requerente que a decisão em apreço é ilegal porque a exigência do edital somente consta da Resolução n. 8/92, da Universidade, não estando inscrita em lei, nos estatutos ou no regimento da própria instituição. Ao contrário, a Lei Federal n. 5.539, de 27/11/68, que alterou preceitos da Lei n. 4.881, de 6/12/65 — o Estatuto do Magistério Superior —, em seu art. 6º, não exige curso de especialização para o ingresso nas atividades de ensino superior.

Analisando-se as normas estatutárias da Universidade, em seu art. 75, ao tratar do corpo docente, é definido como abrangente das seguintes categorias: a) professores do quadro; b) professores visitantes; c) professores colaboradores; d) auxiliares de ensino (fls. 100).

Já o Regimento Geral da Universidade, aprovado por Portaria Ministerial, em seu art. 87, ao tratar de concurso público para admissão de pessoal docente, estabelece regras genéricas, remetendo ao Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão a edição de normas complementares, inclusive para a função de auxiliar de ensino (inc. VII).

Nessa linha, foi editada a Resolução n. 25/90, posteriormente modificada pela Resolução n. 13/92, aprovando normas para concurso público de provimento de cargos docentes e contratação de colaboradores, dispondo o art. 7º regras específicas para o provimento do magistério de carreira. Estabeleceu-se que poderiam habilitar-se ao concurso público os

auxiliares de ensino, com no mínimo dois semestres de exercício da docência na Furb, na matéria/disciplina objeto do concurso, e os candidatos portadores de título obtido em curso de pós-graduação stricto sensu.

Foi justamente nesse preceito que a sentença impugnada, na esteira do parecer ministerial, encontrou embasamento para a concessão da segurança, interpretando que a norma em questão dispunha sobre situações alternativas. Donde não se poderia exigir cumulação de condições para situações diferenciadas.

Entretanto, vê-se claramente que não há parâmetro lógico para o enquadramento do impetrante na previsão em foco, porquanto a regra em questão dispunha para os professores de carreira, autorizando a concorrerem os professores auxiliares com dois semestres de ensino na Furb e os não professores, dotados de especialização. É evidente que o impetrante, na condição de professor colaborador, não poderia ser equiparado, para o fim proposto, ao professor auxiliar, mesmo porque era justamente para tal cargo que estava submetendo-se ao certame.

De qualquer sorte, ao tempo da realização do concurso vigia a Resolução n. 8/92, dispondo sobre a contratação de docentes, estabelecendo, em seu art. 1º, que, a partir de 1º de julho de 1992, somente poderiam ser contratados, em qualquer categoria funcional, para o preenchimento de cargos e de funções docentes, pessoas portadoras de qualificação profissional, no mínimo, em nível de especialização (pós-graduação lato sensu).

A exigência de tal condição no edital do concurso, portanto, estava devidamente legitimada pelo conteúdo normativo da resolução em apreço.

Resta definir se a Universidade teria autonomia constitucional para editar tais normas, ou, de outro aspecto, se estaria obrigada a observar a legislação federal apontada na exordial, que dá tratamento menos rigoroso para a admissão de professores na condição do impetrante.

O art. 207 da Constituição Federal estabeleceu que "As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão".

Diga-se inicialmente que parece fora de dúvida que nem a Lei n. 4.881/65, nem a Lei n. 5.539/68 disciplinam a admissão de docentes no âmbito da Universidade Regional de Blumenau, que, como já explicitado, trata-se de fundação municipal, cuja autonomia constitucional lhe é assegurada em plano dilargado em relação a tais diplomas, que regem especialmente as universidades do sistema federal — autárquico ou fundacional.

Ademais, o próprio art. 31 da Lei n. 5.540/68, ao tratar do corpo docente, dispõe que "o regime do magistério superior será regulado pela legislação própria dos sistemas do ensino e pelos estatutos ou regimentos das universidades e dos estabelecimentos isolados".

Para Henry Capitant, citado por Pinto Ferreira nos seus comentários ao art. 207 da Constituição (Comentários à Constituição Brasileira, 7º vol.,

Saraiva, 1995, pág. 122), a "autonomia, palavra do grego *autonomia*, é o direito de se reger por suas próprias leis (nomos). É o fato de uma coletividade (Estado, Estado Membro, circunscrição administrativa) determinar, ela mesma no todo ou em parte, as regras de direito que a regem. A autonomia é assim o aspecto positivo da independência. A autonomia absoluta é sinônimo de soberania".

O jurista Laband, também citado por Pinto Ferreira, salienta que "no sentido jurídico, a autonomia designa sempre um poder legiferante, pressupondo um poder de direito público, não soberano, capaz de estabelecer por direito público, e não por mera delegação, regras de direito obrigatórias". Da mesma forma Fritz Fleiner salienta que a autonomia se identifica com "a faculdade de criar o direito ou o direito de autolegislação. Blume sustenta que autolegislação e autonomia se equivalem. Zanobini acentua que a palavra autonomia apenas mostra o direito de determinadas entidades de elaborar normas e regulamentos, que o Estado reputa como lícitos e jurídicos. Enfim Enneccerus define autonomia como a faculdade, que compete às entidades, de estabelecer normas jurídicas" (ob. cit., págs. 122/123).

Após essas referências doutrinárias, anota Pinto Ferreira:

"Em resumo, há um conceito legal de autonomia, que aliás coincide com o seu conceito de ordem histórica, segundo o qual a autonomia é o poder que permite que as entidades estabeleçam normas jurídicas e regulamentos, que o Estado reputa como lícitos e jurídicos, elegendo ademais os seus dirigentes. E conclui:

“A autonomia da universidade é assim o poder que possui esta entidade de estabelecer normas e regulamentos que são o ordenamento vital da própria instituição, dentro da esfera da competência atribuída pelo Estado, e que este reputa como lícitos e jurídicos” (idem, pág. 123).

Giuseppi da Costa, em artigo assinado na Revista de Direito Público n. 91 (1989—126/134), intitulado Autonomia Universitária — Limites Jurídicos, ao tratar de hipóteses exemplificativas de atos de autonomia, pondera:

“O Mestre Hely Lopes Meirelles até aqui foi quem melhor definiu a autonomia administrativa dos entes educacionais: ‘é o poder de organizarem seus próprios serviços, fazê-los funcionar, inclusive convocar, nos termos da lei, pessoal habilitado’ (Parecer de 14/2/89) (...) Em outras palavras, têm autonomia para editar os atos administrativos necessários à sua organização, como por exemplo, seus estatutos, regimentos, resoluções etc. Podem até convocar pessoal habilitado para a execução de suas atividades, evidentemente que obedecendo aos comandos constitucionais e legais existentes, no que respeita à necessidade de observância de concursos públicos, assim como de criação prévia de cargos por disposição legal etc.”. E, conclui:

“Em resumo, são autônomas para gerirem suas próprias vidas”.

Nesse contexto, em face da autonomia que a Carta Política confere às universidades, não há dúvida quanto à legalidade de seus atos normativos. Destarte, o ato objurgado, fundado que está em resolução da própria Universidade, editada dentro da esfera de autonomia administrativa que esta possui de autogerir-se, está plenamente revestido de legalidade.

Tendo o impetrante, pois, descumprido uma exigência do edital, estipulada em consonância com ato normativo da própria Universidade, falece-lhe direito líquido e certo para exigir a homologação do concurso, por não lhe amparar o direito cuja atuação pleiteia.

4. Em face de todo o exposto, dá-se provimento ao recurso, para denegar-se a segurança, invertido o ônus da sucumbência.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Alcides Aguiar. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Jerônimo de Oliveira.

Florianópolis, 12 de setembro de 1996.

João José Schaefer,
Presidente com voto;
Pedro Manoel Abreu,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 97.004643-0, DE VIDEIRA**Relator: Des. Eládio Torret Rocha**

Mandado de segurança. Tributário. ICMS. Autorização fiscal para impressão de blocos de notas fiscais condicionada à satisfação de confessado débito fiscal. Súmula 547 do STF. Ato fiscal negativo, porém, fulcrado em norma autorizativa. Segurança concedida. Recurso e remessa providos.

1 — “A aparente quebra do princípio da isonomia, dentro e fora do processo, obedece exatamente ao princípio da igualdade real e proporcional, que impõe tratamento desigual aos desiguais, justamente para que, supridas as diferenças, se atinja a igualdade substancial” (Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco in *Teoria Geral do Processo*, 13ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, pág. 54).

2 — *Atende ao princípio legal da isonomia (art. 5º, caput, da CF) o ato fazendário que, fulcrado em normativo estadual, nega autorização para a impressão de documentos fiscais requerido por empresa que, reiterada e confessadamente, não paga, há longo tempo, sem justificação plausível, o ICMS incidente sobre operações comerciais que realiza.*

3 — *Conceber, o Poder Judiciário, a existência, na hipótese do item 2º, supra, de direito líquido e certo da empresa recalcitrante no cumprimento da lei fiscal que a tem como contribuinte do imposto, para autorizar, de conseguinte, a impressão dos documentos fiscais por ela desejados, seria o mesmo admitir como aceitável que o Fisco, a quem cabe o dever de coibi-los, tenha de emprestar feições de normalidade aos atos visivelmente protelatórios à satisfação do tributo e, por isso mesmo, marcadamente prejudiciais ao bem comum, fim este primordial do Estado.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 97.004643-0, da comarca de Videira (2ª Vara), em que é apelante o Estado de Santa Catarina, sendo apeladas União Frutas Ltda. e Mayer Agrícola Ltda.:

ACORDAM, em sessão da Câmara Cível Especial, à unanimidade de votos, prover o recurso voluntário e a remessa.

Custas de lei.

I — Relatório

No Juízo de Direito da 2ª Vara da comarca de Videira, União Frutas Ltda. e Mayer Agrícola Ltda. impetram mandado de segurança contra ato do Fiscal de Tributos Estaduais Felipe André Naderer, lotado na Unidade Setorial de Fiscalização 093 da referida cidade, pelo indeferimento do pedido que fizeram para a impressão de notas fiscais.

Alegaram as impetrantes, em suma, que, havendo requerido autorização fiscal para imprimir blocos de notas fiscais, modelo 1, série 1, restando o pedido indeferido, com suporte no art. 19, incisos III e IV, e §§ 1º e 2º, do Anexo III, do RICMS/SC, aprovado pelo Decreto n. 3.017/89, por possuírem débito para com a Fazenda Pública. A seu ver tal ato é ilegal e coativo, ferindo o direito do livre exercício de sua atividade econômica.

Pediram, finalmente, a concessão da segurança para que obtenham autorização fiscal para impressão do material pretendido.

A liminar foi deferida em face do contido na Súmula 547 do STF e dos precedentes deste Tribunal de Justiça (fls. 2/3).

A autoridade coatora prestou informações, afirmando que o ato praticado é legal, porque calcado no regulamento do ICMS/SC, não tendo mais aplicação a Súmula 547 do STF, por ser editada sob a égide das Constituições Federais de 1946 e 1967 e, por fim, por inexistir direito líquido e certo.

Houve manifestação ministerial pela concessão da segurança (fls. 82/84).

Após habilitação do Estado ao feito, sobreveio a prestação jurisdicional que concedeu a ordem em definitivo.

Irresignado, a tempo e modo, recorreu o Estado de Santa Catarina, pleiteando a reforma da sentença com reedição dos argumentos expendidos nas informações.

Nas contra-razões, as impetrantes pedem a confirmação da sentença citando a remansosa jurisprudência deste Tribunal a respeito da matéria.

Os autos ascenderam e, nesta Instância, a Procuradoria-Geral de Justiça reiterou o parecer ministerial que concluiu pelo desprovimento do apelo e da remessa.

É este, em síntese, o relatório.

II — Voto

O apelo do Estado de Santa Catarina busca a reforma do decisório concessivo da segurança, em face de a autoridade fiscal haver negado, à apelada, autorização para a impressão de notas fiscais utilizáveis na sua atividade econômica, que cuida, basicamente, da produção e comercialização de maçã e outras frutas (cláusula 3ª do contrato social — fls. 18).

A pretensão à ordem, a final concedida, está lastreada, primordialmente, na ilegalidade do ato fiscal enfocado, que afronta, além da Súmula 547 do colendo Supremo Tribunal Federal, dispositivos inseridos na Constituição Federal (artigos 5º, incisos II e XIII, e 170).

Sobreleva anotar, desde logo, que a jurisprudência pátria, inclusive a desta Corte Catarinense, vem perfil-

lhando, fundamentalmente desde a edição da Súmula 547 do STF, o entendimento acolhido, no caso, pela sentença profligada, segundo o qual “Dispondo o Fisco de meios próprios para cobrança de tributos que lhe sejam devidos, não pode indeferir pedido de impressão de notas fiscais, obstando o regular exercício da atividade profissional do contribuinte como forma de coagi-lo ao pagamento de débito” (ACMS ns. 4.490 e 5.724, entre outros — dei destaque).

O Fisco Estadual, para obstar a autorização colimada, diz-se sustentado no artigo 19 do Regulamento do ICMS, instituído pelo Decreto n. 3.017, de 28/2/89, que, nos seus incisos III e IV, facultam aos órgãos da Diretoria de Tributação e Fiscalização a proibição de impressão de documentos fiscais para empresas e outros estabelecimentos que estiverem em débito com a Fazenda Estadual, quer sejam obrigações principais ou acessórias.

O Estado Democrático de Direito, enfatizado sobremaneira pela Carta Política da Primavera de 1988, parte do primado fundamental segundo o qual todos são iguais perante a lei, constituindo objetivos fundamentais da República: a) a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; b) o cuidado para que a pobreza e a marginalização sejam erradicadas; e c) a promoção do bem de todos os brasileiros, sem qualquer distinção (arts. 3º e 5º, caput, da CF).

O indistinto cumprimento da lei, que busca alcançar, como se sabe, em essência, a paz social duradoura, aparece como modo de atender ao postulado clássico de que a socie-

dade se sustenta em bases que considera a cooperação e o respeito entre todos os cidadãos que a integram como a sua mola propulsora mestra, de modo a que todos tenham condições de vida digna e honesta, até porque, segundo outro primado da Carta Política, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa em virtude de lei (art. 5º, inc. II).

Postos esses parâmetros, cumpre realçar, de princípio, que a apelada admite, já com o petitório proemial (item 3º), ser devedora da Fazenda Estadual, tendo sido os seus administradores, inclusive, segundo consta das informações, objeto de ação penal, na comarca de Fraiburgo, por crimes contra a ordem tributária.

Consta, a propósito, do documento oriundo do Fisco (fls. 37/40), ao ensejo do indeferimento do pedido administrativo, cujo conteúdo e veracidade dos dados ali inseridos não restaram, aliás, atacados na peça vestibular, dados alarmantes a respeito do inadimplemento da apelada em face dos seus compromissos com o ICMS.

Tanto que, a valores de outubro de 1996, somam mais de R\$ 163.000,00 (cento e sessenta e três mil reais) os débitos já lançados em dívida ativa, sem contar a existência de quase uma dezena de outras notificações, além de débitos oriundos da denominada “denúncia espontânea”, cujos parcelamentos, deferimentos na via fiscal administrativa, não estão sendo cumpridos.

Assim é que, segundo as mesmas informações da autoridade apontada como coatora, a dívida global da apelada já ultrapassaria a impressio-

nante cifra dos R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais).

Contrariamente, é bem de notar, nenhuma referência, pela apelada, a respeito desses dados, na resposta ao recurso do Estado de Santa Catarina, o que leva a presunção legal de sua veracidade, até porque, segundo o acatado magistério do inolvidável Hely Lopes Meirelles, "...as informações merecem credibilidade, até prova em contrário, dada a presunção de legitimidade dos atos da Administração e da palavra de suas autoridades" (in Mandado de Segurança e Ação Popular, 12ª ed., pág. 62).

Em suma: considerando que o documento fiscal indeferitório data de novembro de 1986, há menção de que a apelada não vem recolhendo o ICMS desde março de 1994, período no qual, frise-se, o Brasil, mesmo que a duras penas, viveu relativa estabilidade econômica.

De indagar-se, pois: e se todos os contribuintes, a exemplo da apelada, tivessem de agir identicamente, ou seja, deixar de pagar os impostos? Quebraria o Estado? A União suportaria? Poderia o Poder Público, tal qual foi posto acima, atender ao disposto no art. 3º da Carta Magna? Como admitir-se, pois, essa situação anômala?

A verdade é uma só: da forma com que a apelada vem operando, não interessa ao Estado e à sociedade catarinense, pois a empresa, como toda a pessoa física, segundo suso colocado, precisa contribuir para o cumprimento dos fins sociais a que se destinou quando de sua gênese, ainda que se tenha de admitir a imensa e por vezes até injusta carga tributária vigente.

O errôneo comportamento fiscal da apelada, entretanto, tem, neste País, infelizmente, levado os governos a aumentarem sistemática e irritantemente a carga tributária das empresas e da própria pessoa física, posto que parecem ser sempre os mesmos destinatários da pesada conta, pois que dela a rigor não podem fugir, já que os pagadores recalitrantes, como é o caso da apelada, ficam beneficiados por procedimentos fúlgidos e por vezes inconfessáveis, aliados ao encontradiço mal funcionamento dos setores fiscalizatórios nos três níveis do Poder Executivo.

Um exemplo dessa conta tributária mal dividida, inescapavelmente sempre suportada pelos mesmos contribuintes, é o Imposto de Renda, assim impropriamente denominado, pois na verdade quem o satisfaz não são outros senão os assalariados, dado que os verdadeiros detentores da renda nacional sempre encontram isenções e outros escapismos da hora.

É chegado o momento, pois, de cada setor fazer a sua parte, como clama o digno subscritor das informações, Fiscal de Tributos Felipe André Naderer, para quem, diante do indeferimento da pretendida impressão das notas fiscais, "O que se proíbe é a comodidade de os maus pagadores imprimirem e utilizarem-se de documentos fiscais para continuarem a lesar a coletividade como um todo, em detrimento de outros que honram os seus compromissos, apurando ao final de cada mês o montante a recolher, e efetuando, no vencimento, o devido pagamento" (fls. 62).

Cuido que ao Poder Judiciário, assim, resta a tarefa de, ainda que

presente a Súmula 547 do STF, respeitável por sem dúvida, porém de vetusta gênese, mudar o norte de seu entendimento no que pertine à declarada ilegalidade do ato fiscal enfocado, a fim de não emprestar correção às ações deduzidas por notórios sonegadores e grande número de maus pagadores, até por respeito aos contribuintes que, com sacrifício porém voltados ao bem comum antes aludido, pagam pontualmente os impostos.

Em assim agindo, estará o Poder Jurisdicional mais sensível às necessidades prementes da sociedade, sobretudo a menos aquinhoadada, já que carente de ações sociais dos governos que visem a diminuição, de uma vez por todas, sem proselitismos políticos de velhos, desusados e já desacreditados chavões, as desigualdades que grassam entre os brasileiros, os quais, a final, com boa dose de razão, parecem não mais acreditar no Estado como ente jurídico sério e confiável.

E isso só será possível se todos, o povo, as empresas e os governantes, cumprirem com as suas obrigações, gerando riquezas que não fiquem só nas mãos daqueles que se jactam de serem mais espertos do que a maioria e daqueles que, de um modo ou de outro, sempre encontram um jeito de tergiversar o cumprimento da lei, como tem feito até aqui a apelada, pois que é inescandível a sua má vontade no atendimento ao disposto na Lei Estadual n. 7.547/89, instituidora do ICMS, tributo este cujo devido e confessado recolhimento, como acima explicitado, tem reiteradamente inatendido.

O apelante, irrecusavelmente, está dando cumprimento ao aludido Diploma, visto que, segundo o seu artigo 40, "Compete à Secretaria do Estado da Fazenda a supervisão, o controle e a fiscalização do imposto".

De outra parte, atende, por igual, o apelante, por meio de seus órgãos fiscais, o regramento contido no artigo 19 do Decreto n. 3.017, de 28/2/89, que trouxe a lume o Regulamento do ICMS/SC, inquinado de ilegal, e que prevê a possibilidade de a Diretoria de Tributação e Fiscalização "...proibir a impressão de documentos fiscais para as empresas que estiverem em débito com a Fazenda Estadual, em relação às suas obrigações principal e acessórias".

Percebe-se, a propósito do tema, que a apelada em nenhum momento pretendeu o exame da inconstitucionalidade incidental da norma, pelo que inviável, assim, o denominado per saltum.

A norma em tela não é ilegal, todavia, como quer fazer crer a apelada.

A legislação inserida no arcabouço jurídico pátrio tem, amiúde, instituído "...prerrogativas, como as concedidas à Fazenda Pública e ao Ministério Público, instituídas com vistas ao interesse público e em razão da natureza e organização do Estado", como enfatizam Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco em sua excelente monografia Teoria Geral do Processo (13ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, pág. 54).

Citam-se, a propósito do tema, somente para ficar no âmbito do Código de Processo Civil, os benefícios

previstos no artigo 20, § 4º (o percentual de honorários aquém do mínimo estatuído); os do artigo 27 (despesas pagas ao final da demanda); os referidos no artigo 188 (prazos dilatados para responder e recorrer); o privilégio deferido pelo artigo 475 (reexame necessário na hipótese de sentença desfavorável às Fazendas); as benesses dos artigos 730 e 731 (nas execuções); o benefício do parágrafo único do artigo 928 (inviabilidade de concessão de liminar antes da justificacão), entre outros.

Então, seriam esses dispositivos legais passíveis de ilegalidade em face de eventual argumento de quebra do princípio da igualdade? Evidentemente que a resposta seria negativa, na medida em que o interesse público reclama-os como necessários, como bem explicita a lição dos doutos processualistas Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, na obra mencionada.

Quebra do princípio da igualdade, do caput do art. 5º da CF, representaria deferir, o Fisco, a autorização pretendida pela apelada, sem impor-lhe qualquer exigência em face do débito confessado, considerando idêntico procedimento que teria de cumprir com outra empresa em dia com seus compromissos fiscais.

Ademais, como disposto no artigo 170, parágrafo único, da CF, o exercício da atividade econômica é irrecusavelmente livre, sim, mas estreitamente jungido aos limites da lei, como sucede com o regramento contido no artigo 155, II, da mesma Carta Magna, que instituiu o ICMS e obriga, a todos os sujeitos passivos, inclusive

a apelada, ao seu recolhimento a tempo e modo, sempre que presente o fato gerador que lhe enseja gênese.

Por isso mesmo é que, para os três renomados juristas antes citados "A aparente quebra do princípio da isonomia, dentro e fora do processo, obedece exatamente ao princípio da igualdade real e proporcional, que impõe tratamento desigual aos desiguais, justamente para que, supridas as diferenças, se atinja a igualdade substancial" (obra citada, pág. 54).

E foi pensando precisamente assim, tratando desigualmente a apelada descumpridora da norma legal pertinente daqueles em dia com os seus compromissos fiscais, que a autoridade fazendária negou a impressão das notas fiscais, até para que, com esse ato, não parecesse aos seus responsáveis um aval do Fisco aos seus reiterados procedimentos contrários à Lei Estadual n. 7.547/89, que o tem como contribuinte do ICMS.

Há, assim, ao contrário do que quer fazer crer a apelada, disposição legal dando supedâneo ao ato fazendário não autorizativo da impressão dos documentos fiscais, na hipótese o artigo 19 do sobredito Decreto n. 3.017/89.

Demais disso, a ação corretiva ensejadora do pedido de segurança não inviabiliza, apenas embarça, como visto com justa razão a atividade econômica da apelada, considerando a existência, na atualidade, da denominada nota fiscal avulsa, que, ainda que de forma atípica, acoberta as operações atinentes à circulação de mercadoria, ainda que acompanhadas de comprovante de recolhimento do imposto respectivo.

A respeito da viabilidade da ação restritiva fazendária focalizada, há, em verdade, destacado precedentemente do egrégio Tribunal de Justiça de Pernambuco, pela sua colenda Quarta Câmara Cível, colhendo-se do corpo do aresto o entendimento seguinte:

“Ora, como o fundamento do pedido inicial, primordialmente, é o disposto no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, mas, havendo, segundo demonstrado, norma legal autorizativa de restrição e cabendo à Secretaria indicada o controle de atos que visem ordenar a atividade fiscal, inclusive, não se tem como, primeiro, negar crédito ao afirmado pela Administração, e, segundo, relevar a existência de lei para a prática de ato administrativo” (Apelação Cível n. 26.564-9, rel. Des. Napoleão Tavares).

Em outro julgado, oriundo do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, o voto vencido do Des. Armando Biachi perfilha o mesmo caminho, entendendo, “...não haver, no caso, qualquer contrariedade ao princípio da liberdade do exercício profissional, contido no dispositivo citado. Trata-se de normas de Direito Tributário, que não impedem o exercício profissional, mas tão-somente regulamentam o exercício de uma atividade comercial”.

E, mais além, salienta, verbis:

“Se por um lado se pode argumentar que a negativa pode paralisar a atividade da impetrante, por outro, não há se negar a legitimidade do Estado em exigir garantia para a liquidação dos débitos. Entender o contrá-

rio importaria que empresas devedoras fossem ampliando suas dívidas, sem perspectivas de liquidação, causando, com isso, enormes prejuízos ao Estado.

“Coação ilegal seria a negativa pura e simples, mas condicionar a concessão da licença à constituição de garantia, vê-se atividade lícita do Estado” (Reexame Necessário n. 592101950).

Como se denota, nada obstante admita-se raros os pronunciamentos favoráveis à negativa fazendária enfocada, aqui e ali começa a aparecer justa e oportuna reação ao respeitável entendimento dominante, inclusive no Primeiro Grau neste Estado, segundo se sabe de brilhantes sentenças já proferidas pelos eminentes Magistrados Jairo Fernandes Gonçalves, de Tubarão, e Rodrigo Antonio da Cunha, de Joinville.

O caminho a trilhar até a possível e desejável reversão do entendimento jurisprudencial hoje assentado é, inegavelmente, longo e, quem sabe, penoso. Mas é preciso ousar. Dar os primeiros passos. Afinal, a atividade jurisdicional é necessariamente dinâmica e essencialmente criativa. É que, a meu sentir, venia concessa, o novel entendimento é, tal qual posto, irrecusavelmente justo e juridicamente defensável. Os contribuintes que atendem, com correção, os seus compromissos fiscais, entenderão o gesto e se alentarão para continuar cumprindo a lei. A sociedade toda certamente lucrará. Quanto aos outros, os refratários, como é o caso da apelada de cuja liminar satisfativa já se beneficiou, esses tratarão de, para o futuro, mudar os seus procedimentos fiscais.

Disse-o bem, o Dr. Luiz Carlos Schmidt de Carvalho, digno Promotor de Justiça, a respeito do tema focalizado, que, "Lamentavelmente, e em alguns casos, só o constrangimento advindo de um processo judicial e o peso das penas restritivas de direito e de liberdade poderão despertar o cidadão transgressor ao cumprimento do seu dever para com as ações de Estado na educação, na saúde, na proteção à infância, na Justiça, na segurança, nas obras de saneamento, habitação, rodovias etc." (Anotações sobre Crimes Contra a Ordem Tributária in Cadernos do Ministério Público, ano I, n. I).

Sendo assim, somente quem cumpre as normas legais próprias do Estado de Direito e tem um de seus direitos postergados pode, com certeza, falar em direito líquido e certo, e não aquele que, com objetivos bem definidos, as tergiversa sistematicamente, valendo-se das sucessivas crises econômicas do País, como se o argumento pudesse ser invocado, apenas por alguns, como forma de deixar, indefinidamente, de pagar os impostos

que a atividade econômica livremente escolhida por si lhes impõe.

Inexistente, pois, na hipótese, direito líquido e certo a proteger. Pelo meu voto dou provimento ao apelo do Estado de Santa Catarina e à remessa, para, via de consequência, denegar a segurança, cassando a liminar e sujeitando a apelada ao pagamento das custas do processo.

III — Decisão

Nos termos do voto do relator, a Câmara, sem discrepância de votos, proveu o recurso e a remessa.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins, lavrando parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Odil José Costa.

Florianópolis, 24 de março de 1999.

Solon d'Eça Neves,
Presidente com voto;
Eládio Torret Rocha,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 97.003519-5, DA CAPITAL

Relator: Nelson Schaefer Martins

Mandado de segurança. Deferimento, para a exploração seccionada de linha em que a impetrante é concessionária. Protesto tempestivo. Lei Estadual n. 5.684 de 9/5/80, art. 4º. Falta de pagamento de emolumentos. Decreto n. 12.601/80, arts. 21, § 1º, e 23. Ausência de oportunidade para a complementação. Inobservância dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla de-

fesa. Anulação do ato administrativo. Segurança deferida. Recurso provido.

Protocolado o protesto da impetrante, concessionária da linha de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros, dentro do prazo do art. 4º da Lei Estadual n. 5.684/80, a simples falta de pagamento dos emolumentos não pode impedir o seu conhecimento pela autoridade administrativa pois o art. 21, § 1º, do Decreto Estadual n. 12.601, prescreve que a Emcater deve abrir prazo para a complementação.

A omissão implica no descumprimento dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa especialmente por tratar-se de empresa concessionária para o trecho onde houve superposição de linhas.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 97.003519-5, da comarca da Capital (Vara dos Feitos da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho), em que é apelante Empresa Auto Viação Catarinense S/A e apelado Departamento de Transporte e Terminais — Deter:

ACORDAM, em Câmara Cível Especial, por votação unânime, dar provimento ao recurso para anular o ato administrativo.

Custas na forma da lei.

Perante o Juízo da Vara dos Feitos da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho da comarca da Capital Empresa Auto Viação Catarinense S/A impetrou mandado de segurança contra ato do Diretor-Geral do Departamento de Transportes e Terminais — Deter.

Alegou que a Empresa Reunidas S/A Transportes Coletivos requereu e obteve deferimento para a ex-

ploração seccionada da linha em que a impetrante é concessionária — Chapecó e Joinville, no trecho Rio do Sul—Joinville e vice-versa, o que provocou consideráveis prejuízos à Catarinense, inobservando-se no processo administrativo os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

A liminar não foi deferida.

Notificada, a autoridade dita coatora prestou informações assegurando que a legalidade foi observada e que o protesto da impetrante não foi conhecido por falta de pagamento de emolumentos, condição indispensável na hipótese.

A litisconsorte necessária Reunidas S/A manifestou-se indicando inexistência de direito líquido e certo e afirmando que a falta de pagamento da taxa administrativa impediu a análise do requerimento da impetrante.

Destacou a desnecessidade de licitação para o deferimento do seccionamento por não se tratar de nova concessão.

O Dr. Promotor de Justiça opinou pelo indeferimento da segurança e a sentença denegou a ordem.

A impetrante vencida apelou tempestivamente sob os seguintes argumentos: a) protocolara manifestação contrária à pretensão da litisconsorte que não foi analisada por falta de pagamento de emolumentos; b) a análise técnica identificou superposição de novo serviço ao contrato de concessão firmado com a Catarinense sugerindo indeferimento (Dec. 30.217/86, art. 47, inc. II); c) violação dos princípios do contraditório e ampla defesa, art. 5º, incs. II, XXXIV e LV.

O recurso foi preparado e contra-arrazoado e os autos ascenderam a esta Corte.

O Ministério Público em ambos os graus de jurisdição opinou pelo desprovemento do recurso.

É o relatório.

A Lei Estadual n. 5.684 de 9/5/80 que dispõe sobre o serviço público de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros prescreve:

“Art. 4º. A ampliação, diminuição e alteração de horários obedecerá prévia publicação de Edital de Consulta, com prazo de 15 (quinze) dias para que os interessados se manifestem”.

“Art. 5º. A concessão será delegada através de contrato administrativo com prazo de 10 (dez) anos e mediante processo de concorrência”.

“Art. 8º. Independe de concorrência a licença para:

“(…) IX — implantação e cancelamento de seção”.

O Decreto Estadual n. 12.601/80 que regulamenta a lei epígrafada estabelece:

“Art. 3º. Para efeito deste Decreto, entende-se por:

“(…) XXXIV — Seção: trecho do itinerário, configurado no documento de delegação, compreendido entre localidades determinadas, com fracionamento do preço da passagem.

“XXXV — Seccionamento: conjunto de seções”.

Por outro lado, constata-se que o protesto da impetrante foi protocolado dentro do prazo do art. 4º da Lei n. 5.684/80, ou seja, em 15 dias, pois o edital de consulta de que tratam os arts. 14 e 22 do Dec. 12.601 foi publicado em 14/10/93 (fls. 19) e o protesto apresentado em 22/10/93 (fls. 41/43).

Porém, a falta de pagamento dos emolumentos não poderia de per se impedir o conhecimento do protesto pela autoridade administrativa pois o art. 21, § 1º, do Dec. 12.601, prescreve que a Emcater deve abrir prazo para a complementação.

O não-conhecimento do protesto mesmo sem o pagamento dos emolumentos implicou no descumprimento do princípio do contraditório — CF, art. 5º, inc. LV, especialmente por tratar-se de empresa concessionária para o trecho onde houve superposição de linhas.

A propósito, colacionam-se precedentes do colendo Superior Tribunal de Justiça:

1) RMS n. 3.994-3-TO, 2ª Turma, rel. Min. Hélio Mosimann, j. 16/5/94:

“A concessão dos serviços de transportes coletivos para exploração

de linha de ônibus gera direitos e só pode ser alterada com observância do devido processo legal, assegurada ampla defesa”.

2) RMS n. 2.424-6-TO, 2ª Turma, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 11/5/94:

“A ordem legal assegura ao concessionário o direito de prévia audiência quando for do interesse público o estabelecimento de novos serviços que interfiram, no todo ou em parte, com o que lhe foi concedido. Ademais, não pode o Estado conceder aqueles serviços sem prévia licitação pública”.

Assim, a decisão administrativa, apesar de motivada, não considerou a oposição apresentada pela concessio-

nária da linha e por isso desrespeitou os preceitos do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Isso posto, dá-se provimento ao recurso para anular o ato administrativo a fim de que o Deter conheça do protesto oferecido pela impetrante.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Eládio Torret Rocha, e emitiu parecer pela douda Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Luiz César Medeiros.

Florianópolis, 3 de março de 1999.

Solon d’Eça Neves,
Presidente com voto;
Nelson Schaefer Martins,
Relator.

APELAÇÕES CÍVEIS

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.013451-0, DE SÃO JOSÉ

Relator: Des. Napoleão Amarante

Execução. Saldo devedor de contrato de mútuo para pagamento em trinta dias. Certeza e exigibilidade do título, com demonstrativo do débito e instruído com o respectivo extrato de conta. Anulação do processo a partir da sentença, inclusive, para a apreciação dos embargos.

A perplexidade do profissional do direito é cada vez maior, diante do mare magnum jurisprudencial, a mostrar, abertamente, o desconforto do dissenso, em tema como o da exequibilidade de créditos representados por contratos bancários, corretamente formaliza-

dos, e acompanhados dos respectivos extratos de conta.

Deve ser um suplicio para o patrono do credor, em hipótese como esta, exercer a opção, para a cobrança do débito, entre o procedimento comum e o procedimento executivo. É sempre possível, com grande margem de acerto, defini-la, no Primeiro Grau da jurisdição, conhecendo-se a tendência e a orientação adotada pelo magistrado.

Na instância recursal, entretanto, a estratégia poderá ser esboroada, em face do entendimento diverso do órgão de julgamento colegiado. E, então, anula-se a execução para remeter as partes às vias ordinárias ou extingue-se o processo de conhecimento para encaminhar o credor ao procedimento executivo. Despende-se esforço em vão, sem a necessária solução, quase sempre demorada, como ocorrente aqui, a repercutir nos serviços judiciais, na efetividade do Judiciário e no bolso das próprias partes, sendo que, ao menos uma delas, pode ser tomada de frustração e de justificado desencanto.

É preciso sobrepor, ao dissídio que impera em torno desse tema — o da executividade ou não dos contratos de crédito bancário —, os interesses superiores da justiça, que deve prover com presteza, economia e eficiência a condução das demandas até o seu termo final, mediante a edição definitiva da sentença.

Se os elementos de conta oferecidos com o contrato não se entremostrarem claros, em termos de acessórios, a não permitir, de pronto, o exame do excesso de execução, por valores decorrentes de ilegalidade ou abusividade, o caminho é a requisição da prova documental sobre a composição do cálculo e a indicação do método, da forma e dos coeficientes utilizados para a correspondente apuração da quantia executada.

Esta prova, que será a mesma a ser produzida na ação de conhecimento, pode ter lugar em sede de embargos do devedor, sem desvirtuá-los ou desqualificá-los. Se a solução for no sentido de afastar a constrição judicial de bens, como meio coercitivo e garantidor da cobrança, por assentar-se esta, segundo fundamentos técnico-processuais, em outro procedimento, nada a contestar, desde que venha, imperativamente, como via única e exclusiva à disposição do credor.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.013451-0, da comarca de São José (1ª Vara), em que é apelante o Banco do Estado de Santa Catarina S/A — Besc e apelado João Camilo da Silva:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

O Banco do Estado de Santa Catarina S/A pretende haver, executivamente, de Aberlado Santos da Silva e de João Camilo da Silva a importância de Cr\$ 186.086.957,62 (cento e oitenta e seis milhões, oitenta e seis mil, novecentos e cinquenta e sete cruzeiros e sessenta e dois centavos), com os demais acréscimos legais. Alega-se na inicial que os executados são responsáveis solidários, na condição de avalistas, com a devedora principal, Frigorífico Santos Ltda., em regime concordatário, pela dívida oriunda de contrato de abertura de crédito rotativo em conta corrente que, na data do ajuizamento da execução, perfazia aquele montante.

O segundo executado ofereceu embargos do devedor, requerendo, em preliminar, a nulidade da execução por inexistência de liquidez do título executado, seja porque o contrato de abertura de crédito não se amolda aos termos do artigo 585, II, do Código de Processo Civil, seja porque não se aperfeiçoa, para o efeito aqui tratado, com os extratos fornecidos pelo próprio credor, dada a característica

de serem documentos de típica elaboração unilateral.

No mérito, opõe-se à capitalização dos juros e aos encargos, aqueles porque ilegais, e estes porque não discriminados. Averba, ainda, como potestativa e, portanto nula, a cláusula do contrato que atribui ao exequente plena liberdade para compor parcelas a ser agregadas à quantia básica da dívida. Finalmente, rechaça a TR como indexador da correção monetária, a teor da Súmula 30 do egrégio Tribunal de Justiça. Requer, finalmente, se desacolhida a prefacial, a produção de prova pericial para a determinação correta do quantum debeatur.

Na impugnação, foi suscitada a prefacial de inépcia da inicial por não constar o valor da causa, indispensável, em sede de embargos, segundo julgados dos Tribunais.

No mérito, são enfrentadas, com manifestação contrária, todas as questões levantadas pelo embargante.

Este, por sua vez, compareceu aos autos para indicar precedentes segundo os quais a omissão apontada não acarreta a rejeição dos embargos, por subentender-se que o valor destes corresponde ao valor da execução (fls. 152/166).

Impulsionada a tramitação do feito pela egrégia Corregedoria-Geral da Justiça, adveio julgamento que, acolhendo a preliminar, declarou extinta a execução, por inexistência de título executivo extrajudicial com os atributos da liquidez, certeza e exigibilidade.

O vencido recorreu e, no afã de ver anulado o processo a partir da sentença inclusive, para efeito de

apreciação do mérito, aponta, transcrevendo-as, mais de uma dezenas de ementas, a revelarem que o contrato de abertura de crédito, acompanhado de extratos bancários ou da respectiva cambial, presta-se ao processo de execução.

Em sentido contrário é a jurisprudência colacionada na resposta à apelação, com a sinalização no sentido de seu desprovimento.

É o relatório.

II — Voto

A perplexidade do profissional do direito é cada vez maior, diante do mare magnum jurisprudencial, a mostrar, abertamente, o desconforto do dissenso, em tema como o da exequibilidade de créditos representados por contratos bancários, corretamente formalizados, e acompanhados dos respectivos extratos de conta.

Deve ser um suplício para o patrono do credor, em hipótese como esta, exercer a opção, para a cobrança do débito, entre o procedimento comum e o Procedimento executivo. É sempre possível, com grande margem de acerto, defini-la, no Primeiro Grau da jurisdição, conhecendo-se a tendência e a orientação adotada pelo magistrado.

Na instância recursal, entretanto, a estratégia poderá ser esboçada, em face do entendimento diverso do órgão de julgamento colegiado. E, então, anula-se a execução para remeter as partes às vias ordinárias ou extingue-se o processo de conhecimento para encaminhar o credor ao procedimento executivo. Despende-se esforço em vão, sem a neces-

sária solução, quase sempre demorada, como ocorrente aqui, a repercutir nos serviços judiciais, na efetividade do Judiciário e no bolso das próprias partes, sendo que, ao menos uma delas, pode ser tomada de frustração e de justificado desencanto.

É preciso sobrepor, ao dissídio que impera em torno desse tema — o da executividade ou não dos contratos de crédito bancário —, os interesses superiores da justiça, que deve prover com presteza, economia e eficiência a condução das demandas até o seu termo final, mediante a edição definitiva da sentença.

Se os elementos de conta oferecidos com o contrato não se entremostrarem claros, em termos de acessórios, a não permitir, de pronto, o exame do excesso de execução, por valores decorrentes de ilegalidade ou abusividade, o caminho é a requisição da prova documental sobre a composição do cálculo e a indicação do método, da forma e dos coeficientes utilizados para a correspondente apuração da quantia executada.

Esta prova, que será a mesma a ser produzida na ação de conhecimento, pode ter lugar em sede de embargos do devedor, sem desvirtuá-los ou desqualificá-los. Se a solução for no sentido de afastar a constrição judicial de bens, como meio coercitivo e garantidor da cobrança, por assentarse esta, segundo fundamentos técnico-processuais, em outro procedimento, nada a contestar, desde que venha, imperativamente, como via única e exclusiva à disposição do credor.

Na verdade, é preciso unidade de linguagem e de entendimento para que a divergência, mesmo em torno

de aspectos formais, não venha refletir-se negativamente no patrimônio do devedor e do credor.

Na espécie retornando à hipótese dos autos, depois dessas considerações que bem poderiam ser dispensadas, cumpre recapitular que a execução vem instruída com contrato de abertura de crédito em conta corrente no valor de CR\$ 70.000.000,00 (setenta milhões de cruzeiros reais), devidamente formalizado datado de 26 de novembro de 1991, para pagamento em 30 dias (fls. 6 dos autos da execução), com uma nota promissória da ordem de CR\$ 105.000.000,00 (cento e cinco milhões de cruzeiros reais), com vencimento em 26/12/91, e com mais três extratos bancários cobrindo o período.

Ora, diante desse contexto, presentes as cláusulas pactuadas e os preceitos comuns do direito que se aplicam nessa matéria, para efeito da apuração da soma efetivamente devida, com o expurgo dos excessos, não se pode, de modo algum, desclassificar o mútuo bancário e os extratos como componentes habilitadores do processo de execução.

Ademais, diante da prova requerida, existem os meios para, com objetividade, dar transparência e exatidão à expressão monetária devida, porque reconhecidamente certa, ao menos em parte. Aliás, com este norte são incontáveis as decisões dos Tribunais, segundo se pode inferir destas ementas:

“Não perde a liquidez a dívida cuja definição depende de cálculos aritméticos, para excluir parcelas já pagas ou incluir verbas acessórias, previstas na lei ou no contrato (REsp.

n. 29.661.8/MG, rel. Ministro Ruy Roldado de Aguiar, DJU 27/6/94, pág. 16.984).

“Sendo possível chegar-se ao quantum debeatur por meio de simples cálculos aritméticos, sem afetar a liquidez dos títulos a cobrança pelo saldo devedor, admissível se apresenta a via executiva, não sendo razoável, em tal moldura, remeter previamente o credor ao processo de conhecimento para ver satisfeito o seu direito (RSTJ 34/346).

Admissível, pois, na via dos embargos, reajustar a dívida, de modo a harmonizá-la à ordem jurídica, mediante prova documental simples, quando não extremamente singela.

De concluir-se, então, que, na hipótese, o contrato de crédito fixo, para vencimento em trinta dias, que restou impago, com o demonstrativo de débito constante da exordial e com o extrato correspondente são prestáveis à execução porque, por meio deles, pode-se, perfeitamente, montar, parcela por parcela, de acordo com a lei e com as cláusulas contratuais válidas, o valor definitivo da dívida.

Se este exercício puder comprometer a exequibilidade do título, neste compreendido o contrato e mais os extratos bancários, os embargos do devedor passarão a ser considerados instrumento processual de permanente desconstituidade da execução, dada a inexistência do débito bancário, que, pelo seu saldo, possa impor-se para sua pronta e irretocável liquidez.

Desse modo, é provido o recurso para, anulada a sentença, ser outra proferida, com o enfrentamento do mérito, atendida, se for o caso, a ne-

cessidade ou não de prova documental.

III — Decisão

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

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

Florianópolis, 30 de março de 1999.

Napoleão Amarante,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.015097-3, DE CAMPOS NOVOS

Relator: Des. Napoleão Amarante

Cautelar inominada. Medida preparatória de ação de responsabilidade civil por perdas e danos cumulada com outros pedidos, entre os quais o de anulação e de revisão de cláusulas contratuais. Acolhimento do procedimento em apreço, após a denegação da liminar. Sentença que declara o direito de dispor de parte de colheita de milho e soja depositados em armazéns da demandada. Preliminar suscitada, de ofício, de incompatibilidade da pretensão deduzida na cautelar, por extrapassar esta os limites da provisoriedade. Preambular rejeitada por maioria de votos. Entendimento, por outra parte, contrário ao exame da questão em sede de antecipação de tutela. Confirmação, no mérito, por outros fundamentos, da sentença, e, retificado o seu dispositivo, restou esta confirmada. Inexistência de execução e desatendimento ao artigo 8º da Lei n. 492, de 30 de agosto de 1937, por parte da creditora. Recurso provido parcialmente.

A pretensão deduzida em cautelar, segundo o voto vencido, não pode extrapassar os limites da provisoriedade, não se admitindo, portanto, em seu contexto, nem a tradição simples e definitiva da res mobilis, nem a tradição solene e terminante de bem imóvel, ou, em outras palavras, a exauriência, total ou parcial, da ação principal. Para solução técnica mais adequada, seria necessário, como exceção, presente a existência de ação principal, converter a cautelar em antecipação de tutela para, em sede desta, apreciar o mérito da sentença.

Consoante a posição majoritária, o processo cautelar deve ser tratado como instrumento processual mais aberto, com a finali-

dade de realizar formas variadas de tutela urgente, às vezes satisfativas, na lição então citada de Ovídio Batista Martins.

Em se tratando de penhor agrícola disciplinado pela Lei n. 492, de 30 de agosto de 1937, cumpre examinar se na respectiva escritura, pública ou particular, os frutos empenhados foram simplesmente depositados, ou se foram remetidos para a venda pelo credor. Se a finalidade explicitada é a da comercialização, não se pode deixar de atender a segunda parte do artigo 8º da Lei n. 492, de 30 de agosto de 1937. Ao não se armar o creditor das cautelas que lhe são exigidas, na hipótese de penhor agrícola, deixando de dar atendimento às instruções do devedor para efeito da venda, com as conseqüências daí provenientes, e ao não executá-lo, evidente que ao titular do domínio cabe a disposição dos bens de sua propriedade, para satisfazer necessidades financeiras, notadamente se remanescem para a credora outras garantias, como, verbi gratia, parte da produção depositada e a hipoteca de bem imóvel.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.015097-3, da comarca de Campos Novos (1ª Vara), em que é apelante Coocam — Cooperativa Agropecuária Camponovense Ltda. e apelado Jonas Natalício de Lima Medeiros:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por maioria de votos, afastar as preliminares, suscitadas de ofício, de incompatibilidade da cautelar com a ação principal e de fungibilização daquela em antecipação de tutela, vencido o relator, e, no mérito, por votação unânime, prover parcialmente o recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Jonas Natalício de Lima Medeiros promoveu medida cautelar inominada, "como preparatória de ação de

responsabilidade civil por perdas e danos, cumulada com pedido de revisão e anulação de cláusulas ilegais, potestativas, e a redução de juros cobrados muito acima da taxa legal, contra Coocam — Cooperativa Agropecuária Camponovense Ltda., requerendo, ao arremate, autorização judicial, in limine litis, sem audiência da parte contrária, para vender, já que impedida para tanto, 3.984 sacas de milho e 500 sacas de soja para consumo, com sessenta quilos cada, ou seja, a metade da produção de sua propriedade, depositada em armazém pertencente à demandada.

Narra, inicialmente, a peça vestibular que as partes celebraram, em 11 de agosto de 1997, contrato de abertura de crédito e confissão de dívida, no valor de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), para aquisição de insumos, mediante garantia do mutuário de natureza real e fidejussória, consistente, aquela, na hipoteca de um imó-

vel com 162,60 hectares e no penhor de lavoura de milho plantada numa área de 80 hectares, localizada em imóvel maior, contíguo ao primeiro, e a última, na emissão de uma nota promissória em favor do mutuante.

Em seguida, após a informação de haver sido o autor ludibriado por técnicos agrícolas da Cooperativa, que o levaram a optar pela semente de milho Novartis Premium e Novartis Avant, a resultar numa quebra de 50% (cinquenta por cento) da produção, em relação à semente tradicional Pioneer e Braskalb, constatou-se, posteriormente, que o preço de cada saca do produto adquirido para o plantio era o dobro mais alto, se cotejado com o da Ciba Novartis, de São Paulo, contabilizando o mutuário, dessa forma, enormes prejuízos.

Na seqüência, introduz fato sem qualquer correlação com o relato anterior, para declarar que o requerente está necessitando vender milho e soja, naquela quantidade, para assegurar-se dos benefícios da securitização dos débitos pendentes de pagamento perante o Banco do Brasil S/A, diante dos termos da Lei n. 9.138, de 29/11/95 e Resolução do Banco Central n. 2.238, de 31 de janeiro de 1998. Afirma-se, outrossim, que a ora demandada possui excesso de garantias, razão por que não poderá inibir essa venda, principalmente porque, com o produto, terá condições de pagar 10,37% do que deve naquela instituição bancária, logrando, desse modo, alongar o seu débito por 20 anos. Caso não ocorra essa hipótese, serão certos os danos a serem infligidos ao autor, que não poderá dispor do alongamento de sua dívida

nem fugir da taxa de juro de longo prazo TJLP e da taxa referencial TR.

A inicial vem instruída com os documentos de fls. 14 usque 65, que correspondem a uma fotocópia da Resolução n. 2.471, de 26 de fevereiro de 1998, do contrato de abertura de crédito e confissão de dívida e de similares das notas fiscais referentes ao depósito para comercialização de 9.188 sacas de milho (fls. 19/60) e de 1.057 sacas de soja (fls. 61/65).

Realizada audiência de justificação, com a inquirição de duas testemunhas, a liminar foi indeferida porque "a colheita do requerente, fora gravada com penhor rural (...)", havendo ele se obrigado "a entregar a totalidade da produção de suas lavouras nos armazéns e depósitos da requerida..." (fls. 79).

Houve pedido de reconsideração que se fez acompanhar de uma carta de arrendamento e da planta de uma área de cultura localizada na Fazenda do Rincão, de propriedade do Autor (fls. 83/84).

Na contestação oferecida, a demandada contra-ataca asseverando que a semente empregada no plantio pelo autor supera, pela sua qualidade, a produção de 120 sacas por hectare da semente Pioneer e Baskalb, tanto que a Embrapa a recomendou para Santa Catarina na safra 1997/1998. A baixa produtividade, a seu ver, deve ser atribuída à falta de cuidado e ao manejo incorreto da plantação. Acerca do preço, entende-o normal, porque veio a ser fixado a partir de compras efetuadas com a Novartis, repassando, apenas, a margem de lucro permitida por ensejo da revenda.

Em continuidade, assevera que o autor é carecedor da ação, porque, em momento algum, demonstrou, de plano, a dívida existente no Banco do Brasil S/A, para efeito de seu alongamento e com os benefícios decorrentes da respectiva securitização.

Esclarece, por outra parte, que, tanto o milho como a soja, foram depositados em seus armazéns para a quitação de débito do requerente. Assinala, outrossim, a teor do artigo 755 do Código Civil, que a coisa dada em penhor, para a garantia de dívida, fica sujeita, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação, cabendo, ademais, ao credor, excutir o objeto empenhado. Conclui, a partir daí, que, cumprindo-lhe fazer a escolha sobre a forma de recebimento do crédito, "preferiu o produto dado em garantia, e, por isso mesmo, não pode o devedor excluir a produção que ele mesmo empenhou. Resta-lhe, segundo esclarece a ré, um saldo de R\$ 494,92 (quatrocentos e noventa e quatro reais e noventa e dois centavos) já quitado aludido contrato.

Ao impugnar a contradita, afirma o requerente que o penhor agrícola incide, apenas, sobre os cereais produzidos numa área de 80 hectares, e jamais sobre a produção de milho e soja plantados em terras arrendadas. Acentua, outrossim, que a Cooperativa não poderia apropriar-se de toda a sua colheita porque o penhor incidiu, tão-somente, sobre parte desta. E mais: como restou comprovada a frustração da lavoura diante do excesso de chuva na região, o penhor deve estender-se, conforme restou estipulado, sobre a colheita seguinte. Ao reiterar os demais argumentos que produziu anteriormente, compareceu,

somente nesse ensejo, com a prova de dívida ao Banco do Brasil, reafirmando que, sem a venda do milho e da soja, não poderá securitizar os débitos perante esse estabelecimento bancário, por não possuir numerário suficiente para pagar a soma correspondente a 10,37%, a constituir pressuposto indispensável para o alongamento de seu financiamento.

Após a oitiva da ré sobre os documentos, o digno Magistrado, ao louvar-se em expediente encaminhado pelo Banco do Brasil, com notícias sobre a possibilidade de renegociação dos débitos do requerente pelo prazo de "até vinte anos" (fls. 77), e ao considerar irrelevantes os documentos acostados ao feito, serodidamente, prosseguiu em sede de mérito para, afinal, deferir a tutela reclamada, desde que a retenção da produção depositada junto à ré e, inobstante o penhor, constitui procedimento ilegal, porque, em tal hipótese, dispondo de título executivo extrajudicial, competia à creditora executar a garantia e não satisfazer-se pelas suas próprias mãos.

Infere-se da parte dispositiva do decisum que a requerida foi condenada a restituir, de imediato, "a totalidade de milho e da soja que depositou em seus armazéns, nos termos dos comprovantes acostados à petição inicial, sem prejuízo da oportuna execução da dívida consubstanciada no contrato de fls. 16/18. A execução da medida restou condicionada à prestação de caução (art. 799 do CPC). As custas e honorários advocatícios foram imputados à vencida, arbitrando-se, a esse último título, a quantia de R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais).

Inconformada, recorreu, tempestivamente, CooCam — Cooperativa Agropecuária Camponovense Ltda., perseguindo a reforma da prestação jurisdicional entregue.

Nas razões do apelo, após o sumário das etapas vencidas no presente processo, alerta para a circunstância de haver sido emitido julgamento ultra petita e, por isso mesmo, está ele a merecer reparo.

Quanto ao mérito, registra que, segundo costumes da região, em hipóteses iguais a esta, “a produção colhida e entregue à entidade financiadora se constitui em pagamento da obrigação contratual, com a subsequente devolução de eventual saldo ao devedor”.

A reforçar essa conclusão, apóia-se nos termos da cláusula 8ª do contrato e na dicção do artigo 755 do Código Civil, asseverando que, pelo avençado, havia o compromisso de entrega da “totalidade da produção de suas lavouras, nos armazéns e depósitos da Apelante, para resgate de seu débito”, como consequência jurídica, por outra parte, do dispositivo acima referido.

Rechaça a configuração da alegada abusividade contratual, pois, sendo o mutuário um médico, que já vinha contratando financiamentos há mais de quinze anos, estava acostumado a esse tipo de operação, bem sabendo que a tradição do produto colhido, com a consequente entrega aos depósitos do credor, constitui forma de liquidação total ou parcial do débito perante o depositário. E, por fim, assinala que o apelado nada provou sobre o plantio em outras áreas que não aquela de 80 hectares, a não ser por

declarações do seu próprio genitor, desvaliosas, legalmente, para efeito de suportar qualquer conclusão judicial. Por derradeiro, voltou a insistir que a coisa dada em garantia real fica vinculada ao adimplemento da obrigação. Por tudo quanto aduziu, requereu o provimento do recurso para, reformada a sentença, ser julgada improcedente a medida cautelar, invertidos os ônus da sucumbência.

Rebatido o apelo e formalizado o preparo, os autos foram encaminhados a esta Instância.

É o relatório.

A questão retratada nos autos recomenda rápida exposição cronológica dos fatos ensejadores do ajuizamento da medida cautelar inominada, como preparatória de ação de responsabilidade civil, a ser cumuladas com outros pedidos.

Está plenamente demonstrado que o autor, além de confessar dívida, contratou financiamento com a demandada, da ordem de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais). Segundo, que a garantia do débito assentou-se em caução, penhor e hipoteca, aperfeiçoados, a primeira, em nota promissória emitida pelo creditado, a segunda, na produção de lavouras plantadas em 80 hectares da Fazenda Quero-Quero, de propriedade do próprio devedor, localizada no município de Campos Novos e a terceira, na área total desse mesmo imóvel. Terceiro, restou estabelecido que, na hipótese de frustração da safra, ocorrida na versão do requerente, o penhor passaria a incidir na colheita imediatamente seguinte. Acentua, neste particular, que a quebra da produção, no período 1997/ 1998, foi da ordem de

50% (cinquenta por cento), em razão da semente vendida pela ré que, ao contrário do apregoado, se revelara de má qualidade. Daí por que, nos 130 hectares utilizados para o plantio, colheu, apenas, 9.188 sacas de milho (fls. 4, parte da petição inicial). Quarto, consta, em seguida, da peça vestibular, a informação documental de dívida agrícola, do Autor com o Banco do Brasil, beneficiada pela securitização da Lei n. 9.138/95, com a possibilidade de seu alongamento, desde que houvesse, consoante afirmação sua, uma amortização da ordem de 10,37%. Quinto, alega que, para lograr êxito nessa negociação, via-se obrigado a vender 3.984 sacas de milho e 1.000 sacas de soja, em depósito na Cooperativa, razão por que encetou, imediatamente, as tratativas que, entretantes, restaram sem resultado diante de resistência oferecida pelo Presidente daquela instituição. Sexto, diante desse contexto foi promovida a cautelar inominada, como preparatória de ação principal, com a solicitação expressa, ademais, de autorização judicial para apropriação e venda pelo requerente, in limine litis, da quantidade e espécie de produtos acima especificados.

A demandada, na contestação, ofereceu resistência à pretensão deduzida na exordial porque, em resumo, a entrega da produção pelo creditado ocorreu a título de pagamento de suas obrigações, quando não, para compor a garantia pignoratícia contratada.

O Dr. Juiz de Direito, louvando-se em expediente encaminhado pelo Banco do Brasil, ao requerente, dando-lhe notícia sobre a possibilidade de renegociação de seus débitos

pelo prazo de “até vinte anos” (fls. 77), prosseguiu enfrentando o mérito para, afinal, deferir a tutela reclamada, desde que a retenção da produção depositada, e, não obstante o penhor, constitui procedimento ilegal porque, dispondo o credor de título executivo extrajudicial, cumpria à creditora executar o penhor e não se satisfazer pelas próprias mãos.

II — Preliminar provocada, ex officio, de incompatibilidade dos dois procedimentos: cautelar preparatória e ação principal

Diante da natureza do pedido, na cautelar, e da finalidade da ação principal, discutiu-se, por primeiro, a questão relacionada com a incompatibilidade entre os dois procedimentos, com voto do relator dirigido no sentido de enfrentar-se o mérito agitado na apelação, desde que admitida a fungibilidade da medida cautelar em tutela antecipada, para efeito de, em sede desta última, e, presente o ajuizamento da actio principalis, manter a sentença ou, provido o recurso, reformá-la.

Por votação majoritária foi declarada a adequação jurídica da cautelar em função da pretensão nela deduzida e em razão do próprio escopo da demanda principal. Restou vencido o relator, também, na tese sustentada de admissibilidade da conversão da medida preparatória inominada em antecipação de tutela, diante da ação principal já ajuizada.

Dizia-se, quanto à primeira questão, impossibilidade jurídica do procedimento frente ao objeto da ação principal e ao próprio pedido que a pretensão deduzida na cautelar não

pode extrapassar os limites da provisoriedade, não se admitindo, portanto, em seu contexto, nem a tradição simples e definitiva da res mobilis, nem a tradição solene e terminante de bem imóvel, ou, em outras palavras, a exauriência, total ou parcial, da ação principal.

E o voto vencido, desta reportagem, louvava-se, então, em pesquisa inserta em longo despacho da lavra do eminente Des. Eder Graf (AI n. 99.005018-1, de Lages), quando buscou dar supedâneo à conclusão de que, apesar do deferimento de tutela antecipada, cuidava-se, na espécie então versada, de típica ação cautelar.

E a pesquisa a seguir transcrita reflete, sem dúvida alguma, a posição do voto vencido, permitindo-se, por isso mesmo, transcrevê-la:

“Sérgio Bermudes, em atualização à obra de Pontes de Miranda, indica a diferença entre ambas:

‘Distingue-se dela, entretanto, porque a providência cautelar é, por sua natureza, transitória e urgente, destinada a subsistir apenas enquanto durar o processo principal, ao passo que a providência antecipada é a mesma que se pediu na ação cognitiva, concedida, entretanto, em momento anterior à sentença, condicionada a sua subsistência à confirmação pela sentença. Calmon de Passos (op. cit., pág. 8) ensina que não se cuida de medida cautelar, pela qual se resguarda (pelo meio próprio) a futura tutela que se consubstancia no pedido formulado pela parte. Aqui há a absoluta identidade entre a tutela passível de antecipação e o pedido formulado pelo autor, não podendo o juiz deferi-la

nem ultra, nem extra petita (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, 3ª ed., 1996, t. III, págs. 533/534).

“E fulmina:

‘A antecipação da tutela, consagrada no artigo que agora se examina, reflete o empenho da processualística contemporânea em tornar efetivo o processo judicial, o que significa tirar dele, em termos práticos, o melhor rendimento possível, com a menor tardança, sempre com finalidade de assegurar o equilíbrio social ameaçado pela lide iminente, ou combatido pela lide ocorrente. Por isso, o art. 273 permite que o juiz conceda por antecipação providência que, normalmente, só a sentença final, proferida no momento procedimental reservado à prolação dela, poderia conceder. Com a antecipação da tutela antecipa-se a prestação jurisdicional’ (op. cit., pág. 535).

“Por sua vez, Humberto Theodoro Júnior explicita:

‘A função cautelar não é, contudo, substitutiva ou alternativa da definitiva função jurisdicional, realizável, com propriedade, pelos processos de cognição e de execução. Na verdade, as medidas cautelares ‘não têm um fim em si, eis que servem a um processo principal e, em consequência, sua existência é provisória, pois depende das contingências deste’ (Processo Cautelar, São Paulo, LEUD, 1987, 9ª ed., págs. 45 e 46).

“Acentuando:

‘Não se pode, evidentemente, entender o processo cautelar senão ligado a um outro processo, posto que as medidas preventivas não são satisfativas, mas apenas preservativas de

situações necessárias para que o processo principal alcance resultado realmente útil. É instrumental a função cautelar, porque não se liga à declaração de direito, nem promove a eventual realização dele; (...)’ (Curso de Direito Processual Civil, Forense, 16ª ed., vol. II, pág. 363).

“Luiz Guilherme Marinoni acrescenta:

‘A tutela cautelar tem por fim assegurar a viabilidade da realização de um direito, não podendo realizá-lo. A tutela que satisfaz um direito, ainda que fundada em juízo de aparência, é satisfativa sumária. A prestação jurisdicional satisfativa sumária, pois, nada tem que ver com a tutela cautelar. A tutela que satisfaz, por estar além do assegurar, realiza missão que é completamente distinta da cautelar. Na tutela cautelar há sempre referibilidade a um direito acautelado. O direito referido é que é protegido (assegurado) cautelarmente. Se inexistente referibilidade, ou referência a direito, não há direito acautelado. Ocorre, neste caso, satisfatividade; nunca cautelaridade’ (Reforma do Código de Processo Civil, Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira, Saraiva, 1996, pág. 114).

“A jurisprudência consoa:

‘As ações cautelares não operam no plano da satisfatividade, senão no da provisoriedade, com o objetivo precípuo de assegurar o resultado útil da demanda principal, preservando a futura execução dos efeitos invariavelmente nefastos da demora na entrega da tutela jurisdicional. Asseguram elas a efetividade do direito reclamado, mas não conferem esse direito, desde logo e por antecipação,

ao seu autor. Assim, estranha lhes é a realização do próprio direito invocado e, portanto, qualquer caráter de satisfatividade, sob pena de atribuir-se aos provimentos acautelatórios natureza de irreversibilidade, privando a parte contrária, de modo definitivo, do bem ou direito, sem, ao menos, a garantia do contraditório’ (AI n. 96.010900-5, da Capital, Des. Trindade dos Santos, 24/6/97).

“Veja-se mais este precedente, colacionado por Alexandre de Paula, acerca da antecipação:

‘O limite objetivo da tutela é a coincidência em extensão com a prestação definitiva ou a procedência da inicial caracterizada pela provisoriedade, e não se confunde com o provimento cautelar. A semelhança formal que a antecipação de tutela inegavelmente mantém com a pretensão cautelar, da qual efetivamente se distingue não só em razão da vida efêmera desta última mas, principalmente, em razão do próprio exame do direito afirmado que a primeira comporta, embora resguardada pela provisoriedade, não enseja deferimento alternativo (Ac. un. da 9ª Câm. do 2º TACívSP de 10/4/1996, no Ag n. 456.382-00/8, rel. Juiz Francisco Casconi; RT 729/246; Adcoas, de agosto/96, n. 8.151.009)’ (Código de Processo Civil Anotado, 7ª ed., RT, 1998, vol. 2, pág. 1.377).

“E adita-se, ainda, a esse respeito, a preleção de Kazuo Watanabe:

‘A tutela antecipatória é satisfativa, parcial ou totalmente, da própria tutela postulada na ação de conhecimento. A satisfação se dá através do adiantamento dos efeitos, no todo ou em parte, do provimento postulado. Já na tutela cautelar, segundo a doutrina

dominante, há apenas a concessão de medidas cautelares que, diante da situação objetiva de perigo, procuram preservar as provas ou assegurar a frutuosidade do provimento da ação principal. Não é dotado, assim, de caráter satisfativo' (in Tutela Antecipatória e Tutela Específica das Obrigações de Fazer e Não Fazer, arts. 273 e 461 do CPC, in Sálvio de Figueiredo Teixeira, Reforma do Código de Processo Civil, São Paulo, Saraiva, 1996, pág. 38).

"E esta Corte vem-se pronunciando no mesmo sentido:

'(...)

'Não há que confundir-se a tutela antecipatória com a tutela cautelar. O processo cautelar revela-se como atividade auxiliar e subsidiária que visa assegurar as duas outras funções principais da jurisdição — conhecimento e execução. A característica mais marcante da garantia cautelar é a de dar instrumentalidade ao processo principal, cujo êxito procura garantir e tutelar.

'A tutela antecipatória do art. 273 do CPC, deferida em ação de conhecimento, tem, como característica, a antecipação do resultado que somente seria alcançado com a decisão de mérito transitada em julgado.

'Se a liminar contiver decisão que apenas garanta o resultado final da lide, de tutela antecipada não se trata, mas, sim, de tutela cautelar' (Agravado de Instrumento n. 96.011524-2, de Guaramirim, relator Des. Nelson Schaefer Martins).

"Bem por isso, suplantada, por votação majoritária, a questão da incompatibilidade da cautelar inominada com a ação principal prometida,

deu-se curso ao debate diante da insistência do relator sobre a fungibilidade da cautelar, e de modo excepcional, como se tratasse de questão ventilada na demanda de mérito, em tutela antecipada, buscando abreviar, por economia processual e eficácia do processo, a solução do litígio. E isto porque, no plano da cautelar, o juiz não analisa a lide, em termos de fato e de direito, adiantando providência para que a pretensão a ser julgada não pereça ou sofra dano irreparável.

"Voto de vista do Des. Eder Graf:

'Devolvo o processo relativo ao pedido de vista, porquanto já formei convicção a respeito do tema questionado (aliás, intrincado pelo rumo que tomou).

'Penso o seguinte:

'1) a cautelar inominada é adequada porque apenas se pretende liberar parte do milho e da soja (3.984 e 500 sacos, respectivamente) e não a totalidade do que foi depositado para comercialização como dizem as notas fiscais de fls. 21 até 60;

'2) na ação principal discutir-se-á, em nível indenizatório/revisório de avença, a má qualidade das sementes, o seu preço excessivo, a frustração de safra e detalhes correlatos, ensejadores de prejuízos;

'3) o interesse urgente na cautela reside na perspectiva de securitização com o Banco do Brasil, mediante liberação e venda dos sacos antes mencionados, permanecendo em depósito os remanescentes, em número bem maior;

'4) o juiz não atentou que o artigo 765 do Código Civil pertine a todos os direitos reais de garantia, mas que o artigo 755 permanece higido;

'5) o juiz não atentou, ainda, que os artigos 781 a 788 do Código Civil, que tratavam especificamente do penhor agrícola, estão implicitamente revogados com o advento da Lei n. 492, de 30/8/37 (na avença de fls. 16, o número da Lei está errado = 499), cujo artigo 8º é expresso;

'6) o juiz não atentou, finalmente, para um princípio elementar da Lei de Introdução ao Código Civil, qual seja, o do primado da lei específica posterior sob a norma genérica anterior, donde se conclui ser viável o depósito para comercialização;

'7) não é possível fungibilizar a cautelar preparatória de futura ação em tutela antecipada deferida em ação com ela proposta concomitantemente, dadas as peculiaridades de uma e outra;

'8) como solução poder-se-ia invalidar o argumento basilar da sentença e prover o recurso para liberar apenas os sacos pedidos na exordial, ajustando conseqüentemente o ultra petita havido;

'9) evidentemente a experiência e o seu largo e profundo conhecimento jurídico poderão encontrar melhor solução, a qual aguardarei curiosamente para, até mesmo, se convencido, alterar estas observações'.

"Voto de vista do Des. Silveira Lenzi:

'O recorrido cautelarmente, mediante prestação de caução, pre-

tende reaver parte dos produtos depositados nos armazéns da ré.

'Inicialmente tenho que a ação cautelar preparatória é a adequada. A ação principal apontada tende a obter indenização por perdas e danos e lucros cessantes (pela má qualidade das sementes fornecidas), bem como, a revisão contratual e anulação de cláusulas ilegais, abusivas e potestativas (existência de garantias abusivas, pois, além de ter o penhor da totalidade da colheita, a própria propriedade rural foi dada em garantia, além da existência de uma nota promissória garantindo o financiamento, e redução de juros exigidos acima da taxa legal).

'Entendo, ainda, que, em determinadas circunstâncias, não há como separar a tutela cautelar da tutela satisfativa, pois ao mesmo tempo em que se busca a prevenção, o acautelamento, também está presente o objetivo de realizar o direito no plano material.

'Dito isto, no caso em tela, vislumbro a presença dos pressupostos para o deferimento da tutela cautelar.

'Quanto à relevância da fundamentação destaco os seguintes aspectos:

'1. não há prova que ocorreu uma dação em pagamento;

'2. parte do depósito ocorreu antes do vencimento da dívida;

'3. parte do depósito foi realizado em soja, quando da garantia;

'4. não há notícia do ajuizamento de uma ação de execução, na qual o credor poderia ter penhorado as garantias do contrato de abertura de crédito e confissão de dívida.

‘Tenho que a retenção da mercadoria é ilegal, injusta, abusiva, já causando prejuízo ao apelado, podendo acarretar prejuízo ainda maior, se não ocorrer a securitização das outras dívidas que o mesmo possui junto ao Banco do Brasil, justificando-se, assim, a concessão da tutela requerida.

‘Convém destacar que a Lei n. 492/37, reguladora do penhor rural e da cédula rural pignoratícia, estabelece que: ‘Pode-se estipular, na escritura de penhor agrícola, que os frutos, tantos que colhidos e convenientemente preparados para transporte, sejam remetidos pelo devedor ao credor, ou para que se torne simples depositário deles, ou para que os venda, por conta e segundo as instruções do devedor ou os usos e costumes da praça, marcando-se os prazos e quantidades da remessa’.

‘Parágrafo único — Nesse caso, o credor, sujeito às obrigações e investido dos direitos de comissário, prestará contas ao devedor, de cada venda que for realizando.

‘O dispositivo é claro ao estabelecer duas situações: Ou o credor é simples depositário dos bens, ou então deverá vendê-los de acordo com as orientações do devedor, segundo os usos e costumes da praça. A norma aludida não admite distensão para abranger outras hipóteses que não aquelas previstas pelo legislador.

‘Ou seja, em hipótese alguma poderá o credor ficar com os bens como forma de pagamento.

‘Assim, acompanho o voto do eminente Des. Eder Graf para dar provimento parcial ao recurso apenas para adequar os limites da sentença ao

que realmente foi pedido na ação cautelar”.

III — Do Mérito

No mérito, impende reconhecer que, pelo contrato de abertura de crédito e confissão de dívida, o apelado deu em penhor agrícola, na forma da Lei n. 492, de 30 de agosto de 1937, a totalidade da colheita de suas lavouras plantadas em 80 hectares, da denominada Fazenda Quero-Quero, no município de Campos Novos, comprometendo-se a entregar a totalidade da produção, na hipótese milho e soja, nos armazéns e depósitos da apelante (vide cláusulas 7ª e 8ª).

Inexistindo, nesse título, qualquer menção sobre a forma de composição do crédito, mas expressa menção sobre a lei de regência da garantia aqui referida, e, ainda, dispondo o contrato que os cereais especificados seriam entregues à Cooperativa, tem-se como evidente a necessidade de submeter o penhor, quanto à sua execução, ao artigo 8º da Lei acima mencionada, deste teor:

“Art. 8º — Pode-se estipular, na escritura de penhor agrícola, que os frutos, tantos que colhidos e convenientemente preparados para o transporte, sejam remetidos pelo devedor ao credor, ou para que se torne simples depositário deles, ou para que os venda, por conta e segundo as instruções do devedor ou os usos e costumes da praça, marcando-se os prazos e quantidades das remessas.

“Parágrafo único — Nesse caso, o credor, sujeito às obrigações e investido dos direitos de comissário,

prestará contas ao devedor, de cada venda que for realizando”.

Na espécie, o credor não se tornou simples depositário dos frutos colhidos, em seu poder. Recebeu-os, a Cooperativa, para a venda, tanto que, em todas as notas fiscais (fls. 20/65), indica-se, como natureza da operação, “depósito para comercialização”.

Ora, se esta foi a estipulação, tanto que implementado o contrato pelas notas fiscais, a creditora só teria um caminho, na esfera extrajudicial: vender a produção “por conta e segundo as instruções do devedor ou os usos e costumes da praça, marcando-se prazos e quantidades das remessas”. E acrescenta o parágrafo único: “Nesse caso, o credor, sujeito às obrigações e investido dos direitos de comissário, prestará contas ao devedor, de cada venda que for realizando”.

A recorrente deveria ter demonstrado que deu atendimento aos usos e costumes, e não ficar em simples alegação, e, mesmo assim, deveria demonstrar que prestara contas ao recorrido do destino dado aos frutos, se é que deu, de propriedade do autor, ainda que empenhados.

Ao não se armar das cautelas que lhe são exigidas de atendimento às instruções do devedor para efeito de venda, com as conseqüências daí provenientes e ao não haver promovi-

do a excussão da garantia pignoratícia —, evidente que ao devedor cabe dispor dos bens de sua propriedade, mormente quando pela metade, para satisfazer as suas necessidades financeiras, notadamente se remanescem para a credora outras garantias de eventuais dívidas, inclusive parte da safra, e a hipoteca de uma Fazenda.

No mais, pelos mesmos fundamentos aduzidos em sessão pelos dois ilustres pares, nega-se provimento ao recurso para, alterado o dispositivo da sentença, aos termos da inicial, confirmá-la.

IV — Decisão

A Terceira Câmara Civil decidiu, por maioria de votos, afastar as preliminares, suscitadas de ofício, de incompatibilidade da cautelar com a ação principal e de fungibilização daquela em antecipação de tutela, vencido o relator, e, no mérito, por votação unânime, prover parcialmente o recurso.

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

Florianópolis, 20 de abril de 1999.

Napoleão Amarante,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.002149-1, DE SÃO CARLOS**Relator: Des. Napoleão Amarante**

Ação ordinária de indenização contra companhia seguradora. Seguro contra incêndio, plenamente demonstrado. Preliminar de ilegitimidade ativa ad causam rejeitada. Indenização de natureza contratual cumulada com pedido de condenação da ré por lucros cessantes. Possibilidade jurídica. Responsabilidade fundada em convenção e responsabilidade decorrente de culpa aquiliana. Cumulação admitida à luz da lei, da doutrina e da jurisprudência. Inexistência de superestimação dos bens objeto do seguro. Lucros cessantes a refugirem do âmbito da obrigação securitária, porque lastreada no conceito de culpa. Recurso desprovido.

Tecnicamente, a despeito da descaracterização fáctica, de sociedade comercial de natureza pluripessoal, por ser de responsabilidade limitada, para um simples patrimônio unipessoal, com características de firma individual, não formalizada, somente a autora poderia comparecer no pólo ativo da relação processual, nada obstando o reconhecimento do direito, decorrente do seguro a favor de quem passou a ser titular do respectivo complexo patrimonial.

Admitidos pela seguradora os valores indicados na proposta de seguro e, uma vez contemplados na apólice, sem a especificação dos bens, estão aqueles validados desde que se prestaram para a cobrança dos prêmios pertinentes.

A relutância da seguradora em adimplir o contrato, oferecendo forte e incompreensível resistência ao cumprimento de sua obrigação, importa em responsabilidade civil, a compor-se fora do âmbito do valor limitado pela apólice de seguro. É que, havendo culpa extracontratual, a reparação por eventuais danos passa a constituir uma conseqüência jurídica, não questionada no plano legislativo, doutrinário e jurisprudencial.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.002149-1, da comarca de São Carlos, em que é apelante HSBC Bamerindus Seguros S/A, sendo apelado Mecnáguas Comércio de Acessórios para Veículos Ltda.:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Mecanáguas Comércio de Acessórios para Veículos Ltda. promoveu ação ordinária de indenização cumulada com pedido de antecipação de tutela judicial e perdas e danos contra HSBC Bamerindus Companhia de Seguros, alegando, em resumo, que, na plena vigência de apólice de seguro, a abranger o período de um ano, com termo inicial em 10 de dezembro de 1996, com o prêmio efetivamente liquidado, ocorreu um incêndio, por fato totalmente alheio à vontade da autora, causando-lhe prejuízos da ordem de R\$ 63.975,51 (sessenta e três mil, novecentos e setenta e cinco reais e cinquenta e um centavos), a preços de janeiro de 1997, decorrentes da perda de bens relacionados com os setores de administração, de chapeação e pintura, da kitchenette/dormitório, de ferramentas e acessórios para veículos e de construção civil.

Esclarece que esse montante, atualizado até a data do ajuizamento da ação, ascende a R\$ 77.985,78 (setenta e sete mil, novecentos e oitenta e cinco reais e setenta e oito centavos) e a cobertura do seguro é da ordem de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

Adianta, por outra parte, que, apesar de notificada a seguradora para o pagamento do valor dos bens sinistrados, somente mais tarde, configurada já a sua mora, formalizou expediente para colocar à disposição da autora a quantia de R\$ 26.276,41 (vinte e seis mil, duzentos e setenta e seis reais e quarenta e um centavos), solicitando, todavia, para o levantamento dessa soma, a quitação total

de sua dívida. Acentua que, a partir daí, outra solução não lhe restava senão o aforamento da presente demanda, pela qual pretende, com o principal, a condenação, também, da requerida, em perdas e danos, com base no lucro mensal que deixou de auferir, correspondente a R\$ 2.852,86 (dois mil, oitocentos e cinquenta e dois reais e oitenta e seis centavos). Requereu a liberação da soma incontroversa, de R\$ 26.276,41 (vinte e seis mil, duzentos e setenta e seis reais e quarenta e um centavos), por meio de tutela antecipada, prestando-se, para esse efeito, a oferecer caução de natureza real.

A inicial veio instruída com os autos de notificação, com a apólice de seguro, com a comprovação do pagamento dos prêmios avençados, com contrato de compra e venda da empresa requerente, que passou ao domínio exclusivo de José Milton Rodrigues e com todos os elementos comprobatórios do sinistro e dos bens afetados pelo incêndio.

A companhia seguradora contestou, argüindo duas preliminares, uma de ilegitimidade da parte, porque a autora não mais existe como sociedade de responsabilidade limitada, por haver sido vendida a uma única pessoa natural, o que poderia configurar, quando muito, uma firma individual, desde que tivesse sido registrada no Registro do Comércio.

No mérito, argumenta que o contrato de seguro é nulo, pois a seguradora agiu maliciosamente, transformando esse instituto num verdadeiro negócio especulativo. Pretende, para esse fim, fazer valer o disposto nos artigos 1.438 e 1.443 do Código Civil.

Aduz, por outra parte, que há, devidamente comprovado, excesso do valor segurado, apresentando quadro a indicar uma obrigação pecuniária, apenas, de R\$ 20.886,78 (vinte mil, oitocentos e oitenta e seis reais e setenta e oito centavos).

Entende que, além de faltar a boa-fé, que deveria presidir o contrato, o segurado deveria receber da seguradora somente o suficiente para repor bens equivalentes aos anteriores. E ainda: que o valor segurado não pode exceder a esse montante, descabendo assim lucros cessantes, por inexistir, ademais, prova a esse respeito. Conclui pedindo a extinção do processo por ilegitimidade ativa ad causam ou improcedência do feito por nulidade do contrato de seguro, porque celebrado em nome da autora quando esta não mais existia ou pela circunstância de haver sido superestimados os bens segurados. Por fim, descolhida a preliminar e a pretensão de mérito, nos termos acima deduzidos, admitem a procedência parcial da ação, limitando-se a condenação à importância de R\$ 20.886,78 (vinte mil, oitocentos e oitenta e seis reais e setenta e oito centavos), que corresponde exatamente ao valor dos bens sinistrados, com a devolução da quantia de R\$ 5.398,63 (cinco mil, trezentos e noventa e oito reais e sessenta e três centavos) e a inversão dos ônus da sucumbência.

Na réplica, a autora, ao rebater todos os itens da contestação, dá ênfase ao tema ali explorado, sobre o excesso do valor segurado, assinalando que o preço do contrato de compra e venda da empresa autora, adquirida por José Milton Rodrigues, ascende a R\$ 47.000,00 (quarenta e

sete mil), soma essa, no entanto, que fora acrescida por outros investimentos realizados pelo novo proprietário (fls. 184). E que, no mês de janeiro de 1997, quando a requerida fora comunicada do sinistro, os bens sinistrados alcançavam a cifra de R\$ 63.975,51 (sessenta e três mil, novecentos e setenta e cinco reais e cinquenta e um centavos).

Após a audiência de instrução e julgamento, com conciliação inexistente, e as alegações finais das partes, foi a ré condenada a pagar R\$ 77.985,78 (setenta e sete mil, novecentos e oitenta e cinco reais e setenta e oito centavos), por conta do sinistro, respeitado o limite contratual da apólice, subtraída a quantia depositada por conta de antecipação da tutela. A demandada foi responsabilizada, outrossim, pelos lucros cessantes, orçados em R\$ 31.381,46 (trinta e um mil, trezentos e oitenta e um reais e quarenta e seis centavos), diante de sua inadimplência. Nas duas hipóteses, a correção monetária deve ser calculada, segundo o edito judicial, a partir do ajuizamento da ação. Os honorários advocatícios de 20% sobre o montante da condenação devidamente corrigido.

A vencida, inconformada, recorreu. Insiste, inicialmente, na preliminar da ilegitimatio para residir a autora em juízo, diante de sua inexistência, por não se tratar mais de sociedade de responsabilidade limitada, mas de patrimônio unipessoal. No mérito, afirma, antes de qualquer outra consideração, que o contrato de seguro prevê a cobertura de dois tipos de riscos, incêndio e vendaval, de modo a não se somarem os valores das indenizações, aplicando-se a cada um

o respectivo valor acordado que, para a primeira hipótese, é da ordem de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais). Observa, por outro lado, que o Magistrado desconsiderou totalmente a escrita contábil, para efeito de valoração dos bens sinistrados, já o fazendo, de forma contrária, para a determinação dos lucros cessantes, quando se louvou na declaração do contador. E adita, ainda, que o pagamento postulado é excessivo porque se o patrimônio de Mecnáguas Comércio para Acessórios de Veículos Ltda., com o terreno, inclusive, era de R\$ 47.000,00 (quarenta e sete mil reais) pouco antes do sinistro, inconcebível que os bens afetados pelo incêndio tenham quase dobrado por essa ocasião. Inconforma-se, outrossim, com condenação por lucros cessantes, seja porque não comprovados ou então porque superavaliados, desde que, além de se fundamentarem apenas na lucratividade dos últimos 3 (três) meses de atividade da empresa, antes da ocorrência de hipótese do caso fortuito, deles não se deduziram despesas como luz, água e telefone. Argumentam, finalmente, serem incabíveis os lucros cessantes por não haver sido conveniado cobertura securitária a esse título. Arremata asseverando, em outras palavras, que a determinação do valor dos prejuízos estipulados entre as partes, no tocante a edifício, maquinário, móveis, utensílios, equipamentos e instalações, deve ser apurado tendo em vista o preço corrente, no dia e local do sinistro, menos a depreciação pela idade, uso e estado de conservação.

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

É o relatório.

II — Voto

A primeira questão a ser enfrentada diz respeito com a preliminar de ilegitimidade ativa ad causam.

Tecnicamente, a despeito da descaracterização fática, de sociedade comercial de natureza pluripessoal, por ser de responsabilidade limitada, para um simples patrimônio unipessoal, somente a apelada poderia, na hipótese, comparecer no pólo ativo da relação processual, nada obstando o reconhecimento do direito decorrente do seguro a favor de quem passou a ser titular do respectivo complexo patrimonial e moral, porquanto, a teor do contrato, o comprador já nominado adquiriu “a empresa e seus acessórios”, com a faculdade, inclusive, de continuar a usar o nome Mecnáguas Acessórios para Veículos Ltda.

Nada obstaría, todavia, com a mesma consequência e os mesmos efeitos, o ajuizamento da ação pelo adquirente, na condição de sucessor dos direitos existentes e não ressaltados, a comporem o ativo da apelada.

Daí por que é rejeitada a prefacial.

No mérito, não merece prosperar a inconformação da ré quanto ao montante postulado na inicial, a título de seguro ou em razão de lucros cessantes.

Quanto ao primeiro item — importância requerida em função do seguro —, além de situar-se o pedido aquém do valor da cobertura, da ordem de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), em decorrência de incêndio, nada está a evidenciar que os prejuízos dali decorrentes não sejam de R\$ 77.985,78

(setenta e sete mil, novecentos e oitenta e cinco reais e setenta e oito centavos), justamente o equivalente aos danos emergentes ocorridos. Nem se pode falar em superestimação, se a avaliação dos bens, para efeito do contrato de seguro, contou com o levantamento da apelante, segundo se infere do próprio depoimento de securitário seu, Neri Cesário Neuhaus:

“que os seguros são efetuados por corretores que representam as seguradoras: o que normalmente acontece é o seguinte: o segurado e o corretor de comum acordo avaliam o bem segurado e efetuam o contrato” (fls. 198).

Tenha-se presente, por este ensejo, que a alegação de não haver sido levado em consideração o terreno com a finalidade de abater-se do limite máximo da cobertura o valor correspondente, parece, com toda a vênia, um argumento frágil, mormente para um causídico de proa, a merecer loas pela sua extremada diligência, pois seria inacreditável que, para efeito de incêndio, se pudesse levar em consideração bem sem a mínima possibilidade de destruição total ou parcial.

Com referência aos lucros cessantes, são estes devidos porque a relutância da seguradora em adimplir prontamente o contrato de seguro, sem essa forte e incompreensível oposição, importa em responsabilidade independentemente da limitação estreita das cláusulas que nele estejam insertas. Havendo culpa, plenamente demonstrada, haverá reparação por perdas e danos. É princípio assente na lei, na doutrina e na juris-

prudência. E, nesta hipótese, não se subsume o seu valor ao limite máximo da apólice por se cuidar de responsabilidade de natureza extracontratual, baseada na culpa aquiliana.

A este respeito, transcreve-se a fundamentação do ilustre Magistrado, numa homenagem a sua acuidade e tirocínio jurídico:

“É mais do que evidente que sem o dinheiro não poderia o autor ter dado início, ou melhor, reiniciar as suas atividades, logo, há de se indagar quem era o responsável pelo pagamento? A resposta não é outra, senão a de que a seguradora tinha esta obrigação e, por não a ter atendido a tempo e modo (sendo necessário ação judicial), trouxe ao autor o indesejável prejuízo, pois, sem trabalhar, deixou de ganhar.

“Por entender que há evidente relação de causa e efeito, hei por bem acolher este pedido, restando, agora, sua quantificação.

“Documentalmente provou-se o faturamento, sendo de ver que a fala testemunhal de Manoel Silveira, Ari Mohr, e Celso Hermes atestam que a oficina era concorrida e tinha razoável volume de serviço, o que dá sustentação suficiente ao pedido.

“A requerida limitou-se a impugnar genericamente o pedido, sem ocupar-se de qualquer prova em sentido contrário, razão pela qual aceitou como certo o valor pretendido.

“Urge seja traçado um parêntese para a questão. Refiro-me ao limite da apólice. Esta, à evidência, serve para reparar os danos ordinários, ou seja, aqueles com cobertura prevista na apólice e de acordo com o valor segurado. Entretanto, entendendo-se

que houve comportamento errado da seguradora em não pagar ou indenizar a tempo e modo (como estava obrigada) a quantia referente a lucro cessante, transcende ao limite da apólice, já que extracontratual, mas legal, art. 159 do Código Civil Brasileiro.

“Ao crepúsculo, obrigo-me por dever de consciência a consignar que invariavelmente as seguradoras (como consórcios, planos de saúde e bancos) são ótimas para angariar clientes e facilitar as condições para feitura do contrato. São magníficas e eficientes em cobrar e receber os prêmios, entretanto, são ‘quase perfeitas’ em negar cobertura, em querer pagar menos do que o devido e tumultuar, ‘enrolar’ um processo para pagamento, objetivando maior e indevido lucro.

“Esta a verdade, da qual o judiciário de maneira alguma pode se

distanciar ao apreciar as lides, pois ao juiz cabe o seríssimo dever de distribuir o direito e a justiça, preservando pela igualdade dos desiguais perante a lei e os homens-de-bem” (fls. 240 e 241).

Assim, nega-se provimento ao recurso.

III — Decisão

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

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

Florianópolis, 27 de abril de 1999.

Napoleão Amarante,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 97.011070-7, DE TAIÓ

Relator: Des. João José Schaefer

— *Contrato de abertura de crédito fixo.*

— *Consignando a obrigação de pagar quantia certa — indicada no extrato e não impugnada — é título executivo líquido e certo, com os juros à taxa de 12% a.a., consoante o disposto no § 3º do art. 192 da CF, e jurisprudência reiterada da Câmara, correção pelo INPC e multa contratual de 10% sobre o principal e encargos reputados legítimos.*

— *Honorários advocatícios fixados em obediência ao disposto no art. 21 do CPC.*

— *Provimento parcial a ambos os recursos.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.011070-7, da comarca de Taió, em que são apelantes e apelados o Banco do Estado de Santa Catarina S/A — Besc, Zercino Raitz e outro:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento parcial a ambos os recursos.

Custas de lei.

Sentença da lavra da Dra. Leila Mara da Silva, Juíza de Direito Substituta da comarca de Taió, julgou parcialmente procedentes os embargos de devedor que Zercino Raitz ofereceu na execução proposta pelo Banco do Estado de Santa Catarina — Besc, fundada em contrato de abertura de crédito fixo, para reduzir o quantum debeat a R\$ 16.669,90 e não R\$ 19.337,66, condenada cada parte ao pagamento de 50% das custas e nos “honorários de 10% sobre o valor do débito para cada uma das partes”.

Assim decidiu após rejeitar a preliminar de intempestividade dos embargos, por se cuidar, no caso, de execução de débito decorrente de contrato de abertura de crédito fixo e não rotativo, de sorte que “a partir do momento que o creditado fez uso do crédito, assumiu a posição de devedor do creditor, com a obrigação de restituir a quantia utilizada, acrescida dos juros remuneratórios fixados no pacto”.

O devedor não negou a utilização do crédito, sendo desnecessária, no caso, a juntada de extratos entre a assinatura do contrato e o ajuizamento do débito, por não se tratar de crédito rotativo.

Exeqüível como é o contrato de abertura de crédito fixo, o título cambial a ele vinculado não altera a responsabilidade obrigacional do devedor.

Sendo o contrato lei entre as partes — prossegue a sentença — a cláusula de juros é válida, o que já não ocorre, todavia, com a que deixa a fixação dos encargos moratórios a critério do Banco, por sua natureza potestativa.

Por isso, o débito é reduzido a R\$ 16.669,90, computado o principal de R\$ 8.716,78 juros de 8,5% ao mês de 5/12/95 a 29/7/96 e moratórios de 1%, mais a multa contratual de 10%.

Inconformados, apelaram exequente e executado.

Aquele, a fls. 46/50, dizendo que o principal a ser corrigido é de R\$ 11.691,92 e não R\$ 8.716,78, estando, assim, correto o cálculo do exequente, devendo o apelado ser condenado ao pagamento integral das custas e honorários.

O recurso do executado funda-se, inicialmente, em nulidade da sentença, que julgou antecipadamente a lide apesar de requerida perícia pelo executado.

De outro lado, cuidando-se de contrato de abertura de crédito em conta corrente, quer rotativo ou não, não constitui título líquido e certo porque não constitui obrigação de pagar quantia determinada, contendo o contrato, ademais, cláusula potestativa, que permite ao Banco, sponte sua, crescer, aos encargos previamente estipulados, diversos outros, elevando de modo abusivo o valor do débito.

Desenvolve o devedor apelante, a seguir, longas e eruditas considerações doutrinárias e jurisprudenciais sobre a nota promissória e o contrato de abertura de crédito rotativo, dizendo incabível no caso a capitalização dos juros, como cediço na jurisprudência, sendo inadmissível, outrossim, a cláusula de juros superiores a 12% ao ano, por contrariedade ao disposto no § 3º do art. 192 da CF.

Apenas o Besc ofereceu resposta, inicialmente requerendo a declaração de revelia do executado/embarcante, por inexistência de instrumento procuratório nos autos dos embargos e, no mérito, pela confirmação da sentença apelada, que bem analisou o caso.

É o relatório.

Inocorrente, no caso, o alegado cerceamento de defesa. O pedido de perícia foi genérico, sem especificação dos fatos a provar, mesmo na réplica de fls. 26/33, a par de nem demonstrado ter havido capitalização de juros no caso.

A espécie é de cobrança de débito decorrente de contrato de abertura de crédito fixo.

Este se distingue da conta corrente rotativa porque, nesta, o devedor efetua saques e pagamentos, renovando os saques quando deles necessita, desde que dentro de limite do contrato, de sorte que os extratos devem representar fielmente tal movimentação, inclusive dos encargos respectivos.

Diferentemente, no caso há obrigação de pagar quantia certa, eis que, consoante a cláusula primeira, "o Besc concede a(o) creditado(a) (...) um crédito fixo no valor e taxas esti-

puladas no item III...", dispondo a cláusula quinta quanto à proibição de reutilização do crédito, que é a característica do crédito rotativo.

Inconsistentes, pois, as alegações do embargante quanto à iliquidez e incerteza decorrentes da natureza rotativa — aqui inexistente — do crédito.

Tem o exequente, pois, o direito de haver seu crédito com os juros e encargos legais que são, no caso, os juros, correção monetária e a multa contratual.

Os juros, ante o disposto no § 3º do art. 192 da CF e em conformidade com a jurisprudência da Câmara, são os de 12% ao ano, sendo desconsiderados, assim, mesmo que pactuados, os de 8,5% ao mês.

Já tendo sido cobrados os do período de 5/9/95 a 6/11/95, são eles devidos, à taxa de 12% a partir apenas desta última data, sobre o principal de R\$ 7.970,00 corrigido pelo INPC, até a liquidação do débito.

Permanece inalterada, pois, a taxa de juros após o vencimento, incidindo sobre o quantum assim apurado a multa contratual de 10%, além dos honorários, adiante examinados.

Não há cogitar da capitalização de juros, porque indemonstrado, no caso, tenha ocorrido, até mesmo porque não é ela admissível em contratos da espécie, à luz da Súmula 121 do STF e reiteradas decisões dos Tribunais, como observado no apelo, entre outras as constantes da RT 599/113 e Jurisprudência Catarinense, vol. 68/176, esta da lavra do Des. Francisco Oliveira Filho.

No que tange aos honorários, vencido em parte o exequente, aplica-se a regra do art. 21 do CPC sendo eles devidos à razão de 10% sobre o total do débito apurado, como aqui definido, arcando o exequente, a seu turno, com os honorários de 10% sobre a diferença — corrigida — entre o saldo devedor por ele pretendido, de R\$ 11.691,92, e o de R\$ 7.790,00, fixado neste acórdão, bem como sobre a diferença — igualmente corrigida — entre o total de juros pleiteados no período, de 21/2/96 a 29/7/96 (R\$ 5.267,67) e o total de juros devidos no mesmo período calculados à taxa de 12% ao ano.

Dá-se, pois, provimento parcial ao apelo do exequente apenas quanto

à verba honorária, bem como provimento parcial ao recurso do executado para redução dos juros à taxa de 12%, ajustados os honorários ao quantum devido, como fixado nesta decisão.

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

Florianópolis, 11 de fevereiro de 1999.

*João José Schaefer,
Presidente e Relator.*

APELAÇÃO CÍVEL N. 97.013282-4, DE BRUSQUE

Relator: Des. João José Schaefer

— *Responsabilidade civil do Município.*

— *A responsabilidade civil da Administração é objetiva, sob a modalidade do risco administrativo. Embora dispense a prova de culpa da Administração por parte do particular lesado, permite que o Poder Público demonstre a culpa da vítima, para excluir ou atenuar a indenização. É o magistério de Hely Lopes Meirelles, com o aplauso de Rui Stoco em sua “Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial”, págs. 372/3 da 3ª edição.*

— *No caso, restou demonstrado que o acidente ocorreu pela convergência de dois fatores, o mau estado da pista de rolamento, sob os cuidados do Município e a imprudência do motorista da autora, aproximando-se com seu pesado veículo demasiadamente do lado direito da pista, ante a passagem em sentido contrário do outro veículo, ocasião em que o solo cedeu e seu caminhão tombou na vala.*

— *Improcedência da denúncia da lide que se mantém, se o atraso na conclusão das obras de asfaltamento não teve influência direta no acidente.*

— *Honorários e despesas distribuídos e compensados reciprocamente entre a autora e réu (CPC, art. 21).*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.013282-4, da comarca de Brusque (2ª Vara), em que é apelante Holdercim Brasil S/A, sendo apelados o município de Brusque e Codeb — Companhia de Desenvolvimento e Urbanização de Brusque:

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

Custas de lei.

Sentença da lavra do Dr. Renato L. C. Roberge julgou improcedente o pedido formulado por Concretex Serviços de Concretagem Ltda. contra o município de Brusque, bem como improcedente a denúncia da lide feita pelo Município à Codeb — Companhia de Desenvolvimento e Urbanização de Brusque, em face do capotamento de caminhão betoneira de propriedade da autora, quando transitava pela Rua Osvaldo Niebuhr, no dia 6 de março de 1996, em Brusque.

Em consequência, foi a requerente condenada no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios do patrono do Município, no importe de R\$ 500,00 (CPC, art. 20, § 4º). Improcedente a denúncia da lide, a sentença condenou igualmente o Município no pagamento “das custas processuais relativas à requerida secundária” bem como

nos honorários do patrono desta, no importe de R\$ 200,00 (CPC, art. 20, § 4º).

Assim decidiu após assentar que possível o pedido e legítimas as partes.

No mérito, não encontra agasalho na prova a alegação de que a via pública cedeu à passagem do caminhão, o que se constata com precisão da foto constante da publicação jornalística a fls. 55/56, batida quando o caminhão ainda se encontrava no local, vendo-se, sim, marcas de afundamento no solo, mas fora da pista de rolamento.

Tais documentos, trazidos pela própria autora, rebatem o testemunho de Julinho Antônio Radavelli, comprovando que este faltou com a verdade, tendo-se, então, que o motorista que conduzia o veículo foi quem deu causa ao acidente, ao direcioná-lo para o lado de fora da via pública, adentrando-o com os pneus no lado direito, num barranco ali existente.

Tal manobra era desnecessária, bem o salientou o Dr. Promotor de Justiça à vista da segunda fotografia de fls. 110, em que se observa que ali transitam tranqüilamente dois veículos, continua a sentença.

No mais, a via, ali, é bastante perigosa, o que faz com que se tenha maiores cautelas na condução dos veículos, o que deveria ter observado

o motorista do caminhão que, segundo as testemunhas, transita ali há aproximadamente um ano e meio.

A denunciação da lide, em face da improcedência da ação, é de ser julgada também improcedente.

Alega a requerente, como segundo fundamento, que o acidente ocorreu por não ter sido implementada a pavimentação na via pública em que ocorreu o acidente.

Sem razão, contudo, pois não existe relação de causalidade entre o fato ocorrido e a implementação da via pública, já que o acidente não ocorreu porque a rua não estava asfaltada, argumento que só poderia ser aceito se a via fosse costumeiramente asfaltada e de repente não o fosse mais.

A autora opôs embargos declaratórios por não ter a sentença apreciado seu pedido de condenação da Codedb como litigante de má-fé, recurso que não foi conhecido, eis que a embargante decaiu in totum do pedido.

Inconformada, apelou a autora, dizendo que o acidente ocorreu em virtude das péssimas condições da Rua Osvaldo Niebuhr, que não recebeu a pavimentação asfáltica contratada pelo Município, não havendo manutenção adequada da via por parte deste; não se desincumbiram os apelados do ônus de provar que o acidente ocorreu por culpa exclusiva do condutor do veículo sinistrado, estando documentada a fls. 18 a notificação feita pela autora à segunda apelada quanto ao péssimo estado da rua, achando-se os comprovantes de quitação do contrato de pavimentação asfáltica anexados na impugnação da apelante à contestação.

A fotografia do jornal, de fls. 56, não possibilita uma boa visualização do local onde ocorreu o deslocamento do solo que causou o acidente, como se comprova na fotografia de fls. 55, bem como na de fls. 110, que demonstra com nitidez o precário estado de conservação da rua.

O recorte de fls. 55 registra bem a indignação dos moradores com o mau estado da via.

Invoca, a seguir, doutrina de Hely Lopes Meirelles de que, frente a teoria da culpa administrativa, "não se indaga da culpa subjetiva do agente administrativo, mas perquire-se a falta objetiva do serviço em si mesmo, como fato gerador da obrigação de indenizar o dano causado a terceiro" (Direito Administrativo Brasileiro, 21ª ed., pág. 561).

No mesmo sentido leciona Rui Stoco em sua "Responsabilidade Civil", pág. 373: "...ausência do serviço causada pelo seu funcionamento defeituoso, até mesmo pelo retardamento, é quantum satis para configurar a responsabilidade do Estado pelos danos daí decorrentes em favor dos administrados".

Nesse sentido decidiu o STF conforme acórdão publicado na RDA 97/177.

Equívoca mostra-se a sentença, diz ainda a apelante, ao afirmar que o afundamento ocorreu fora da pista de rolamento, se o acidente verificou-se no momento em que, numa demonstração de extrema prudência por parte do motorista, ele dava passagem a outro veículo, oportunidade em que o solo da margem foi cedendo aos poucos, impedindo a movimen-

tação do veículo até que o caminhão veio a tombar completamente.

Mesmo que se afastasse a culpa do primeiro apelado, não há como afastar a responsabilidade do segundo, que assumira contratualmente o encargo de executar a pavimentação asfáltica da rua, recebeu o pagamento do contrato e até a presente data não realizou a obra.

O município de Brusque, em suas contra-razões, diz não ter a apelante provado que a via cedeu quando por ela transitava veículo de sua propriedade, decorrendo o acidente, antes, de culpa exclusiva do motorista da apelante.

A Codeb contra-arrazoou, afirmando acertada a sentença, eis que não há vinculação entre o sinistro e o alegado descumprimento do contrato de asfaltamento da via pública.

Se houve inadimplemento contratual foi por parte da apelante que deixou de pagar mais de 3 (três) prestações do contrato, o que leva ao vencimento das demais parcelas, não tendo sido defronte à testada da apelante, de resto, que ocorreu o acidente.

A prova demonstra que foi por imprudência do motorista da autora que o veículo saiu da pista de rolamento, não obstante conhecê-la bastante, pois ali trafegava diariamente, pelo que deve a Codeb ser excluída da lide e confirmada a improcedência da ação.

O Dr. Promotor de Justiça afirma que a falta de pavimentação nenhuma influência teve sobre o acidente, estando a prova a indicar que o acidente ocorreu por culpa do motorista da requerente.

Nesta Instância opinou o Dr. Antônio Gercino Ramos de Medeiros pela confirmação do decisum de Primeiro Grau, se quatro das cinco testemunhas atribuem a culpa do acidente ao motorista da autora, levando, iniludivelmente, à improcedência do pedido.

A fls. 155 a empresa Holdercim Brasil S/A, comprovando ser sucessora da Concretex Serviços de Concretagem Ltda., requereu “passe a constar a denominação social da requerente em substituição ao nome da Concretex Serviços de Concretagem Ltda.”, sendo, em consequência, alterado nos autos o nome da autora/apelante.

É o relatório.

O acidente ocorreu numa via não asfaltada — Rua Osvaldo Niebuhr, que corre à margem de uma vala.

Na inicial, afirmou a autora que a via é “estreita e de pista de barro”, dizendo adiante, já ao relatar o fato, que caminhão de sua propriedade, “carregado de concreto usinado, teve que se aproximar do lado direito da pista de rolamento, a fim de proporcionar a passagem de outro veículo, chegando, em tal manobra, inclusive a parar, posto que a rua é excessivamente estreita quando, não suportando o peso do caminhão, o chão sob as rodas laterais direitas cedeu, fazendo com que o caminhão simplesmente deitasse para dentro da vala...”.

Esse relato coincide com a descrição do fato no Boletim de Ocorrência e encontra eco nas fotografias de fls. 56/57, do Jornal “O Município”, na de fls. 58, parte de baixo e na de fls.

111, que bem registram o estado precário da via.

Não foi produzida prova pericial.

A denunciada à lide — Codeb, trouxe aos autos um croqui da seção transversal da Rua Osvaldo Niebuhr em que esta aparece com uma faixa transitável de 8m.

A autora, de imediato, replicou, apresentando um levantamento fotográfico elaborado pelo Eng. Civil Fábio de Bona Sartor, com um perfil da faixa de trânsito da aludida rua, que ali tem apenas 5,30m de largura, tendo, à sua margem um barranco de cerca de 2m de altura, até a vala, e, de outro lado, uma “área intransitável — lama e terra mole”, estando a faixa de 5,30m indicada como “área útil da rua — precária”.

Esse levantamento é ilustrado com fotografias que corroboram bem tal dimensão.

Vê-se claramente às fls. 111 que a via não comporta a passagem simultânea de dois caminhões. No máximo a de um caminhão e um automóvel.

O Município não nega as reduzidas dimensões da via no local. Mas procurando imputar a culpa exclusiva ao motorista da autora, diz, na contestação, que ela reconhece que a rua “onde ocorreu o capotamento é excessivamente estreita”, acrescentando que o motorista da demandante sabia que a rua se encontrava em estado precário.

Tais afirmações, aliás, foram reiteradas em audiência.

O estado precário da via, aliás, fora denunciado pela autora à Codeb

cerca de um ano e meio antes do fato (fls. 18).

Bem por isso, aliás, é que o Município contratou a pavimentação da via, que não ocorreu por motivos que os autos não revelam.

O fato é que a via se achava em más condições e, não obstante, servia até mesmo a tráfego pesado, como o da autora, tendo o acidente ocorrido parte em razão do estado da estrada, parte por culpa do motorista da autora.

O art. 37, § 6º, da CF, manteve a responsabilidade civil objetiva da Administração, sob a modalidade do risco administrativo.

Rui Stoco, em sua “Responsabilidade Civil” observa que Hely Lopes Meirelles adverte que “a teoria do risco administrativo, embora dispense a prova da culpa da Administração, permite que o Poder Público demonstre a culpa da vítima, para excluir ou atenuar a indenização” (Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial, páginas 372/3).

Rui Stoco ressalta, contudo: “Observamos apenas, em reparo, que a culpa da vítima não traduz propriamente causa excludente da responsabilidade do Estado...” (pág. 373).

No caso, a via pública achava-se em más condições e, como consequência parcial disso, ocorreu o acidente.

O motorista da empresa, de outro lado, há aproximadamente um ano e oito meses transitava por ali (fls. 124), a serviço da autora.

Conhecia, pois, as condições da via.

Mesmo assim, não ignorando o mau estado da pista, “carregado de concreto usinado, teve que se aproximar do lado direito da pista de rolamento, a fim de proporcionar a passagem de outro veículo, chegando em tal manobra, inclusive, a parar, posto que a rua é excessivamente estreita, quando, não suportando o peso do caminhão, o chão sob as rodas laterais direitas cedeu, fazendo com que o caminhão simplesmente deitasse para dentro da vala e acabasse por capotar...” (fls. 3).

Houve, pois, uma convergência de fatores, de igual intensidade, pois, se a pista estivesse em condições, a manobra do motorista da autora não teria as conseqüências que teve e não fosse a manobra algo imprudente do motorista, se não tivesse chegado mais à direita, forçando o outro veículo a ocupar mais sua direita, também não teria ocorrido o acidente.

Reconhece-se, assim, a culpa recíproca, o que leva o Município a indenizar 50% dos prejuízos alegados e comprovados pela autora, distribuindo-se e compensando-se entre ambos, “recíproca e proporcionalmente”, os honorários advocatícios e as despesas.

Mantém-se a improcedência da denunciação da lide à Codeb. O acidente, é fato, não teria ocorrido se a obra estivesse concluída, mas não foi isso a causa direta da ocorrência, nem se sabe, efetivamente, se por

culpa da Codeb é que a obra não foi terminada.

É mantida a condenação do Município a título de honorários advocatícios em favor da denunciada.

Não há relação processual entre a autora e a empresa Codeb, sendo impertinentes as acusações que mutuamente se fazem, ora de que a Codeb seria a culpada, ora de que a autora é inadimplente, se a ação não foi proposta também contra a Codeb, que só veio aos autos como denunciada da lide.

Ademais, se houve atraso nas obras é essa questão a ser resolvida entre a Administração do Município e a Codeb.

Em síntese, dá-se provimento parcial ao apelo da autora para condenar o réu, município de Brusque, a pagar-lhe metade dos prejuízos alegados na inicial, que não foram objetivamente impugnados, com a respectiva correção monetária e juros de mora de 6% a.a. a partir da citação.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Alcides Aguiar e Francisco Borges e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Antônio Gercino Ramos de Medeiros.

Florianópolis, 15 de abril de 1999.

João José Schaefer,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.004540-1, DE PORTO UNIÃO**Relator: Des. João José Schaefer**

— *Possessória.*

— *Irrelevante o alegado domínio do autor se se trata de ação possessória em que a causa petendi é a posse e a pretensão à sua defesa (TARS, julgados 13/106, rel. o Juiz Oscar Gomes Nunes, apud AI n. 98.002161-8, rel. o mesmo deste acórdão).*

— *Não comprovando o autor o requisito da posse anterior a que se refere o art. 927, I, do CPC, improcede o pedido reintegratório.*

— *Apelo desprovido.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.004540-1, da comarca de Porto União, em que são apelantes Roberto Domit de Oliveira e sua mulher, Maria Luíza Metzler, sendo apelado César Daniel Schapievski:

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

Custas de lei.

Sentença da lavra do Dr. Osvaldo Alves do Amaral, Juiz de Direito da comarca de Porto União, julgou improcedente ação de reintegração de posse c/c perdas e danos que Roberto Domit de Oliveira e sua mulher, Maria Luíza Metzler, alegando esbulho na posse de imóvel rural de sua propriedade, moveram contra César Daniel Schapievski.

Referiu a decisão que o requerente e seu irmão George Domit de Oliveira, sucedendo o falecido Josué de Oliveira e por compra a terceiros, adquiriram área de terras razoavelmente grande em Irineópolis.

O terreno é parte de uma área onde até alguns anos atrás havia um açude ou tanque que confrontava com terreno de George. O açude, aproximadamente em 1989, secou por inteiro.

Em 9 de novembro de 1994, George Domit de Oliveira comprometeu-se a vender o seu imóvel a requerido, compreendendo a área registrada de 270.000m² e a parte antes ocupada pelo açude, e acrescida ao imóvel. A escritura definitiva foi outorgada em 6 de abril de 1995.

Quando o requerido iniciou a realização de melhorias e plantações na parte do imóvel em que havia o açude, os autores, por considerarem que tal área lhes pertencia, entenderam tais atos como esbulho.

Segundo se extrai das provas, constantes de mapas, perícias e depoimento do autor, o açude confrontava com terras dos autores e de George, vendidas ao réu César Daniel Schapievski.

Já o terreno vendido a este confrontava, pelos registros antigos

(fls. 13), pelo lado esquerdo, com “águas do açude”.

Por ocasião do contrato de promessa, já não mais existente o açude, mencionou-se como objeto da venda a área de 270.000m² e “mais o excesso que houver”, mencionando-se uma das confrontações como sendo o “açude ou seja o Rio Geriza”.

Esclarece o contrato que o imóvel seria vendido e haveria um acerto de preço, pois se considerava que o imóvel teria dezesseis alqueires.

Considerou a sentença que o requerido apossou-se do imóvel sem má-fé, ou clandestinidade, porque, além da área documentada, foi-lhe vendida a “que, embora não documentada, era tida como sendo de George, tratando-se de uma compra ad corpus, portanto”.

Entre os Domit não havia delimitação em relação ao açude, definindo que parte pertencia a um ou a outro. Quando do rompimento do açude foi construída cerca para dentro de seu antigo leito, separando os imóveis de Roberto e George, depois vendido a César, como que a dividir o terreno ganho, embora não houvessem assim combinado.

Por fim — ressaltou a sentença —, fica claro que na área ocupada pelo açude ninguém exercia posse ostensiva. O tanque apenas existia, não se lhe dava qualquer utilização.

Registrou o Dr. Juiz a quo, ainda, que o requerido não invadiu clandestinamente a área, sendo legítima e de boa-fé sua posse.

Já a do autor, disse, é ilegítima e não enseja a reintegração pleiteada.

Concluiu a sentença afirmando que o fato de ter havido alteração nos registros e de o requerido ter utilizado mais terras do que comprou ou pago menos do que na realidade adquiriu, é questão que só ao vendedor diz respeito, descabendo tal discussão por parte dos requerentes. Teve, por fim, como não comprovadas as perdas e danos.

Inconformados, apelaram os requerentes, dizendo-se legítimos proprietários, por herança e por cessão de direitos de seu irmão George, da Fazenda denominada São Jorge, dentro da qual localizado o imóvel rural com 270.000m², que George recebeu por herança, e que veio a ser registrado sob n. 21.653.

A área efetivamente vendida e documentada ao apelado é de 270.000m².

Em 22 de novembro de 1994, contudo, o apelado apossou-se indevidamente de mais 77.841,00m², que além de não fazer parte da que lhe foi vendida, pertencem de fato e de direito aos apelantes, tendo o apelado, além disso, cortado e vendido as madeiras (lenhas e pinus) ali existentes.

O apelante, diz o recurso, comprovou a posse e propriedade, demonstrando, a par disso, a ocorrência do esbulho.

Acontece que ao ser outorgada a escritura definitiva por George ao apelado a confrontação foi sutilmente modificada, mencionando-se em vez do limite com o açude a confrontação com o “antigo açude atualmente Rio Geriza”.

O laudo pericial comprova as alegações ora feitas, não podendo, pois, prevalecer o entendimento abri-

gado na douta sentença, pois o apelado não tem direito senão aos 270.000m² que lhe foram vendidos.

O apelado ofereceu contra-rações, afirmando não comprovados pelos autores os requisitos do art. 927 do CPC, nem mesmo a posse, vendo-se do próprio depoimento do autor que a área do açude era comum e que o réu não mexeu nas cercas existentes, nem retirou marcos, “não praticando, por assim dizer, qualquer ato de esbulho”.

A jurisprudência só admite a invocação da propriedade quando a posse é disputada com base no domínio ou quando há dúvida sobre quem seja o real possuidor (Jurisprudência Catarinense, vol. 74, pág. 280, rel. Des. Paulo Gallotti, Ap. Cív. n. 41.046).

Não tendo o autor posse anterior sobre a área do açude, não pode obter sucesso na demanda.

É o relatório.

Os títulos de propriedade do imóvel não definem com precisão a quem pertence a área do açude.

A escritura mais antiga, de 25/7/68, de Sofia André para George Domit de Oliveira (fls. 48/49), de referência ao terreno com 270.000m², que George mais tarde vendeu ao réu César, diz que o imóvel confrontava “pe-lo lado esquerdo com as águas do açude”.

Este veio a romper-se em 1989 (fls. 124/125).

O terreno foi prometido à venda ao réu César Schapievski em 9/11/94 (fls. 46), quando se mencionou que o terreno confrontava “por um lado com

a BR 280; por outro lado com o antigo açude ou seja com o Rio Geriza...”.

Nesse mesmo contrato constou que o terreno seria medido e mapeado.

No dia em que outorgada a escritura definitiva, abriu-se uma nova matrícula do imóvel, deixando-se expresso que ele “à frente: confronta com a BR 280, na extensão de 293m; lado direito: com uma estrada da Colônia e terras de George Domit de Oliveira e Roberto Domit de Oliveira, na extensão de 1.076,00m; lado esquerdo: confronta com o antigo açude atualmente Rio Geriza, na extensão de 1.285,00m; fundos: confronta com terras de George Domit de Oliveira e Roberto Domit de Oliveira, na extensão de 265,00m”.

Essa confrontação, por óbvio, constou de escritura definitiva que está a fls. 14 e 56 e do registro de fls. 15, em nome do apelado.

É certo, pois, que a área adquirida limitava-se “com as águas do açude”, ou com o antigo açude, ou seja, com o Rio Geriza.

Roberto Domit de Oliveira, o autor, diz a fls. 166: “Na parte em que havia o açude, era uma área comum, minha e de George, que esperávamos secar para utilizar”.

As testemunhas Acácio Schafchek e Arnaldo Limann Filho referem, aliás, que a área do açude pertence em partes iguais aos dois irmãos (fls. 168/9).

O domínio, contudo, não se mostra evidente em relação a um ou outro dos contendores.

A presente ação, de resto, é de natureza possessória e nesta “a cau-

sa petendi é a posse e a pretensão à sua defesa" (TARS, Julgados 13/106, rel. Juiz Oscar Gomes Nunes, apud AI n. 98.002161-8, rel. o mesmo deste acórdão).

O art. 927 do CPC impõe prove o autor, para valer-se da proteção possessória:

"I — a sua posse;

"II — a turbação ou o esbulho praticado pelo réu;

"III — a data da turbação ou do esbulho;

"IV — a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração".

Ocorre que o próprio autor, em seu depoimento de fls. 166, depois de afirmar que o açude se rompeu em 1989, diz: "Eu não estava usando efetivamente a parte que era utilizada como açude. Assim que Schapievski comprou, passou a usar o terreno, invadindo a parte que pertencia ao lago, isto em janeiro de 1996".

Acácio Schafachek, arrendatário das terras de Roberto (a fls. 168), diz que "depois que estourou o tanque, Roberto não se utilizou da área que antes era ocupada pela água porque havia banhado".

E confirma que César passou a utilizar a área: "César, depois que comprou, destacou a área que era usada pelo tanque e fez valetas, mas

acho que nunca plantou naquele local".

Arnaldo Limann Filho, fls. 169, observa que "Roberto nunca utilizou a área em que era açude enquanto estava cheio ou depois que estourou, ou seja, nesta área que ele diz que foi invadida".

E reitera: "César usa a mesma área depois de ter destocado e calçariado, fazendo plantação de melancia, isto apenas uma vez".

Ervino Liemann (fls. 171) depõe: "onde secou o tanque Roberto não usou o terreno".

Em suma, o autor não provou posse anterior. O réu, a seu turno, ainda que não tivesse título, ocupou a área, abrindo valas, nela aplicando calcário e realizando plantação, tendo, pois, posse da área.

Nessas condições, não tem o autor direito à proteção possessória que invoca, por não reunir os requisitos do art. 927, I, do CPC, por isso foi bem julgada improcedente a ação.

Ante o exposto, nega-se provimento ao apelo.

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

Florianópolis, 25 de março de 1999.

*João José Schaefer,
Presidente e Relator.*

APELAÇÃO CÍVEL N. 97.002939-0, DE TUBARÃO**Relator: Des. Eder Graf**

Embargos de retenção — Benfeitorias — Ausência de especificação — Imprescindibilidade.

Nos embargos de retenção o embargante deve, nos termos do § 1º do art. 744 do CPC, especificar as benfeitorias necessárias, úteis ou voluptuárias, sob pena de não-recebimento dos embargos por ausência de pressuposto de admissibilidade.

Reivindicatória — Benfeitorias — Citação do réu — Boa-fé — Descaracterização.

Com a citação do réu na ação reivindicatória cessa a boa-fé, não lhe assistindo, conseqüentemente, o direito de retenção quanto às acessões e benfeitorias efetuadas posteriormente no imóvel em litígio.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.002939-0, da comarca de Tubarão (1ª Vara), em que são apelantes Antônio Delfino e Maria Salete Paulo Delfino, sendo apelada Sandra Terezinha Nascimento de Oliveira:

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

Custas na forma da lei.

Antônio Delfino e Maria Salete Paulo Delfino opuseram embargos por retenção de benfeitorias contra Sandra Terezinha Nascimento de Oliveira argüindo, em preliminar, que há nulidade processual, porquanto não foram intimados da baixa dos autos, sendo expedido o mandado de imissão de posse em favor da embargada sem qualquer requerimento neste sentido. Relacionaram ainda as ben-

feitorias acrescidas ao imóvel, estimando em R\$13.000,00 a valorização delas decorrente.

Extinguiu-se in limine o feito, com fulcro no art. 267, IV, do CPC.

Irresignados, os vencidos apelaram pretendendo a reforma do decisorio hostilizado, sob a alegação de que comprovaram a realização das benfeitorias descritas na exordial. Saliaram que a casa registrada pela apelada no Registro Imobiliário é de metragem muito inferior àquela que disseram ter construído no imóvel, e que cumpriram o disposto no art. 744 do CPC.

Afirmaram que a embargada não tomou posse do objeto do litígio, já que não providenciou os atos necessários de imissão, acrescentando que o fato de não haverem pleiteado a retenção do imóvel no processo cognitivo não os impede de, agora, buscar essa providência por meio de embar-

gos. Por último, aduziram que a embargada não prestou caução para garantir a execução da sentença.

Recebido o inconformismo, os autos foram remetidos a esta Superior Instância, sendo que, em sessão realizada em 4/8/98, decidiu-se converter o julgamento em diligência em face da ausência de intimação da apelada para o oferecimento das contra-razões.

Suprida a anomalia, retornaram os autos.

É o relatório.

Examinando a ação reivindicatória em apenso, constata-se que em momento algum da contestação, protocolada em 10/11/95, os ora apelantes fizeram referência a eventuais benfeitorias por eles realizadas no imóvel litigioso. Tampouco na apelação manifestaram a mais leve intenção de serem ressarcidos por tais melhorias, razão pela qual o acórdão de fls. 68 usque 71 silenciou a respeito.

Só agora, quando executada a decisão transitada em julgado por impulso oficial, os apelantes ofereceram embargos de retenção por benfeitorias, ao argumento de que construíram uma casa de madeira, com acréscimo de 15m² de alvenaria, fizeram aterro e plantações, cujos valores alçaram o importe de R\$13.000,00.

Os apelantes não indicaram quais as benfeitorias necessárias, úteis ou voluptuárias, consoante se fazia indispensável para a admissibilidade dos embargos, nos termos do § 1º do art. 744 do CPC.

A propósito:

“Indenização por benfeitorias realizadas no imóvel — Falta de caracterização — Impossibilidade.

“O reconhecimento de benfeitorias exige a especificação, isto é, se úteis, necessárias ou voluptuárias, o estado anterior e o atual da coisa; o custo e o valor atual; a valorização da coisa, decorrente das benfeitorias. Ausentes esses elementos, considerá-las é impossível” (Ap. Cív. n. 44.936, de Palhoça, Des. Francisco de Oliveira Filho, DJ n. 9.035, 21/7/95, pág. 5).

Ainda:

“Embargos de retenção por benfeitorias — Pressuposto de admissibilidade — Especificação detalhada do valor respectivo — Exegese do art. 744, § 1º, do CPC.

“O exercício do direito de retenção por benfeitorias, por imperativo legal (art. 744, § 1º, do CPC), condiciona-se à especificação com os detalhes e caracteres a elas correspondentes, inclusive para diagnóstico de sua natureza, que autorizará ou não o alvitrado direito. Trata-se, como se vê, de pressuposto legal de admissibilidade (...)” (Ap. Cív. n. 49.371, da Capital, Des. Vanderlei Romer, j. 8/8/95).

Ou mais:

“Apelação cível — Embargos de retenção de imóvel por benfeitorias — Não recebimento no Juízo a quo — Confirmação da sentença.

“Nos embargos de retenção deve o embargante, nos termos do § 1º do art. 744 do CPC, especificar, sob pena de não serem recebidos: as benfeitorias necessárias, úteis ou voluptuárias; o estado anterior e atual da coisa; o custo das benfeitorias e o seu valor atual; a valorização da coisa decorrente de benfeitorias” (Ap. Cív. n.

33.713, de Joinville, Des. Cid Pedroso, j. 18/9/90).

E finalmente:

“O exercício do direito de retenção por benfeitorias, por imperativo legal — art. 744, § 1º, do CPC — condiciona-se à especificação com detalhes e caracteres a elas correspondentes, inclusive para diagnóstico de sua natureza, que autorizará ou não o alvitrado direito. Trata-se, como se vê, de pressuposto legal da admissibilidade, senão de providência indispensável à defesa da parte contrária e à decisão do próprio Juízo” (RT 588/135).

Convém lembrar, ainda, que os apelantes foram citados para contestar a ação reivindicatória em 26/10/95 (fls. 17v. dos autos em apenso), sendo evidente que a partir daquele momento deixaram de ser possuidores de boa-fé.

Theotonio Negrão, em nota de rodapé ao artigo 744 do CPC, registra:

“Citado o réu na ação reivindicatória, cessa, a partir daí, a boa-fé do possuidor, pelo que, inócurrenente esta, desassiste-lhe o direito de retenção quanto às acessões e benfeitorias efetuadas posteriormente no imóvel objeto do litígio, em face do efeito declaratório da sentença, que para tanto retroage (cf. CC, arts. 490 e 491)” (CPC e legislação processual civil em vigor, 30ª ed., Saraiva, 1999, pág. 728).

Ou mais:

“Reivindicação — Direito de retenção por benfeitorias e acessões — Reconhecimento impossibilitado se efetuadas as obras após conhecimen-

to do litígio, pela citação — Boa-fé descaracterizada — Inteligência e aplicação dos arts. 490 e 491 do CC” (RT 667/144).

Ora, na escritura de aquisição do imóvel pela apelada, lavrada em 3/2/95, já consta a casa de madeira e as fotos exibidas pelos apelantes evidenciam tratar-se de casa com bastante tempo de construção (fls. 5 e 6). Por outro lado, o acréscimo de alvenaria foi construído recentemente, tanto que as paredes estão sem pintura, a laje sem reboco, as telhas são novas e os tijolos da construção ainda se encontram depositados no local.

Relativamente ao aterro e poimar, nada se comprovou houvessem sido feitos pelos apelantes antes da citação.

Logo, não havia mesmo como se agasalhar o pedido de retenção por benfeitorias serodidamente feito e desacompanhado dos seus pressupostos de admissibilidade.

Quanto ao argumento de que, apesar de imitada na posse do imóvel desocupado (fls. 74v.), a apelada o abandonou, a assertiva é despicienda, porquanto se está discutindo domínio e não mera posse.

Por último, a exigência de caução não se fazia realmente necessária, visto que não houve reconhecimento do direito de retenção por benfeitorias e também (em consequência) liquidação do seu valor.

O Togado extinguiu o feito por ausência de pressupostos legais de admissibilidade dos embargos de retenção por benfeitorias, mas pela leitura do decisum observa-se que houve análise de aspectos meritórios, razão pela qual nada obsta que nesta

instância se reveja a decisão sem que isso importe na supressão de um grau de jurisdição.

O Superior Tribunal de Justiça já fixou:

“Apelação — Exame do mérito.

“O exame do mérito, em segundo grau, condiciona-se a que haja sido em primeiro. Para verificar se o foi, há que se pesquisar se decidida a pretensão formulada na inicial. Isso tendo ocorrido, não importa que a sentença, equivocadamente, haja afirmado que o autor era carecedor da ação” (STJ, REsp. n. 44.920/MA, Min. Nilson Naves, DJU n. 155, 15/8/94, pág. 20.335).

Por seu turno, Alexandre de Paula, ao anotar o art. 515 do CPC, colaciona:

“Havendo o juiz julgado o mérito da causa, muito embora no disposi-

tivo equivocadamente se afirme que o processo é extinto sem julgamento do mérito, pode o Tribunal julgar a lide, não sendo mister tornem os autos ao Juízo monocrático (Ac. unân. da 1ª T. do TJDF de 29/4/85, na Apel. 13.426, rel. Des. Eduardo Ribeiro; DJ 19/229)” (CPC Anotado, 5ª ed., 2ª tir., RT, 1993, vol. II, pág. 2.058).

Nega-se, pois, provimento ao recurso.

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

Florianópolis, 20 de abril de 1999.

Eder Graf,

Presidente para o acórdão e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.005126-6, DE JOINVILLE

Relator: Des. Eder Graf

Mandato — Exorbitância dos poderes — Dever de reparação dos danos.

“Ninguém é obrigado a aceitar qualquer mandato, ficando sempre livre o direito de recusá-lo (...). Mas, se o mandatário aceita o mandato, daí por diante assume ele uma obrigação, qual a de desempenhar bem a incumbência que lhe foi atribuída: Daí a obrigação de aplicar toda a sua diligência habitual na execução do mandato, agindo dentro dos poderes que lhe foram outorgados, segundo as instruções que lhe foram dadas pelo mandante” (J. M. Carvalho Santos).

Restando comprovada a exorbitância dos poderes conferidos pelo mandante, fica o mandatário obrigado a ressarcir-lhe os prejuízos daí decorrentes.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.005126-6, da comarca de Joinville (2ª Vara Cível/Registros Públicos), em que é apelante Mauri Borderes, sendo apelado Alceu Bisinela:

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

Custas na forma da lei.

Alceu Bisinela propôs ação de prestação de contas contra Mauri Borderes aduzindo que ambos eram proprietários de um ponto comercial e algumas benfeitorias, tendo sido autorizado ao réu que efetuasse a venda com a posterior prestação de contas ao autor.

Afirmou que recebeu, como parte da venda efetuada, apenas a quantia de Cr\$460.000,00, e que obteve informações de que os compradores pagaram pelo ponto Cr\$1.719.100,00, negando-se o requerido a prestar contas acerca do negócio. Pleiteou, ao final, o recebimento da diferença de Cr\$399.500,00.

O réu contestou alegando que vendeu o ponto e as benfeitorias comuns pelo valor de Cr\$1.719.100,00, repassando ao autor, após o desconto de suas despesas e da comissão do corretor, o valor que lhe era realmente devido.

Impugnou-se a contestação.

Realizou-se audiência de instrução e julgamento na qual, rejeitada a conciliação e tomado o depoimento do requerido e das testemunhas, as partes apresentaram, oralmente, suas alegações finais (fls. 53/56).

Sentenciando, o Dr. Juiz de Direito julgou procedente o pedido, determinando que o réu prestasse as contas requeridas pelo autor no prazo de 48 horas, sob pena de não poder impugnar aquelas que fossem apresentadas pelo demandante.

Inconformado, o vencido apelo aduzindo que a prova testemunhal produzida confirmou suas alegações e que, na condição de mandatário, não agiu com má-fé ou dolo, restando evidente a improcedência do pedido.

Houve contra-razões.

Comprovado o regular preparo, ascenderam os autos.

Em julgamento realizado em 22/8/95, nesta Câmara Civil, decidiu-se, por unanimidade de votos, de ofício anular a sentença.

Remetidos os autos à comarca de origem foi prolatada nova sentença pelo MM. Juiz de Direito, o qual julgou procedente o pedido inicial, reconhecendo o direito do autor de receber do réu a quantia de Cr\$397.050,00, acrescida de correção monetária a partir de 28/1/94 e juros de mora a partir da citação.

Inconformado com o decisum, o réu interpôs recurso de apelação aduzindo, em preliminar, carência de ação, porquanto as contas foram devidamente prestadas e o valor devido ao requerido pago oportunamente. No mérito, repisou os argumentos expendidos anteriormente.

Decorrido in albis o prazo das contra-razões, retornaram os autos.

É o relatório.

É inoportuna a prefacial de carência de ação suscitada no recurso, visto que, quando da contestação, o

apelante prontamente se adiantou e prestou as contas pedidas (fls. 18/21), juntando os documentos comprobatórios (fls. 23/31).

Logo, conforme se vê no acórdão de fls. 81 usque 85, o processo foi remetido à comarca de origem para que o Juiz, ao apreciar as contas prestadas, apurasse o valor eventualmente devido.

Apenas a latere, menciona-se a ementa do acórdão em referência:

“Processual — Ação de prestação de contas — Réu que contesta e presta contas — Incidência do § 1º do art. 915 do CPC — Nulidade da sentença que manda prestar contas.

“Na ação ajuizada pelo direito às contas (art. 915), só haverá as duas fases se o réu contestar a ação, pois, se apresentar as contas, estará suprimida a primeira fase, onde se discute exatamente se ele estaria ou não obrigado a prestá-las. É que assim reconhece, tacitamente, sua obrigação, tanto que as presta” (fls. 81).

Com relação ao mérito, não há o que se alterar no decurso objurgado, quando apurou um débito do apelante para com o apelado, no valor de Cr\$397.050,00, corrigido a partir de 28/1/94.

Se eram sócios no empreendimento e se houve mandato tácito para a alienação a terceiros, o recorrente não poderia tê-lo extrapolado, como o fez.

O Dr. Carlos Adilson Silva, em sua sentença, enfocou muito bem a matéria, sendo oportuno adotar-se sua argumentação como razão de decidir, verbis:

“O réu, além de contestar a ação, apresentou contas, admitindo, destarte, tacitamente, sua obrigação de prestá-las.

“Comprovou a fls. 23 depósito bancário em favor do autor no valor de Cr\$ 460.000,00, em data de 28/1/94, que já havia sido confirmado pelo sócio/mandante na exordial (item 4, fls. 4).

“O réu/mandatário efetuou pagamento de comissão à Imobiliária Casa Nova Ltda., no valor de Cr\$ 103.000,00, a título de comissão de corretagem pela venda do ponto comercial (fls. 23).

“Não obstante, também efetuou o pagamento do valor de Cr\$ 794.100,00 a Sérgio Luiz Wolff, em data de 28/1/94, a título de ‘comissão sobre venda benfeitorias Av. Albano Schultz, 897, frente’ (fls. 23).

“Descontadas as comissões, resultou um saldo no valor de Cr\$ 920.000,00, cabendo a cada sócio a importância de Cr\$ 460.000,00.

“Pelo que consta e não foi objeto de impugnação, o veículo foi vendido pelo valor de Cr\$1.500.000,00.

“Causa espécie que o valor pago ao corretor autônomo Sérgio, sequer credenciado à época junto ao Creci/SC, tampouco declarado à Receita Federal ou recolhido o tributo correspondente à verba recebida junto ao Fisco Federal (Carnê Leão) ou Municipal (ISS), corresponde a aproximadamente 83% do preço recebido pelas partes!

“A comissão de corretagem é de 5 a 6% sobre o valor da venda.

“No entanto, o réu agindo com manifesto excesso de mandato, em

prejuízo do autor/mandante, efetuou o pagamento de uma segunda comissão de corretagem à pessoa que, além de não credenciada, sonegou ao Fisco o valor recebido.

“Releva ponderar que a quantia ‘paga’ ao Sr. Sérgio Luiz Wolff corresponde a mais de 83% do valor recebido pelos sócios litigantes.

“Sabido e consabido que os atos praticados pelo mandatário, dentro dos limites de seus procuradores, são havidos como emanados do próprio mandante.

“De geral sabença, outrossim, que na intermediação de venda e compra de imóveis a comissão de corretagem é fixada de acordo com a tabela fornecida pelo Conselho Regional de Corretores de Imóveis, não ultrapassados a 8% do valor da venda em se tratando de imóveis urbanos e sem benfeitorias ou rurais, e 6% em se tratando de imóveis urbanos com benfeitorias.

“Portanto, sem a prévia audiência do autor/mandante não poderia o réu/mandatário pagar segunda comissão de corretagem, vultosa, saliente-se, ao Sr. Sérgio Wolff, sob pena de agir com excesso de mandato.

“Por derradeiro, apesar do recibo de fls. 23, dando conta do pagamento de referida ‘comissão’, a intermediação de referido ‘corretor’ é duvidosa, pois a adquirente Maria Alzira Torrens declarou que as tratativas para compra e venda foram feitas na imobiliária, afirmando que não conhecia e não conhece Sérgio Luiz Wolff!

“Donde conclui-se que a aproximação das partes pelo pretense corretor Sérgio Luiz Wolff, característica

da intermediação, inexistiu, logo, duvidoso o pagamento de quantia vultosa por uma suposta intermediação.

“Resta evidente que o réu/mandatário agiu com excesso de mandato e, via de consequência, deve compensar os prejuízos causados ao autor/mandante, pois não lhe transferiu parte que lhe cabia na venda das benfeitorias (=50%).

“Com efeito, tem o autor direito de receber 50% do preço total da venda das benfeitorias, descontando o valor correspondente à comissão de corretagem paga à Imobiliária Casa Nova Ltda.” (fls. 95/97).

O apelante diz não ter sido produzida prova de seu conluio com o corretor Sérgio Luiz Wolff ou de que seu recibo fosse forjado. Contudo, não é essa a questão fundamental a ser apreciada.

O que se discute, in casu, é apenas — e tão-somente — o excesso de mandato de que trata o art. 1.300 do Código Civil.

Oportuna, neste particular, a lição do saudoso J. M. Carvalho Santos, a saber:

“Ninguém é obrigado a aceitar qualquer mandato, ficando sempre livre o direito de recusá-lo, como já tivemos ocasião de mostrar. Mas, se o mandatário aceita o mandato, daí por diante assume ele uma obrigação, qual a de desempenhar bem a incumbência que lhe foi atribuída: Daí a obrigação de aplicar toda a sua diligência habitual na execução do mandato, agindo dentro dos poderes que lhe foram outorgados, segundo as instruções que lhe foram dadas pelo mandante” (Código Civil Interpretado,

Livraria Freitas Bastos S/A, 1955, págs. 227/228).

Mais adiante explica:

“E a indenizar qualquer prejuízo causado por culpa sua... O Código, assim dispondo, nada mais faz que aplicar uma regra geral referente à inexecução dos contratos. Na espécie, justifica-se ainda esta responsabilidade pela razão de que o mandatário, ao aceitar o mandato, faz crer ao mandante que o executará fielmente, verificando-se um verdadeiro abuso, ou, melhor, uma traição da confiança que nele depositou o mandante, que, se não fora a palavra empenhada, pelo mandatário, poderia ter procurado outro, mais fiel, que do negócio se encarregasse, quando não preferisse ele próprio encarregar-se, embora com sacrifícios.

“As responsabilidades do mandatário podem resultar dum ato doloso ou culposo, inclusive omissão, negligência ou imprudência” (op. cit., pág. 234).

Por seu turno, Washington de Barros Monteiro ensina:

“A primeira obrigação do mandatário é a de cumprir fielmente o mandato, com observância das instruções recebidas do mandante e até mesmo com redobrado zelo, se possível.

“Dispõe o art. 1.300 do Código Civil (primeira parte) que ‘o mandatário é obrigado a aplicar toda a sua diligência habitual na execução do mandato’. Quer isso dizer, como ensina Eduardo Espínola, que a culpa do mandatário consistirá em não ter aplicado sua diligência habitual (diligentia quam in rebus suis). O critério para se aferir a culpa será sempre in concreto

e não in abstracto(...)” (Curso de Direito Civil, 27ª ed., Saraiva, 1994, vol. V, pág. 260).

Aplicável, mutatis mutandis, o seguinte precedente:

“O contrato de mandato firmado com administradora de imóveis, conferindo-lhe amplos e ilimitados poderes para gerir um imóvel, somente pode ensejar indenização ao mandante pelos prejuízos causados em decorrência de abuso ou exorbitância dos atos delegados àquela” (Ap. Cív. n. 97.008123-5, da Capital, Des. Carlos Prudêncio, j. 2/9/97).

Ora, a alegação de que o mencionado corretor conseguiu vender as benfeitorias por valor superior ao ajustado entre as partes não justifica o pagamento desse plus, visto que o benefício deveria reverter em prol dos vendedores e não do corretor, cujo depoimento de fls. 60 é muito pouco convincente e — evidentemente — prestado em seu próprio favor financeiro.

Ademais, se fosse verdade que o corretor ficaria com a diferença a maior, seria obrigatória a prévia concordância do apelado, até porque em situações tais pode haver, realmente, margem para abusos imagináveis.

Nega-se, pois, provimento ao recurso.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Silveira Lenzi e Cláudio Barreto Dutra.

Florianópolis, 6 de abril de 1999.

Napoleão Amarante,
Presidente;
Eder Graf,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 49.332, DA CAPITAL**Relator: Des. Alcides Aguiar**

Administrativo — Prescrição do fundo de direito — Policial militar — Passagem para a reserva em razão de invalidez — Pretendida percepção do soldo do posto imediatamente superior — Ausência de negativa expressa — Prescrição apenas das prestações vencidas — Decreto n. 20.910/32, arts. 1º e 3º.

“A prescrição quinquenal das ações contra a Fazenda Pública atinge o fundo de direito quando o ato lesivo da Administração negar a situação jurídica fundamental em que se embasa a pretensão veiculada” (STJ, Min. Vicente Leal).

Prescrição — Acolhimento pela sentença que a par da extinção do processo adentra a matéria de fundo — Prejudicial de mérito afastada pelo Tribunal, com solução da causa já instruída suficientemente, sem violação ao princípio do tantum devolutum quantum appellatum.

Policial militar — Incapacidade decorrente de doença sem prova da relação de causa e efeito com o serviço militar — Depressão neurótica crônica — Estatuto dos Policiais Militares do Estado de Santa Catarina (Lei n. 6.218, de 10/2/1983, artigos 111, II e VI; 113, § 2º; 114, II) — Laudo de Junta Médica e ficha médica — Soldo do posto imediatamente superior — Desacolhimento — Pela lei de regência dos Policiais Militares do Estado de Santa Catarina, a reforma do policial com a remuneração calculada com base no soldo pertinente ao grau hierárquico imediato ao que possuir na ativa dar-se-á, apenas, quando for ele julgado incapaz definitivamente em razão de ferimento, acidente, doença, moléstia ou enfermidade contraída ou sofrida em serviço.

Policial militar — Auxílio-invalidez — Lei n. 6.218/83, art. 54 — Atestado por Junta Médica Policial achar-se o policial incapacitado total e definitivamente para qualquer trabalho, e assim não podendo prover os meios de subsistência, faz jus ao auxílio-invalidez previsto legalmente — Apelo provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 49.332, da comarca da Capital (Vara dos Feitos da Fazenda Pública e

Acidentes do Trabalho), em que é apelante Ruy Honório da Silva, e apelado o Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, afastar a preliminar de prescrição, e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso.

Custas na forma da lei.

Ruy Honório da Silva ajuizou ação ordinária de reconhecimento de direito cumulada com cobrança contra o Estado de Santa Catarina, aduzindo que ingressou como soldado da Polícia Militar do Estado em 12/5/1976, tendo sido reformado por incapacidade definitiva em 27 de novembro de 1986. Assevera, porém, que, conforme o Estatuto dos Policiais Militares do Estado — Lei n. 6.218/83, o policial militar considerado inválido, ao ser reformado, fará jus à remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediatamente superior ao que possuir na ativa, ou seja, no seu caso, deveria estar percebendo remuneração de 3º Sargento. Pugnou ainda pelo recebimento do auxílio-invalidez, previsto no art. 54 do referido Estatuto.

Regularmente citado, o Estado de Santa Catarina contestou, alegando, preliminarmente, a prescrição do direito requerido, com base no Decreto n. 20.910/32, art. 1º, e, no mérito, a inexistência de provas de que a incapacidade ocorreu em serviço ou em decorrência deste, exigência legal no âmbito do Estatuto dos Policiais Militares do Estado — Lei n. 6.218/83, para a reforma com remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierárquico superior. Ressaltou que o autor não demonstrou a necessidade do auxílio-invalidez em face da falta prova de não dispor de meios para sua subsistência, além do que percebe pensão

integral e tem assistência médica sem ônus.

Após a réplica foram apresentadas as alegações finais, opinando o representante do Ministério Público pelo acolhimento da prescrição; no mérito posiciona-se pela improcedência da ação.

Sentenciando, a digna Juíza a quo julgou extinto o processo pela prescrição.

Irresignado, apelou o autor, alegando que seu ato de reforma não condiz com a realidade do parecer administrativo, pelo qual sua remuneração deveria ter como base o soldo de 3º Sargento, informando que quando ingressou na Polícia Militar sofreu avaliação médica, sendo considerado apto, ressaltando que as dificuldades do trabalho e baixos salários influenciaram no surgimento da moléstia que o incapacitou. Salientou ainda que a prescrição quinquenal é inaplicável ao caso, posto que, em sendo ação pessoal, o prazo é vintenário, realçando cuidar-se de relação jurídica de trato sucessivo.

Oferecidas as contra-razões, o Parquet singular manifestou-se pelo conhecimento e improviamento do apelo.

Já neste Grau de Jurisdição, opinou a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo conhecimento e improviamento do recurso interposto.

É o relatório.

Inconformado com o decisum que lhe foi adverso, recorre o autor, alegando que seu ato de reforma não condiz com a realidade do parecer administrativo; a prescrição no seu caso

é vintenária, a par de tratar-se de prestação de trato sucessivo.

Pelo que consta dos autos o autor — policial militar, passou para a reserva por incapacidade física em 12/9/86, pela Portaria n. 177/PMSC/SSP, publicada no Diário Oficial do Estado n. 13.093, de 27/11/86, com a presente ação tendo sido protocolada em data de 22/3/93, portanto mais de cinco anos a partir da passagem do autor para a reserva. De qualquer sorte, porém, não se verifica na espécie a prescrição.

O prazo prescricional relativamente às dívidas passivas dos entes públicos é disciplinado pela norma prevista no art. 1º do Decreto n. 20.910/32, verbis:

“As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a natureza, prescrevem em cinco anos, contados da data do ato ou fato do qual se originarem”.

O ato de reforma, conforme se vê na Portaria n. 177/PMSC/SSP — fls. 7, foi amparado nos artigos 109, II, 111, VI, e 114, II, da Lei n. 6.218/83, que prescrevem:

“Art. 109 — O policial militar será reformado quando:

“II — For julgado incapaz definitivamente para o serviço ativo da Polícia Militar;

“Art. 111 — A incapacidade definitiva pode sobrevir em consequência de:

“VI — Acidente ou doença, sem relação de causa ou efeito com o serviço.

“Art. 114 — O policial militar da ativa, julgado incapaz definitivamente por um dos motivos constantes do item VI do art. 111, será reformado:

“II — Com remuneração calculada com base no soldo integral considerado inválido, isto é, impossibilitado total e permanentemente para qualquer trabalho”.

Como deflui do ato em questão, a passagem do autor para a reserva decorreu pura e simplesmente da incapacidade que lhe sobreveio enquanto no serviço ativo da Polícia Militar, não se detendo a autoridade, mesmo implicitamente, acerca do direito aqui postulado, ou seja, que não fizesse jus o peticionário ao soldo do grau hierárquico imediatamente superior. Nada pois se decidiu acerca da pretensão deduzida na exordial, ainda porque não provocada a autoridade competente.

Bem por isso orienta a jurisprudência:

“Funcionalismo. Prescrição.

“Não prescrevem apenas as prestações, mas o próprio fundo do direito se a Administração, por ato expresso, ou implicitamente, nega o direito, vindicado, e a ação não é ajuizada, no prazo prescricional.

“A prescrição incide apenas sobre as prestações anteriores ao quinquênio quando não há tal negativa” (RE n. 106.956, PR, relator Min. Aldir Passarinho, j. de 5/6/1987, in RTJ 122/1.068).

Ainda do colendo Supremo Tribunal Federal colhe-se substancial ensinância da lavra do eminente Min. Moreira Alves, verbis:

"O termo inicial da prescrição corresponde ao da actio nata. Se a Administração deve praticar, de ofício, ato de reenquadramento, e o pratica, excluindo o interessado, desse ato nasce a ofensa a direito e a consequente pretensão a obter judicialmente a satisfação dele. Se a Administração, que deve agir de ofício, se omite e não há prazo para que pratique o ato, pelo que a omissão não corresponde a recusa, ainda não corre a prescrição".

E acrescenta:

"Fundo de direito é expressão utilizada para significar o direito de ser funcionário (situação jurídica fundamental) ou os direitos a modificações que se admitem com relação a essa situação jurídica fundamental, como reclassificações, reenquadramentos, direito a adicionais por tempo de serviço, direito à gratificação por prestação de serviços de natureza especial, etc. A pretensão ao fundo de direito prescreve, em direito administrativo, em cinco anos a partir da data da violação dele, pelo seu não reconhecimento inequívoco. Já o direito a perceber as vantagens pecuniárias decorrentes dessa situação jurídica fundamental ou de suas modificações ulteriores é mera consequência daquele, e sua pretensão, que diz respeito a quantum, renasce cada vez em que este é devido (dia a dia, mês a mês, ano a ano, conforme a periodicidade em que é devido seu pagamento), e, por isso, se restringe às prestações vencidas há mais de cinco anos, nos termos exatos do artigo 3º do Decreto n. 20.910/32 (RE n. 110.419, SP, relator Min. Octávio Gallotti, j. de 8/3/1989, in RTJ vol. 130-319/342).

De igual sorte posiciona-se o colendo Superior Tribunal de Justiça:

"...A prescrição quinquenal das ações contra a Fazenda Pública atinge o fundo de direito quando o ato lesivo da Administração negar a situação jurídica fundamental em que se embasa a pretensão veiculada (...)" (ERESP 43.497/SP, n. 97/00881180, relator Min. Vicente Leal, j. de 11/11/98).

Neste egrégio Tribunal de Justiça pontifica o mesmo entendimento:

"...É do expresse ato denegatório, pela Administração Pública, do reconhecimento de determinado direito ao servidor que começa a fluir o prazo prescricional para o exercício da respectiva ação judicial, sob pena de afeição do próprio fundo de direito. Inexistente pleito administrativo, e em se tratando de prestações de trato sucessivo, somente são fulminadas pela prescrição as parcelas vencidas precedentemente ao quinquênio que antecedeu o ajuizamento da ação (...)" (Ap. Civ. n. 88.083657/49.369, 1ª CC, relator Desembargador Trindade dos Santos, j. de 25/11/1997).

Recolhe-se do v. aresto o seguinte lance:

"Daí por que, referentemente ao direito de ação, a prescrição quinquenal somente começa a fluir quando, negligente a Administração, o funcionário público a provoca para que lhe conceda o direito não prestado voluntariamente, com o Poder Público negando-o expressamente, mantendo-se o beneficiário, então, inerte por prazo suficiente à ocorrência daquela causa fulminadora do direito".

Ainda desta egrégia Corte:

“Não tendo sido anteriormente discutida a matéria no âmbito administrativo, não há prescrição do fundo de direito, mas apenas das parcelas vencidas além do quinquênio anterior ao ingresso da ação” (Desembargador João José Schaefer, rel. na Ap. Cív. n. 38.040, 4ª CC, unânime, j. de 8/6/1995).

Destarte e como enuncia a Súmula 443 do Supremo Tribunal Federal:

“A prescrição das prestações anteriores ao período previsto em lei não ocorre quando não tiver sido negado, antes daquele prazo, o próprio direito reclamado, ou a situação jurídica de que ele resulta”.

Afastada a prescrição, e sendo esta preliminar de mérito, possível é ao Segundo Grau decidir a matéria de fundo, ainda porque o Juízo a quo não se restringiu à prefacial, adentrando o exame da questão substancial da causa. Sem receio, pois, de agressão à regra do *tantum devolutum quantum appellatum*, examina-se o mérito.

Mérito

O art. 113 da Lei n. 6.218, de 10/2/1983, — Estatuto dos Policiais Militares do Estado de Santa Catarina — dispõe:

“O policial-militar da ativa, julgado incapaz definitivamente por um dos motivos constantes nos itens I e II do art. 111, será reformado com a remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediato ao que possuir na ativa”.

O artigo 111, incisos I e II, supra, prescreve:

“Art. 111 — A incapacidade definitiva pode sobrevir em consequência de:

“I — Ferimento recebido em operação policial militar na manutenção da ordem pública;

“II — Enfermidade contraída em operação policial militar na manutenção da ordem pública ou enfermidade cuja causa eficiente decorra dessa situação”.

Já o § 2º do art. 113, supra, preceitua:

“Aplica-se o disposto neste artigo aos casos previstos nos itens III, IV e V do artigo 111, quando, verificada a incapacidade definitiva, for o policial militar considerado inválido, isto é, impossibilitado total e permanentemente para qualquer trabalho”.

À luz da respectiva legislação de regência, pois, a reforma do policial militar com a remuneração calculada com base no soldo pertinente ao grau hierárquico imediato ao que possuir na ativa dar-se-á quando for ele julgado incapaz definitivamente em razão de ferimento, acidente, doença, moléstia ou enfermidade contraída ou sofrida, em serviço, ou em razão dele, e em face de uma das moléstias citadas no inc. V do art. 111 supra, verbis: “tuberculose ativa, alienação mental, neoplasia maligna, cegueira, lepra, paralisia irreversível, e incapacidade, cardiopatia grave, mal de Parkinson, pênfigo, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, estados avançados da doença de paget (osteíte deformante) e síndrome da imunodeficiência adquirida (SIDA/AIDS) e outras moléstias graves ou incuráveis com base nas conclusões da medicina especializada”.

O ato impugnado — repisa-se — considerou a incapacidade do autor decorrente de doença sem relação de causa ou efeito com o serviço (inc. VI do art. 111 do Estatuto citado), e como tal reformado, com a remuneração que auferia quando considerado inválido, no caso, o soldo de soldado (art. 114, II, do mesmo diploma legal).

Extrai-se da prova documental que o autor, após dez anos, cinco meses e dois dias de tempo de serviço prestado à Polícia Militar de Santa Catarina, em 12/9/86 foi considerado “incapaz definitivamente para serviço da Polícia Militar, impossibilitado, total e permanentemente, para qualquer serviço”, atestado por laudo subscrito por Junta Médica da Polícia Militar do Estado (fls. 6).

Conforme revelam a ficha médica e a Alta de Inspeção de Saúde que se vêem a fls. 8/9 da JMC/Ambulatório do Hospital Comandante Lara Ribas, o autor é portador da doença, segundo a Classificação Internacional de Doenças, código 300.4/0, ou seja, depressão neurótica, afastada a existência de alienação mental. Esse mesmo quadro mórbido emerge do atestado médico de fls. 10, datado de 13/3/93, recomendando referidos documentos tratamento e medicação por tempo indeterminado.

A prova assim coligida não autoriza concluir que o autor adquiriu a doença de que padece em virtude do serviço militar prestado. Tanto quanto reflete sua ficha médica, a doença ali diagnosticada se revelara crônica. Impossível pela prova colhida concluir-se por uma relação de causa e efeito entre a doença e as condições inerentes à vida militar, única hipótese, pos-

to que arredadas as demais, que favoreceria o apelante. Para esse fim haveriam os autos de acusar a existência de atestado ou inquérito sanitário de origem (art. 111, inciso IV).

Bem assinala a douta Procuradoria-Geral de Justiça que a “doença existente guarda relação com dificuldades no desenvolvimento da personalidade, e não tem conotação com atividade policial”.

A reforma, pois, do autor, em razão de doença sem relação de causa e efeito com o serviço, revela-se regular e insuscetível de retificação.

O mesmo, porém, não ocorre com o pedido de auxílio-invalidez.

A disposição que disciplina essa forma de remuneração — art. 54 da Lei n. 6.218/83, assim vem redigida:

“O auxílio-invalidez, atendidas as condições estipuladas na Lei de Remuneração dos policiais militares, será concedida ao policial militar que quando em serviço ativo tenha sido ou venha a ser reformado por incapacidade definitiva ou considerado inválido, isto é, impossibilitado total ou permanentemente para qualquer trabalho, não podendo prover os meios de subsistência”.

A Lei n. 5.645, de 30/11/1979, que dispõe sobre a remuneração do Policial-Militar do Estado de Santa Catarina, em seu artigo 90, preconiza de igual forma, acrescentando que a condição de carência do militar acima anotada será atestada por Junta Policial Militar de Saúde, ao mesmo tempo em que condiciona a concessão do benefício às seguintes condições:

"I — necessitar de internação em instituição apropriada, policial-militar ou não;

"II — necessitar de assistência ou de cuidados permanentes de enfermagem".

Ante o laudo da Junta Médica datado de 12/9/86, o autor acha-se incapaz definitivamente para o serviço da Polícia Militar e impossibilitado total e permanentemente para qualquer serviço.

A ficha médica ambulatorial de fls. 8 atesta ser o paciente-autor portador de doença crônica, que o atestado de fls. 10 diagnostica como depressão neurótica, carecendo de tratamento médico e de medicação de uso continuado e por tempo indeterminado (fls. 8 e 10).

Diante do que atestam a Junta Médica e ainda o facultativo que examinaram o autor, atuando este último no Hospital da Polícia Militar Comandante Lara Ribas, não há dúvida de que o apelante encontra-se incapacitado total e permanentemente para qualquer serviço. A natureza da moléstia — grave por sem dúvida — que lhe sobreveio no curso da atuação como policial militar, ou que, por cronicidade, já dela padecia, a exigir assistências médica e medicamentosa continuada, se não caracteriza alienação mental, está a subtrair do autor capacidade para trabalhar e desse modo prover os meios de subsistência. O fato de perceber soldo integral e receber assistência médica do Estado é irrelevante, mesmo porque o benefício é concedido justamente ao militar reformado em tais condições.

Doutro lado, porém, a lei impõe como condição à continuidade do di-

reito ao recebimento do auxílio-invalidez: que o policial apresente anualmente declaração de que não exerce nenhuma atividade remunerada, submetendo-se, a critério da administração, periodicamente, a inspeção de saúde de controle. No caso de ser constatado o exercício pelo policial de qualquer atividade remunerada, o benefício será suspenso automaticamente (Lei n. 5.645, de 30/11/1979, §§ 1º e 3º, art. 90).

Pelo exposto, a Câmara dá provimento em parte ao recurso, a fim de condenar o Estado a pagar ao autor o auxílio-invalidez (Lei n. 5.645/79), no percentual ora vigente, e incidente sobre o valor do soldo atualmente percebido, a partir de 22/3/1988 (quinqüênio que precedeu ao ajuizamento da ação), acrescido dos juros legais da citação.

Arca o Estado com a verba honorária fixada em 10% sobre o quantum condenatório. Sem custas. Resalve-se, por fim, que a continuidade da percepção do benefício pelo autor dependerá do preenchimento da condição imposta pela Lei n. 5.645/79, comprovada, no caso concreto, a partir deste julgado, anualmente.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Desembargador Francisco Borges, e lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Áttila Antônio Rothsahl.

Florianópolis, 29 de abril de 1999.

João José Schaefer,
Presidente com voto;
Alcides Aguiar,
Relator.

APELAÇÕES CÍVEIS NS. 97.007647-9 E 97.008074-3, DE URUSSANGA**Relator: Des. Alcides Aguiar**

Imissão de posse e consignação em pagamento reunidas por conexão — Escritura pública de compra e venda — Aquisição de imóvel — Preço pago em prestações representadas por promissórias — Execucional com embargos julgados procedentes envolvendo outra promissória dita emitida pelo comprador e que se constituíra em sinal de pagamento pela transação, mas considerada por perícia grafotécnica como falsa — Sentença nos embargos transitada em julgado — Nova perícia a requerimento da vendedora com idêntico fim — Inadmissibilidade — Cerceamento de defesa inócurren — Benfeitorias necessárias e úteis — Comprovação apenas parcial das últimas — Réu porém já citado ao tempo dos melhoramentos — Possuidor de má-fé — Direito de retenção e de ressarcimento indeferido — Sentença mantida — Aplicação do art. 517 do CC — Apelo desprovido.

Consignação em pagamento — Recusa em receber por despido do débito de atualização monetária e dos juros — Cálculo atualizado e com juros homologado parcialmente — Insurgimento do credor após transitada em julgado a sentença homologatória — Possibilidade — Refazimento da conta pelo órgão técnico do Tribunal de Justiça — Circular n. 27/99 e Provimento n. 13/95 da egrégia Corregedoria-Geral da Justiça — Índices de correção — Diferença devida — Aplicação do § 2º, art. 899, CPC — Recurso provido em parte.

O erro de cálculo, sobre o qual não houve discussão nem mereceu o exame judicial, escapa aos efeitos da coisa julgada. Passível de revisão a qualquer tempo e desde que aferível o montante ainda do débito, conquanto procedente a ação em face do recebimento e quitação parciais, é de reconhecer-se essa diferença como crédito da ré, valendo a sentença ou o acórdão, como título executivo, facultado ao credor promover-lhe a execução nos mesmos autos.

Honorários e custas na ação de imissão de posse às expensas dos réus e rateadas igualmente entre as partes na consignatória ante a sucumbência parcial.

Vistos, relatados e discutidos | 97.007647-9 e 97.008074-3, da
estes autos de Apelações Cíveis ns. | comarca de Urussanga, em que são

apelantes Martinho Mário Trento Formentim e Marlei Machado Formentim, sendo apelados Waldenor José Zaccaron e Zuleima Salvador Zaccaron:

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

Custas na forma da lei.

Waldenor José Zaccaron e sua mulher, Zuleima S. Zaccaron, ajuizaram, em data de 16/7/1987, ação de imissão de posse contra Martinho Mário Trento Formentim e sua mulher, Marlei Machado Formentim, objetivando imitem-se na posse do imóvel ocupado pelos réus.

Relatam que adquiriram dos réus um imóvel localizado no município de Morro da Fumaça, sendo que estes se recusam a desocupá-lo.

Devidamente citados, apenas a ré apresentou contestação, suscitando inépcia da inicial e sublinhando que ficou acordado com os autores que a entrega do imóvel seria realizada após o pagamento integral do bem, salientando que ainda restam valores a ser quitados, representados por notas promissórias. Aduziu que foi ludibriada por seu esposo que tem uma outra mulher na mesma cidade de Morro da Fumaça, em conluio com o autor, em razão do que inocentemente assinou a escritura. Sublinha afinal que, diante da escrituração do imóvel e do não-pagamento integral do preço, ficou sem garantias, juntamente com seus filhos menores de 12 e 6 anos, estando a mover contra o ex-

marido ações de separação judicial e de anulação de ato jurídico.

Impugnada a contestação e juntados novos documentos pela ré (promissórias, por xerox — fls. 33/34), ordenou o Magistrado (fls. 48) a reunião das ações de imissão de posse com a consignatória, movida pelos autores contra os réus, por existir contidência.

O processo sofreu interrupção entre os anos de 1989 e 1996, quando requereram os autores, e lhes foi deferida, a antecipação da tutela, imitando-se-lhes na posse do imóvel objeto da demanda (fls. 55/58). Contra essa decisão agravou de instrumento a ré (fls. 61/65), suspendendo a Magistrada por tal razão a execução do despacho (fls. 73v.).

Indeferiu, ainda, a Dra. Juíza de Direito, em face da conexão das ações, o pedido de extinção do processo formulado pela ré (fls. 75v.) em razão da alegada paralisação do feito por parte dos AA.

Na ação de consignação em pagamento (autos reunidos), aforada em 8/9/87, os autores, adquirentes do imóvel, ofereceram o valor (Cz\$ 100.000,00) da nota promissória referente ao mês de agosto, vencida em 2/9/87, ante a recusa dos réus em recebê-lo.

Citados os réus — o cônjuge varão por edital — e não comparecendo os acionados para receber, foi efetuado o depósito da quantia já então de Cz\$ 580.000,00, relativamente às promissórias vencidas em 2/9/87, 2/10/87, 2/11/87, 2/12/87, 2/1/88 e 2/2/88 (fls. 28/29), seguiu-se o termo de apensamento — fls. 30 — reunindo o feito ao de imissão de posse.

Certificado a fls. 33 o decurso do prazo para contestação, peticionou a ré a complementação do valor do depósito, pois que faltantes os juros e a correção monetária (fls. 34).

Ao réu, citado por edital, revel, foi nomeado curador especial, que reiterou o pedido supra. Ato contínuo, o procurador da ré, já agora também constituído pelo réu, (procuração de fls. 38), informa acerca da reconciliação do casal, e requer a liberação do valor consignado, a fim de iniciarem a construção de uma nova casa em Içara, SC, com o que se mudariam em breve do imóvel objeto da imissão de posse (fls. 37).

Proferiu o Magistrado decisão antecipada de ambas as ações (autos ns. 187/87 — imissão de posse, e 317/87 — consignação em pagamento), em data de 18/7/1988, julgando-as procedentes.

Apelaram os réus, sublinhando não ser justo achar-se o depósito despedido dos juros e correção monetária, além do que a dívida de Cz\$ 700.000,00, relativa à nota promissória vencida em abril de 1987, representativa do valor do pagamento inicial do negócio, encontra-se sob execução judicial; a desocupação do imóvel deveria ocorrer apenas após a complementação do pagamento em fevereiro de 1988, conforme notas promissórias acostadas aos autos da ação de imissão de posse e também da nota promissória objeto de execução.

Alegam mais cerceamento de defesa por não se lhes permitir a produção de prova testemunhal.

As fls. 53v., foi certificado haverem os réus levantado a importância consignada (alvará de fls. 45/45v.).

Contra-razões às fls., pugnano pela intempestividade do apelo ou seu desprovemento.

Provido foi, por esta colenda Câmara, o recurso, para anular a ação de consignação em pagamento desde o despacho de fls. 39, inclusive, por cerceamento de defesa (AC n. 31.401 — relator Desembargador Nestor Silveira — fls. 79).

Os réus constituíram novo procurador, revogando o mandato anteriormente outorgado ao Dr. Jamir da Silva Soares. Prosseguiu a ação com petição do autor para cálculo das diferenças devidas em face do depósito de fls. 28 (fls. 92). Foi aquele juntado aos autos às fls. 95.

A ré, por novo procurador, acusa que a venda do imóvel aos autores foi pelo preço de Cz\$ 1.480.000,00, mediante pagamento de Cz\$ 900.000,00, dos quais apenas foram pagos Cz\$ 200.000,00, no ato da escrituração do bem, enquanto pendentes de solução restaram sete promissórias: Cz\$ 700.000,00, Cz\$ 80.000,00 e as cinco restantes de Cz\$ 100.000,00 cada, onde se revelam única e verdadeira as assinaturas apostas pelo autor; se tivessem as demais notas promissórias sido anexadas ao processo de execução, onde foi realizada a perícia grafotécnica, o laudo jamais qualificaria de falsa a assinatura aposta na nota promissória do valor de Cz\$ 700.000,00, objeto da execução; que as notas promissórias não foram encaminhadas ao processo executivo porque os seus advogados, conluídos com o seu marido, agiram

com dolo e má-fé, sendo que esse procurador — Dr. Jamir da Silva Soares, estava retendo até aquela data o valor pertinente ao do levantamento por alvará de fls. 45; que por isso está executando seus ex-patronos judicialmente; que apenas em data de 8/4/92 a esposa do citado procurador entregou à ré a citada promissória de Cr\$ 700.000,00.

Requeru a produção de prova pericial a fim de cotejar as assinaturas nas promissórias com as produzidas antes do fornecimento daquelas ao Juízo do feito, quando o emitente, adredemente orientado, lançou assinaturas, nunca ou jamais lançadas; prova testemunhal para elucidar que o bem foi vendido por Cz\$ 1.800.000,00, com Cz\$ 900.000,00 de entrada, mas arditosamente substituída por uma nota promissória de Cz\$ 700.000,00 e mais Cz\$ 200.000,00 em dinheiro, no ato da assinatura da escritura pública.

Impugna o cálculo último elaborado porque aquém do débito real dos autores.

Acrescenta que em face do descumprimento contratual dos AA., que resultou nas ações aforadas, a contestante prosseguiu nas obras, concluindo-as em fins de março/92, investindo Cr\$ 25.000.000,00, assistindo-lhe, se não ajuizar ação para rescindir o negócio, o direito de retenção por benfeitorias, caso lhe seja desfavorável a sentença.

Discorda por fim do despacho que ordenou a reunião das ações, porquanto com objetivos diversos: ação consignatória visa a quitar dívida e a imissão de posse imitir-se na posse e considera que o ajuizamento da

cautelar de seqüestro fez perder o objeto a imissão aforada.

Os autores consideram descabidos ou inoportunos nos autos os argumentos da ré e anotam que a esta caberia apenas concordar ou não com o cálculo último elaborado.

Nomeado novo curador especial ao marido da ré, manifestou-se aquele concorde com o cálculo de fls. 95 (fls. 118).

O réu Martinho Mário Trento Formentin, por outro procurador — Dr. Luiz Holly Tavares — também constituído pela esposa, discordou do cálculo de fls. 95, pleiteando ao mesmo tempo a anulação da petição da curadora de fls. 118, quando de forma lacônica concordou com o cálculo e reitera o pedido de produção de provas retro.

Realça mais que, independentemente do débito que os AA. pretendem consignar, há um outro de Cz\$ 700.000,00 representado por uma nota promissória, que é objeto de processo de execução, ora em grau de recurso, “a se constituir o pano da discordância” presente no entrevero judicial entre as partes.

A ré Marlei Machado Formentim requereu idênticas provas (fls. 129).

Ordenando o processo, a Dra. Juíza de Direito proferiu despacho a fls. 134, realçando que o réu já compareceu nos autos por advogado constituído desde fls. 37, e, portanto, desnecessária era a indicação de novo curador. Em conseqüência revogou os despachos de fls. 115/116 quanto ao requerido no item 2 da petição de fls. 107/110.

Determinou mais o desentranhamento da peça de fls. 129 e instou que o autor, no quinquídio, falasse sobre o cálculo de fls. 95.

Sobre a atualização do cálculo de fls. 136 foram intimadas as partes — fls. 137, em 3/6/94 (DJ de 27/5/94), a se manifestar em 5 dias, fazendo-o apenas o autor (fls. 138/139 e certidão de fls. 139v.).

Seguiu-se a homologação do cálculo por sentença. Decorrido o prazo de 5 dias para recurso, após intimadas as partes (fls. 140, in fine, e 140v.). Os autores depositaram a diferença acusada no cálculo (fls. 191), isto em 15/9/94.

Asseveraram os réus em outra petição — fls. 145 — que “em sede de consignatória o silêncio ou a falta de comparecimento para levantar o depósito, importa em discordância ao exercitado”. Impugnaram então o cálculo porque divorciado da realidade inflacionária. A fls. 146, ainda, pugnam pela revogação do despacho de fls. 134, do qual não foram intimados, mas apenas o autor, a fim de que lhes fosse permitida a produção das provas requeridas.

Por despacho lançado a fls. 147, foi indeferida a prova pericial “posto que desnecessária. A questão já foi resolvida nos autos da execução n. 232/88” (fls. 147).

Os réus voltaram a insistir na produção da prova pericial — fls. 149, indicando perito, formulando quesito e juntando o laudo pericial elaborado por perito do Instituto de Criminalística da Diretoria de Polícia Técnico-Científica de Santa Catarina, por solicitação dos contestantes, que concluiu pela autenticidade da assinatura do autor

Waldenor José Zaccaron na nota promissória, vencida em 25/4/1987, no valor de Cz\$ 700.000,00, emitida em favor da ré. Acrescenta que a perícia em face desse laudo se faz necessária diante dos laudos antagônicos acerca da assinatura do autor e realizados no bojo dos autos do processo de execução.

Aberta a audiência de instrução e julgamento foi indeferida a perícia grafotécnica “à vista de um laudo conclusivo efetuado por perito judicial”. Adiada porém foi a colheita da prova oral porque não encontrado o réu para ser intimado.

Postularam os autores — fls. 190/191 — a antecipação da decisão de mérito da causa.

Oitava da testemunha Domingos Bressan — via precatória — fls. 204.

A audiência foi novamente adiada (fls. 211), porque não localizadas as testemunhas e não intimado o réu.

A fls. 220 e segs., noticiam os autores que a matéria relacionada com a dúvida levantada pelos réus quanto à promissória objeto da execução n. 232/88 e embargos consequentes n. 071/89 já constitui “coisa julgada” e requer o apensamento daqueles processos ao presente. Juntou, então, xerox da capa dos autos respectivos.

Nova instalação da audiência — fls. 229, com oitava de testemunhas — fls. 230/231 — arroladas pelos autores, decretando a Dra. Juíza de Direito a perda de igual prova pelos réus por não cumprido o compromisso de trazer as testemunhas, já que não localizadas anteriormente pelo meirinho.

Razões finais das partes — memoriais de fls. 232 e seguintes pelos autores, insistindo na procedência das ações, sendo que em relação à consignatória ocorreu a reatualização do débito, com o novo valor da dívida — Cr\$ 2.763.175,53 ou 5.269,82 UFIRs tendo sido depositado em 15/9/94, pela GRJ 1328412, conforme fls. 141, enquanto os réus reiteraram que o valor inicial pactuado pelo imóvel foi de Cz\$ 900.000,00, dos quais Cz\$ 200.000,00 foram saldados em moeda da época e pelos restantes Cz\$ 700.000,00 ofereceram os autores uma nota promissória; que por isso os contestantes aceitaram a cartula e mantiveram o negócio, pois haviam-se comprometido com o pagamento da quantia de Cz\$ 900.000,00, na aquisição de um imóvel em Içara.

Destacam, porém, que na verdade receberam uma nota promissória incobrável, pois o aceite não pertencia ao comprador consignante. Indagam a seguir, a fim de evidenciar ter sido convencionado o pagamento inicial de Cz\$ 900.000,00: “que proprietário em sã consciência, e afeito a algumas transações, venderia uma residência, mesmo inacabada, sem pagamento inicial e em prestações mensais, ao longo de oito meses?”

Acrescentam que, utilizando-se da livre convicção, e não estando o Juiz adstrito ao laudo pericial (art. 436, CPC), deve ser reconhecido o engodo em que foram envolvidos os réus em face do golpe dos Cz\$ 700.000,00.

Quanto ao cálculo — deveria atingir o total de R\$ 8.895,50, considerando a correção monetária ocorri-

da no patamar médio de 37,8% nos meses de abril de 1992 a abril de 1994, e de maio de 1994 até o efetivo depósito; o valor depositado deveria ser de CR\$ 11.867,00, já que a correção monetária até 1º de julho (Plano Real) ficou estabelecida em 38,70% para 1994 até a citada data.

Postulam a improcedência da ação ou a conversão do julgamento em diligência para que os autores completem o depósito.

Porque estivesse o imóvel inacabado quando da transação e tivessem as obras prosseguido, porque os autores romperam as avenças, e se tratasse de obras úteis e necessárias, seja ainda para fins de manutenção do prédio ou sua melhoria, socorre-lhes, porque possuidores de boa-fé, o direito à retenção por benfeitorias, ainda porque questionadas na fase cognitiva do processo, enquanto não indenizados adequadamente; o negócio envolveu apenas um terreno urbano e a excluir-se a residência haverá enriquecimento ilícito.

Enumeram em seguida as obras realizadas no imóvel decorrentes da destruição, por um vendaval ocorrido em 8 de janeiro de 1995, na região inclusive de Morro da Fumaça, arrancando o telhado e o arremessando a distância, que exigiu considerável importância para restaurá-lo; serviços de manutenção das construções existentes até o dia da transação — 5/5/87 — foram executados ao longo da lide, além de melhorias como um segundo banheiro inexistente ao tempo do negócio.

Também foram colocados pisos sobre o pátio e escadas e rente à residência foi construída uma peça

com dois pavimentos, melhoria que valorizou — 58m² — o imóvel. Dispõem-se a provar tais benfeitorias na fase própria (art. 744, CPC).

Pedem a improcedência da ação de consignação ou, entendendo-a eficaz, que seja complementado o depósito, com a diferença, à data das razões finais, de R\$ 11.867,00, isto sem prejuízo do estatuído no art. 744 do CPC, a ser exercido no momento próprio.

Proferiu decisão final a Magistrada, em data de 16/4/1997, julgando procedentes ambas as ações para ordenar fosse expedido mandado de imissão de posse aos autores e declarando extinta a obrigação decorrente da emissão das notas promissórias, na consignatória. Impôs aos réus o pagamento das custas e da verba honorária fixada em 10% sobre os valores atribuídos a cada um dos feitos, com expedição de alvará para levantamento pelos réus da quantia depositada a fls. 141.

Recorreram os réus, dizendo-se surpresos com o decisum, por haver desprezado o fenômeno atmosférico, imprevisível, ocorrido em 8/1/1996, e relatado com detalhes pelo Corpo de Bombeiros — fls. 267 —, quando ocorreu forte vendaval, destelhando a residência objeto da lide, tampouco as benfeitorias foram alegadas apenas por ocasião das razões finais, como diz a sentença, pois a contestação cuidou desse fato a fls. 99; ademais, até na fase de execução da sentença, pode ser invocada a retenção por benfeitorias.

Ocorreu cerceamento de defesa, posto que os recorrentes requereram expressamente prova testemu-

nal e pericial — fls. 122/123, assim equivocado foi o despacho que revogou — fls. 134 — o anterior concessivo das provas.

Insurgem-se mais contra o desentranhamento do petitório de fls. 129, pois a preclusão ocorre em face do que se requer tardiamente e não com antecipação; os recorrentes jamais incorreram em revelia.

Por seu turno, intimados sobre o cálculo e depósito dos valores, peticionaram que “o silêncio, ou a falta de comparecimento, implicava em discordância do que fora depositado”, mas ainda assim a Julgadora homologou o valor depositado a fls. 140.

Foi requerida nova perícia, em face da conclusão da primeira realizada de que o autor da assinatura da nota promissória fora o mesmo que assinara a série de sete notas, ou seja, o autor, mas do indeferimento pela Dra. Juíza de Direito não houve intimação — fls. 156v.

Pleiteiam a nulidade do processo a partir do despacho concessivo das provas requeridas e negadas posteriormente.

Se mantida a decisão, requerem os recorrentes sua reforma a fim de que lhes seja concedido o direito a benfeitorias, se não as necessárias em sua generalidade, aquela relativa à reposição do telhado e sua estrutura, decorrente do vendaval na região provado nos autos, assegurando-lhes a retenção do bem até o pleno ressarcimento.

Recebido o apelo no seu duplo efeito, os autores interpuseram agravo retido, por isso que a fls. 285, dos autos da ação de consignação em pagamento, registra o carimbo de proto-

colo que a apelação foi interposta às 11h23min de 16/5/97, dentro do horário de funcionamento do Banco, mas o recolhimento do preparo deu-se somente em 19/5/97, contrariando o disposto no artigo 511 do CPC. Reque-rem a reforma do despacho que recebeu o recurso ou que deste co-nheça o Tribunal de Justiça, preliminarmente, quando do julgamento da apelação.

Nas contra-razões, pedem o exame do agravo retido.

Consideram deserto o recurso interposto na ação de imissão de posse, pois a prevalecer o raciocínio do apelante, opondo dois recursos, quando os processos são conexos e foi prolatada uma sentença apenas, há necessidade de duplo preparo; aquele não preparado enseja a deserção.

Postulam em seguida a concessão da antecipação da tutela a fim de que lhes seja deferida a imissão de posse do imóvel, eis que satisfeitos os requisitos do art. 273 do CPC.

No mérito, e invocando o art. 245 do CPC, anotam que a falta de intimação de alguns despachos no processo aos recorrentes não importou em prejuízo para estes. Rechaçam os demais argumentos esposados no apelo, sendo que, com relação às benfeitorias, consideram impertinente o pedido, posto não se constituir prova hábil para tanto apenas uma nota de transporte de telhas juntada com as razões finais e uma mera cópia de fax, dando notícia da ocorrência de um destelhamento em um posto de gasolina em município diverso daquele em que se situa o imóvel. Por último, somente por ação própria a

ré/apelante poderia desconstituir a escritura de compra e venda do imóvel.

Os réus requereram o levantamento dos valores consignados, vez que se rebelam no recurso apenas contra a insuficiência do depósito, reservando-se para requerer sua complementação se for acolhido o recurso.

A fls. 314 noticiam os réus a invasão do imóvel, aproveitando-se de suas ausências para assistirem uma filha enferma, por parte dos apelados, por capangas armados, que ali se alojaram e impedem o retorno daqueles à residência.

Pelo eminente Desembargador relator que me substituí, ante achar-me afastado das funções na Câmara em face do exercício na Corregedoria Regional Eleitoral, foi deferido em parte o peticionado pelos recorrentes.

Em relação à ação de imissão de posse, recorrem os réus em separado, estranhando que, certificado o apensamento das ações, até agora não ocorreu a intimação do despacho que reconheceu a continência. Causa estranheza mais aos recorrentes ter o pedido de imissão de posse, pelos autores, quase dez anos após o último petitório nos autos, sido deferido incontinenti, enquanto o pedido de extinção formulado pelos réus continua por ser despachado.

Pugnam pela reforma da sentença, em se acolhendo o pedido de fls. 52/53, para extinguir o processo.

Os autores oferecem agravo retido e contra-razões, reiterando a argumentação já constante dos autos da ação de consignação em pagamento.

É o relatório.

Preliminarmente é mister analisar as razões do agravo retido acostado às fls. 103/106.

Imerece prosperar o recurso.

É entendimento desta colenda Câmara que o preparo pode ser efetuado até o término do prazo para interposição do recurso, não sendo necessário que ocorra simultaneamente com o ajuizamento da apelação, como sucedeu in casu. O recurso foi interposto em 16/5/97 e o preparo efetuado em 19/5/97. O prazo recursal estendeu-se até 22/5/97. Desta feita, o preparo foi realizado dentro do prazo legal, não se operando a preclusão.

Vejam-se estes precedentes:

“— Agravo de instrumento de decisão que julgou deserta apelação por ausência de preparo.

“— O disposto no art. 511 do CPC, na redação que lhe deu a Lei n. 8.950/94, exige o preparo imediato ou, conforme iterativa jurisprudência, que ele seja efetivado até o decurso do prazo recursal”.

“Apelação cível. Preparo. Aplicação do art. 511, CPC, alterado pela Lei n. 8.950, de 13/12/94. Obrigatoriedade do pagamento no prazo recursal. Recolhimento posterior. Deserção decretada” (Ap. Cív. n. 96.002492-1, relator: o subscritor, j. em 13/6/96).

Doutra parte, verifica-se que os réus interpuseram, no prazo legal, dois recursos: o primeiro, nos autos da ação de consignação em pagamento sofreu o preparo regular. O segundo, interposto no prazo nos autos da ação de imissão de posse, recebido no seu duplo efeito, não foi preparado.

A sentença proferida abrangeu ambos os feitos e, portanto, estava a ensejar também recurso único.

Em que pese o desdobramento recursal, há que se conhecer da irrisignação irregularmente embora assim formalizada, como se se tratasse de uma única apelação, a dispensar por conseguinte duplo preparo.

Não há cogitar, por outro lado, de antecipação de tutela formulada ao depois da sentença. De notar que esta Câmara, em 15 de maio de 1997, ao julgar o AI n. 97.002969-1, interposto pelos réus em razão da antecipação de tutela, concebida pela Magistrada aos autores, no curso do processo, autorizando a imissão de posse, considerou prejudicado o agravo porque já então fora proferida sentença definitiva acolhendo ambas as ações. A tutela concedida, ademais, não chegou a se efetivar pelas razões constantes da certidão de fls. 74v.

Quanto ao recurso, em aditamento, interposto nos autos da ação de imissão de posse, o inconformismo dos recorrentes funda-se em dois pontos: ausência da intimação e certidão do despacho de fls. 48 que reconheceu a continência das ações; e a falta de apreciação do pedido de extinção do processo pela inércia dos autores — fls. 52/53.

Às fls. 75v. encontra-se despacho referente ao pedido de extinção, apreciando-o nos seguintes termos:

“A pretensão de fls. 52/53 despida encontra-se de fundamento legal vez que, reconhecida a ocorrência de conexão do presente com o feito consignatório em apenso, a instrução de ambos deu-se em conjunto, assim

também ocorrendo com decisão que o apreciará”.

E completa:

“O presente despacho somente é prolatado nesta eis tenham os autos sido retirados do gabinete para junta-de de petitório interposto pelos autores, tendo este, por equívoco, restado apreciado anteriormente”.

Ora, se os apelantes não concordavam com tal despacho, deveriam ter interposto o recurso cabível, qual seja, o agravo de instrumento.

Não se diga que tal incorreu por falta de intimação daquele despacho. É que depois deste os réus voltaram a falar nos autos e não revelaram qualquer oposição.

Aliás às fls. 48v. encontra-se o Termo de Apensamento exarado pelo escrivão judicial, certificando o cumprimento do despacho pela douta Magistrada de Primeiro Grau, que determinou a união das ações em face da continência.

Ora, nos termos do artigo 245 do Código de Processo Civil, as eventuais nulidades dos atos devem ser argüidas na primeira oportunidade em que couber à parte se manifestar nos autos.

A jurisprudência corrobora o entendimento:

“— Processual civil. Nulidade não alegada na primeira oportunidade em que a parte fala nos autos. Preclusão” (in Ap. Cív. n. 44.893, relator Desembargador João José Schaefer, j. 8/9/95).

Enfim: restou-lhes precluso o direito de se insurgir contra a decisão, nos termos do artigo 473 da Lei Adjeti-

va Civil, não podendo agora, em sede de apelação, rediscutir a matéria.

Acresça-se mais:

“Abstendo-se o vencido de interpor o recurso adequado, na época própria, há preclusão, bem como a formação de coisa julgada material (art. 467 do CPC), impossibilitando o reexame da questão já dirimida, mormente em sede de agravo de instrumento” (AI n. 97.008385-8, relator Desembargador Francisco Oliveira Filho, j. 9/9/97).

De qualquer modo, a decisão que determina a conexão entre duas causas é passível de agravo de instrumento, verbis:

“Agravo de instrumento — Decisão que reconhece a existência de conexão entre as causas — A decisão, que entende serem duas causas conexas, comporta Agravo de Instrumento, de conformidade com os arts. 162, § 2º, e 552 do CPC” (RP 2/344).

No tocante às razões recursais entranhadas na ação consignatória e atuada como AC n. 31.401, insurgem-se os apelantes contra o cerceamento de defesa consubstanciado na revogação do despacho que deferiu as provas requeridas pelos agravantes; pugnaram pelo direito de retenção das benfeitorias que realizaram no imóvel; ressaltaram que não houve revelia, uma vez que os requerimentos sempre foram efetivados de forma antecipada, além do que a não-manifestação sobre os valores consignados importa na sua discordância, bem como no seu não-levantamento; ressaltaram ainda a ausência de intimação acerca da negativa de realização de nova perícia, fls. 156.

Cumprе ressaltar que a perícia grafotécnica requerida já se perfez quando do processo de execução (n. 232/88) e embargos do devedor (n. 071/89), que tramitaram no Juízo a quo, envolvendo a nota promissória no valor de Cz\$ 700.000,00, quando foi constatada a falsidade da assinatura do emitente, aqui autor/apelado.

A sentença ali prolatada e que concluiu pela falsidade da assinatura atribuída ao autor resultou transitada em julgado, posto que não conhecida a apelação dos réus (fls. 326).

A propósito dessa perícia, os réus alegam que a assinatura do autor é legítima comparada com as das demais lançadas nas seis promissórias e que se estas tivessem sido juntadas no processo de execução o laudo seria outro; que a tomada de autênticas do autor, certamente e por orientação adrede, foi diversa da original.

Como já salientado, a questão relativa à autenticidade da nota promissória referida foi resolvida — bem ou mal — no processo de execução com embargos. É coisa julgada. Enquanto não desfeita essa decisão o título não pode sofrer outra perícia, ainda que na ação de consignação em pagamento hodiernamente seja possível a discussão ampla do negócio e a produção exauriente de provas.

Há realmente, *ictu oculi*, sinais de que a assinatura do A. na nota promissória de 700 mil e nas demais é idêntica. Também é relevante o fato assinalado de que de ordinário não se vende um bem imóvel sem o pagamento no ato de alguma quantia.

Enquanto não modificada a sentença, inviável no âmbito da consignatória considerar descumprido o

contrato, e, portanto, incompleto o depósito do principal.

A anulação do negócio deve obedecer a procedimento ou ação própria. Por esse prisma não ocorreu cerceamento de defesa.

A prova testemunhal, por seu turno, fazia-se dispensável diante da documentação carreada aos autos, suficiente ao deslinde da causa desde logo. Acrescente-se que a Dra. Juíza de Direito quando da audiência — fls. 229 — decretou a perda pelos réus do direito da oitava das testemunhas por eles arroladas, porque assumido por eles quando da audiência anterior o compromisso de trazer os testigos para o ato independentemente de intimação (fls. 211), já que, não localizados anteriormente pelo meirinho, não compareceram à data aprazada.

A ação de imissão de posse, pois, diante da prova dominial exibida pelos autores (escritura pública e registro imobiliário de fls. 5/6v.), merecia a solução que lhe deu a Magistrada, julgando-a procedente.

No que concerne ao pretendido direito de retenção por benfeitorias realizadas no imóvel, não socorre razão aos recorrentes. Asseveram estes, especialmente por ocasião das razões finais, que o imóvel foi seriamente danificado por um vendaval — ocorrido em 8/1/96 — que lhe arrancou o telhado e sua estrutura. Construíram, ainda, um segundo banheiro inexistente ao tempo do negócio, colocaram pisos sobre o pátio e escadas, e, anexa à residência, levantaram uma peça, com dois pavimentos, com área de 58,00m², que valorizou o imóvel.

Registre-se por primeiro que enquanto o documento de fls. 267, emanado do Corpo de Bombeiros, denuncia que ocorreram, em data de 8 de janeiro de 1996, fortes ventos no município de Içara, destelhando um posto de gasolina, o imóvel em causa situa-se no município de Morro da Fumaça. Mas mesmo que se admita a ocorrência também neste do citado fenômeno, ante a proximidade dos dois municípios, é de sopesar-se, ainda que se admitindo o emprego pelos apelantes, no prédio, das telhas anotadas no conhecimento de transportes rodoviário de fls. 268, tal obra não se constituiu a rigor em benfeitoria, mas em recuperação apenas do bem, sem aumentar-lhe o valor, e que aproveitou especialmente aos réus, pois que no imóvel permaneceriam e ainda permanecem morando.

Tampouco fazem jus ao ressarcimento pelos demais melhoramentos — um deles apenas comprovado — considerados úteis no caso, posto que realizados ao depois da citação, portanto sem o caráter de boa-fé indispensável à pretensão deduzida.

Com efeito:

“Citado o réu, na ação reivindicatória, cessa, a partir daí, a boa-fé do possuidor, pelo que, inócurre esta, desassiste-lhe o direito de retenção quanto às acessões e benfeitorias efetuadas posteriormente no imóvel objeto do litígio, em face do efeito declaratório da sentença, que para tanto retroage (conforme CC, arts. 490 e 491)” (RT 667/144) (in “CPC e legislação processual em vigor”, Theotonio Negrão, 28ª ed., pág. 554).

“Por isso não se pode cogitar de retenção por benfeitorias introduzi-

das no imóvel depois de iniciada a execução para a entrega deste” (RT 470/76) (ob. e pág. cit.).

À hipótese merece aplicação o disposto no art. 517 do Código Civil.

No que concerne à ação de consignação em pagamento, contestada ao fundamento da insuficiência do depósito (AC n. 31.401 — fls. 79), por não recolhidos os juros e a correção monetária (fls. 34), os autos demonstram que, omissa a escritura de compra e venda, a alienação do imóvel aos autores o foi pela quantia de Cz\$ 850.000,00, desdobrada em 5 parcelas de Cz\$ 100.000,00 e uma de Cz\$ 80.000,00, vencidas, respectivamente, em 2/9/87, 2/10/87, 2/11/87, 2/12/87, 2/1/88 e 2/2/88, representadas por notas promissórias (fls. 151).

Levantada pelos autores a parcela inicial depositada (Cz\$ 580.000,00) e reclamada a percepção dos juros e correção monetária, seguiu-se a elaboração do cálculo pertinente — fls. 95, que em data de 10 de março de 1992 acusou uma diferença a esse título de Cr\$ 3.679.860,73. Posteriormente, foi ele atualizado para Cr\$ 2.763.175,53, em 18/4/94 (fls. 136), e, finalmente, restou depositada a quantia de R\$ 3.270,98, em 15/9/94 (fls. 141).

Conquanto aos RR. faleça razão quando afirmam que “o silêncio, ou a falta de comparecimento, implicava em discordância do que fora depositado”, eis que a homologação do cálculo (fls. 140) se perfizera diante da inércia dos acionados em face do cálculo último elaborado (fls. 136), é bem de ver que padece de erro a atualização realizada pelo Contador Judicial.

Assim é que solicitou o relator a este Tribunal de Justiça, seção de custas da Corregedoria-Geral da Justiça, pela Sra. Olga Inês Andrade da Costa, Administradora, o cálculo atualizado, e com juros do débito, apurando-se, com base na Tabela de Índices de Atualização de Valores, encaminhada pela douta Corregedoria aos Diretores do Foro, pela Circular n. 27/99, à data daquele elaborado pelo Sr. Contador do Foro (18/4/94), a quantia de CR\$ 10.035.691,20, e, à data do depósito, 15/9/94 — R\$ 6.946,17. Já segundo o cálculo do serventário da Justiça, e conforme a GRJ de fls. 136 e 141, esses valores acusam respectivamente — Cr\$ 2.763.175,53 e R\$ 3.270,98. Entre o valor pago, R\$ 3.270,98, e aquele devido há uma diferença da ordem de R\$ 3.675,24, à data supra de 15/9/94; já em 23 de fevereiro p. p. elevava-se a R\$ 5.750,99. Os autos, pois, registram até aqui o recebimento e quitação parciais.

Ora, segundo a doutrina:

"...o erro de conta, sobre o qual não se tenha discutido no processo de liquidação, não sofre os efeitos da coisa julgada e pode, por isso, ser alegado e corrigido a qualquer tempo. Diante da sentença homologatória, só os elementos do cálculo é que se submetem a res judicata, não os seus resultados errôneos, já que estes, no dizer de Ribas, não entram nem podem entrar, na intenção do Juiz. Descoberto o equívoco, a qualquer tempo será sanável" ("Comentários ao Código de Processo Civil", Humberto Theodoro Júnior, Ed. Forense, 1978, pág. 4.252, n. 185, in RT 608 — 136/137).

No mesmo diapasão a jurisprudência:

"Apesar de o cálculo de liquidação ter sido homologado é suscetível de revisão, podendo ser alegado e corrigido a qualquer tempo" (AC n. 26.350, Desembargador Rubem Córdova). Em igual sentido: EDAC n. 39.289, Desembargador Wilson Guarany; AC n. 42.738 e AI n. 9.211, relatados pelo subscritor; e REsp. n. 7.523-0, SP, do Superior Tribunal de Justiça, em aresto da lavra do eminente Min. Hélio Mosimann: "O Juiz não fica adstrito à homologação pura e simples dos cálculos, podendo, ao vislumbrar dissonância com a fase cognitiva ou excesso lesivo ao interesse público, determinar providências saneadoras" (DJU, 22/6/92, pág. 9.734).

Equivocada, pois, foi a decisão homologatória do cálculo diante do erro no levantamento do quantum devedor. Insuficiente o depósito, mas possível fixar-lhe o quantum devido, incide a norma do § 2º do art. 899 do CPC, que dispõe:

"A sentença que concluir pela insuficiência do depósito determinará, sempre que possível, o montante devido, e, neste caso, valerá como título executivo, facultado ao credor promover-lhe a execução nos mesmos autos".

A propósito a jurisprudência:

"Ação de consignação em pagamento. Discussão sobre o índice de correção. Insuficiência do depósito. Art. 899, § 2º, do CPC. 1. A ação consignatória permite a discussão sobre o índice aplicável para a atualização do débito. 2. Efetuado o depósito com pequena diferença a menor, nem por is-

so deixa de ser a ação procedente, reconhecido o saldo como crédito da ré, valendo a sentença como título executivo. Aplicação do disposto no artigo 899, § 2º, do CPC" (REsp. n. 64.631-BA, relator Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 27/11/95) ("Código de Processo Civil Anotado", Sálvio de Figueiredo Teixeira, 6ª ed., 1996, Ed. Saraiva, pág. 591).

Por tais razões, nega-se provimento ao recurso relativamente à ação de imissão de posse, mantendo-se as cominações impostas na sentença. É provido, porém, o apelo parcialmente, no que tange à ação consignatória, para, diante da insuficiência do depósito, fixar-se em R\$ 5.750,99 a quantia (diferença) devida pelos AA., em data de 23 de fevereiro p.p., a título de atualização do valor principal, que deverá ser acrescida

dos juros legais de mora desde os vencimentos dos títulos, valendo este julgado como título executivo e facultando ao credor promover-lhe a execução nos mesmos autos, corrigindo-se o débito à data da liquidação. As custas e honorários são repartidos igualmente entre as partes ante a sucumbência parcial.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Des. Alcides Aguiar, e dele participaram, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Francisco Borges e Pedro Manoel Abreu.

Florianópolis, 25 de fevereiro de 1999.

João José Schaefer,
Presidente para o acórdão;
Alcides Aguiar,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 97.014554-3, DE CRICIÚMA

Relator: Des. Alcides Aguiar

Divórcio litigioso c/c partilha de bens — Regime de comunhão de bens — Sociedade comercial por cotas de responsabilidade limitada — Ingresso da mulher apenas, na constância do casamento, utilizando recursos dos cônjuges — Divisão eqüitativa entre eles da cota-parte do capital social à época da separação — Formação de subsociedade entre os ex-cônjuges — Arts. 334 do Código Comercial e 1.388 do Código Civil — Bens adquiridos pela sociedade, um ano após o rompimento da vida conjugal, com produto apenas do trabalho da ex-mulher — Incomunicabilidade em face do ex-marido — Artigos 263, XII, e 246, Código Civil; artigos 5º, I, e 226, § 5º, da CF/88 — Provimento parcial.

Partilham-se igualmente, na separação judicial entre os ex-cônjuges, as cotas sociais com que a mulher, ao tempo do casamento, realizado sob o regime da comunhão de bens, passou a inte-

grar sociedade comercial, uma vez adquiridas com recursos comuns. A metade das cotas devida ao varão não o torna sócio da sociedade; entre a mulher e o marido, forma-se uma nova sociedade, “a qual é considerada res inter alios acta, quer em relação aos demais sócios, quer aos credores sociais por obrigações já existentes ou futuras” (RT 624-91/92). Regem essa subsociedade os artigos 334 do Código Comercial e 1.388 do Código Civil.

Os bens adquiridos, após a separação do casal, pela sociedade comercial de que faça parte a mulher e apenas com o produto do trabalho desta, merecem a qualificação de reservados — arts. 263, XII, e 246, CC, não sendo partilhados com o ex-marido. Neste caso, não prevalece a igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações relativas à sociedade conjugal erigida pela Constituição Federal — arts. 5º, I, e 226, § 5º.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.014554-3, da comarca de Criciúma (Vara de Exceção e Família), em que é apelante Z. dos S., sendo apelada N.T.:

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

Custas na forma da lei.

Z. dos S. propôs ação de divórcio litigioso cumulada com partilha de bens contra N. T., aduzindo que se casou com a requerida em 18/2/76, sob o regime da comunhão universal de bens, e em 5/8/94 separaram-se consensualmente, ficando convencionado que a partilha realizar-se-ia a posteriori.

Afirmou que a ré ficou com a guarda dos filhos, usufruindo de todos os bens do casal, adquiridos na constância do casamento, relacionando

um apartamento, um terreno situado na praia do Rincão, uma linha telefônica de n. 433-4839, móveis avaliados em R\$ 6.000,00 (seis mil reais), 50% de uma sala comercial localizada no Edifício Ouro Negro, 50% do capital social da Imobiliária Campos Ltda. e sua filial localizada na Rua Rui Barbosa.

Sustentou que referidas imobiliárias, de onde é retirado o sustento da família, inclusive do requerente, ficaram sendo administradas pela requerida e sua sócia, não lhe sendo repassadas as retiradas mensais, na proporção de 25% (vinte e cinco por cento), a que tem direito, acrescentando que ela adquiriu vários bens (veículo Fiat Uno, ano/1995, linha telefônica celular e outras linhas convencionais) após a separação, mas com os rendimentos das imobiliárias do casal.

Requeru, por fim, a divisão dos bens, inclusive os adquiridos após

a separação com os frutos da imobiliária, bem como sua parte na referida sociedade.

Contestando, a requerida alegou que ajuizou ação cautelar de separação de corpos, tendo obtido medida liminar, e propôs, posteriormente, ação de separação judicial litigiosa, que foi convertida em consensual, em que foi acordado que o requerente prestaria alimentos na proporção de 45% de seus rendimentos, o que não ocorreu.

Aduziu que após a separação (5/8/94) ampliou seu patrimônio, mesmo ficando responsável pela manutenção de seus quatro filhos, tendo até que prestar atendimento psiquiátrico ao primogênito.

Considera injusto que os bens adquiridos exclusivamente com seu trabalho sejam partilhados com o autor, que após a separação manteve-se alheio aos problemas familiares.

Concordou, ao final, com a decretação do divórcio, impugnando os valores e o rol de bens apresentados.

Impugnação à contestação (fls. 67/68).

O Ministério Público opinou pela decretação da conversão da separação judicial em divórcio, bem como da partilha na proporção de 50% do acervo patrimonial existente à época da separação para cada ex-cônjuge, excluindo-se aqueles bens adquiridos após essa separação, posto que ameaçados com o esforço da requerida exclusivamente.

Sentenciando, o Magistrado a quo julgou parcialmente procedente a ação. Excluiu do pedido inicial de par-

tilha: as salas comerciais, porque adquiridas pela pessoa jurídica e ademais em 30/6/1995, quando já desfeita a sociedade conjugal; o veículo Uno, ano 1993; a empresa filial, por integrar a empresa matriz; os telefones — celular e convencionais. Afastou, ainda, a divisão em relação às cotas sociais da empresa já apontada porque bem reservado do cônjuge mulher, embora realizado o casamento sob a comunhão de bens. Declarou partilháveis (50% para cada cônjuge) — o apartamento, terreno edificado com uma casa, linha telefônica e móveis descritos na inicial e documentos que a instruem. Converteu a separação judicial em divórcio e condenou os contendores, em partes iguais, nas custas e verba honorária, compensando-se os encargos.

Inconformado, apelou o autor, argumentando que o decisum é ultra petita, posto que excluiu da partilha as cotas da sociedade “Campos — Corretora e Administradora de Imóveis Ltda.”, adquiridas na constância do casamento, o que não foi contestado pela ré; o casamento deu-se sob o regime da comunhão universal de bens, sendo a matriz da referida imobiliária adquirida na vigência da sociedade conjugal; os bens adquiridos após a separação o foram com rendimentos auferidos pela imobiliária, integrando portanto seu patrimônio, tendo o recorrente, por isso, direito a 25% de todo o acervo daquela sociedade.

Apresentadas as contra-razões, nas quais a apelada reeditou os argumentos expostos na contestação, o representante do Parquet opinou pelo acolhimento parcial do pedido, posto que a partilha deve compreender as

cotas sociais da empresa preexistente à separação das partes.

Já neste Grau de Jurisdição, manifestou-se no mesmo sentido a douta Procuradoria-Geral de Justiça.

É o relatório.

A irrisignação do apelante reside no fato de ter o Magistrado Singular deixado de relacionar como bem partilhável 50% (cinquenta por cento) das cotas da sociedade “Campos — Corretora e Administradora de Imóveis Ltda.”, adquiridas na época em que ainda eram casados, bem como aqueles bens amealhados depois da separação auferidos com os rendimentos da empresa, entendendo que a decisão foi ultra petita. Alegou ainda não poder prevalecer o artigo 263, XII, do Código Civil, que determina a exclusão da comunhão dos bens reservados, se a união ocorreu sob a égide da Lei n. 6.515/77.

Analisando-se a sentença atacada, verifica-se que não ocorreu a alegada decisão ultra petita, eis que “o julgamento ultra ou extra petita concerne ao pedido e não aos fundamentos” (Ap. Cív. n. 36.291, relator: o subscritor, j. 6/8/92). Verifica-se que o Magistrado analisou todos os pontos da questão, limitando-se a decidir nos limites em que foi proposta, por isso que o pedido na inicial de partilha de bens e decretação do divórcio não foi extrapolado, donde inoocorrer decisão ultra petita. Neste sentido:

“Sentença — Decisão ultra petita — Inocorrência — Magistrado a quo que se ateve ao que foi postulado na petição inicial — Recurso não provido. JTJ 154/149” (Jurisprudência Informatizada).

E ainda:

“Sentença — Decisão extra e ultra petita — Inocorrência — Declaratória acolhida nos limites perseguidos — Preliminar rejeitada (Relator: Quaglia Barbosa — Apelação Cível n. 226.225-2 — Presidente Prudente — 29/3/94)” (Jurisprudência Informatizada).

Merece agasalho, porém, a pretensão do apelante quanto à integração das cotas sociais da imobiliária Campos — Corretora e Administradora de Imóveis Ltda. ao rol dos bens partilháveis, eis que foram adquiridas pela ex-consorte na vigência do matrimônio, que se realizou pelo regime de comunhão universal de bens.

É o que se verifica da documentação acostada aos autos, posto que o casamento, conforme a certidão de fls. 7, ocorreu em 18/2/76, e a ré foi admitida na referida sociedade, adquirindo 50% das cotas, em 1º/7/93 (fls. 36/38), enquanto a separação ocorreu somente em 1994, iniciada pela Medida Cautelar de Separação de Corpos n. 187/94.

Cumpra salientar que, “tratando-se de quotas de sociedade de responsabilidade limitada, o recebimento pelo ex-cônjuge de sócio de quotas na partilha dos bens do casal não o faz sócio da empresa pois haveria necessidade para a sua integração na sociedade do consentimento de todos os sócios” (Yussef Said Cahali, in “Divórcio e Separação Judicial”, tomo 2, RT, 8ª ed., São Paulo, 1995, pág. 935).

Essa relação que se estabelece pela aquisição de cotas por meio da partilha forma entre os ex-cônjuges uma sociedade de segundo grau ou subsociedade, prevista nos arts. 334 do Código Comercial e 1.388 do Cód-

go Civil. Não haverá participação direta do ex-cônjuge varão em relação à sociedade, apenas colherá vantagens e sofrerá prejuízos por intermédio da ex-cônjuge.

O art. 1.388 do CC é expresso: “Para associar um estranho ao seu quinhão social, não necessita o sócio do concurso dos autores; mas não pode, sem aquiescência deles, associá-lo à sociedade”.

Nesse sentido é a orientação jurisprudencial:

“Sociedade comercial — Responsabilidade limitada — Integração de sócio — Inadmissibilidade — Partilha em ação de divórcio transferindo metade das cotas do varão para a mulher — Tradição por meio de sucessão que constitui entre os dois nova sociedade, não fazendo da adquirente sócia da primitiva empresa — Carência da ação por falta de interesse de agir — Aplicação dos arts. 334 do Código Comercial e 1.388 do Código Civil.

“A transferência de cotas de sociedade de responsabilidade limitada por força de partilha em divórcio importa tradição por meio de sucessão, não fazendo da adquirente sócia da empresa. Forma-se entre ela e o sócio nova sociedade, a qual é considerada res inter alios acta, quer em relação aos demais sócios, quer aos credores sociais por obrigações já existentes ou futuras” (RT 624-91/92).

Sobre o tema este Tribunal já decidiu:

“Cotas — Partilha — Efeitos.

“Partilhadas as cotas sociais do marido, em consequência da separação, cria-se uma subpartição societária regulada pelos artigos 1.388 do

Código Civil e 334 do Código Comercial” (Ap. Civ. n. 49.665, relator Desembargador Eder Graf, DJESC de 6/11/95).

Urge acrescentar que não se pode acolher o argumento de serem as cotas da sociedade bens reservados, a par da divergência existente sobre a recepção ou não do artigo 246 do Código Civil — que trata do referido instituto — em face da Constituição Federal (artigos 5º, I, e 226, § 5º), posto que a ré não logrou provar que as adquiriu unicamente com seus rendimentos. Ora, a ré desempenhou várias funções até iniciar seu trabalho de corretora de imóveis, que durou até 1990, não possuindo daí em diante qualquer registro de atividade lucrativa cujo rendimento pudesse propiciar seu ingresso na referida sociedade comercial sem o apoio financeiro — ainda que menor — do ex-consorte (fls. 7/11 da ação de separação judicial), a ensejar sejam consideradas as cotas, afora a divergência citada, bens reservados.

Em relação às salas comerciais — foram elas adquiridas pela empresa Campos Administradora de Imóveis Ltda., por instrumento público de compra e venda (fls. 43/44), em data de 30/6/95, portanto quando já rompida a relação conjugal (5/8/94).

Aqui não pode prevalecer a pretensão do apelante diante do argumento de que se a matriz da empresa foi adquirida ao tempo em que vigia o casamento os frutos dessa sociedade, no caso, as salas comerciais, enquanto pendente a partilha também lhe pertencem.

Conquanto fossem casados sob o regime da comunhão de bens, é

bem de ver que essa aquisição se percebe praticamente um ano após o rompimento do casamento.

Tanto quanto se extrai da prova coligida, a apelada, com seu exclusivo esforço e já após um ano praticamente do desfazimento da sociedade conjugal, é que tornou possível essa última aquisição. Aqui se impõe como prevalente a regra do art. 263, XII, do Código Civil, em face da separação do casal, não alcançando a norma a disposição contida no art. 226, § 5º, da CF.

Com efeito:

“201643 — Bens reservados — Normas constitucionais — art. 5º, I, e § 5º do art. 226 — Sociedade conjugal — Art. 263 do CC — Aplicação em favor do homem e da mulher — Partilha — Exclusão de bens — Em face da igualdade existente entre homem e mulher em direitos e obrigações referentes à sociedade conjugal, instituída pela Lei Maior, é inegável que o item XII do art. 263 do CC se aplica tanto em favor da mulher como do homem, permitindo que os bens por este adquirido, exclusivamente com seu esforço, sejam considerados reservados, excluídos da partilha no caso de separação ou divórcio (TJMG — AC n. 83.310/1 — j. 4/9/90)” (RJ 169/78).

Do egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo colhe-se igualmente:

“Bens reservados — Aquisição pela mulher com o produto de seu trabalho — Incomunicabilidade — Aplicação do artigo 246 do CC — Irrelevância de ser a comunhão universal o regime de bens do casamento — Embargos recebidos. O bem reservado é da propriedade da mulher, que dele tem a livre administração e dispo-

sição, ainda que o casamento tenha se realizado pelo regime da comunhão” (Rec. El n. 144226-2, relator Desembargador Gildo dos Santos, 18/11/93).

Deste egrégio Sodalício emana o mesmo entendimento:

“Despejo — Ação de despejo movida por mulher desquitada — Contrato de locação feito pelo ex-marido, após o desquite mas antes da decisão que partilhou os bens, ficando a mulher com o imóvel locado — Não-registro do contrato de locação no cartório de registro de imóveis — A meeira, agora separada, não é adquirente, pois sempre o imóvel foi seu, embora em condomínio com o seu marido — Assim, não se aplica o princípio de que o comprador pode rescindir o contrato de locação (art. 14 da Lei n. 6.649, de 16/5/79) — Só após a sentença da partilha dos bens é que se desfaz a comunhão — Apenas os bens adquiridos após a separação e antes da partilha não se comungam” (Ap. Cív. n. 20.258 — relator Desembargador Protásio Leal, 1ª CC, j. 5/4/84).

Em outro julgado, de aplicação analógica, decidiu-se:

“21598 — Bem reservado — Reconhecimento — Privilégio da mulher casada não atingido pelo art. 226/CF, § 5º.

“Declaração de bens reservados — Preliminar de inépcia da inicial por impossibilidade jurídica do pedido — Rejeitada — Privilégio da mulher casada não atingido pela Constituição — Improvimento do recurso. A Constituição Federal em seu art. 226, § 5º, não retirou da mulher casada o benefício de constituir bem reservado, máxime se comprovada a aquisição do

bem em questão através do esforço único e exclusivo da mulher, após o abandono do lar pelo cônjuge varão” (Tribunal de Justiça/DF — Ap. Cív. n. 26.402 — Distrito Federal — Ac. 72.709 — unân. — 2ª T. Cív. — rel. Desembargador Deocleciano Queiroga — Fonte: DJU III, 13/10/94, pág. 12.546).

No que respeita aos veículos, houve-se com acerto o Magistrado, pois as partes não comprovaram o alegado: o autor, de que a ré comprara o carro Uno com o produto da venda de outros veículos e ela, ademais, é quem vem pagando as prestações por essa aquisição; e a ré, de que o ex-cônjuge alienou o veículo Saveiro e apoderou-se do numerário respectivo.

Quanto à filial da empresa os autos não esclarecem suficientemente quando foi ela constituída. Ao autor cumpria fazer essa prova, já que a contestação repele a assertiva da ini-

cial de que isso deu-se ainda quando se mantinha válido o casamento.

Por tais razões, dá-se provimento parcial ao recurso, a fim de reconhecer, o autor — apelante — com direito também à partilha de 50% do valor das cotas sociais que possui a ré-apelada na empresa Imobiliária Campos Ltda., anteriormente à separação; mantida no mais resta a sentença de fls.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Des. Alcides Aguiar e dele participaram, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Francisco Borges e Pedro Manoel Abreu; lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Áttila Antônio Rothsahl.

Florianópolis, 18 de fevereiro de 1999.

João José Schaefer,
Presidente para o acórdão;
Alcides Aguiar,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.001172-8, DA CAPITAL

Relator: Des. Alcides Aguiar

Ministério Público — Licença-prêmio não gozada — Aposentadoria — Indenização pecuniária — Cerceamento de prova pelo julgamento antecipado — Inocorrência — Matéria de direito e de fato — Prova documental suficiente à solução da lide — Prescrição — Fazenda Pública — Direito que só prescreve se não reclamado no quinquênio seguinte ao ato aposentatório — Decisão ilíquida — Nulidade afastada — Apuração em liquidação de sentença com base nos vencimentos então vigentes — Licença não gozada por necessidade do serviço — Enriquecimento ilícito do Estado — Lei Complementar Estadual n. 17, de 5/7/82 (Lei Orgânica do Ministério Público), artigos 198 e 227 e art. 189 da Lei n. 6.745/85, Estatuto dos

Funcionários Públicos do Estado — Aplicação subsidiária — Custas — Condenação do Estado apenas em relação às já realizadas pelo autor, isentando-se-o das complementares. Regimento de Custas, LC n. 156 alterada, art. 33 — Remessa provida em parte e desprovemento do recurso.

Inocorre cerceamento de prova se o meio probante documental mostra-se suficiente ao julgamento antecipado da causa.

“O lapso prescricional das férias e licenças-prêmio não gozadas flui a partir da aposentadoria e não das datas de indeferimento” (RT 572/72).

É de afastar-se a alegada iliquidez da sentença, “se o valor respectivo há de ser apurado quando do pagamento, em função dos vencimentos do paradigma, à época, a par do que se alguém devesse reclamar contra a iliquidez seria o autor” (STJ, JSTJ 52/184, in AC n. 98.008346-0, TJSC, relator Desembargador João José Schaefer).

A LC Estadual n. 17, de 5/7/82 — Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, embora não aponte expressamente dentre as licenças a que faz jus seus integrantes, a licença-prêmio, determina subsidiariamente a aplicação da Lei n. 6.745/85 (Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de Santa Catarina), e este, no art. 62, inc. VIII, autorizava esse tipo de licença e inclusive a sua conversão em dinheiro, se à data da aposentadoria o servidor acusava período não aproveitado enquanto se manteve ativo.

Se por conveniência da administração o servidor não gozou a licença-prêmio que angariou, ao aposentar-se deve ser compensado, mediante a indenização do período respectivo em pecúnia, sob pena de locupletamento indevido do Estado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.001172-8 da comarca da Capital (Vara dos Feitos da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho — 2º Cartório), em que é apelante o Estado de Santa Catarina, sendo apelado Orlando Graciosa Filho:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, desprover o recurso e prover a remessa parcialmente.

Orlando Graciosa Filho, Procurador de Justiça, propôs ação ordinária contra o Estado de Santa Catarina, objetivando perceber em pecúnia suas licenças-prêmio não gozadas por ne-

cessidade do serviço, posto que já aposentado.

Após destacar os vários quinquênios descontados os meses convertidos em pecúnia, a partir de 2/3/60 até 5/3/90, conclui que faz jus ainda a cinco meses de licença-prêmio, cujo gozo lhe foi negado em razão do interesse público, pleiteando sua conversão em dinheiro, posto que tal período não foi computado para sua aposentadoria e sob pena de enriquecimento ilícito do Estado. Como embasamento legal da pretensão reporta-se às Leis Estaduais ns. 6.745/85, 6.844/86 (Estatuto do Magistério Público), 6.843/86 (Estatuto da Polícia Civil) e Decreto n. 29.198/86.

Contestando, alegou o réu, preliminarmente, a inépcia da inicial, por não trazer ela elementos para delimitar a questão posta em Juízo, bem como pela valoração incorreta da causa; que as ações e direitos contra a Fazenda Pública prescrevem em cinco anos; que é impossível juridicamente o pedido porquanto a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8.625/93) não concede licença-prêmio aos Promotores de Justiça.

No mérito aduziu que a licença-prêmio é um benefício que pode ou não ser gozado, mas não redundam em direito indenizatório; a Lei Complementar Estadual n. 36/91 proíbe a conversão em pecúnia da licença-prêmio não usufruída; incorreu dano ao autor, a par de que o pedido para gozar o benefício deveria ser renovado até sua concessão, o que não ocorreu, inexistindo culpa do Estado.

Impugnada a contestação, o representante do Parquet opinou pela procedência da ação, enquanto o réu

volta a propugnar pela improcedência da demanda, alegando que não pode ser estendido aos membros do Ministério Público o direito à licença-prêmio disposto no Estatuto dos Servidores Públicos, sendo que a Lei Complementar Estadual n. 17/82, que não enumera tal vantagem, deve ser interpretada restritivamente, concedendo-se àqueles apenas os benefícios enumerados na LONMP.

Julgado procedente o pedido, apelou o Estado de Santa Catarina, arguindo, preliminarmente, cerceamento de defesa, posto que houve julgamento antecipado da lide, sem oportunizar às partes possibilidade de especificação e realização de provas; ser nula a sentença por ter determinado a apuração do dano em execução, quando o pedido é certo (art. 459 do CPC); impossibilidade jurídica do pedido em face da ausência de direito à licença-prêmio aos integrantes do Ministério Público (arts. 198 e 227 da LCE n. 17/82 e LF n. 8.625/93), que já dispõem anualmente de sessenta dias de férias.

No mérito, reafirmou os argumentos expostos na contestação, alegando ainda que o período de licença indeferido em 1988 foi concedido para gozo em 1989 — fls. 81, a par de que inúmeros pedidos no mesmo sentido foram acolhidos — fls. 80/81, 93/94 e 118/119; a teor da LC n. 36/91, art. 2º, § 2º, se o servidor não averbou os períodos vencidos e não requereu o seu gozo, deu causa ele mesmo ao impedimento, mormente quando optou voluntariamente à aposentadoria; não há prova do cerceamento por parte do Estado a ensejar a condenação, a par do que após o ato aposentatório impossível é usufruir o benefício.

Remata, por fim, “ser impossível admitir que apenas o fato de não ter usufruído do benefício implique em culpa da Administração”, com necessidade a prova — de que a Administração Pública obstou o autor do gozo oportuno da licença.

Apresentadas as contra-razões, opinou o Ministério Público pela manutenção da sentença.

Já neste Grau de Jurisdição, a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso e da remessa.

É o relatório.

Trata-se de ação ordinária na qual o autor busca a percepção em pecúnia de suas licenças-prêmio — 5 meses — não gozadas por ter a Administração, na época em que estava na ativa, lhe negado o gozo, alegando “absoluta necessidade do serviço”.

Quanto às preliminares de nulidade do processo por ter havido cerceamento de defesa e por ser a decisão atacada ilícida, não merecem prosperar.

Primeiro, porque era dispensável a designação de audiência ou que fosse oportunizada às partes a especificação de provas ainda a produzir, posto que os motivos, que levaram o apelado a não gozar da licença a que tinha direito, já estavam expostos à farta documentação carreada à exordial. A culpa e a existência de danos, como se verá a seguir, independiam da colheita de prova oral. Portanto, agiu acertadamente o douto Magistrado, pois o art. 330, I, do CPC, autoriza o julgamento antecipado da lide, “quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direi-

to e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência”.

Segundo, porque o valor — se procedente a ação — deve ser apurado em liquidação de sentença, pois se levará em conta para o pagamento, os vencimentos à época da apuração do quantum debeatur. Por óbvio e diante dos termos da inicial, o valor dado à ação não quis significar o quantum colimado ou pedido certo, a exigir prestação jurisdicional exata (art. 259, I, CPC). Tampouco e por conseguinte, há de cogitar-se de condenação do Estado em valores futuros, incertos e superiores ao hipoteticamente devido. Evidentemente que, se inexitosos o apelo e a remessa, a indenização pertinente corresponderá aos vencimentos do Autor, efetuados os descontos legais à data de liquidação. A propósito, merece destacar o seguinte julgado:

“Preliminar de nulidade da sentença, por alegada iliquidez, que também se afasta, se o valor respectivo há de ser apurado quando do pagamento, em função dos vencimentos do paradigma, à época, a par de que se alguém devesse reclamar contra a iliquidez seria o autor (STJ, JSTJ 52/184, apud parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça)” (in Ap. Cív. n. 98.008346-0, da Capital, rel. Desembargador João José Schaefer, j. em 18/3/99).

No concernente à prescrição, agiu com acerto a sentença, posto que conforme preconiza o art. 1º do Decreto n. 20.910, de 6/1/1932, “...qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for sua natureza, prescreve em cinco anos contados da data

ou fato do qual se originaram”. Na hipótese em exame:

“O lapso prescricional das férias e licenças-prêmio não gozadas flui a partir da aposentadoria e não das datas de indeferimento” (RT 572/72), e tendo sido publicado o ato de aposentadoria do apelado em 13 de abril de 1994, no Diário da Justiça do Estado — fls. 10, este é o dia inicial para contagem da prescrição. A ação foi proposta em 16/6/94, restando evidente a não ocorrência do referido instituto.

No tocante à impossibilidade jurídica do pedido, que se entrelaçam com o mérito, embasada nas Leis Complementares Federal n. 40/81, Estadual n. 17/82, e Lei Federal n. 8.625/93 (LONMP), e na paridade de tratamento dos membros do Ministério Público com os Magistrados já foi alvo de várias decisões desta Corte de Justiça, que vem agasalhando pretensão idêntica à destes autos.

Esta Câmara, em outro acórdão da lavra do eminente Desembargador João José Schaefer, já apreciou a questão sub judice, envolvendo férias e licença-prêmio não gozadas por servidor público, igualmente um membro do Ministério Público Catarinense aposentado, tendo assim se posicionado:

“Por respeitável que seja o entendimento manifestado pelos venerandos acórdãos transcritos a fls. 70 a 72, a orientação que tem prevalecido é a expressa no venerando acórdão do Superior Tribunal de Justiça no REsp. n. 69.379, rel. o Sr. Ministro Adhemar Maciel (DJU de 12/2/96, pág. 2.453) de que: “É dever da administração propiciar o gozo de férias

anuais de seus servidores. Do contrário, será obrigada a indenizar o servidor, mesmo o aposentado voluntariamente”. E prossegue o v. aresto:

“Cumpra, pois, à administração, dar oportunidade ao servidor de desfrutar das férias ou de licença-prêmio, nos períodos legais ou naqueles que entendesse conveniente à administração, sob pena de indenizá-los quando inativado o servidor”.

“Bem ressaltou o ilustre representante do Ministério Público de Primeiro Grau Dr. Paulo de Tarso Brandão em seu parecer de fls. 31/32, transcrito parcialmente pela douta Procuradoria-Geral de Justiça em sua manifestação de fls. 90/92: “É evidente que ‘a finalidade do benefício é proporcionar ao servidor a oportunidade de repouso e não oferecer uma forma de maior rentabilidade financeira’, conforme a lição transcrita pelo demandado em sua contestação. Mas é interessante notar que é o próprio ente público que desconhece a finalidade de repouso quando, como faz com costumeira frequência, suspende o gozo, colocando seu interesse (necessidade do serviço) acima do interesse do servidor (fruição do repouso).

“É exatamente para poder justificar e preservar seu próprio interesse que o Estado permite, através de dispositivo legal a conversão em dinheiro integralmente quando da aposentadoria (art. 189 da Lei n. 6.745/85)”. E anota em seguida o julgado:

“Esse tem sido o entendimento abrigado nesta Corte.

“Na Apelação Cível n. 52.072, rel. o eminente Desembargador Eder

Graf, assentou a colenda 3ª Câmara Civil:

‘Ministério Público — Licença-prêmio não gozada — Aposentadoria — Pagamento em pecúnia — Locupletamento indevido da administração.

‘O gozo de licença-prêmio, direito potestativo do servidor que adimpliu seus requisitos, impõe a obrigação de indenizá-la, quando da aposentadoria deste, se não a pôde gozar por omissão da administração. Assim, vedado o locupletamento indevido do Estado, beneficiado com o trabalho daquele’.

‘Na Ação Rescisória n. 96.005962-2, julgada em 4/11/97 (DJ n. 9.861, pág. 3), rel. o eminente Desembargador Nelson Schaefer Martins, a tese do Estado, a mesma sustentada nestes autos, foi rejeitada, tendo sido assim vazada a respectiva ementa:

‘A Lei Complementar n. 17, de 5/7/82, que dispunha sobre a Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, em seu art. 198, ao enumerar as licenças a que teriam direito os integrantes da corporação, nos seus incisos não referiu a licença-prêmio. Porém, o seu art. 227 autorizava a aplicação subsidiária da Lei n. 6.745, de 28/12/85, que dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de Santa Catarina’.

‘A Lei n. 6.745/85, no art. 62, inc. VIII, manteve a licença-prêmio como direito dos servidores e autorizava no seu art. 189 a conversão em pecúnia, quando da aposentadoria, dos períodos de licença-prêmio já conquistados e não usufruídos no exercício da atividade laboral.

‘No caso concreto, não houve violação expressa ao art. 39 e incisos da Lei Complementar Federal n. 40, de 14/12/81, e ao art. 189 e incisos da Lei Complementar Estadual n. 17, de 5/7/82, vez que tais dispositivos não contemplam proibição à concessão, em favor dos membros do Ministério Público, de licença-prêmio’.

‘A jurisprudência sedimentada do Tribunal de Justiça de Santa Catarina é no sentido de reconhecer o direito do integrante do Ministério Público à indenização por licença-prêmio não usufruída quando do exercício do cargo, vedando-se, deste modo, o locupletamento indevido pelo Estado com o trabalho daquele” (in Ap. Cív. n. 97.005702-4, da Capital, j. em 18/12/97).

E nos embargos declaratórios opostos contra este acórdão a propósito da alegação pelo réu de ser incabível a aplicação subsidiária do art. 227 da LC n. 17/82, porque a LONMP deve ser interpretada restritivamente, anotou o v. acórdão e que ora se adota como aplicável também à espécie em exame:

‘Quanto às implicações da LC Federal n. 40/81, assiste razão ao embargante, ao dizer que ela não foi enfrentada.

‘O fato de não ter sido abordada na contestação a incidência desse diploma legal ao caso não justifica a omissão que, de fato, ocorreu.

‘O teor dessa lei, aliás, afetará apenas as licenças-prêmio correspondentes a períodos posteriores a 1981, não interferindo, por óbvio, em relação às férias ou a licenças-prêmio cuja aquisição se deu pelo exercício de

função pública em períodos anteriores à LC n. 40/81.

“Existente a omissão, é de assinalar-se, contudo, que não se mostra exatamente igual a situação entre o membro do Ministério Público e o Magistrado.

“Este acha-se inteiramente subordinado, no que tange a direitos e obrigações, aos ditames da LOMAN.

“Já os integrantes do Ministério Público regem-se pelo disposto na Lei Complementar Federal n. 40, de 14/12/81, mas o artigo 59 da Lei admitiu a vigência de lei estadual de organização de seu Ministério Público, tendo o Estado de Santa Catarina votado, então, a LC n. 17, de 5/7/82, cujo art. 227 dispôs aplicar-se ‘subsidiariamente a esta lei o Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de Santa Catarina’. Acrescenta ainda:

“Como este previa o direito à licença-prêmio, só abolido pela LC n. 36/91, o acórdão deu pela procedência do pedido, na linha de precedentes que citou, do venerando acórdão na AC n. 52.072, na Ação Rescisória n. 96.005962-2, bem como no acórdão relatado pelo eminente Desembargador Alcides Aguiar perante o colendo Órgão Especial, nos autos do Processo Administrativo n. 839”.

No mérito argumenta que, se se aplicava ao Ministério Público o Estatuto dos Funcionários Públicos Estaduais, aplicável também seria a LC n. 36/91, que prevê no art. 2º, § 2º, que deveria ou ser averbado em dobro para a aposentadoria, ou efetivamente gozadas as licenças-prêmio a que tinha direito. Dessa forma, se não averbou os períodos e não requereu o seu gozo, deu causa ele mesmo ao

impedimento, mormente quando optou voluntariamente à aposentadoria; inexistência de dano causado pelo Estado, por ser a aposentadoria por tempo de serviço ato voluntário e a ausência de prova da recusa da Administração em conceder a licença-prêmio quando ainda estava o apelado na ativa.

O autor instruiu seu pedido com a comprovação das licenças-prêmio a que fazia jus reconhecidas pela Procuradoria-Geral de Justiça — Diretoria de Recursos Humanos — fls. 7, e com a negativa em não concedê-la por necessidade do serviço — fls. 8, que restou reafirmada com os docs. trazidos pelo réu às fls. 68 e 102.

Após ter-se aposentado no cargo de Procurador de Justiça, requereu a conversão do direito à licença-prêmio em pecúnia, embasado na legislação aplicável à espécie.

A aposentadoria voluntária não retira o direito de o apelado requerer a conversão da sua licença-prêmio em pecúnia; este tem sido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça em caso análogo, ainda que referente a férias não gozadas:

“É dever da administração propiciar o gozo de férias anuais de seus servidores. Do contrário, será obrigada a indenizar o servidor, mesmo o aposentado voluntariamente” (REsp. n. 69.379, rel. o Ministro Adhemar Maciel (DJU de 12/2/96, pág. 2.453).

Esta Corte de Justiça espousa o mesmo entendimento, deixando expresso de forma reiterada que não podendo ter esse direito sido exercido pelo servidor enquanto na atividade, em se aposentando, possível é a con-

versão em pecúnia, sob pena de enriquecimento ilícito do Estado.

A propósito, é mister destacar os seguintes arestos deste egrégio Tribunal, além dos já mencionados.

Embargos Infringentes n. 96.006822-5, relator designado: Desembargador Sérgio Paladino:

“Ministério Público — Licenças-prêmio não gozadas — Necessidade do serviço público — Aposentadoria posterior — Conversão em pecúnia — Direito adquirido — Admissibilidade como indenização, vedando-se locupletamento indevido do Estado — Pedido procedente — Sentença em reexame confirmada” (Ap. Cív. n. 48.302 da Capital, relator Desembargador Orli Rodrigues).

“Ministério Público — Licença-prêmio não gozada — Aposentadoria — Pagamento em pecúnia — Locupletamento indevido da administração.

“O gozo da licença-prêmio, direito potestativo do servidor que adimpliu seus requisitos, impõe a obrigação de indenizá-la, quando da aposentadoria deste, se não a pôde gozar por omissão da administração. Assim, vedado o locupletamento indevido do Estado, beneficiado com o trabalho daquele.

“Prescrição — Inocorrência.

“A pretensão indenizatória, nos casos de licenças-prêmio não gozadas, somente prescreve se não exercitada no quinquênio seguinte à aposentadoria, que, in casu, é seu marco inicial” (AC n. 44.435 — 3ª CC, unânime, relator Desembargador Eder Graf).

“Ao servidor aposentado socorre o direito de se ver indenizar pelo

período que angariou a título de licença-prêmio, não gozada, uma vez que o não desfrute desta se deu em proveito da Administração” (AC n. 48.057, do subscritor).

Em igual sentido: AC n. 35.515, Desembargador Gaspar Rubick.

Outros Tribunais proclamam igual posicionamento:

“Férias não gozadas — Direito a recebimento em pecúnia como indenização — Aplicação do princípio que proíbe o enriquecimento sem causa” (RTJSP 94/132).

“Demonstrado que o funcionário público, por conveniência da Administração, deixou de gozar, em atividade, férias e licença-prêmio, faz ele jus à indenização respectiva, direito que somente prescreve se não reclamado pelo servidor no quinquênio seguinte à sua aposentadoria” (RT 580/90).

Mais ainda do colendo Superior Tribunal de Justiça:

“Administrativo — Licença-prêmio não gozada — Pagamento em pecúnia — Se o funcionário não gozar o período de licença-prêmio, com a anuência da Administração, o trabalho no respectivo prazo deve ser compensado. Caso contrário, haverá enriquecimento sem causa” (REsp. n. 66.536—SC, Min. Vicente Cernicchiaro, DJU de 20/11/95, pág. 33.646).

Já agora tendo por relator o eminente Min. Edson Vidigal:

“Processual civil e administrativo — Decisão ultra petita — Ausência de prequestionamento — Aposentadoria — Licença-prêmio não gozada — Conversão em pecúnia — Cabimento.

“1. Não se conhece do recurso especial se ausente o prequestionamento da matéria suscitada, ainda que tenha surgido no próprio Acórdão.

“2. Não configura cerceamento de defesa o ato do Juiz que, entendendo desnecessária a produção de prova, julga antecipadamente a lide.

“3. É devida a conversão em pecúnia de licença-prêmio, não gozada por servidor aposentado por necessidade do serviço sob pena de enriquecimento ilícito da Administração.

“4. Recurso conhecido e não provido” (REsp. n. 5.833/SC, — DJ 16/11/98, pág. 109 — Jurisprudência Informatizada do STJ).

Salvo no que tanger às custas já antecipadas pela parte, a ser reembolsadas pelo Estado vencido, do seu

restante acha-se este isento em face do novo Regimento de Custas (LC n. 156/97, alterada pela LC n. 161, de 23/12/97, art. 33).

Ante o exposto, dá-se provimento parcial à remessa e nega-se provimento ao apelo do Estado.

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. Kurt Ernesto Hammerschmidt.

Florianópolis, 20 de maio de 1999.

*Alcides Aguiar,
Presidente e Relator.*

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.006281-0, DE BIGUAÇU

Relator: Des. Alcides Aguiar

Apelação cível — Acidente de trânsito — Veículo abalroado em sua mão de direção por caminhão que, em sentido contrário, desvia de automóveis parados sobre a pista em razão de outro acidente — Falta de cautela diante das condições do tráfego — Período noturno com chuva — Visibilidade prejudicada — Culpa exclusiva do motorista do veículo de carga — Denúnciação à lide da seguradora — Morte da concubina — Pensão devida ao concubino e aos filhos menores, fixada em 2/3 de um salário mínimo, inalterada — Contratação de empregada para cuidar dos filhos ainda de tenra idade — Indenização pertinente — Danos morais — Quantum mantido — Dedução do seguro obrigatório — Admissibilidade no caso ante a concordância tácita dos autores, posto que não negaram a afirmação quando da impugnação à contestação — Honorários devidos pela litisdenunciada — Recurso da empresa ré — Parcial provimento — Recurso da litisdenunciada — Improvimento.

Age com imprudência o motorista que, em noite de chuva e em rodovia de tráfego intenso, não conseguindo estancar o caminhão que dirige, ao divisar uma fila de veículos estacionados leva o cargueiro para a contramão de direção e dá ensejo a colisão frontal com veículo que trafega em sentido contrário.

A pensão por morte da mulher que exercia atividade remunerada e auxiliava no custeio e sustento do lar corresponderá a dois terços do salário mínimo e estender-se-á, em relação ao companheiro, até a idade em que ela completaria 65 anos, e, em face dos filhos menores, até que completem 25 anos; cessando o pensionamento por motivos legais, a parcela extinta será acrescida ao remanescente.

Em deixando a vítima (mãe) filhos ainda em tenra idade, faz-se também devido o recebimento de indenização destinada à contratação de empregada, até que os menores alcancem pelo menos catorze anos de idade.

Ao companheiro, pela perda da mulher e de um filho do casal, e aos filhos menores, pelo desaparecimento da mãe e do irmão, de forma a reparar parcialmente a dor e a ausência do ente querido, no caso insubstituível, devem compor a indenização os danos morais.

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.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.006281-0, da comarca de Biguaçu (2ª Vara), em que são apelantes Jonas Raulino Bitencourt ME e Bradesco Seguros S/A, sendo apelados Sílvio César de Souza por si e representando seus filhos Diego César de Souza e Robson Godinho Teodósio, e Dayane Godinho representada por sua avó Maria de Lourdes Santos Godinho:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, dar provi-

mento parcial ao recurso da empresa ré e negar provimento ao apelo da seguradora.

Custas na forma da lei.

Sílvio César de Souza, por si e representando seu filho Diego César de Souza e o menor Robson Godinho Teodósio, juntamente com Dayane Godinho, representada por sua avó Maria de Lourdes Santos Godinho, ajuizaram ação de indenização por ato ilícito com pedido de tutela antecipada contra Jonas Raulino Bitencourt ME em virtude de acidente de trânsito.

Aduz o primeiro autor que, no dia 9/2/96, por volta das 23 horas, na altura do KM 184 da BR 101, no município de Biguaçu, transitava no sentido Florianópolis—Tijucas o Fusca placa SPG 3428, de propriedade de Irene Maria de Luca e dirigido por Nator Rivarola, estando entre os passageiros sua companheira Zeli Maria Godinho e o filho do casal Luiz Henrique de Souza, quando por imprudência o caminhão Mercedes-Benz, conduzido pelo empregado da requerida — José Osório Valentim —, que trafegava em sentido contrário, invadiu a contramão de direção, colidindo frontalmente com seu automóvel, resultando na morte de sua mulher e filho. Perdeu sua família parte do sustento, porquanto sua companheira era vendedora e percebia R\$ 302,00 mensalmente, além de sofrer profundos danos de ordem moral.

Requereram a concessão de liminar para a proibição da alienação do caminhão causador do sinistro; tutela antecipada em relação ao pagamento de pensão mensal a título de alimentos; indenização por danos morais, na base de 300 salários mínimos para cada autor; pensão mensal da data do acidente até que a vítima completasse 65 anos de idade; R\$120,00 (cento e vinte reais) mensais para custeio de empregada para cuidar dos menores, até que completem a maioridade; restituição das despesas com o funeral.

O Magistrado Singular indeferiu a tutela antecipada em relação à pensão, deferindo a liminar quanto ao gravame do veículo em epígrafe.

Sem êxito, na audiência de instrução e julgamento, a tentativa de

conciliação, converteu-se o procedimento de sumário para ordinário, deferindo-se a denunciação da lide à seguradora — Bradesco Seguros S/A, com desistência em relação ao DNER, como denunciado à lide, e retificando-se o valor da causa. A ré apresentou sua defesa, arguindo, preliminarmente, a irregularidade de representação quanto aos menores, porquanto necessário o instrumento público. Reque-reu ainda a suspensão do processo até a decisão definitiva no processo crime instaurado contra o motorista — seu preposto, bem como a revogação da medida concedida em relação ao impedimento de alienação do veículo acidentado. Por fim, quanto ao mérito, sustenta a inexistência de culpa por parte do condutor do caminhão, por isso que seu preposto dirigia o caminhão em velocidade permitida, e os veículos que transitavam a sua frente pararam bruscamente, interrompendo a pista de rolamento de sua mão de direção, obrigando-o a desviar o veículo para a esquerda a fim de alcançar o acostamento contrário, mas a colisão com o veículo em que viajavam as vítimas foi inevitável, porque o condutor deste deixou sua pista de rolamento, tanto que um caminhão, tipo carreta, Scania, que viajava logo atrás do carro que conduzia aquelas, passou no momento da colisão, sem se envolver no sinistro. Atribui mais ao DNER também responsabilidade pelo evento por não sinalizar o trecho da rodovia então interrompido. Acrescenta que deve ser descontado do total devido o valor relativo ao seguro obrigatório. Aduz em seguida ser indevida a verba para contratação de empregada, sendo imprestáveis as provas para cálculo da pensão pretendida, ressaltando,

por fim, ser excessivo o numerário pretendido a título de danos morais.

A seguradora litisdenunciada apresentou contestação, encampando, quanto ao mérito, as alegações da ré, realçando que deve ser descontado do valor a ser pago o numerário relativo ao seguro DPVAT, devendo sua responsabilidade ficar adstrita ao limite da apólice, para cobrir somente os danos materiais e pessoais; sustentou a ausência de culpa do motorista da ré e a inexistência na apólice de cobertura para danos morais.

Impugnadas as contestações das rés, no saneador, indeferiu o Magistrado a suspensão do feito (fls. 129).

Em nova audiência, inexitosa a conciliação, foram ouvidas testemunhas (fls. 154 e segs.).

Juntadas as cartas precatórias inquiritórias, as partes apresentaram alegações finais, via memoriais, opinando o representante do Ministério Público pela procedência parcial da ação.

Sobreveio sentença julgando procedente em parte o pedido dos autores. Quanto à ação da ré contra a denunciada, julgou-a procedente.

Inconformados com a sentença monocrática, apelaram a empresa ré e a litisdenunciada.

A primeira, em suas razões, alegou, preliminarmente, nulidade da sentença ante a omissão quanto à manutenção ou não da liminar antecipatória que constituiu a constrição judicial sobre seu caminhão, merecendo reforma o decisum, pois dito bem é impenhorável, por constituir-se em instrumento necessário ao exercício

da profissão do apelante, sem embargo de que a constituição do capital necessário a assegurar a indenização imposta na sentença deve ser representada por imóveis ou por título da dívida pública, com possível substituição por caução fidejussória. No mérito, aduziu que o motorista do caminhão não foi o causador do abaloamento, não sendo dessa forma o responsável pelos prejuízos advindos; que quando muito tratar-se-ia de culpa recíproca; que houve omissão por parte do DNER, que não atendeu aos padrões mínimos de segurança, interditando o tráfego, totalmente sem sinalização e fiscalização; em momento algum res- tou comprovado que a vítima realmente exercia atividade remunerada, eis que o recibo juntado não se presta a tal finalidade; não há prova da existência de concubinato entre o autor — Sílvio — e a vítima, não cabendo a indenização por danos morais; o valor atribuído a título de danos morais é exorbitante, ainda porque a ré é uma microempresa, sem recursos para tanto; não é devida a restituição de despesas com o funeral e sepultamento eis que os apelados receberam o seguro obrigatório — DPVAT, no importe de R\$10.163,58, para esse fim destinado; incabível a fixação de valor mensal para o pagamento de doméstica tendo em vista que a vítima, ou exercia atividade remunerada e já existia alguém que cuidava dos menores, ou não exercia tal atividade e cuidava ela própria dos filhos, não merecendo atenção os recibos de fls., por certo graciosos e sem qualquer valor jurídico.

A segunda alegou que as provas coligidas não demonstram a culpabilidade do motorista do caminhão,

eis que realizou manobra perfeitamente justificável diante daquela situação; deve ser reduzido da indenização final o valor correspondente ao seguro obrigatório; indevido o pagamento de honorários pela denunciada à denunciante já que se acha obrigada, até a força da apólice, a reembolsar a segurada, inclusive a verba honorária, constituindo-se um bis in idem a condenação assim imposta.

Decorreu in albis o prazo para contra-razões.

O Ministério Público manifestou-se pelo improvemento do recurso da litisdenunciada e provimento parcial do apelo da empresa ré.

Já nesta Instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento dos recursos, realçando que, embora pertinente a dedução do seguro obrigatório do quantum indenizatório, na hipótese dos autos não há prova do pagamento da citada parcela.

É o relatório.

Trata-se de ação de indenização por morte em acidente de trânsito c/c pedido de tutela antecipada julgada parcialmente procedente. Inconformados com a decisão, apelaram: a empresa ré — Jonas Raulino Bitencourt ME e a litisdenunciada — Bradesco Seguros S/A.

Primeiramente, cumpre analisar a preliminar suscitada — nulidade da sentença em razão da omissão quanto à manutenção da liminar.

Não enseja nulidade a omissão alegada, constituindo-se em mera irregularidade. Não houve na sentença manifestação expressa do Magistrado a quo quanto à manutenção ou não da

liminar, porém, tal fato não a torna nula, conclui-se que não foi revogada, portanto válida continua a antecipação dos efeitos da tutela, pois o recurso contra a sentença foi recebido no duplo efeito.

Pontes de Miranda, citado às fls. 265 pelo Doutor Procurador de Justiça, Raul Schaefer Filho, assinala que, se “o recurso interposto do julgamento final só produzir efeito devolutivo, ele prevalece sobre a decisão de antecipação, substituindo-a. Se, porém, o recurso produz também o efeito suspensivo, a providência antecipatória subsiste, até o julgamento dele, a menos que sobrevenha ato de revogação ou modificação, proferido em consonância com o § 3º” (in “Comentários ao Código de Processo Civil”, tomo III, Editora Forense, 1997, pág. 540).

Quanto à alegada impropriedade da constituição de capital sobre o veículo, não tem razão a apelante, eis que não foi particularizado dessa forma. O Magistrado Singular determinou a constituição de capital na forma do art. 602 do CPC, não estabeleceu que o capital em questão seria representado pelo veículo.

Analisando-se a questão da culpa, não há por onde deixar de reconhecer a responsabilidade do condutor do cargueiro pelo grave acidente. É comum que ao trafegar em uma rodovia o motorista encontre o trânsito interrompido, devendo estar sempre atento para que possa tomar as medidas necessárias a fim de evitar um acontecimento profundamente indesejável, máxime quando, conforme verificado nos depoimentos, se fazia noite e chovia, dificultando a visibilidade

de, razão para redobrada cautela e prudência no trafegar.

Neste sentido:

“Quem trafega em estrada sem possuir boa visibilidade está obrigado a tomar cautelas excepcionais, não desenvolvendo marcha que não lhe permita, em qualquer circunstância, completo controle do veículo” (TACrimSP — AC — rel. Azevedo Franceschini — RT 353/304 e 395/309).

Ao contrário do que alegam as apelantes verificam-se pelas provas coligidas aos autos — laudo pericial e depoimentos dos patrulheiros — elementos suficientes para a comprovação da culpa exclusiva do motorista da empresa ré que agiu com desatenção e inaptidão ante a situação encontrada.

Depreende-se do Boletim de Ocorrência que, “de acordo com o presenciado pelos patrulheiros, o trânsito estava impedido em uma pista devido a acidente no local e o condutor do V2 para não se chocar no final da fila invadiu a contramão de direção colidindo frontalmente com o V1 que seguia no sentido Sul/Norte em sua mão de direção”.

Os depoimentos dos patrulheiros rodoviários — Valmor Aloisio Konrad e Verton Arthur Borsoi Britto — corroboram o narrado no B.O., como se verifica às fls. 156/157 e 158/159, respectivamente.

Nesse contexto, tampouco é de se carrear para o DNER, por não haver sinalizado a tempo a rodovia, em face da interrupção do tráfego, a responsabilidade pelo evento trágico. Segundo os patrulheiros, sem prova em contrário, o carro da Polícia Rodoviá-

ria Federal, ali presente, mantinha o giroflex ligado, a permitir, mesmo a distância e embora chovendo, ao motorista atento observar a fila de veículos parados. Já as testemunhas da ré — fls. 178/179 e 180/181 — não presenciaram o acidente, nada acrescentando à realidade dos fatos pois, de molde a subtrair a força probante emergente do laudo e testemunhos que o corroboram.

Indubitável, portanto, que o acidente deve ser tributado única e exclusivamente ao preposto da ré.

Definida a culpa pelo evento, resta analisar os outros argumentos da apelação da ré e da denunciada à lide.

Com relação à necessidade de comprovação da atividade remunerada para a estipulação de pensão mensal, tal argumento não merece agasalho.

O doc. de fls. 40 não é destituído de todo de valor probante; ao contrário, é firmado por representantes da empresa ali identificada e com endereço certo, cumprindo à ré ilidir a veracidade que dele emana.

Apenas não se pode concluir como permanentes os ganhos da vítima, já que recebia comissões e no mês de janeiro de 1996 auferira R\$ 302,00. Diante da relatividade desse rendimento andou acertadamente o ilustre Magistrado observando consagrada jurisprudência, quando assevera que é “razoável considerar que os ganhos mensais da vítima Zeli eram iguais a um salário mínimo”, fixando a pensão em 2/3 deste, já que um terço destinar-se-ia às despesas com a própria vítima.

Acresça-se, a propósito, que a mulher, mesmo dedicada ao lar exclusivamente, contribui eficazmente para a economia doméstica, auxiliando sobremodo o marido no sustento da família. A propósito, assim já decidiu esta Corte de Justiça, em aresto da lavra do eminente Desembargador Pedro Manoel Abreu:

“Ocorrendo dano patrimonial decorrente da morte da mulher, exercendo atividade remunerada ou contribuindo com o trabalho doméstico para a economia da família, é devido o pensionamento previsto no art. 1.537, II, do Código Civil, ao marido, até a idade presumida de 65 anos da vítima ou até o eventual óbito do pensionado, se verificado antecedentemente, não se exigindo, para tanto, comprovação de dependência econômica entre uma e outro” (in Embargos de Divergência n. 278, da Capital).

E ainda:

“Responsabilidade civil — Ação de indenização — Acidente de trânsito, falta de sinalização — Culpa do Departamento de Estradas de Rodagem de Santa Catarina — Fixação do quantum indenizatório com base no orçamento de oficina idônea e nas despesas médico-hospitalares e funerais — Morte do cônjuge que não exercia atividade remunerada — Pensão fixada, in casu, em um salário mínimo até que a vítima completasse 65 (sessenta e cinco) anos de idade — Verba honorária arbitrada em 10% sobre o valor da causa — Apelações — Recursos desprovidos” (j. de 3/3/94, DJ de 14/3/94, n. 8.947, pág. 15).

No que tange à fixação de valor mensal decorrente da contratação de babá para os filhos menores ante a

ausência da mãe, imerece reparo a sentença monocrática. É que em deixando a vítima dois filhos menores — Diego e Robson, com 3 anos incompletos e 4 anos, respectivamente, a necessidade de assistência permanente, considerando a tenra idade dos menores, obrigou o pai a contratar pessoa capaz para esse fim. Os recibos de fls. 42 denunciam, em princípio, essa contratação, de toda autorizada pelas peculiaridades do caso concreto. A jurisprudência colacionada pelos autores (fls. 200), ou seja: “tendo a vítima de acidente de trânsito ficado, em razão dos ferimentos, impossibilitada de cuidar dos afazeres da casa, faz jus ao recebimento de indenização para contratação de empregada enquanto subsistir o impedimento. Tal verba não se confunde com a pensão, já deferida decorrente de redução da capacidade laborativa” (1º TAC-SP, j. 13/5/86, RT 610/138), guarda aplicabilidade à espécie sob exame, ainda porque em tema de reparação de danos a indenização deve ser a mais ampla possível.

Afasta-se também o alegado excesso na valoração dos danos morais. Por primeiro a alegação de falta de prova do concubinato do autor com a vítima não procede. Conforme a ré, um filho em comum não faz prova cabal de tal convivência.

Porém, verifica-se nos autos pelas certidões juntadas (fls. 28/29) que o autor Sílvio César de Souza e a vítima Zeli Maria Godinho possuíam 2 (dois) filhos em comum e não 1 (um), como afirma a apelante, o que demonstra a continuidade do relacionamento e o animus de constituir família.

Dispõe o art. 1º da Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996:

“É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família”.

Constata-se ainda que o filho mais novo do casal, Luís Henrique de Souza, possuía apenas 1 (um) ano e 6 (seis) meses de idade ao tempo do acidente, demonstrando o recente convívio entre o autor e a vítima, e mais, o menor Robson Godinho Teodósio, filho da vítima somente e resultado de união anterior, reside com o autor, fato este que evidencia a existência do concubinato atacado.

Restou consignado na sentença que referida verba foi fixada no total equivalente a 300 (trezentos) salários mínimos, divididos da seguinte forma: aos apelados Sílvio César (companheiro e pai) e Diego César (filho) 100 salários mínimos para cada um, cabendo aos demais o valor equivalente a 50 (cinquenta) salários mínimos, individualmente.

A reparação do dano moral jamais tem por parâmetro uma eventual equivalência entre a lesão moral e a quantia em dinheiro. Tal equivalência não pode existir, pois não se pode quantificar materialmente a dor do espírito, nem a tristeza, nem a viuvez, nem a orfandade. A doutrina e a jurisprudência são unânimes em admitir o caráter meramente compensatório dos danos morais. Como não é possível fixar parâmetros naturais de reparação de danos morais, o melhor critério é o de confiar ao arbítrio dos juízes a fixação do quantum indenizatório.

O valor ressarcitório deve ser aferido pelo Magistrado baseado no conjunto probatório emergente dos autos, e, no caso, o valor fixado não se afigura demasiado, já porque não comprovou a ré que lhe falte suporte econômico e financeiro para fazer face ao ônus imposto. O Magistrado Monocrático bem adequou a legislação coadjuvada pela doutrina e jurisprudência aplicável à espécie, pelo que se a mantém integralmente.

Neste 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. Desembargador Nilton Macedo Machado).

Doutra sorte, a restituição do pagamento das despesas do funeral não está a merecer reparo, sendo indiscutíveis, mesmo porque os valores gastos a este título estão devidamente comprovados por recibo juntado aos autos (fls. 41).

Dispõe o artigo 1.537, inciso I, do Código Civil, que, no caso de homicídio, a indenização consiste no pagamento das despesas com tratamento da vítima, bem como seu funeral e o luto da família.

Estando comprovada a despesa com o funeral, cumpre à empresa ré indenizar o autor quanto ao montante despendido.

No tocante à possibilidade do abatimento do seguro obrigatório — DPVAT — do montante indenizatório, o entendimento do STJ é de determi-

nar o desconto da indenização já paga pelo seguro obrigatório.

Carlos Roberto Gonçalves, citado por Rui Stoco, esclarece "que 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" (in "Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial", RT, 4ª ed., 1999, pág. 812).

Já decidiu este Tribunal:

"Ao causador do acidente é lícito abater o valor do seguro obrigatório, pago aos beneficiários da vítima, do montante da indenização devida pelo direito comum" (Ap. Cív. n. 14.615, de Criciúma, relator Desembargador Nelson Konrad, JC 27/174). Ainda no mesmo sentido: JC 54/262.

A parcela referente ao seguro obrigatório pode ser deduzida do montante indenizatório, porém deve ser comprovado que os familiares da vítima tenham-na efetivamente recebido. No caso em exame, o alegado pagamento foi afirmado na contestação e, na réplica, os autores não o desmentiram. Destarte, ocorreu concordância tácita com os termos da resposta.

Imerece agasalho a irresignação da apelante/denunciada em face da condenação ao pagamento de honorários advocatícios.

A denunciação da lide foi expressamente admitida pela denuncia-

da e sua condenação em honorários, em favor da denunciante, é consequência da procedência da denunciação.

"No que se refere às despesas judiciais e aos honorários de advogado, deverá a sentença distinguir as duas ações: na principal, o denunciante, porque vencido, pagará as despesas dela e os honorários do advogado do vencedor; na ação indenizatória ou de regresso, o denunciado, porque vencido, pagará as despesas judiciais e os honorários do advogado do denunciante" (Celso Agrícola Barbi, in "Comentários ao Código de Processo Civil", I vol., tomo II, Forense, Rio, 1ª ed., 1975, pág. 357). Ou, ainda:

"A denunciação da lide nada mais é do que a propositura antecipada e condicionada da ação de regresso, encartada esta dentro da lide principal. As relações processuais nela formadas vinculam apenas denunciante e denunciado, e os efeitos condenatórios advindos dessas relações devem considerar exclusivamente os termos da obrigação assumida ou de responsabilidade do denunciado.

"Destarte, vencida a parte denunciada, de sua incumbência são as despesas processuais incidentes na denunciação e os honorários de advogado do denunciante. A verba honorária, na hipótese de apólice de seguro, há que ter como base de cálculo o valor atualizado do limite da cobertura securitária ajustada, e não o importe da indenização a ser prestada pelo denunciante ao autor da ação principal" (Ap. Cív. n. 46.199, de Urussanga, relator Desembargador Trindade dos Santos, publicado no DJE de 22/10/96).

Por tais razões, nega-se provimento ao recurso da seguradora denunciada — Bradesco Seguros S/A — e dá-se provimento parcial ao recurso da empresa ré — Jonas Raulino Bitencourt ME — para que seja deduzido do quantum indenizatório o valor do seguro obrigatório. As custas proporcionais são devidas, na base de 2/3 pela ré, e 1/3 pelos autores, isentos estes em face da assistência judiciária gratuita.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Francisco Borges e Nilton Macedo Machado, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Raul Schaefer Filho.

Florianópolis, 13 de maio de 1999.

Alcides Aguiar,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 97.015293-0, DE CRICIÚMA

Relator: Des. Anselmo Cerello

Execução fiscal — ICMS — Lei Estadual n. 8.411/91 que dispõe sobre critérios de participação dos funcionários agentes de fiscalização tributária no produto de arrecadação de multas referentes ao ICMS — Ilegitimidade ativa do Estado suscitada de ofício — Inadmissibilidade — Lesão de crédito tributário não caracterizada — Indelegabilidade do poder de tributar a “TR” e a “TRD” como índice de correção tributária — Inadmissibilidade — Substituição por outro indexador.

A Lei Estadual n. 8.411/91 e o § 2º do art. 2º do Dec. n. 1.396/92, que instituíram a RCV (retribuição complementar variável), não instituíram qualquer cessão de crédito tributário com relação às multas decorrentes de ICMS, mesmo que tal, a teor do disposto no art. 155, § 2º, XII, b, da CF/88, só poderia ocorrer por meio de lei complementar, o que também seria juridicamente inviável, quer pela natureza do tributo constitucionalmente programado, quer pela indelegabilidade do poder de tributar. A Lei Estadual n. 8.411/91 não estabeleceu qualquer cessão de crédito tributário nem substituição de delegação do poder de tributar, mas, tão-somente, critérios de remuneração dos agentes de fiscalização. Tanto é certo que nosso Tribunal não tem reconhecido direito líquido e certo quanto a recebimento da RCV (MS n. 772, DJ n. 9.340, de 18/10/95, pág. 22; MS n. 7.723, DJ n. 9.337, de 11/10/95, pág. 19; MS n. 7.212, DJ n. 9.025, de 7/4/94, pág. 10; MS n. 5.634, DJ n. 8.859, de 3/11/93,

pág. 7) (TJSC — Apelação Cível n. 96.003963-5, de Criciúma, Segunda Câmara Civil, v.u., rel. Des. Anselmo Cerello).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.015293-0, da comarca de Criciúma, em que é apelante o Estado de Santa Catarina, sendo apelada Grametal Indústria Metalúrgica Ltda.:

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

Custas legais.

Trata-se de embargos à execução fiscal proposta por Grametal Indústria Metalúrgica Ltda. contra o Estado de Santa Catarina.

Alegou excesso de execução, principalmente quanto à multa de 50% (cinquenta por cento) que disse indevida, pois tem caráter de confisco.

Afirmou que na época em que foi feito o lançamento não se creditou do ICMS e isto acarretou notificação astronômica e fora de sua capacidade contributiva.

Requeru a procedência dos embargos, com o lançamento dos créditos tributários conforme notas fiscais que juntou.

Na contestação, o embargado negou a ocorrência de excesso de execução, bem como do confisco, alegando que a multa de 50% (cinquenta por cento) está prevista no art. 44 da Lei n. 7.547/89.

Asseverou que os créditos de ICMS não podem ser acolhidos, posto que o art. 16, § 3º, da LEF, veda expressamente a compensação e nem pode ser realizada perícia, pois que

não há razões fáticas e jurídicas para tanto.

Requeru, assim, a improcedência dos embargos.

O Ministério Público de Primeiro Grau manifestou-se pela rejeição dos embargos, requerendo que a multa do crédito tributário fosse excluída, em face de sua inconstitucionalidade.

O MM. Juiz de Direito rejeitou os embargos, declarando indevida a multa e subsistentes os demais valores exigidos pelo Fisco Estadual.

O Estado de Santa Catarina apelou dizendo que a r. decisão investida arrepia o artigo 141 do CTN, assim como afronta o disposto no art. 2º, §§ 1º e 2º, da Lei n. 6.830/80.

Aduz que o Estado pode cobrar multas decorrentes do não-cumprimento da obrigação tributária, seja esta principal ou acessória e que a pessoa jurídica de direito público a quem a Constituição atribui competência para criar o tributo tem legitimidade para exigir a multa decorrente da não-satisfação do crédito tributário.

Requer a reforma do julgado, para que se inverta o ônus sucumbencial.

A douta Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

A remessa de recurso voluntário consiste no reexame da sentença que exclui a multa em face de sua inconstitucionalidade, por estabelecer a Lei Estadual n. 8.411/91, em seu art. 3º, I, II e III, § 4º, que o valor das multas aplicadas será destinado ao paga-

mento da Retribuição Complementar Variável (RCV), aos integrantes do grupo ocupacional de fiscalização e arrecadação (FAR), agentes fiscais, em razão do lançamento de penalidade referente a tributo devido e não recolhido pelo contribuinte. Dessa forma, esta multa aplicada não pertence ao Fisco, mas integra a remuneração dos funcionários públicos encarregados da fiscalização. Em resumo, em face da norma mencionada, somente a parte destinada ao Fisco dos valores inscritos em dívida ativa é que podem fazer parte da certidão de dívida ativa e ser exigida pela via especial da execução fiscal, merecendo, portanto, não ser reconhecida como crédito tributário.

Não pode o Fisco Estadual exigir tal parcela constante da certidão de dívida ativa por sua manifesta in-

constitucionalidade. O colendo STF já se manifestou em matéria semelhante, reconhecendo a inconstitucionalidade de cobrança por meio de execução fiscal de acréscimos fiscais destinados a funcionários.

É o voto.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Des. Anselmo Cerello e dele participaram, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Sérgio Paladino e Gaspar Rubik e lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Luiz Carlos Freyesleben.

Florianópolis, 26 de abril de 1999.

Xavier Vieira,
Presidente para o acórdão;
Anselmo Cerello,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 97.015542-5, DA CAPITAL

Relator: Des. Anselmo Cerello

Responsabilidade civil — Indenização — Perdas e danos — Incêndio em prédio locado ao Estado — Falta de diligência do locador quanto à conservação e segurança do imóvel — Apelo desprovido — Inteligência do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

A teor do disposto no art. 1.208 do CC, responde o locatário pelo incêndio do prédio, salvo se comprovar a eclosão por caso fortuito ou força maior, ou ainda por vício de construção ou propagação de fogo originado de outro imóvel (RJTJESP 137/178; RT 559/153). Assim sendo, responde o Estado pelos danos causados a imóvel locado para instalação de delegacia de polícia que veio a ser incendiada por ladrões que pretendiam furtar armas na repartição policial desativada e desprovida de segurança. Caracteriza-se, pois, sem dúvida, a falt du service que respalda a obrigação do Estado de

indenizar a terceiro prejudicado, quando um distrito policial resta a mercê de delinqüentes, sendo saqueado por estes para furtar armas e ainda incendiado sem que ninguém reaja, o que é inimaginável ainda, tratando-se de repartição policial em cidade de pequeno porte, uma vez que o Estado deve proporcionar polícia preventiva para dar segurança ao cidadão, ao passo que nem a si mesmo consegue pres-tá-la, revelando-se falho, portanto, na prestação de tão importante serviço público (RJTJESP 156/85).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.015542-5, da comarca da Capital, em que é apelante o Estado de Santa Catarina, sendo apelado Renato Porto Santos:

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

Custas legais.

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Estado de Santa Catarina, inconformado com a sentença de fls. 272/278, prolatada pelo MM. Juiz de Direito da comarca da Capital (Vara da Fazenda) que, nos autos da Ação Ordinária de Indenização promovida por Renato Porto Santos, julgou procedente o pedido exordial, condenando o réu a ressarcir ao autor os valores correspondentes à edificação destruída, além dos lucros cessantes referentes aos alugueres mensais e honorários advocatícios.

O autor, na inicial, alega em síntese que firmou com o réu contrato de locação de um imóvel constituído de um terreno onde havia uma casa edificada, de sua propriedade, localizado no município de São João do Sul, onde seria instalada uma delegacia de polícia.

Aduz que, por negligência do réu, o prédio em questão foi invadido por marginais que, por fim, o incendiaram, restando totalmente destruído.

Requeru a condenação do réu na indenização dos prejuízos relativos à destruição do imóvel, assim como em lucros cessantes, correspondentes aos alugueres que o autor deixou de perceber.

Citado, o réu apresentou contestação, alegando que o caso dos autos não é de responsabilidade objetiva do Estado, fundada no art. 37, § 6º, da CF/88, e sim responsabilidade contratual, sendo que, in casu, tendo o incêndio decorrido de força maior, não há falar em responsabilidade do locatário.

Instado, o representante do Ministério Público opinou pela procedência do pedido.

Em sentença prolatada às fls. 272/278, o MM. Juiz julgou procedente o pedido da exordial, condenando o Estado de Santa Catarina a ressarcir ao autor os valores correspondentes à edificação destruída, que serão apurados em liquidação de sentença por arbitramento, além dos lucros cessantes referentes aos alugueres mensais, desde a data do sinistro até o efetivo pagamento, corrigidos monetariamente a contar do mês a que se referem e

acrescidos de juros legais a contar da citação. Condenou ainda o réu no pagamento dos honorários advocatícios fixados em 15% (quinze por cento).

Inconformado com a sentença supra, o réu interpôs recurso de apelação, alegando que a sentença deve ser reformada, porque, ao condenar o apelante a indenizar perdas e danos decorrentes do incêndio do prédio locado, afastou as seguintes excludentes de responsabilidade: fato de terceiro, fato do credor, interrupção do nexo causal e isenção de dolo.

Esclarece que a causa direta e positiva dos danos resultantes do incêndio foi a ação ilícita de terceiros, ou seja, de pessoas estranhas à relação negocial em curso e às partes do contrato de locação, manifestando-se, assim, a ocorrência do fato de terceiro na espécie, que criou para a execução da obrigação de restituir a coisa nas condições recebidas uma impossibilidade definitiva e insuperável.

Aduziu também que o locatário jamais omitiu a prática de atos que era do seu dever praticar, segundo a lei e o contrato; desencadeado o fogo, não foi possível controlar a rápida propagação; a hipótese é de fato de terceiro, que não contou com a concorrência de culpa do devedor; inexistente a obrigação de indenizar em face dos arts. 869, 871, 1.057, 1.058 e 1.208 do CC.

Assevera que, se a suposta omissão do locatário pudesse ser encarada como dando margem à ação dos terceiros incendiários, os prejuízos associados à deterioração do bem estão exclusivamente encadeados à própria falta do locador, que se

absteve culposamente de contratar o seguro contra fogo.

No que pertine ao quantum da condenação referente ao pedido de pagamento de alugueres mensais até a data da liquidação da sentença, tal é totalmente descabido, segundo dispõe o art. 1.059 do CC.

Em face do exposto, requereu seja reconhecido e provido o recurso, para o fim de ser improcedente a ação.

Em contra-razões, o apelado alegou que o imóvel locado somente foi incendiado porque ali funcionava uma delegacia de polícia, que ficava abandonada e semi-aberta nos finais de semana, com armas expostas à visão de marginais.

Os próprios incendiários confessaram que foram assaltar para furtar uma arma e que sabiam onde ela estava guardada.

Salienta que houve flagrante omissão dos agentes do Estado, não restando dúvidas sobre a sua responsabilidade civil.

Ante o exposto, requereu seja negado provimento ao recurso mantendo-se a sentença em sua íntegra.

Em parecer ministerial, a Promotora de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e improvimento do recurso, mantendo-se a decisão monocrática.

Ato seguinte (fls. 317/321), o digno Promotor de Justiça convocado manifestou-se também pelo conhecimento e improvimento do recurso.

É o relatório.

Segundo revelam as provas dos autos, não obstante tratar-se de imóvel impróprio para sediar um distri-

to policial, os agentes do Estado não se preocuparam em dar-lhe um mínimo de adaptação e condições de segurança, como colocação de grades, guarda adequada das armas, que ficavam à mostra e alcance de todos, colocação de dispositivos de segurança, guarda e vigilância permanente, não abandonando a repartição, desguardada nos finais de semana, sendo a chave guardada na churrasqueira, ensejando o seu saque por marginais em busca de armas e a sua destruição pelo incêndio que provocaram.

A responsabilidade do Estado cifra-se no art. 37, § 6º, da CF, c/c o art. 1.208 do CC, cujas condições exonerativas de responsabilidade não se verificaram.

Assim é o entendimento: RT 618/150; TJSP — 1ª Câm., Apelação Cível n. 72.409-1, de 7/5/86; RJTJESP 155/153 e 156/89; RF 42/68; RDA 97/177.

Nego provimento.

É o voto.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Gaspar Rubik e Sérgio Paladino e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Lio Marcos Marin.

Florianópolis, 13 de maio de 1999.

Anselmo Cerello,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 97.008619-9, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

Relator: Des. Francisco Borges

Ações de preempção e possessória. Conexão. Discricionariedade do magistrado. Julgamento apartado. Inexistência de nulidade. Contrato agrícola verbal. Estatuto da Terra. Arrendamento rural e parceria agrícola. Distinção. Direito de preferência inexistente nesta. Recurso desprovido.

A união de processos para julgamento simultâneo é faculdade do Juiz, segundo o art. 105 do CPC, e, por não se tratar de norma cogente, não implica em nulidade o julgamento apartado das demandas conexas, mormente quando se tem em conta que, além da função de evitar julgamentos contraditórios, tem o instituto da conexão o fito de imprimir ao processo maior celeridade, em atendimento ao princípio da economia processual, meta esta que seria violada caso anulada a sentença atacada.

Os institutos do arrendamento rural e parceria agrícola diferem, basicamente, quanto à destinação do imóvel e à maneira pela

qual o mandatário e o parceiro-outorgado convencionam a contra-prestação devida pelo uso do imóvel rural, por repercutir diretamente no cumprimento do contrato, sobretudo no que diz respeito ao pagamento, pois enquanto no arrendamento o valor é fixo, na parceria é variável, dependendo da produção obtida na safra, eis que os riscos do empreendimento são comuns aos parceiros.

Por exclusão legal, ao parceiro-outorgado não assiste o direito de preempção, pois todos os parágrafos do artigo 92 do Estatuto da Terra são claros ao elencar arrendatário e parceiro quando tratam de direitos comuns, omitindo a figura deste quando trata de tal direito em seus §§ 3º e 4º, tal qual os arts. 45 a 47 do Decreto 59.566/66.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.008619-9, da comarca de Balneário Camboriú (2ª Vara/Fazenda Pública), em que são apelantes Vivaldo Elpídio Porto e outro, sendo apelados Adécio Pereira e outro:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, rejeitar o agravo retido e, no mérito, negar provimento ao recurso.

Custas de lei.

Vivaldo Elpídio Porto e Carlos Fernandes Porto ajuizaram ação de preempção ou exercício de direito de preferência contra Adécio Pereira e Francisco Gilberto Dallago, alegando que, por contrato verbal de arrendamento rural para exploração agrícola celebrado com Tereza Pereira Linhares, desde o ano de 1982 exercem a posse, uso e gozo e fruição, em atividade de plantio e produção de arroz em gleba de área rural situada na localidade de Macacos, interior de Camboriú—SC, matriculada no respectivo Registro de Imóveis sob o n. 42.442, fls. 139, livro n. 2-ES.

Relataram que, em 1988, o primeiro requerido adquiriu a propriedade do imóvel, mas continuaram a exercer “o uso, gozo e fruição, em atividade agrícola de plantio e produção de arroz, ...por conta ou preço de arrendamento equivalente à proporção de quinze por cento (15%) da colheita obtida e produto da exploração agrícola, a serem pagos e satisfeitos quando da ultimização da colheita” (fls. 3).

Porém, em meados de 1991, no período de entressafra e após ultimada a colheita, foram surpreendidos pelo segundo requerido que adentrou na área introduzindo cercas e muros, além de diversos animais, impossibilitando a continuidade de suas atividades, tendo o invasor justificado o ato em face de título aquisitivo de compra e venda lavrado em 15/5/91, pelo qual adquirira o imóvel do primeiro réu.

Contam ter aforado ação de reintegração de posse contra o segundo réu, em que foi concedida liminar, afirmando que, tratando-se de contrato de arrendamento agrícola por tempo indeterminado, incide, no caso, o art.

92 da Lei n. 4.504/64, que traduz o direito de preferência na compra e aquisição do imóvel, restando aos arrendatários exercer seu direito, violado pela ausência de notificação a cientificá-los da intenção do proprietário em alienar o terreno.

Requereram o depósito do valor constante da escritura pública de compra e venda celebrada entre os requeridos e a procedência do feito, a fim de ser cancelada a matrícula correspondente, e a sua adjudicação, além das condenações de praxe.

Contestando, os réus suscitaram preliminar de carência de ação, tendo em vista não se tratar de arrendamento, mas de parceria agrícola, inexistindo assim o alegado direito de preferência, e, no mérito, de qualquer forma foram os autores notificados verbalmente da intenção do proprietário em vender o terreno, manifestando-se negativamente, tanto que o desocuparam, salientando que, embora conste da escritura o valor depositado, o bem fora vendido por valor muito superior, conforme documento carreado aos autos.

Assinalaram que os autores não podem ser considerados pequenos agricultores, mas empresários, pois possuidores de vários imóveis na localidade, não fazendo jus às benesses do Estatuto da Terra.

Após o saneador, do qual os réus interpuseram agravo retido, ante a não apreciação da preliminar suscitada, realizou-se audiência de instrução e julgamento, quando foram colhidos os depoimentos de oito testemunhas.

As partes apresentaram suas razões finais por memoriais e, a se-

guir, o Dr. Juiz julgou improcedente a ação de preempção, por entender tratar-se de contrato verbal de parceria agrícola, inexistindo o direito de preferência, revogando a liminar de reintegração de posse deferida em processo que se encontrava apensado, condenando os autores ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 20% sobre o valor dado à causa.

Irresignados, apelaram os vencidos, suscitando em preliminar a nulidade da sentença, por violação aos arts. 105, 128, 165, 458 e 459 do CPC, bem como do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, por não ter a sentença apreciado todas as questões postas em juízo, eis que se cingiu a julgar improcedente a ação de preempção e revogar a liminar anteriormente deferida na ação de reintegração de posse, sem julgá-la, mesmo estando as ações reunidas por força de conexão, pleiteando assim a decretação de nulidade da sentença para que outra seja prolatada, apreciando simultaneamente ambas as ações.

No mérito, argumentam estar provado na ação possessória que ocupavam a área do litígio, explorando-a com o cultivo de arroz e milho, e patenteada a invasão dos apelados, devendo ser reintegrados no terreno, até que sejam indenizados por perdas e danos.

Quanto à ação de preempção, sustentam que exploravam a gleba desde 1982, introduzindo benfeitorias e melhoramentos sem qualquer participação do primeiro apelado, "mediante o pagamento de um percentual sobre o produto colhido" (fls. 149).

Aduzem que, no contrato de arrendamento agrícola, pode o aluguel ser pago em moeda corrente e em espécie e, na falta de ajuste, segundo o costume do local, sendo evidente que se trata dessa espécie de contrato, onde inexistiu notificação formal dos arrendatários para opção de compra do imóvel, sendo aplicável o § 3º do art. 92 da Lei n. 4.504/64.

Nas contra-razões os apelados requereram a apreciação do agravo retido interposto contra o despacho de fls. 88, que não decidiu a preliminar de carência de ação, reiterando todos os argumentos articulados no curso da lide.

Cumpridas as formalidades legais, alçaram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Ab initio, há que se destacar que o agravo retido interposto pelos apelados (fls. 89/93), apesar de tratar de preliminar de carência de ação, confunde-se com o mérito da demanda, e será implicitamente analisado no deslinde do presente recurso, restando, pois, prejudicado.

Esclareça-se que os recorrentes, logo após a interposição do presente apelo, manejaram agravo de instrumento contra a decisão que, nos autos da ação de reintegração de posse movida contra os recorridos, revogou a liminar anteriormente deferida, tendo em conta os termos da sentença proferida na ação de preempção, agravo que foi cadastrado neste Tribunal sob o número 97.009935-5 e julgado parcialmente procedente, publicado o acórdão no DJ de 6/5/99, com trânsito em julgado em 21/5/99.

Considerando o referido julgamento, há que se destacar que a decisão

acerca da revogação ou não da liminar possessória deve cingir-se à ação apropriada, na qual a sentença decidirá a questão possessória, uma vez que o decisum exarado na ação de preempção, embora apreciando as matérias trazidas a lume nos dois processos, proferiu comando apenas em relação à lide ora discutida.

Assim, embora a sentença tenha revogado a liminar concedida na ação possessória, por ser consequência lógica da improcedência desta demanda, não apreciou o mérito daquele feito, tampouco fez constar do dispositivo o comando de improcedência da lide possessória, que ainda aguarda julgamento no Juízo de origem, onde a liminar foi restabelecida.

De qualquer sorte, a ausência de julgamento simultâneo não induz nulidade, pois, se o objetivo da conexão é evitar julgamentos colidentes, tal possibilidade não se acha presente nos autos, posto que a ação de reintegração de posse ainda não foi decidida, e nela há informações suficientes sobre este processo, capazes de evitar eventuais decisões contraditórias.

Ademais, a união dos processos para julgamento simultâneo é facultade do Juiz, segundo se deduz do art. 105 do CPC, e, por não se tratar de norma cogente, o julgamento apartado não implica em nulidade.

Sobre a facultatividade dessa norma, são pertinentes:

“Havendo conexão, pode o juiz ordenar a reunião de processos que correm em separado. Tratando-se de competência relativa, deixa a lei ao juiz a discricção de apreciação” (RSTJ 11/398).

“A conexão existente entre processos não obriga a reunião dos mesmos, por ser providência facultativa, dependente de deliberação do juiz” (RT 600/194).

Ou ainda:

“Como se sabe, tanto a conexão como a continência podem, a pedido ou de ofício, ocasionar a reunião de processos, ficando claro que se trata de um fenômeno que diz respeito à direção do processo, às circunstâncias de cada hipótese, enfim, à política na condução do processo” (RJTJMS 36/50).

E, por fim:

“Competência — Conexão — Ação de despejo e ação de consignação em pagamento — Sentença que não julgou a ação de despejo — Pretendida nulidade — Estudo doutrinário da questão a demonstrar que a conveniência do processamento e julgamento conjuntos é afeta ao critério do juiz — Arguição repelida” (JTA 48/209).

Esta Corte já se manifestou:

“Conforme a orientação predominante da jurisprudência, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, o preceito do art. 105 do CPC confere ao juiz certa margem de discricionariedade para avaliar a intensidade da conexão e a utilidade e oportunidade da reunião dos processos, considerando, inclusive, frente ao caso concreto, o risco de produção de decisões contraditórias, não sendo tal norma, por conseguinte, de aplicação obrigatória, em que pese revestida de caráter de ordem pública” (ACMS n. 3.292, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, DJ de 24/2/95).

Repelindo pretensa nulidade da sentença pelo desatendimento da norma em tela, cita-se:

“A falta de apensação das causas conexas e o seu julgamento por sentença apartada não ensejam qualquer nulidade processual, desde que sejam compatíveis às respectivas soluções” (RTJAM 01/40).

“Conexão de ações — Ação de reivindicação e de usucapião — Decisão da primeira e omissão quanto à segunda — Fato que não anula o feito, por não se encontrar a segunda em termos de julgamento e que deverá prosseguir, após o desapensamento — Recurso Extraordinário não conhecido” (RJTJESP 51/68).

Ainda assim, há que se destacar que, além da função de evitar julgamentos contraditórios, tem o instituto da conexão o fito de imprimir ao processo maior celeridade, em atendimento ao princípio da economia processual, meta esta que seria violada caso anulada a sentença primária ora atacada.

Neste sentido, a lição de Arruda Alvim:

“Há, em segundo lugar, um outro fundamento a recomendar a reunião dos processos: é o da economia processual. Se dois processos são parcialmente idênticos, a apreciação de ambos, num só juízo, trará economia, pois as provas poderão ser produzidas uma só vez, e, ademais, a parte comum a ambos será apreciada somente uma vez, pelo mesmo juiz, e não duas vezes, por juízes diversos” (Manual de Direito Processual Civil, vol.1, Parte Geral, 6ª ed., RT, pág. 327).

Também não se verifica vício por ausência de fundamentação, pois a matéria debatida nestes autos foi devidamente apreciada, e a preliminar poderia ser suscitada se, com a fundamentação esposada na sentença, viesse o Magistrado a julgar improcedente a ação possessória, o que não fez, tanto que ainda está em curso na Comarca, aguardando julgamento.

No que concerne ao mérito, a querela reside basicamente em definir a espécie de contrato verbal firmado pelos recorrentes com o primeiro apelado, pois, sendo contrato de arrendamento agrícola, faltaria a notificação expressa, a ensejar o direito de preferência dos arrendatários, e, caso considerado parceria agrícola, inexistiria preempção, sendo perfeito o contrato de compra e venda entabulado entre os recorridos.

A matéria sub examen é tratada pela Lei n. 4.504, de 30/11/1964 (Estatuto da Terra), e está regulamentada pelo Decreto n. 59.566/66, aplicando-se, subsidiariamente, em caso de omissão, o Código Civil, como prevê o § 9º do art. 92 do Estatuto da Terra.

A referência ao Código Civil dá-se, sem dúvida, em face dos institutos em discussão, que já eram previstos na lei civil, mais precisamente nos institutos da locação de prédio rústico (arts. 1.211 a 1.215) e parceria rural (arts. 1.410 a 1.423), mas que foram adaptados à realidade social vigente à época, em atendimento ao escopo da nova normatização, visando à “execução da Reforma Agrária e promoção da Política Agrícola” (art. 1º da Lei n. 4.504/64).

Os contratos de arrendamento rural e parceria agrícola estão conceituados, respectivamente, nos arts. 3º e 4º do Decreto n. 59.566/66, nos seguintes termos:

“Arrendamento rural é o contrato agrário pelo qual uma pessoa se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de imóvel rural, parte ou partes do mesmo, incluindo, ou não, outros bens, benfeitorias e/ou facilidades, com o objetivo de nele ser exercida atividade de exploração agrícola, pecuária, agroindustrial, extrativa ou mista, mediante certa retribuição ou aluguel, observados os limites percentuais da Lei”.

“Parceria rural é o contrato agrário pelo qual uma pessoa se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso específico de imóvel rural, de parte ou partes do mesmo, incluindo ou não benfeitorias, outros bens e ou facilidades, com o objetivo de nele ser exercida atividade de exploração agrícola, pecuária, agroindustrial, extrativa vegetal ou mista; e/ou lhe entrega animais para cria, recria, internagem, engorda ou extração de matérias-primas de origem animal, mediante partilha de riscos de caso fortuito e da força maior do empreendimento rural, e dos frutos, produtos ou lucros havidos nas proporções que estipularem, observados os limites percentuais da lei (artigo 96, VI, do Estatuto da Terra).”

Constata-se que os aludidos institutos diferem basicamente no tocante à destinação do imóvel e à maneira pela qual o mandatário e o parceiro-outorgado convencionam a contraprestação devida pelo uso do

imóvel rural, distinções que repercutem diretamente no cumprimento do contrato, sobretudo no que diz respeito ao pagamento, pois, enquanto no arrendamento o valor é fixo, na parceria é variável, dependendo da produção obtida na safra, eis que os riscos do empreendimento são comuns aos parceiros.

Nilson Marques, comentando as distinções entre essas modalidades de ocupação de imóvel rural, ressalta que "O arrendamento agrário está próximo das regras da locação, ao passo que a parceria aproxima-se das regras do contrato de sociedade", assinalando que há, "no arrendamento, o risco exclusivo do arrendatário; na parceria, a divisão dos produtos, frutos ou lucros e dos riscos do empreendimento" (Curso de Direito Agrário, Forense, págs. 93/94).

Nesse sentido, doutrina Paulo Torminn Borges: "O arrendatário colhe plenitude das vantagens oferecidas pela coisa arrendada, de acordo com os propósitos manifestados no contrato e segundo a destinação do prédio. Por isso ele tem o uso e também o gozo do objeto sobre o qual incide o contrato.

"Todas as vantagens são suas. E também todos os riscos do empreendimento.

"O arrendador colhe vantagem fixa, certa, não aleatória: o preço do arrendamento, expresso em dinheiro".

E continua:

"Não é da essência da parceria rural, entretanto, que seja cedido o uso e gozo da coisa dada em parceria. Cede-se o uso, porque vantagens o parceiro-outorgado vai tê-las, mas depois da partilha com o parcei-

ro-outorgante. Depois da partilha dos frutos, produtos ou lucros, se os houver, é que cada qual terá neles a competente fruição (Dec. n. 59.566, art. 13, VII, c).

"Igualmente, há co-participação nos prejuízos, em os havendo, porque o empreendimento, de certa forma, vai à conta de ambos os parceiros" (Institutos Básicos do Direito Agrário, 5ª ed., Saraiva, pág. 80).

E, mais adiante, conclui:

"Vê-se logo a diferença principal entre arrendamento rural e parceria rural. Nesta há partilha de vantagens (frutos, produtos ou lucros), bem como de riscos do caso fortuito e da força maior; no arrendamento rural, pagamento de aluguel, pouco importando se o arrendatário se houve bem ou mal no empreendimento" (fls. 84).

Na inicial, os apelantes relatam que realizaram contrato verbal de arrendamento agrícola com o primeiro apelado, Adécio Pereira, nos moldes do pacto vigente com a antiga proprietária da gleba onde já cultivavam arroz, e que o pagamento era feito "por conta ou preço de arrendamento equivalente à proporção de quinze por cento (15%) da colheita obtida e produto da exploração agrícola, a serem pagos e satisfeitos quando da últimação da colheita" (fls. 3).

Tomando em conta os conceitos e distinções acima delineados, torna-se evidente que o contrato em tela, efetivamente, é de parceria agrícola, porquanto na gleba objeto da lide predominava a cultura de arroz, revelando destinação específica do imóvel, e que o preço pela sua utilização era estipulado com base em porcentagem sobre a produção auferida, sendo sa-

tisfeita quando da ultimação da colheita, em que as vantagens e os riscos eram partilhados entre os contratantes.

Portanto, variando o valor do pagamento conforme a colheita, ou seja, assumindo o proprietário do terreno os riscos inerentes à produção agrícola no imóvel, há nítido caráter societário no contrato entabulado, característica inerente à parceria agrícola.

Insustentável a tese de que, no contrato de arrendamento agrícola, é possível a estipulação do preço em porcentagem de frutos ou produtos, porquanto o art. 18 do Regulamento é claro ao dispor que:

“Art. 18 — O preço do arrendamento só pode ser ajustado em quantia fixa de dinheiro, mas o seu pagamento pode ser ajustado desde que se faça em dinheiro ou em quantidade de frutos, cujo preço corrente no mercado local, nunca inferior ao preço mínimo oficial, equivalha ao do aluguel, à época da liquidação.

“Parágrafo único — É vedado ajustar como preço de arrendamento quantidade fixa de frutos ou produtos, ou seu equivalente em dinheiro”.

Comentando a norma, assevera Wellington Pacheco Barros:

“O preço do arrendamento rural é um dos temas mais tormentosos na questão contratual agrária. ...E é especialmente no fator preço, a contraprestação devida pelo uso temporário do imóvel rural, que essa lei agrária é mais afrontada, ao se entender possível seu reajuste livre, na equivocada afirmação de predominância de liberdade contratual da lei civil, e não de um forte dirigismo estatal a tutelar a

vontade das partes contratantes do direito agrário.

“Mas a tutela forte da lei não deixa qualquer outra opção: o preço do arrendamento deve ser ajustado em quantia fixa de dinheiro. A imposição do legislador é de visivelmente proteger o arrendatário, deixando-o livre na destinação do produto obtido com a atividade contratada. Aliás, o sistema de proteção ao economicamente mais fraco criado a partir do Estatuto da Terra é constatável em todos os dispositivos que o compõem.

“A expressão dinheiro significa moeda corrente, e esta no País atualmente é o real. Portanto, o ajuste do preço no contrato de arrendamento deve ser em real.

“No entanto, a lei faculta que as partes pactuem o pagamento desse preço em produto, sempre considerando o mínimo oficial fixado para o produto tomado como parâmetro na data da quitação” (Curso de Direito Agrário e Legislação Complementar, Livraria do Advogado, 1996, págs. 122/123).

No mesmo sentido, Imar Santos Cabeleira ao comentar o § 2º do art. 92 da Lei n. 4.504/64:

“Com relação às parcerias, o Estatuto da Terra se equivoca quando fala, conforme se vê pela transcrição do artigo acima, que os preços das parcerias podem ser reajustados. Nas parcerias não são estipulados preços, e, sim, percentagens ou cotas-partes. Desse modo, tendo ocorrido valorização do produto, haverá, automaticamente, o favorecimento do parceiro-outorgante, que receberá a mesma cota, porém valorizada. Já no Decreto n. 59.566/66, o legislador, percebendo

que era desnecessário falar em reajuste de preço em parceira, silenciou.

“Poderá, isto sim, ocorrer maior participação do parceiro-outorgante no contrato, com o que fica aberta a possibilidade de aumentar-se o percentual dentro dos limites legais” (Dos Contratos de Arrendamento e Parceria Rural, Aide Editora, pág. 73).

Na jurisprudência:

“Arrendamento rural — O preço do arrendamento só pode ser ajustado em quantia fixa de dinheiro, vedada a estipulação de pagamento exclusivo em quantidade fixa de frutos ou produtos. Convencionado o pagamento do arrendamento exclusivamente em produtos, nula é a estipulação contratual. Decorrentemente, ilíquido o valor do arrendamento, dependendo de arbitramento, carece o arrendador de ação de despejo por falta de pagamento” (RJTJRS 18/172).

Com efeito, o art. 92 do Estatuto da Terra e o art. 11 do respectivo Regulamento permitem que os contratos relativos ao uso temporário da terra sejam convencionados expressa ou tacitamente, assegurando ao arrendatário, independentemente da forma do pacto, o direito de preferência na compra do imóvel, podendo obter, por meio de sentença judicial, a decretação da invalidade da transação, com o cancelamento da respectiva transcrição imobiliária e adjudicação do imóvel, caso preterido em seu direito, desde que intentada no prazo decadencial de seis meses da transcrição no registro imobiliário e depositado o valor do negócio.

Não há dúvida de que ao parceiro-outorgado, como no presente caso, não assiste o direito de preempção, pois todos os parágrafos do artigo 92 do Estatuto da Terra são claros ao elencar arrendatário e parceiro quando tratam de direitos comuns, omitindo a figura deste quanto trata de tal direito em seus §§ 3º e 4º, que prevêem o direito de preferência.

Ademais, os arts. 45 a 47 do Decreto n. 59.566/66 (Regulamento), que também versam sobre o tema, referem-se exclusivamente aos direitos e deveres dos arrendadores e arrendatários, apoiando esse entendimento, como leciona Nelson Demétrio em sua obra Doutrina e Prática do Direito Agrário, ao aduzir que, “todavia não se aplica a preferência para os contratos agrários de subarrendamento e, no de parceria, por exclusão legal” (Ed. Julex Livros Ltda., 2ª ed., pág. 171), inviabilizando, por conseguinte, a pretensão dos apelantes.

Por estes fundamentos, rejeita-se o agravo retido e a preliminar de nulidade e, no mérito, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Pedro Manoel Abreu.

Florianópolis, 30 de junho de 1999.

João José Schaefer,
Presidente com voto;
Francisco Borges,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.014333-0, DA CAPITAL**Relator: Des. Francisco Borges**

Ação civil pública. Legitimidade do Ministério Público. Creches. Convênios. Renovação/prorrogação. Repasse de verbas em atraso. Autonomia do Executivo. Balizamento constitucional. Intervenção do Judiciário. Política pública prioritária. Fim social da lei. Recurso desprovido. Astreinte exacerbada. Adequação. Remessa parcialmente provida.

O ECA elastece a competência ministerial para promover ação civil pública quanto a direitos individuais homogêneos relativos à criança e ao adolescente quando o direito em debate convier à coletividade como um todo.

Em princípio, é inegável a independência da prerrogativa governamental em fixar suas próprias metas, viabilizando-lhes a execução. Todavia, a atuação da Administração Pública há que se pautar pelas diretrizes constitucionais, que são a essência do significado do poder que lhe é outorgado pelos administrados. O Estado não pode eximir-se da implantação das políticas públicas que a Constituição dota de caráter absolutamente prioritário, pois a hierarquização normativa suplanta o juízo de conveniência e oportunidade.

É legítima a intervenção do Judiciário como instrumento balanceador da atividade estatal, dando efetividade ao sistema de freios e contrapesos.

“O princípio da finalidade da lei norteia toda a tarefa interpretativa na busca da autêntica mens legis” (Maria Helena Diniz).

A Lei n. 7.347/85 prevê sanção pecuniária relacionando-a aos elementos normativos da suficiência e compatibilidade. Se implicar ônus excessivo a quem incumbe suportá-la, desnatura sua finalidade, devendo adequar-se convenientemente, até porque a Lei impõe retroatividade ao dia do descumprimento da obrigação.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.014333-0, da comarca da Capital (Vara da Infância e Juventude), em que é apelante o Estado de Santa Catarina,

sendo apelado o representante do Ministério Público:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, negar provi-

mento ao recurso voluntário e prover parcialmente a remessa.

Custas de lei.

O representante do Ministério Público oficiante no Centro das Promotorias da Infância aforou, em 23/6/98, perante o Juízo da Infância e Juventude da Capital, ação civil pública contra o Estado de Santa Catarina, a fim de compelir o demandado a renovar ou prorrogar os convênios firmados com 123 (cento e vinte e três) entidades de educação infantil com atividades voltadas para o atendimento de, aproximadamente, 19.000 (dezenove mil) crianças na faixa etária de 0 (zero) a 6 (seis) anos.

Sustenta o Órgão promovente que, há vários anos, o Estado vem celebrando convênios de cooperação técnico-financeira e pedagógica com as entidades assistenciais que arrola como beneficiárias da ação, por intermédio das Secretarias de Estado da Educação e do Desenvolvimento Social e da Família, versando a actio, especificamente, sobre a situação dos convênios consolidada no ano de 1997, em plena vigência no momento da propositura, e o desencadeamento deles no ano seguinte, 1998.

Conforme amplamente noticiado na imprensa, as entidades estavam ameaçadas de interrupção das atividades pela falta do repasse, pelo Governo Estadual, das parcelas pecuniárias estipuladas nos convênios, relativas aos meses de dezembro de 1997 e janeiro de 1998. Além disso, o Estado manifestou a intenção de não renovar os convênios para o ano de 1998, inviabilizando a continuidade dos serviços prestados.

Ante a iminência do rompimento do vínculo do Estado com as creches assistidas, o Centro das Promotorias da Infância intermediou entendimento entre a Secretaria de Estado de Desenvolvimento Social e da Família e as entidades interessadas, que culminou com a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta, em que a Secretaria mencionada comprometeu-se a conveniar e contribuir financeiramente com as "entidades assistenciais do Estado, que prestam atendimento às crianças carentes, notadamente com programas de creche, a partir de 1998".

Contudo, o aludido protocolo só é passível de execução após homologado pelo Conselho Superior do Ministério Público, suprimindo-lhe a eficácia imediata exigida pela gravidade da situação.

Fulcrado na diretriz constitucional e legislação correlata que impõem prioridade às políticas públicas relacionadas à educação e à infância, o representante ministerial pede à jurisdição para impor ao Estado de Santa Catarina obrigação de fazer, consistente na renovação ou prorrogação dos convênios para o exercício 1998 e no pagamento das parcelas relativas a dezembro de 1997 e janeiro de 1998 dos convênios vigentes.

Em face do óbice consignado na legislação eleitoral que nulificaria os atos administrativos pretendidos, invocou o periculum in mora em amparo ao pedido de liminar antecipatória dos efeitos do requeiro e pediu cominação de multa pecuniária equivalente a 1 (um) salário mínimo por vaga das entidades assistenciais para a hipótese da extinção dos con-

vênios, valor a ser revertido ao Fundo Estadual dos Direitos da Criança e do Adolescente.

Requeru, ainda, a cominação de multa equivalente a 10% do salário mínimo ao dia, tocante a cada criança atendida, para a hipótese de atraso no pagamento das parcelas faltantes, a ser revertido ao mesmo Fundo Estadual dos Direitos da Criança e do Adolescente.

Alternativamente, pediu que o Estado implante igual número de vagas no complexo educacional do Governo para abrigar as crianças que deixarão de ser beneficiadas pelas entidades assistenciais, com atendimento e localização similares às que vêm usufruindo.

Juntou cópias dos convênios celebrados e do inquérito civil instaurado para apuração da responsabilidade administrativa, civil e penal do Estado pela situação retratada no feito.

O pedido de liminar foi deferido às fls. 596/598, nos exatos termos em que foi formulado.

Contra a interlocutória, o Estado de Santa Catarina interpôs agravo de instrumento, recebido com efeito suspensivo e julgado prejudicado neste colendo Órgão Fracionário, em face da superveniência da sentença de mérito que absorveu a decisão provisória.

Contestando o feito, o demandado alegou, preliminarmente, a ilegitimidade ativa do Ministério Público em face da identificação dos beneficiários, que descaracteriza a proteção a direitos difusos ou coletivos, e a inépcia da inicial por impossibilidade jurídica do pedido e falta de interesse

de agir. No mérito, defendeu o malferimento ao princípio da autonomia dos Poderes; a preservação da competência do Executivo de atuar conforme sua conveniência e oportunidade; que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação transportou para os municípios os ônus da educação infantil na faixa etária reclamada; a necessidade de referendo da Assembléia Legislativa para a assunção de convênios e a ausência de previsão orçamentária para cobrir as despesas decorrentes da imposição pretendida, caso a ação venha a ser julgada procedente.

O Ministério Público impugnou a contestação repelindo os argumentos trazidos na defesa e pediu o julgamento antecipado da lide.

Sobreveio, então, a sentença que afastou as preliminares e julgou procedentes os pedidos iniciais acolhendo, na íntegra, as razões expostas pelo Órgão promovente.

O Estado opôs embargos declaratórios que foram rejeitados.

Irresignado, apelou o vencido, a tempo e modo, arguindo, prefacialmente, a nulidade do decisum por cerceamento de defesa, em razão do julgamento antecipado da lide, e, após, reeditou os argumentos articulados na contestação, pugnando pela reforma da sentença.

O apelado ofertou contra-razões, defendendo a manutenção da decisão hostilizada.

Ascenderam os autos a este Tribunal.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se sustentando a repulsa às preliminares argüidas e, no mérito, sustentou que a municipaliza-

ção da educação infantil não exclui a obrigação do Estado em manter as vagas, paralelamente, para as crianças na faixa etária mencionada e, ainda, que o orçamento estadual possui item específico de previsão da despesa, opinando, ao final, pelo desprovisionamento do apelo.

É o relatório.

Trata-se de ação civil pública intentada no interesse de 19.000 (dezenove mil) crianças na faixa etária de 0 a 6 anos que vêm sendo assistidas por 123 entidades subsidiadas pelo Poder Público por meio de convênios.

Nulidade da sentença

Quanto à preliminar de nulidade da sentença alegada em razão do julgamento antecipado da lide, é de ser, de plano, repelida, com fulcro no remansoso entendimento jurisprudencial que reconhece discricionariedade ao julgador quanto à conveniência da dilação probatória.

Esta colenda Câmara, em inúmeros precedentes, declarou:

"...Julgamento antecipado da lide. Cerceamento inexistente.

"O juiz é o destinatário da prova, submetendo-se a seu prudente arbítrio a ponderação da necessidade da dilação instrutória, sem risco de lesar direito da parte, se o feito contém elementos suficientes para embasar sua convicção..." (Ap. Cív. n. 97.003339-7, relator o signatário).

A quaestio juris do presente feito comporta discussão essencialmente de direito, tornando desprocedente a digressão investigatória no plano fático, incapaz de desvirtuar o rumo do julgamento, sendo perfeitamente adequado à espécie o art. 330, I, do CPC.

Legitimatio ad causam do Ministério Público

O apelante questiona a legitimidade ativa do Ministério Público para promover a ação civil pública, sob o argumento de que o direito defendido no pleito ministerial não detém feição de interesse coletivo ou difuso, em face da possibilidade de identificação dos beneficiários.

A análise exige, prima facie, identificar-se a natureza do direito debatido e as exigências que cada classe comporta para, após, definir acerca da legitimidade.

Buscando a necessária distinção entre o direito difuso, coletivo e individual homogêneo, invoca-se, inicialmente, a lição de Ada Pellegrini Grinover: "Por interesses propriamente difusos entendem-se aqueles que, não se fundando em um vínculo jurídico, baseiam-se sobre dados de fato genéricos e contingentes, acidentais e mutáveis: como habitar na mesma região, consumir iguais produtos, viver em determinadas circunstâncias socioeconômicas, submeter-se a particulares empreendimentos" (Revista do Processo, 44-113/128).

Esses interesses, os difusos, na acepção própria da palavra, exigem, para a proteção pela via processual utilizada, a indeterminação dos beneficiários, no teor da definição legal emprestada pelo Código de Defesa do Consumidor que, em seu art. 81, I, preceitua:

"...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".

Quanto aos interesses coletivos, por sua vez, discorre a ilustre autora:

“Embora considerando ambos meta-individuais, não referíveis a um determinado titular, a doutrina designa como ‘coletivos’ aqueles interesses comuns a uma coletividade de pessoas e a elas somente, quando exista um vínculo jurídico entre os componentes do grupo: a sociedade mercantil, o condomínio, a família, os entes profissionais, o próprio sindicato dão margem ao surgir de interesses comuns, nascidos em função de uma relação — base que une os membros das respectivas comunidades e que, não se confundindo com os interesses estritamente individuais de cada sujeito, permite sua identificação” (mesma fonte).

A definição legal expressa no Codecon, declarada para interromper a discussão acerca dos elementos de cada uma das classes de direito, que tornam seus titulares suscetíveis de substituição pelo Ministério Público em sede de ação civil, enfatiza:

“Art. 81— 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”.

Não há, quanto a esta classe de direito, imposição impeditiva da identificação dos beneficiários, para abrigá-los sob o pálio da ação civil pública, bastando que os seus titulares estejam vinculados, ao menos remotamente, por uma relação-base.

A propósito, leciona Rodolfo de Camargo Mancuso:

“Os interesses coletivos valem-se dos grupos como veículo para sua exteriorização; um grupo pressupõe um mínimo de coesão, de organização, de estrutura. Os interesses, para serem ‘coletivos’, necessitam, pois, estarem aglutinados, coalizados. E a coesão será tão mais evidente quanto menor for o grupo; o que significa que é justamente a proximidade efetiva entre os membros o fator que fortalece o grupo. (...) Daí, poder-se afirmar que o traço distintivo básico do interesse coletivo é a ‘organização’. Sem um mínimo de organização, os interesses não podem se ‘coletivizar’, não podem se aglutinar de forma coesa e eficaz no seio de um grupo determinado” (Interesses Difusos — Conceito e legitimação para agir, RT, 1988, 2ª ed., pág. 45).

Quanto aos direitos individuais homogêneos, tratados no inciso III do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, ensinam Rodolfo de Camargo Mancuso e Teori Albino Zavascki:

“Tudo indica que esses interesses não são coletivos em sua essência, nem no modo como são exercidos, mas, apenas, apresentam certa uniformidade, pela circunstância de que seus titulares encontram-se em certas situações ou enquadrados em certos segmentos sociais, que lhes confere coesão ou aglutinação suficiente para destacá-los da massa de indivíduos isoladamente considerados. Como exemplo, é pensável a hipótese de um grupo de alunos de certa escola que, em virtude de disposição legal, se beneficiariam de certo desconto em suas mensalidades: ne-

gado o benefício, poderia sobrevir uma ação de tipo coletivo, tendo por destinatários não apenas o grupo prejudicado, mas tantos quantos se encontram em igual situação (homogeneidade decorrente de origem comum dos fatos e de análoga base jurídica)" (Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor, págs. 278/279).

Na espécie, é possível o enquadramento do direito discutido nas três modalidades supradefinidas. A intenção de ver solucionado o impasse dos convênios firmados entre o Estado e as creches é direito difuso, quando visto sob a ótica das 19.000 crianças, em conjunto, que usufruem do serviço prestado e de quantas outras precisarem dele servir-se e, ainda, de toda a sociedade que recebe os reflexos diretos ou indiretos da colocação dos menores nas creches, exemplificativamente, quanto à mãe que depende da creche para deixar a criança para poder trabalhar e ao empregador da mãe que depende do comparecimento dela ao trabalho.

É, também, coletivo o direito discutido, se o prisma de exame é o das 123 entidades de educação infantil cujos convênios celebrados com o Estado instruem os autos, e de quantas outras entidades congêneres que se encontrarem em situação análoga, pois estariam aptas a postular coletivamente, em razão da organização fulcrada em similar base fática que as vincula.

É, ainda, individual homogêneo, se considerarmos, isoladamente, cada uma das crianças atendidas.

Portanto, na espécie, incidem cumulativamente as circunstâncias elementares das três modalidades de

direito examinadas, havendo legitimação do Ministério Público, independentemente de como seja entendido, pois a competência constitucional da Instituição, genericamente declarada no art. 129, III, da CF, abrange direitos difusos e coletivos, modalidades em que se afigura pacífica a legitimação ministerial.

Controvérsia reside, apenas, no que tange ao direito individual homogêneo, e sobre o tema ensinam Rodolfo de Camargo Mancuso e Hugo Nigro Mazilli:

"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" (A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, RT, 1993, 5ª ed., pág. 87).

Tratando-se de interesse relativo à criança e ao adolescente, a Lei n. 8.069/90 — ECA elastece a competência ministerial quando dispõe:

"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".

Pelo exame do texto legal supra, ainda que se trate de direito individual, o Ministério Público possui legitimidade para propor ação civil pública na defesa dos interesses relativos à criança e ao adolescente.

A propósito, comenta Hugo Nigro Mazilli:

“Diz o Estatuto caber a iniciativa do Ministério Público para ação civil pública na área da infância e da juventude, ainda que para defesa de interesses individuais (art. 201, V, e Livro II, tit. VI, cap. VII). Em nosso entendimento, temos, aí, que considerar a defesa individual da criança e do adolescente, por meio de ação civil pública, apenas enquanto se trate de direitos indisponíveis, que digam respeito à coletividade como um todo, única forma de conciliar a exigência do Estatuto com a destinação institucional do Ministério Público (art. 127, caput, da Constituição Federal). Assim, as providências do Ministério Público são exigíveis, até mesmo com o ingresso de ação civil pública, para assegurar vaga em escola, tanto para uma única criança como para dezenas, centenas ou milhares delas...”

“O limite para a atuação ministerial nessa área será, naturalmente, a destinação institucional do Ministério Público” (Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, Ed. Malheiros, 1992, pág. 617).

Como bem observa o professor Wilson Donizeti Liberati: “Onde o Estado não oferecer ou oferecer de forma irregular os serviços de educação, saúde, profissionalização infanto-juvenil e outros serviços de direito da criança e do adolescente, o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal, os Territórios e as associações legalmente constituídas (art. 210) deverão propor ação civil pública, para impedir o gasto de dinheiro público em obras não prioritárias para a comunidade e apurar a responsabilidade civil e criminal do ordenador das despesas” (Comentários ao Estatuto da Criança e do

Adolescente, Editora Malheiros, 2ª ed., pág. 184).

Destarte, não há como afastar a legitimidade do Órgão Ministerial.

Inépcia da inicial por impossibilidade jurídica do pedido

O apelante sustenta a preliminar suscitada em julgados precedentes desta Corte que tratam da independência dos Poderes, da oportunidade e conveniência quanto à implantação das políticas públicas como prioridade do Executivo e da restrição da interferência do Judiciário aos casos de omissão do Executivo, matérias que, por confundirem-se com o mérito, serão apreciadas juntamente com este.

Falta de interesse de agir

O apelante argumenta a falta de interesse de agir do Ministério Público em face da identificação da natureza do direito requestado que classifica como individual.

A questão já foi acima apreciada, quando se analisou a legitimidade ad causam, constituindo matéria vencida no presente feito.

Complementando, cumpre invocar a diretriz constitucional reproduzida no dispositivo infra:

Constituição Federal, “Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

“IV — atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade”.

Do mesmo modo, repete a Constituição Estadual:

“Art. 163 — O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

"I — oferta de creches e pré-escola para as crianças de zero a seis anos de idade".

Conseqüentemente, preceitua o Estatuto da Criança e do Adolescente:

"Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

"IV — atendimento em creche e pré-escola às crianças de 0 (zero) a 6 (seis) anos de idade".

Do já citado Wilson Donizeti Liberati, colhe-se:

"O art. 54, reproduzindo o art. 208 da CF, repete os deveres do Estado relativos à educação. São deveres que asseguram o ensino fundamental, obrigatório e gratuito, bem como o ensino médio e o atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência (incisos I a III). São complementados pelo atendimento em creche e pré-escola de crianças de zero a seis anos de idade..." (Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente, 2ª ed., Malheiros Editores, pág. 38).

Roberto João Elias, professor de Direito da Universidade de São Paulo, destaca:

"A creche e a pré-escola são relevantes, especialmente no que se refere aos filhos de mães que precisam trabalhar para compor o orçamento doméstico. Já que nosso sistema é o da proteção integral, não basta que o Estado apenas assegure a escola a partir dos sete anos, mas que dê à criança o necessário desde o seu nascimento, no campo educacional, o que é de capital importância ao seu desenvolvimento" (Comentários ao

Estatuto da Criança e do Adolescente, Saraiva, 1994, pág. 37).

Há, na espécie, interesses tuteláveis e, sendo eles relativos às crianças, sobrepõem-se a quaisquer outros bens ou interesses, no teor da Lei Maior. Ao Ministério Público, portanto, guarda da ordem jurídica (art. 127, CF/88) e dos interesses da criança e do adolescente (art. 201, V, do ECA), não falta o interesse de agir, pois atua promovendo comando constitucional.

Quanto ao mérito

Da interdependência dos poderes e da oportunidade e conveniência

A Carta Magna, em seu art. 227, dispõe que: "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, 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".

A Carta Política do Estado, por sua vez, estabelece:

"Art. 163 — O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

"I — oferta de creches e pré-escola para as crianças de zero a seis anos de idade".

Essas disposições são corroboradas no plano infraconstitucional.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), após consagrar o princípio da proteção integral à criança e ao adolescente (art. 1º), dispõe em seu art. 4º — "É dever da família, da comunidade, da socie-

dade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária.

“Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

“d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude”.

Como absoluta prioridade, ensina Wilson Donizeti Liberati, “devemos entender que a criança e o adolescente deverão estar em primeiro lugar na escala de preocupação dos governantes; devemos entender que, primeiro, devem ser atendidas todas as necessidades das crianças e adolescentes, pois ‘o maior patrimônio de uma nação é o seu povo, e o maior patrimônio de um povo são suas crianças e jovens’ (Gomes da Costa, A. C.).

“Por absoluta prioridade entende-se que, na área administrativa, enquanto não existirem creches, escolas, postos de saúde, atendimento preventivo e emergencial às gestantes, dignas moradias e trabalho, não se deveria asfaltar ruas, construir praças, sambódromos, monumentos artísticos etc., porque a vida, a saúde, o lar, a prevenção de doenças são mais importantes que as obras de concreto que ficam para demonstrar o poder do governante” (ob. cit., pág. 16).

Para Pontes de Miranda, citado por José Cretella Júnior:

“A educação somente pode ser direito de todos se há escolas em nú-

mero suficiente e se ninguém é excluído delas; portanto, se há direito subjetivo público à educação, o Estado pode e tem de entregar a prestação educacional. Fora daí, é iludir o povo com artigos de Constituição ou de leis. Resolver o problema da educação não é fazer leis, ainda que excelentes; é abrir escolas, tendo professores e admitindo alunos” (Comentários à Constituição Brasileira de 1998, vol. VIII, Forense Universitária, pág. 4.536).

Do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, apanha-se:

“O administrador público deve observar o mandamento legal de tratar com prioridade os interesses de crianças e adolescentes, dando curso prioritariamente aos projetos existentes” (Biblioteca dos Direitos da Criança ABMP — Jurisprudência — vol. 1/97 — AC 596044966, TJRS, 8ª CCiv, rel. Des. Eliseu Gomes Torres, v.u. 22/8/96).

Em princípio, é inegável a independência da prerrogativa do Governo em fixar suas próprias metas, viabilizando-lhes a execução. Todavia, a atuação governamental há que se pautar pelas diretrizes constitucionais que são a essência do significado do poder que lhe é outorgado pelos administrados. O Estado não pode eximir-se da implantação das políticas públicas que a Constituição dota de caráter absolutamente prioritário, pois a hierarquização normativa suplanta o juízo de conveniência e oportunidade.

A colenda Terceira Câmara Civil já decidiu:

“Não é demais lembrar que o objeto da lide restringe-se ao cumprimento de dispositivo de lei estadual a que está adstrito o Poder Público. Ao

Judiciário, como é cediço, pertine o controle sobre a legalidade dos atos da administração, exercido mediante provocação. Este controle, ainda que incursione por atribuições do Poder Executivo, faz parte do sistema chamado de freios e contrapesos, que colima o equilíbrio constitucional, essencial à manutenção do estado de direito.

"Segundo o eminente constitucionalista José Afonso da Silva:

'A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de função entre os órgãos nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados' (Curso de Direito Constitucional Positivo, Malheiros, 9ª ed., 1993, pág. 101)" (in Ap. Cív. n. 45.176, de Quilombo, rel. Des. Paulo Gallotti, DJ de 3/1/96, pág. 28).

Assim, ante a omissão do Executivo em fazer valer os preceitos constitucionais que, diga-se de passagem, já vinha proporcionando, mais que legítima apresenta-se a interferência do Judiciário, como instrumento balanceador da atividade estatal.

Da transferência do ônus ao município pela LDB

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação sistematizou a prestação estatal no que tange à educação, esti-

pulando aos municípios os encargos educacionais para crianças na faixa etária de 0 a 6 anos.

Invoca-se o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil:

"Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

A propósito, reflete Maria Helena Diniz:

"O princípio da finalidade da lei norteia toda a tarefa interpretativa na busca da autêntica mens legis; por estar, como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, contido no princípio da legalidade, logo a aplicação da lei em desconformidade com seus fins constitui ato de burlar a lei, pois quem desatende ao fim legal está desvirtuando a própria lei. É na finalidade que está o critério de sua correta aplicação a um dado caso" (Lei de Introdução ao Código Civil Interpretada, Saraiva, 1998, SP, 1998, pág. 162).

Inconcebível que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação tentasse causar o desamparo das crianças cuja responsabilidade transferiu aos municípios. Se a estrutura existente não comporta a absorção imediata do encargo, compete ao Estado mantê-lo até que o preceito normativo seja exequível em sua plenitude, sem embargo da necessidade de criar condições propícias à sua efetivação.

Impossível restringir a aceção do texto constitucional impositivo de priorização do tema, para direcioná-lo à facção do Poder Público, pois a responsabilidade é do Estado (lato sensu).

Da subordinação do ato administrativo ao referendo da Assembléia Legislativa

O Estado apelante sustenta que os convênios teriam que se submeter à aprovação da augusta Assembléia Legislativa e que eventual imposição judicial implicaria em malferimento ao devido processo legal de legitimação do ato administrativo.

Saliente-se a existência de prejudicial relevante que afasta a interferência do refalado art. 20 da Constituição Estadual, consistente na suspensão de sua eficácia pelo Supremo Tribunal Federal mediante liminar concedida na ADIn. n. 1857-4, impetrada pelo Governador do Estado de Santa Catarina, apreciada em Plenário na data de 27/8/1998, tendo como relator o eminente Ministro Moreira Alves.

Irrelevante o desfecho da ADIn. no caso concreto, eis que, de qualquer forma, o argumento é excluído pelo critério temporal, pois só depois do ajuste firmado haveria a sujeição ao Legislativo Estadual. Neste momento, a ausência de implicação pela incidência do invocado art. 20 da Constituição Estadual torna despicienda a digressão quanto a esse aspecto.

Da lei eleitoral

Da mesma forma, o critério temporal supera o confronto com a lei eleitoral que vedava a celebração de convênios nos meses que antecedem o pleito, pois já não vigora o impedimento.

Ausência de previsão orçamentária

Conforme salientou o ilustre Procurador de Justiça Dr. José Antônio Salvadori, em seu parecer, às fls. 765, "...no que se refere à alegação de ausência de previsão orçamentária, igualmente não encontra amparo legal, eis que, manuseando o Diário Oficial do Estado de Santa Catarina, datado de 30 de dezembro de 1997, observa-se, às fls. 60 usque 253, o orçamento do Estado para o corrente ano e nas páginas 89 e 96 encontramos a previsão orçamentária (o elemento de despesa) e a verba para utilização na educação de 0 a 6 anos (fls. 751)".

Além disso, ressalte-se que compete ao Executivo a proposta orçamentária anual. Ciente da pendência retratada neste feito, a omissão em acrescentar o item na proposta orçamentária para fazer face às despesas extraordinárias eventualmente geradas ou a inclusão com previsão insuficiente seriam responsabilidade exclusiva do apelante.

Afastados, portanto, os pontos impugnados no apelo, o recurso resta desprovido. No entanto, cuidando-se, também, de remessa oficial, analisa-se aspecto da sentença que, embora não questionado pelo recorrente, está a merecer reforma. Trata-se da astreinte, cuja fixação, além de exorbitante, estipulou quantum diverso.

Na liminar, a multa estava assim arbitrada: multa mensal de 1 (um) salário mínimo para cada vaga existente nas entidades assistenciais para a hipótese de não-prorrogação imediata dos convênios, além da multa de 10% (dez por cento) de 1 (um) salário mínimo/dia multiplicados pelo número de crianças atendidas nas entida-

des, se o pagamento das parcelas vencidas não ocorresse no prazo de 15 dias.

Na sentença, a astreinte foi estipulada da seguinte forma: multa diária de 1 (um) salário mínimo para cada vaga existente nas entidades assistenciais para o caso de não-prorrogação dos convênios e mais 10% (dez por cento) de 1 (um) salário mínimo/dia multiplicado pelo número de crianças atendidas nas entidades, se não efetuado o pagamento das parcelas em atraso.

A Lei n. 7.347/85 prevê a cominação pecuniária relacionando-a aos elementos normativos da suficiência e compatibilidade, dos quais não pode afastar-se.

A respeito, consigna Rodolfo Camargo Mancuso:

“Tratando-se de tornar efetiva a tutela de um interesse difuso, não se pode raciocinar como se fosse um litígio entre particulares, onde se busca a satisfação do ‘credor’ individual: daí a importância da dosagem na fixação da multa, fazendo-se com que ela constranja o devedor a cumprir o julgado, mas sem arruiná-lo, impedindo-se, assim, a consecução do objetivo primordial da ação, que é a tutela específica do interesse meta-individual” (Ação Civil Pública, Revista dos Tribunais, 1996, pág. 172).

Quanto à multa pelas parcelas em atraso, é mister considerar que os termos de convênios não trazem previsão de correção monetária ou cláusula penal, porque firmados mediante dotação orçamentária prefixada e herméctica. Não se pode olvidar, também, que as entidades beneficiadas são destituídas de fim lucrativo. A comina-

ção pecuniária, como meio de coerção, para o repasse imediato das parcelas vencidas culmina por desvirtuar o ajuste em sua essência, pois insere no negócio jurídico convenção repelida pela vontade autônoma das partes celebrantes. A ação civil pública, como instrumento de tutela genérica, não é substitutiva das ações cíveis de que poderiam valer-se as creches na persecução exclusiva do crédito.

Incompatível, portanto, a multa estipulada no decisum, para esse fim específico, pois desnatura a finalidade de sua previsão, implicando ônus excessivo a quem incumbiria suportá-la, principalmente porque a lei impõe retroatividade do débito derivado da multa ao dia do descumprimento da obrigação, fator que, por si só, já inviabilizaria o pagamento, consideravelmente maior do que os valores a repassar.

A par do montante exacerbado, a cumulatividade onera sobremaneira o Estado, conflitando com o interesse também público e difuso da preservação do Erário.

Suficiente para o fim colimado a imposição de uma única multa diária, no valor de 10% do salário mínimo por entidade, para coibir o atraso na prestação, devida nos moldes do art. 12, § 2º, da Lei n. 7.347/85, a partir da data do descumprimento, para as parcelas em atraso e, sucessivamente, pela renovação ou prorrogação dos convênios, a partir do trânsito em julgado, da presente actio, pois inexistente obrigação pretérita.

Ante o exposto, repudiadas as matérias suscitadas no apelo, nega-se provimento ao recurso, porém

dá-se provimento parcial à remessa, para adequar as multas aplicáveis.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Pedro Manoel Abreu, e lavrou parecer, pela Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. José Antônio Salvadori.

Florianópolis, 18 de março de 1999.

João José Schaefer,
Presidente;
Francisco Borges,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.017124-5, DA CAPITAL

Relator: Des. Francisco Borges

Embargos de terceiro. Promessa de compra e venda de imóvel financiado. Cerceamento de defesa e julgamento citra petita inexistentes. Descabimento de alegação de fraude contra credores. Súmulas 84 e 195 do STJ.

O destinatário da prova é o juiz e a produção de outras provas, além das já existentes no processo, submete-se exclusivamente à sua prudente discricção.

Não configura decisão citra petita aquela que não apreciou toda a matéria de defesa, sugerindo apenas ausência de fundamentação daquele tema ou, no máximo, cerceamento de defesa.

Se o Magistrado expressamente consignou os motivos pelos quais entendeu ser o apelado adquirente de boa-fé e inviável a verificação, por parte deste, da alegada insolvência do vendedor, implicitamente descartou a possibilidade da existência de fraude contra credores.

Prevalece nesta Corte o entendimento de ser descabida a alegação de fraude contra credores em sede de embargos de terceiro, por ser via adequada a ação pauliana, sob pena de estar-se julgando relação processual incompleta, onde o devedor-executado não participaria do processo, em violação aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, daí a edição da Súmula 195 do STJ.

“É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro” (Súmula 84 do STJ).

Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.017124-5, da comarca da Capital (4ª Vara), em que é apelante Daros Edificações e Obras Ltda., sendo apelado Valdemar de Oliveira Leite:

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

Custas de lei.

Valdemar de Oliveira Leite opôs embargos de terceiro em face do arresto do apartamento 703 do Condomínio Residencial Paulier, situado na Rua Tenente Silveira, n. 789, Florianópolis, bem como da vaga de garagem n. 1, matrículas ns. 43.472 e 43.473, respectivamente, em execução movida por Daros Edificações e Obras Ltda. contra Thomaz Thompson Flores Neto.

Alegou que a embargada ajuizou a execucional visando a cobrar títulos no valor de R\$ 30.705,92, referentes à compra e venda do apartamento acima descrito, ocasionando a constrição, assinalando que outro imóvel do executado também foi arrestado, superando em muito o valor da dívida.

Relatou que foi atraído para a compra do imóvel por anúncio patrocinado pela Supervisão Comércio de Imóveis Ltda. que, mediante comissão, aproximou-o do vendedor/executado, sendo que firmaram contrato de promessa de compra e venda dos referidos imóveis em 29/3/95, com transferência prevista em 24 meses, em face da hipoteca incidente sobre os bens, sendo credora a Caixa Econômica Federal, incumbindo ao embargante a

transmissão para seu nome, tanto que recebeu procuração com amplos poderes datada de 7/4/95.

Antes de assinar o “contrato de gaveta”, verificou inexistir ônus sobre os bens, onerados apenas com a garantia hipotecária, conforme a escritura que lhe foi apresentada, pagando o preço avençado e empossando-se no imóvel onde reside e, no prazo para a transferência, foi ao Cartório de Registro de Imóveis buscar a documentação exigida pelo agente financeiro para transferir a hipoteca, surpreendendo-se com o arresto.

Entende que a embargada e o vendedor/executado praticaram simulação, sugerindo a existência de falsidade ideológica, eis que na Escritura de Compra e Venda, Mútuo com Obrigações e Hipoteca e Quitação Parcial com Desligamento, de 16/2/95 e registrada em 6/6/96, para que fossem financiados pela CEF, a embargada deu plena quitação dos imóveis, fazendo constar o preço integral de R\$ 49.215,00, sendo pagos R\$ 14.785,00 no ato e os restantes R\$ 34.430,00 seriam financiados pela CEF, montando armadilha para esta e para o futuro adquirente de boa-fé.

Sustentou que a presunção de propriedade do registro imobiliário é relativa, tendo adquirido os imóveis antes da instauração da lide, sub-rogando-se nos direitos e obrigações junto à CEF, salientando ser reconhecida a validade do “contrato de gaveta”, a teor da Súmula 84 do Superior Tribunal de Justiça e farto entendimento jurisprudencial.

Salientou, mais uma vez, a simulação entre a embargada e o executado que, ao inserirem declaração

falsa em documento público, alterando a verdade sobre fato juridicamente relevante, incidiram em falsidade ideológica, inexistindo culpa de sua parte, para ser prejudicado simplesmente por não ter transcrito o contrato no registro de imóveis, agindo a embargada de má-fé, pois, ciente de que o embargante morava no aludido apartamento, é ela responsável por eventual indenização, invertidos os ônus da prova em face do Código do Consumidor e da má-fé que envolveu os atos da embargada.

Invocou a impenhorabilidade do imóvel, ante o disposto na Lei n. 8.009/90 e a ausência dos pressupostos autorizadores do arresto previstos nos arts. 813 e 814 do CPC, pleiteando liminar de liberação dos bens e a procedência da demanda, com as cominações de estilo.

A embargada contestou e, em preliminar, apontou a inépcia da inicial, por não formular pedido quanto ao mérito, e ausência de definição do sujeito passivo dos embargos. No mérito, disse ter firmado contrato particular de promessa de compra e venda com o executado, tendo como objeto os bens arrestados, sendo esse negócio jurídico revestido de total legalidade, tanto que a CEF concedeu financiamento ao devedor mediante garantia hipotecária, e que, para viabilizar o negócio, "foi obrigada a dar quitação da parcela relativa a poupança para a aquisição dos imóveis, eis que não poderiam pairar sobre os mesmos quaisquer ônus" (sic) (fls. 47), tendo recebido, em contrapartida, quatro notas promissórias do comprador.

Asseverou inexistir ilegalidade, aduzindo que as cambiais "são títulos

autônomos, totalmente desvinculados da promessa de compra e venda dos imóveis", tanto que a CEF, ciente do contrato, deferiu o financiamento, inexistindo simulação ou fraude em prejuízo à CEF, portadora de garantia.

Insistiu na ausência de fraude contra terceiros de boa-fé e falsidade ideológica, pois está a executar as promissórias e não o contrato, quitado por meio dessas, dizendo que, em verdade, foi vítima do executado que, para se ver livre das dívidas assumidas, realizou o contrato de gaveta com o embargante.

Salientando ser condição inarredável a anuência do órgão financeiro para a transferência de imóvel hipotecado, segundo o art. 292 da Lei 6.015/73, o contrato firmado entre o devedor e o embargante caracteriza fraude contra a CEF, ensejando inclusive a execução do contrato de financiamento.

Entende que o embargante não possui proteção da posse, que alega ser precária, e estar o imóvel hipotecado, além do fato de as constrições terem sido efetuadas antes do registro do negócio em tela, que nem sequer havia sido quitado, sendo inaplicável a Súmula 84 do STJ.

Acrescentou que o devedor alienou o imóvel ao embargante em fraude contra credores, visando a retirar de seu patrimônio bens que pudessem garantir suas dívidas, inviabilizando futuras ações de cobrança ou execução, como no caso em apreço, e, por outro lado, o contrato firmado entre este e a contestante não prejudicou nem terceiros e tampouco a CEF.

Negou ciência da negociação entre o devedor e o embargante, sen-

do inaplicável o Código de Defesa do Consumidor, pois, além de prejudicada, inócorre a figura de consumidor e fornecedor, rechaçando a impenhorabilidade dos imóveis fulcrada na Lei n. 8.009/90 em face da hipoteca, e não comprovado serem os únicos pertencentes ao embargante.

Além disso, não pode o embargante discutir a validade do arresto por não ser parte no processo e inexistir ilegalidade na medida, dizendo necessário o chamamento ao processo da Caixa Econômica Federal, que não anuiu com a compra e venda realizada pelo embargante.

A seguir, o Dr. Juiz sentenciou antecipadamente o feito, julgando-o procedente, declarando o arresto insubsistente, mantendo o embargante na posse dos imóveis e condenando a embargada a pagar as custas processuais e honorários advocatícios arbitrados em R\$ 1.000,00 (mil reais).

Apelou a vencida sustentando, em preliminar, a nulidade da sentença pelo julgamento antecipado da lide, que lhe tolheu a produção das provas requeridas, as quais poderiam dar desfecho diverso à lide ante a alegação de fraude contra credores, considerando a sentença de decisão citra petita. No mérito, afirma que o Magistrado limitou-se a dizer que o apelado seria terceiro adquirente de boa-fé, embora devidamente caracterizada a fraude contra credores, pois o executado, conhecido devedor da praça, dilapidou seu patrimônio em desfavor dos credores, fato passível de ser reconhecido em sede de embargos de terceiro.

Destaca que o apelado não se manifestou acerca da fraude contra

credores quando da réplica, aplicando-se-lhe o art. 302 do CPC, questionando o não-chamamento ao processo da CEF, à vista da necessidade da anuência do agente financeiro para operar-se a transferência de imóvel hipotecado, nos moldes do art. 292 da Lei n. 6.015/73.

Insiste que, para a procedência dos embargos de terceiro, é necessário que o contrato de promessa de compra e venda seja irrevogável e esteja quitado, o que não ocorreu no caso, pois no contrato constava que o saldo da transferência do financiamento seria da responsabilidade do embargante, questão subjetiva, pois não se sabe se a CEF sequer aceitaria a quitação.

Nas contra-razões, o embargante rebateu os argumentos articulados pela recorrente, mencionando a simulação no negócio realizado entre a apelante e o executado, aplicáveis os arts. 102 e 104 do Código Civil, por não poder a parte beneficiar-se de sua própria torpeza, pleiteando a remessa de cópia dos autos ao Ministério Público, ante a ocorrência do crime capitulado no art. 299 do Código Penal.

Requeru ainda a condenação da apelante nas penas de litigância de má-fé, além da concessão de liminar para cancelamento da averbação do arresto, pedido repetido a título de antecipação de tutela.

Cumpridas as formalidades legais, os autos alçaram a esta Superior Instância.

É o relatório.

É consabido que o destinatário da prova é o juiz e a produção de outras provas, além das já existentes no processo, submete-se exclusivamente

te à sua prudente discricção, como tem decidido esta Corte:

“Não obstante tenha o juiz instado as partes a especificar provas a produzir e posteriormente percebendo-se que a lide envolve tão-somente questão de direito, sendo suficiente a prova documental dos autos para o seu conhecimento, pode julgá-la de plano, sem que tal importe em cerceamento de defesa” (JC 74/244).

E, como leciona Hélio Tornaghi, “Em matéria de prova o poder inquisitivo do juiz é maior que em qualquer outra atividade processual. O juiz não é mero espectador da luta de partes; ele a dirige e policia, ‘determina as provas necessárias à instrução do processo’, indefere as diligências que, a seu juízo, são inúteis ou protelatórias. Conquanto o ônus da prova caiba às partes (art. 333) é o juiz que faz a seleção das requeridas e diz quais são as necessárias à instrução do processo” (Comentários ao Código de Processo Civil, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1976, 2ª ed., vol. 1, pág. 402).

Nessa linha de pensamento, não há que se falar em decisão *citra petita*, apesar de não enfrentar expressamente a alegação de existência de fraude contra credores, suscitada em passante na contestação e reeditada na tréplica, aparentemente intempestiva. Ademais, não se trata propriamente de decisão que decidiu a quem do pedido do autor, mas que não teria apreciado toda a matéria de defesa sustentada pela parte que reside no pólo passivo da demanda, sugerindo ausência de fundamentação ou, no máximo, cerceamento de defesa.

Ocorre que implicitamente o douto Magistrado rechaçou esse argumento, quando expressamente consignou os motivos pelos quais entendeu ser o apelado adquirente de boa-fé e merecedor da proteção invocada, descartando a possibilidade da existência de fraude contra credores.

Nesse sentido, esta egrégia Corte de Justiça já firmou:

“Inocorre infração ao art. 458, incs. II e III, do CPC, atendendo, assim, à norma constitucional prevista no art. 93, IX, da Carta Magna, a sentença que contém relatório e fundamentos suficientes para entender-se por que motivos o julgador decidiu a causa como o fez, demonstrando a sua convicção” (JC 73/348).

“Não é nula a sentença, quando o juiz, embora sem grande desenvolvimento, deu as especificações dos fatos e a razão de seu convencimento, havendo decidido dentro dos limites em que as partes reclamaram, sem a eiva dos vícios de *extra*, *ultra* ou *citra petita*” (AC n. 96.001109-9, Des. Pedro Manoel Abreu).

Colhe-se da sentença o seguinte trecho:

“Consta na escritura de fls. 25/28, datada de 16 de fevereiro de 1995, que a embargada declarou que o imóvel alienado para o executado, Thomaz Thompson Flores Neto, encontrava-se livre e desembaraçado ‘de qualquer ônus judicial ou extrajudicial, arresto ou seqüestro, foro ou pensão’, salvo a hipoteca. E que o preço ajustado encontrava-se pago no momento em que a escritura foi lavrada.

“O embargante, nestas condições, cuida-se de terceiro/adquirente de boa-fé, uma vez que, pelas infor-

mações que tinha quando firmou o contrato de promessa de compra e venda, o apartamento apresentava somente a dívida relativa ao financiamento, comprometendo-se ele a assumir o pagamento deste, com a posterior transferência da obrigação perante a CEF.

“Reforça esta conclusão — a de que o embargante cuida-se de terceiro de boa-fé — a alegação da própria embargada, no sentido de que as notas promissórias executadas são autônomas e não vinculadas a compra e venda do apartamento realizada entre ela e o executado Thomaz. Para o adquirente/embargante, o alienante não possui dívida com a ora embargada e, assim, adquiriu coisa ciente de que o vendedor tinha cumprido com as obrigações assumidas com a construtora” (fls. 93/94).

Ora, a teor dos arts. 106 a 109 do Código Civil, que tratam da fraude contra credores, três são os requisitos para a propositura da ação pauliana: a anterioridade do crédito, o consilium fraudis e o eventus damni (insolvência do devedor).

A par da presença do primeiro requisito, entendeu o Magistrado inexistir má-fé do embargante ao adquirir os imóveis em questão, afastando a ocorrência do consilium fraudis.

Washington de Barros Monteiro esclarece que a insolvência torna-se notória quando “é sabida de todos, pública, manifesta, do conhecimento geral, mercê de protestos, publicações pela imprensa ou cobranças contra o devedor” (Curso de Direito Civil, vol. I, Saraiva, 1975, pág. 218), questão devidamente repelida pelo Sentenciante, ao reconhecer que a

embargada deu azo ao desconhecimento da dívida, tomando-se como afastada a hipótese do eventus damni.

Por oportuno, cita-se o seguinte julgado:

“Sendo um dos requisitos da ação revocatória ou pauliana, o consilium fraudis, entre alienante e comprador, mister se faça presente nítida e claramente a circunstância de que o terceiro contratou consciente e deliberadamente, com o objetivo de causar prejuízo a outrem, sabendo que o alienante era insolvente.

“Se não existe esse conhecimento — real ou presumido —, descaracterizada está a participatio fraudis e o ato está protegido de vícios, devendo a ação pauliana ser julgada improcedente” (Paraná Judiciário, 23/84).

A respeito da matéria, pertine a lição de Sílvio Rodrigues:

“Se os atos de alienação de bens levados a efeito pelo devedor insolvente o foram a título oneroso, muda-se o panorama, porque agora entram em conflito 2 (dois) interesses igualmente respeitáveis: o dos credores do alienante e do adquirente de boa fé.

“Com efeito, se de um lado o ordenamento jurídico quer garantir aos credores o recebimento de seus créditos, de outro quer assegurar a firmeza das relações negociais, não permitindo que pessoas que a título oneroso adquirirem bens do insolvente sem conhecer ou poder descobrir tal circunstância, possam ser burladas na sua boa-fé e ludibriadas na justa expectativa de que o negócio, por elas aceito,

revestia-se de toda a legalidade e segurança.

“Entre esses 2 (dois) interesses é o do adquirente de boa-fé o que vai ser preferido pelo legislador. Se o adquirente ignorava a insolvência do vendedor, nem poderia, com diligência ordinária, descobri-la, vale o negócio efetuado. Verdade que em tal hipótese os credores sofrem prejuízo, o que representa uma injustiça e um inconveniente, que são menores do que os que resultam da atribuição de perda ao adquirente de boa-fé.

“Aliás, note-se que, dada a boa-fé do adquirente, falta, no caso, o *consilium fraudis*, pois o propósito fraudulento só existe no espírito do devedor alienante. Entretanto, se o adquirente estava de má-fé e ingressou no negócio sabendo da insolvência do alienante, cessa a consideração que merecia da lei, e esta o presume, de maneira irrefragável, cúmplice do negócio fraudulento, que, por conseguinte, pode ser revogado.

“A má-fé se caracteriza pela mera ciência, por parte do adquirente, do estado de insolvência do devedor. Sabendo desta circunstância e não ignorando que o patrimônio do devedor responde por suas dívidas, o adquirente revela seu propósito de pactuar com a fraude e assume o risco pelo prejuízo eventual, decorrente da anulação do negócio jurídico” (Curso de Direito Civil, Saraiva, 1981, 11ª ed., I/229).

Observa-se que, ao considerar o embargante comprador de boa-fé e inviável a verificação, por parte deste, da possível insolvência do vendedor, afastou implicitamente a ocorrência de fraude contra credores. Todavia, a

par da situação exposta, o apelante pleiteia, no mérito do recurso, a reapreciação do tema, questão merecedora de reexame, a teor do § 1º do art. 515 do CPC.

Colhe-se do colendo STJ:

“Tratando-se de caso de apelação com impugnação da sentença em seu todo, impunha-se à Corte de Casação o reexame, não apenas das questões decididas pelo juízo de primeiro grau, mas também daquelas que, podendo ter sido apreciadas, não o foram” (2ª Turma, REsp. n. 7.121—SP, rel. Min. Ilmar Galvão, DJU 8/4/91, pág. 3.871).

Ocorre que nesta Corte, não se olvidando de julgados em sentido contrário, prevalece o entendimento de ser descabida a alegação de fraude contra credores em sede de embargos de terceiro, por ser via adequada a ação pauliana, pois, caso admitida tal discussão nesta lide, estar-se-ia julgando relação processual incompleta, em que o devedor-executado não participaria do processo, em violação aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa.

Neste sentido, decidiu o egrégio STJ:

“Processual civil — Fraude contra credores — Embargos de terceiros — Ação pauliana.

“O meio processual adequado para se obter a anulação de ato jurídico por fraude a credores não é a resposta a embargos de terceiro, mas a ação pauliana.

“Abono da melhor doutrina e precedente do STJ (3ª Turma)” (REsp. n. 24.311-0/RJ, rel. Min. Cláudio Santos, DJU de 22/3/93).

“Processual civil — Fraude contra credores — Embargos de terceiro — Via eleita inadequada.

“Embargos de terceiro. Fraude contra credores. Hipótese de não cabimento. Ação pauliana, como meio processual adequado. Precedente. Consoante entendimento assente neste colendo Tribunal, o meio processual adequado para se obter a anulação de ato jurídico, por fraude a credores, é a Ação Pauliana, e não a resposta a Embargos de Terceiros.

“Para se desfazer um ato em que se alega fraude de credores, indispensável trazer para a relação processual, pela citação, o devedor insolvente e a pessoa que com ele celebrou o ato jurídico acerca do qual se pretende seja reconhecido o vício.

“Recurso a que se nega provimento, por unanimidade” (REsp. n. 46.192-8/SP, rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJU 15/8/94).

Daí a edição da Súmula 195 do egrégio Superior Tribunal de Justiça, assim enunciada: “Em embargos de terceiro não se anula ato jurídico, por fraude contra credores”.

Desta Corte, pertinem os seguintes arestos:

“Embargos de terceiro — Fraude contra credores.

“Consoante orientação emanada do Superior Tribunal de Justiça, o meio processual adequado para se obter a anulação de ato jurídico, por fraude contra credores, é a ação pauliana, e não a resposta a embargos de terceiro, instrumento processual de objeto limitado, destinando-se apenas a afastar a constrição judicial incidente sobre bem de terceiro” (Ap. Cív. n.

51.523, da Capital, rel. Des. Eder Graf, DJ de 20/3/96).

Deste relator:

“Embargos de terceiro. Compra e venda. Reserva de domínio anotada no certificado de registro do veículo. Ausência de registro no cartório de títulos e documentos.

“A lide é restrita nos embargos de terceiro. Versa apenas sobre a inclusão ou exclusão do bem na execução e não direitos que terceiro possa ter sobre a coisa. Assim, o meio processual adequado para obter a anulação de ato jurídico, por fraude a credor, é a ação pauliana e não a resposta a embargos de terceiros.

“Em embargos de terceiro não se anula ato jurídico, por fraude contra credores” (Súmula 195 do STJ)” (Ap. Cív. n. 96.009877-1, de Brusque, DJ de 16/12/97).

Descabe a alegação da apelante de que, não tendo o apelado rebatido a alegação de fraude contra credores na réplica, tal fato é presumido verdadeiro, a vista do art. 302 do CPC.

O dispositivo em tela aplica-se ao réu e não ao autor, que já afirmou na inicial o fato constitutivo de seu direito, nos moldes do art. 333, I, do CPC. Ademais, se aplicável, sustentou o apelado na aludida peça a existência de simulação no negócio entabulado pela recorrente e o devedor, em nítida contradição com os fatos alegados na contestação, incidindo na exceção prevista no inciso II do preceito, repelindo a presunção de veracidade.

Quanto ao não “chamamento” da Caixa Econômica Federal ao pro-

cesso, evidente a sua desnecessidade, pois, além de esta não assumir posição processual definida na lide, seu eventual interesse na rescisão do contrato deveria ser manifestado em ação própria, situação incoerente com a Medida Provisória n. 1.635/98, que prevê a renegociação dos contratos do Sistema Financeiro da Habitação, inclusive regularizando os chamados "contratos de gaveta".

Também não pode prosperar a assertiva de necessidade de ser irrevogável e estar quitado o contrato de compromisso de compra e venda, para incidir a proteção possessória via embargos de terceiro, porquanto a irretroatividade está prevista na cláusula X do contrato (fls. 21/23), sendo a quitação referida nos acórdãos citados a parcela a ser entregue ao vendedor e não o financiamento da CEF, evidentemente ainda não quitado, pois, se assim não fosse, desnecessário o "contrato de gaveta". Assinale-se que o valor a ser quitado é justamente a parte financiada, tendo o apelado pago, à época, diretamente ao executado R\$ 52.000,00, com três cheques e um imóvel, assumindo a responsabilidade pelo financiamento.

Ademais, a Súmula 84 do egrégio Superior Tribunal de Justiça não elenca tais requisitos ao enunciar que "É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro".

De outra parte, revela-se descabida a condenação da apelante nas

penas de litigância de má-fé, eis que para seu reconhecimento é necessária a existência de dolo processual, o que não se verifica no presente recurso que, embora inexitoso, nele a recorrente invocou razões plausíveis para pleitear a reforma da sentença de Primeiro Grau.

Quanto ao pedido de remessa dos autos ao Ministério Público, na forma do art. 40 do Código de Processo Penal, há de esclarecer-se que, apesar das afirmações das partes, não há constatação suficiente da existência de fato que constitua crime de ação penal pública incondicionada, mesmo porque não houve instrução probatória mais aprofundada para verificação eficaz da situação que, em tese, poderia até vir a prejudicar o próprio apelado no aspecto cível.

Por fim, o pedido de tutela antecipada realizado nesta Instância está prejudicado pela perda de objeto, em face do julgamento da causa.

Por estes fundamentos, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Pedro Manoel Abreu.

Florianópolis, 29 de abril de 1999.

João José Schaefer,
Presidente com voto;
Francisco Borges,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.004647-8, DE BLUMENAU**Relator: Des. Francisco Borges**

Contrato de abertura de crédito em conta corrente. Título executivo extrajudicial inexistente. Execução inviável.

É entendimento majoritário do STJ que “Não se revestindo o título de liquidez, certeza e exigibilidade, condições basilares exigidas no processo de execução, constitui-se em nulidade, como vício fundamental; podendo a parte argüi-la, independentemente de embargos do devedor, assim como pode e cumpre ao juiz declarar, de ofício, a inexistência desses pressupostos formais contemplados na lei processual civil” (RSTJ 40/447).

Ademais, a Seção Civil deste Tribunal de Justiça sumulou a matéria, estabelecendo que “O contrato de abertura de crédito rotativo em conta corrente, ainda que acompanhado dos respectivos extratos de movimentação da conta corrente e assinado pelo devedor e duas testemunhas, não é título executivo extrajudicial” (Súmula 14).

Honorários advocatícios em embargos à execução. Arbitramento.

Não tendo feição condenatória, os embargos à execução classificam-se como ações de cognição incidental de caráter constitutivo. Conseqüentemente, na estipulação dos honorários advocatícios aplica-se o art. 20, § 4º, do CPC, onde a arbitragem desta verba não parta de critérios objetivos, mas eqüitativos, de princípios de valoração moral, nada obstando que se conjugue o preceito do § 4º às diretrizes das letras a, b, e c do § 3º do mesmo artigo 20, de modo apropriado e conveniente, independentemente dos limites nele taxados.

ACCORDAM, em Quarta Câmara

Civil, por votação unânime, negar provimento ao apelo e dar provimento ao recurso adesivo.

Custas de lei.

Telhado Imóveis Ltda. — ME Santana Automóveis Particulares opôs embargos à execução proposta pelo Banco Boavista S/A, em preliminar suscitando a inépcia da inicial, pois os

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.004647-8, da comarca de Blumenau (3ª Vara), em que é apelante/apelado Banco Boavista S/A, sendo apelada/apelante Telhado Imóveis Ltda. — ME Santana Automóveis Particulares:

extratos carregados à inicial da executiva não revelariam os exatos cálculos efetuados para chegar ao valor do débito do contrato de abertura de crédito objeto da ação.

No mérito, afirmou a impossibilidade de a execução embasar-se no contrato de abertura de crédito em conta corrente, por inexistir certeza, liquidez e exigibilidade, combatendo ainda as taxas de juros aplicados, assim como a capitalização de juros e a cumulação de correção monetária com comissão de permanência.

O exequente impugnou os embargos, rebatendo a preliminar e, no mérito, defendendo a aplicação dos encargos pactuados, requerendo a aplicação das penas referentes à litigância de má-fé à embargante, bem como a inépcia da inicial.

Após a manifestação da embargante, rechaçando os argumentos da parte adversa, o Dr. Juiz de Direito julgou antecipadamente a lide, acolhendo os embargos e extinguindo o processo de execução, por entender que o contrato de abertura de crédito em conta corrente não constitui título executivo extrajudicial.

Condenou o embargado ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em R\$ 1.000,00, com fulcro no § 4º do art. 20 do CPC.

Irresignado, o banco embargado apelou, insistindo na tese de que o contrato em que se escora a execução configura título executivo extrajudicial, arrolando doutrina e jurisprudência em prol do seu posicionamento.

Reafirma a higidez dos termos contratados, principalmente no tocante

te aos juros, requerendo, caso não acatada a tese anterior, que a ação seja convertida para o rito ordinário, com o prosseguimento do feito, sendo assim eximido dos ônus da sucumbência.

A vencedora apelou adesivamente, pleiteando a majoração dos honorários advocatícios, tendo em conta o alto valor da causa e o relevante teor do trabalho desenvolvido pelo seu patrono.

Após as devidas contra-razões, e cumpridas as formalidades legais, os autos alçaram a esta Superior Instância.

É o relatório.

Cuida-se de contrato de abertura de crédito rotativo em conta corrente, e a controvérsia reside fundamentalmente na definição acerca dessa espécie de contrato, a fim de caracterizá-lo, ou não, como título executivo extrajudicial, apto a justificar o processo executivo.

Com efeito, dispõe o art. 583 do Código de Processo Civil: "Toda execução tem por base título executivo judicial ou extrajudicial".

A respeito dessa norma, adverte Humberto Theodoro Júnior:

"Porque não pode haver execução sem título executivo, assume ele, no processo de realização coativa do direito do credor, tríplice função, como lembra Rosemberg, ou seja: 1) a de autorizar a execução; 2) a de definir o fim da execução; e 3) a de fixar os limites da execução.

"Como lógica e juridicamente não se concebe execução sem prévia certeza sobre o direito do credor, cabe ao título executivo transmitir essa con-

vicção ao órgão judicial. E nessa ordem de idéias, observa José Alberto dos Reis, não é o título apenas a base da execução, mas, na realidade, sua condição necessária e suficiente. É condição necessária, explica o grande mestre, porque não é admissível execução que não se baseie em título executivo. É condição suficiente, porque, desde que exista o título, pode-se logo iniciar a ação de execução, sem que se haja de previamente propor a ação de condenação, tendente a comprovar o direito do autor" (Curso de Direito Processual Civil, 16ª ed., vol. II, págs. 30/31).

E Alcides de Mendonça Lima, seguindo os ensinamentos de Calamandrei, ao discorrer sobre os pressupostos do título executivo, relembra:

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

Ora, o banco apelante escora a execução em contrato de abertura de crédito em conta corrente, juntando aos autos extratos de movimentação da respectiva conta, com o fito de conferir-lhe liquidez, certeza e exigibilidade (fls. 16/78).

A par das douradas e respeitáveis posições contrárias, não há como atribuir ao contrato em foco condições de exequibilidade, porquanto ausentes os pressupostos de liquidez, certeza e, por conseguinte, de exigibilidade.

É verdade que nossos tribunais vinham entendendo que os contratos de abertura de crédito em conta corrente, desde que acompanhados de extratos da conta, fossem considerados títulos executivos extrajudiciais. Todavia, esse entendimento foi paulatinamente modificado, vindo a prevalecer, de modo cada vez mais frequente e uniforme, a opinião de que tais contratos não constituem título executivo extrajudicial.

Nesta Corte, há exemplos marcantes dessa transformação, como bem salientou o eminente Des. Trindade dos Santos, "talvez, pela inspiração trazida pelo igualitarismo que comanda o nosso Texto Constitucional, ou quem sabe pelos novos ventos soprados por um avançado Código de Defesa do Consumidor, como sói ser o brasileiro, que despertou em todos, e mormente nos julgadores, um sentimento mais apurado de proteção ao mais fraco em confronto com o mais forte, economicamente falando" (Ap. Cív. n. 97.010907-5, de Joinville, DJ de 15/10/97).

O art. 585, II, do CPC, elenca como título executivo extrajudicial "...o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas".

Assim, em princípio, o contrato de abertura de crédito em conta corrente firmado pelos litigantes revela-se documento particular, assinado pelo devedor e por testemunhas e poderia embasar o processo de execu-

ção. No entanto, o objeto da executória não é efetivamente o contrato em si, mas o saldo devedor a ele vinculado, uma vez que os valores cobrados baseiam-se nos extratos bancários emitidos pelo exequente e não propriamente no contrato firmado, no qual existe apenas a possibilidade de utilização de certa importância, representada pelo crédito, que poderá ou não ser utilizado, pois nenhum valor é entregue de pronto ao correntista, apenas possibilita-lhe utilizar o crédito autorizado como bem aprovar, ficando responsável pelo pagamento de eventual saldo negativo a ser apurado pelos dos cálculos efetuados unilateralmente pela entidade bancária.

Ora, se suficiente a apresentação dos extratos, estar-se-ia criando novo título executivo, com afronta ao inciso II do art. 585 do CPC, eis que emitidos unilateralmente e desprovidos de assinatura, tanto dos correntistas quanto das testemunhas, sem qualquer declaração do devedor, não configurando, evidentemente, a hipótese legal em tela, sendo inadmissível que as instituições de crédito, à semelhança da Fazenda Pública, possam criar seus títulos executivos.

A questão já está pacificada no egrégio Superior Tribunal de Justiça, de onde se colhe o seguinte aresto:

"A partir do julgamento proferido, pela Segunda Seção, ao apreciar o REsp. 108.259, pacificou-se a jurisprudência deste Tribunal, no sentido de que o contrato de abertura de crédito, mesmo acompanhado de extratos referentes à movimentação da conta corrente, não constitui título executivo. Em ementa de acórdão de

que fui relator, assim resumi as razões desse entendimento:

'Contrato de abertura de crédito.

'Limitando-se a ensejar a possibilidade de utilizar-se de crédito, obriga apenas quem se dispõe a propiciar o mútuo. Não reflete qualquer obrigação da outra parte, menos ainda líquida, certa e exigível.

'Impossibilidade de o título completar-se com extratos fornecidos pelo próprio credor que são documentos unilaterais. Não é dado as instituições de crédito criarem seus próprios títulos executivos, prerrogativa própria da Fazenda Pública.

'Entendimento que não se altera em virtude da modificação introduzida pela Lei n. 8.953/1994, pois não afastada a exigência de liquidez e certeza constante do art. 586 do CPC' (DJ de 3/11/97)" (REsp. n. 195.216/SC, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 9/2/99).

Esta Corte adotou o mesmo posicionamento diante do tema na Súmula 14 da colenda Seção Civil, editada em decorrência do pedido de uniformização de jurisprudência nos autos da Apelação Cível n. 96.010326-0, de São Miguel do Oeste, cujo relator foi o eminente Des. Nilton Macedo Machado, vazada nos seguintes termos:

"O contrato de abertura de crédito rotativo em conta corrente, ainda que acompanhado dos respectivos extratos de movimentação da conta corrente e assinado pelo devedor e duas testemunhas, não é título executivo extrajudicial".

Quanto à pretendida conversão do feito para o procedimento ordinário, inassiste razão ao apelante, por-

quanto tal possibilidade parece viável antes da citação do executado, em caso de emenda da inicial, todavia, in casu, ocorreu citação da empresa executada, seguindo-se a penhora de bens e posterior oferecimento de embargos, instalando discussão à parte do processo executacional.

Neste sentido:

“Verificando o juiz que a execução proposta está alicerçada em título a que não é conferida força executiva, como acontece em relação ao contrato de abertura de crédito em conta corrente, consoante orientação agora pacificada da colenda Corte Superior de Justiça, cumpre-lhe, no aproveitamento de atos e formas e fazendo valer o preceito incrustado nos arts. 616, 295, V, e 250 do CPC, antes de ordenar a citação, determinar que o exequente, em 10 (dez) dias, sob pena de indeferimento da inicial, a corrija e a adapte ao procedimento legal, convertendo-o em ordinário (cfe. STJ — 4ª Turma, REsp. 26.951-2/RS, rel. Min. Athos Carneiro, j. 26/10/92, apud Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, Theotonio Negrão, 30ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999, art. 250, nota 5ª)” (AI n. 98.010350-9, de Blumenau, rel. Des. Gaspar Rubik, DJ de 16/4/99).

Relativamente à majoração dos honorários advocatícios pleiteada pela embargante no recurso adesivo, há que se destacar que à ação executacional foi atribuído o valor de R\$ 149.720,96 e, embora não tendo feição condenatória, os embargos à execução classificam-se como ações de cognição incidental de caráter constitutivo. Conseqüentemente, na estipulação da verba honorária apli-

ca-se o art. 20, § 4º, do CPC, devendo observar-se idêntico critério, tanto na procedência, quanto na improcedência dos embargos.

De qualquer sorte, o decisum merece reparo neste ponto, considerando a natureza e a importância da causa, assim como o desempenho do patrono da parte vencedora que, no caso, realizou zeloso labor, defendendo com afincos e presteza os interesses de seu cliente.

Necessário considerar que a arbitragem dos honorários com fulcro no aludido preceito não parte de critérios objetivos, mas equitativos, isto é, de princípios de valoração moral, segundo leciona de Vittorio Denti, citado pelo Juiz do Tribunal de Alçada do Paraná, Dr. Ivan Righi, *litteris*:

“Vittorio Denti sustenta que o juiz, ao empregar a equidade, coloca-se na posição de intérprete da consciência social, pois ‘a exigência perene expressa pela equidade consiste na contraposição entre a livre valoração moral e o julgamento secundum ius, ou seja, o julgamento de conformidade com a norma’.

E acrescenta:

‘Exigência (de equidade) que no mundo romano expressava-se pela criação de novas normas, segundo as necessidades sociais, por um particular órgão do Estado (o pretor), enquanto nos ordenamentos modernos, vigente o princípio da legalidade, encontra a sua manifestação em uma autorização, dada pelo próprio legislador, para que se faça a apreciação moral pelo órgão jurisdicional.

‘Portanto, a equidade, se é sempre idealmente contra ius, como princípio de valoração moral, é sem-

pre juridicamente secundum ius, como conceito normativo, reclamado por disposição legislativa' (Contributo allo sudio del giudizio di quità, na Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Pavia, vol. XXVII, págs. 4 e 39)" (PJ 28/183).

Seguindo essa linha de entendimento, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

"Nas causas em que não há condenação, a apreciação equitativa do Juiz para a determinação dos honorários de advogado não afasta a possibilidade de que os mesmos sejam arbitrados em percentual sobre o valor da causa (art. 20, § 4º, do CPC)" (3ª T., REsp. n. 5.704—MG, rel. Min. Dias Trindade, j. 13/5/91).

Ou, ainda:

"Em caso de improcedência do pedido, o Juiz não fica adstrito aos limites percentuais estabelecidos no § 3º do artigo 20, CPC" (4ª T. do STJ, REsp. n. 9.382-0/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 30/3/93).

Destarte, nada obsta que se conjugue o preceito do § 4º do art. 20

às diretrizes das letras a, b, e c do § 3º do art. 20, para fixar-se apropriada e convenientemente a verba honorária, independentemente dos limites entre 10 a 20% ali taxados.

E, assim, tendo em conta as diretrizes das alíneas a, b e c do § 3º do art. 20 do CPC, a que alude o § 4º do mesmo artigo, estipulam-se os honorários do patrono da embargante em R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

Por estes fundamentos, conheceu-se dos recursos, negando-se provimento ao apelo do embargado e dando provimento ao recurso adesivo interposto pela embargante, a fim de majorar os honorários advocatícios.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Pedro Manoel Abreu e Nilton Macedo Machado.

Florianópolis, 17 de junho de 1999.

Francisco Borges,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.002464-1, DA CAPITAL

Relator: Des. Gaspar Rubik

Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Danos materiais. Glosa não justificada de seguradora à substituição de peças. Falta de prova, ademais, de que a sua simples recuperação, proposta em orçamento exibido pelo responsável pela indenização, reporá o patrimônio do lesado no estado anterior. Impugnação não específica aos orçamentos apresentados por este. Idoneidade das firmas que os forneceram não posta em dúvida. Opção do julgador pelo de menor valor. Admissibilidade. Sentença mantida. Recurso desprovido.

Cabe ao juiz, em face do princípio do livre convencimento e diante de orçamentos fornecidos por oficinas especializadas cuja idoneidade não foi posta em dúvida, desde que não elididos por prova robusta e convincente em contrário, a escolha daquele que lhe pareça melhor se amoldar aos prejuízos efetivamente causados, visando sempre a reposição do patrimônio da vítima tanto quanto possível no mesmo estado em que estava antes da ocorrência. E nesse contexto, se não há prova de que haverá essa reposição com a recuperação de peças danificadas, proposta em orçamento fornecido por oficina consultada pelo responsável pela indenização, há de prevalecer aquele que propõe a substituição da peça glosada por seguradora, ainda que de maior custo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.002464-1, da comarca da Capital, em que é apelante Pauta Equipamentos e Serviços Ltda., sendo apelada Indústria de Esponjas Q. Koisa Ltda.:

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

Custas legais.

Na comarca da Capital, Indústria de Esponjas Q. Koisa Ltda. ajuizou ação de reparação de danos causados por acidente de trânsito contra Pauta Equipamentos e Serviços Ltda., objetivando a recomposição dos danos materiais, que lhe foram causados pelo veículo pertencente à demandada e conduzido por seu funcionário Marcelo Berze, modelo Corsa Super, placa LXF 0328, que trafegando em velocidade acima da permitida pela pista da esquerda da Av. Paulo Fontes, no sentido Beira-Mar Norte—Ponte Colombo Machado Salles, atravessou, com o sinal vermelho, o cruzamento com a Rua Antônio Pe-

reira Oliveira Neto (Rótula do Hotel Diplomata) e, em decorrência, veio a abalroar, culposamente, o Kadett GL, placa AP 4505, de Cury Krüger, e a lateral do automóvel Saturno de sua propriedade, placa ASU 0999, ao volante do qual se achava seu sócio-gerente Rafael Antônio Niveiros, ambos que, parados no local, ainda na pista destinada ao acesso à Rua Padre Roma, iniciavam manobra de arrancada ao abrir o sinal.

Requeru a condenação da ré, a final, a pagar-lhe a quantia de R\$ 10.077,92, apurada pelo menor de três orçamentos que mandou confeccionar, mais taxa de desvalorização do bem no importe de 7%.

Regularmente citada, compareceu a requerida à audiência prévia conciliatória designada, na qual, inaceita a proposta apresentada, ofereceu contestação escrita, impugnando genericamente os orçamentos apresentados e contrariando-os com a apresentação de outro, no valor de R\$ 6.800,00, aduzindo que a Cia. Seguradora Novo Hamburgo, com a qual disse manter contrato de seguro, periciou o orçamento em que a autora ful-

crou o seu pedido, constatando que algumas das peças danificadas não necessitavam ser trocadas em virtude do sinistro. Por tais razões, ora expostas resumidamente, pleiteou a improcedência da actio, ou, alternativamente, redução do valor a ser pago. Em adendo oral ao escrito, requereu, na oportunidade, a denúncia da lide à sua seguradora.

Indeferida a denúncia por decisão irrecorrida, e replicada a defesa apresentada, em nova audiência que se seguiu, após renovada em uma vez mais infrutiferamente a proposta conciliatória, foram dispensados os depoimentos pessoais e inquiridas duas testemunhas da autora, encerrando-se a instrução com os debates orais. No mesmo ato, em seqüência, sentenciou o MM. Juiz de Direito, julgando procedente o pedido e condenando a demandada, via de consequência, no pagamento da quantia pleiteada na inicial, acrescida de juros moratórios e correção monetária a contar da data do sinistro. Responsabilizou-a, outrossim, pelas custas processuais e honorários advocatícios de 20% sobre a condenação.

Irresignada e buscando reverter a prestação jurisdicional entregue, apelou a vencida, sustentando, em suma, que não se houve com acerto o douto Sentenciante, uma vez que, tratando disparmente as partes, deu total crédito aos orçamentos apresentados pela apelada e deixou de examinar com cautela o que lhes foi contraposto, também elaborado logo após o sinistro por oficina idônea, e não, como equivocadamente entendeu S. Exa., por cálculos de seguradoras.

Formalizado o preparo e contra-arrazoado o recurso, os autos ascenderam a este Sodalício.

É o relatório.

O inconformismo da apelante, que reside tão-somente no montante da condenação, não procede, eis que razões inexistem para que o decumso objurgado sofra modificação, pois se houve com inegável acerto o douto Sentenciante na apreciação da matéria.

Com efeito, pois, S. Exa. baseou-se em orçamentos apresentados por empresas cuja idoneidade não foi posta em cheque pela apelante que, de resto, não trouxe um elemento sequer, uma nota ou comprovante de que qualquer das peças danificadas e a ser substituídas no veículo da autora fossem vendidas por preço inferior constante do menor orçamento, apenas tendo-se limitado a trazer ordem de serviço em folha timbrada da Oficina Oscar, na qual são relacionados, tão-somente, serviços a ser feitos e o total a ser cobrado, pelo exame perfunctório da qual facilmente se percebe que seu valor bastante inferior encontra explicação no fato de que as peças danificadas seriam recuperadas apenas, e não substituídas, no que, evidentemente, guarda coerência com as glosas feitas pela seguradora.

Ora, há que se destacar, primeiramente, como tem decidido esta Corte, até com certa reiteração, que os orçamentos fazem prova juris tantum dos danos, só podendo ser ilididos por prova robusta e inconcussa em contrário (JC 52/168), prova esta que, advirta-se, no caso não foi feita, pois tal força não se pode emprestar ao orçamento isolado exibido pela apelante. Ainda mais incisivamente, enluvan-

do-se na espécie, em aresto da lavra do atual Presidente desta Casa também ficou assentado:

“Indeferimento do pedido de vistoria para avaliação dos danos. Três orçamentos colados nos autos. Inidoneidade das oficinas não comprovada. Aceitação de um dos orçamentos. Admissibilidade” (JC 55/191).

Também de autoria de emérito Vice-Presidente seleciona-se:

“Orçamentos de oficinas idôneas escorreitas que serviram de base à fixação do dano. Admissibilidade” (JC 45/258).

De outra banda, cumpre não perder de vista que a impugnação ao orçamento não se admite seja genérica e abrangente, como foi feita, mas há que ser específica para cada um dos itens e com a devida prova para que seja aceita. E tal prova, no caso, também não foi produzida.

Enfatize-se, outrossim, que, consoante entendimento predominante acerca do tema em exame, todo aquele que sofre um dano em acidente de veículo causado por culpa de outrem tem o direito de ver o seu automóvel reparado e entregue no mesmo estado em que estava antes do acidente (JC 43/62). Quer isto dizer que só com a substituição das peças danificadas no veículo do apelado é que haverá certeza de que terá ele repostado praticamente no estado anterior aquele seu patrimônio móvel, não havendo a mais mínima prova de que tal se dará com a recuperação daquelas

a que se propôs a Oficina Oscar. E, nesse passo, importante salientar, ainda, de uma parte, que nas glosas feitas a Cia. Seguradora não justifica os motivos que a levaram a tanto, e de outra que não nega, nem ela nem o apelante, que peças tivessem sido danificadas no sinistro noticiado.

Por fim, não se há de olvidar que, a respeito da apuração do quantum debeat em matéria acidentária de circulação de veículos, impera o princípio do livre convencimento, insculpido no art. 131 do Cãnone Processual Civil, pelo qual cabe ao Magistrado, diante do caso concreto, a livre apreciação da prova, e, obviamente, a escolha do orçamento que melhor se amolde aos prejuízos sofridos pelo proprietário do veículo sinistrado.

Daí por que, pelas razões expostas, é de concluir-se que a sentença está correta e não padece de reparo algum no particular que sofreu questionamento.

E é por isso que se a confirma, desprovendo-se o recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino.

Florianópolis, 25 de março de 1999.

Xavier Vieira,
Presidente com voto;
Gaspar Rubik,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.006188-1, DE CHAPECÓ**Relator: Des.Gaspar Rubik**

Contrato de abertura de crédito pessoal. Inconfundibilidade com rotativo de crédito. Título executivo extrajudicial (art. 585, II, do CPC). Sentença de extinção do processo de execução reformada. Recurso provido.

“Nos contratos de abertura de crédito rotativo em conta corrente (cheque nobre, especial etc.), a instituição financeira nada entrega de imediato ao correntista, somente põe a sua disposição soma de dinheiro, por tempo determinado ou não, com a obrigação deste restituir o equivalente à parte que utilizou de tal crédito concedido” (Apelação Cível n. 98.011569-8, da Capital, rel. Des. Vanderlei Roemer, j. em 3/11/98).

Já nos contratos de abertura de crédito pessoal fixo, ao contrário, há o depósito de quantia certa e determinada na conta do correntista, com a transferência de titularidade do valor mutuado, do banco para o cliente, que o utiliza da maneira que melhor lhe aprouver, com total desvinculação de controle por meio de extratos mensais, e que se obriga a devolvê-lo integralmente no seu vencimento, com os juros e taxas pactuados. Nestes, o contrato se amolda perfeitamente à figura do art. 585, II, do CPC, cumprindo ao exequente apenas exibir com a inicial a memória do cálculo exigida pelo art. 614, II, do mesmo Estatuto Processual, dispensada, por irrelevante, a juntada de extratos da conta.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.006188-1, da comarca de Chapecó, em que é apelante Banrisul S/A — Banco do Estado do Rio Grande do Sul, sendo apeladas Terezinha de Fátima Paulo e outra:

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

Custas legais.

Na comarca de Chapecó, Banrisul S/A — Banco do Estado do Rio Grande do Sul, ajuizou execução contra Terezinha de Fátima Paulo e Leda Teresa Wormesbecker, aduzindo ser credor destas pela quantia de R\$ 11.575,80 (onze mil, quinhentos e setenta e cinco reais e oitenta centavos), correspondente a 17 (dezessete) parcelas do “Contrato de abertura de crédito pessoal Banrisul com garantia de fiança” n. CPB parcelado 95/039, 11 (onze) das quais vencidas e impagas, e 6 (seis) subseqüentes vencidas an-

tecipadamente em razão dessa inatendimento das devedoras, que pagaram somente a primeira do total de 18 (dezoito) pactuadas.

Efetivada a citação e formalizada a penhora, foi designada audiência de conciliação, que restou infrutífera.

Em sentença que então proferiu, o MM. Juiz de Direito julgou extinta a execução, ao entendimento de que o contrato de abertura de crédito em conta corrente, mesmo que acompanhado dos comprovantes de movimentação, não configura título executivo extrajudicial. Condenou o exequente, em consequência, ao pagamento das despesas processuais.

Irresignado com a prestação jurisdicional entregue, o credor interpôs recurso de apelação, afirmando, em síntese, que o contrato entabulado entre as partes não é de abertura de crédito em conta corrente, mas contrato de abertura de crédito pessoal, nele existindo, inclusive, autorização para débito em conta. Aduziu, ainda, que mesmo que se admitisse tratar-se daquele tipo de pacto, não se poderia afastar a executividade do título.

Comprovada, com a protocolização do recurso, a prévia formalização do preparo, ascenderam os autos a este Sodalício.

É o relatório.

Inelutavelmente procede a irrevogação manifestada, eis que na espécie descabia a extinção do processo como ocorreu, porque não se está em face de contrato de abertura de crédito rotativo em conta corrente, como equivocadamente, data venia, entende o culto Sentenciante, mas sim de contrato de abertura de crédito pessoal ou fixo, que tem disciplina to-

talmente diferente e não se subjeta, portanto, à orientação segundo a qual ainda que acompanhado dos respectivos extratos de movimentação da conta e assinado pelo devedor e duas testemunhas, não é título executivo extrajudicial.

Com efeito, pois diferentemente do que ocorre com o contrato de abertura de crédito rotativo em conta corrente, pelo qual é colocado à disposição do correntista, em sua conta corrente, um determinado limite de crédito até o qual poderá ou não se utilizar, devolvendo a final só o tanto que o fizer, com os acréscimos pactuados, o que depende de verificação pelos extratos de sua conta, na modalidade de contrato de abertura de crédito pessoal, também conhecido como fixo, o Banco deposita quantia certa e determinada diretamente na conta do creditado, que se obriga a restituí-la ou a pagá-la integralmente no vencimento, com juros pré ou pós-fixados e outros emolumentos, em parcela única ou não, o que dispensa verificação do quantum utilizado por meio de extratos bancários, porque não atrelado a esse tipo de controle, por haver a transferência ao correntista do valor total mutuado, o que incorre na outra modalidade.

A respeito já decidiu este Sodalício:

"Apelação cível. Embargos à execução. Contrato de abertura de crédito pessoal. Natureza diversa dos contratos de abertura de crédito rotativo. Título executivo extrajudicial. Recurso provido.

"Nos contratos de abertura de crédito rotativo em conta corrente (cheque nobre, especial etc.), a insti-

tuição financeira nada entrega de imediato ao correntista, somente põe a sua disposição soma de dinheiro, por tempo determinado ou não, com a obrigação deste restituir o equivalente à parte que utilizou de tal crédito concedido.

“Na hipótese dos autos, porém, a utilização da soma desejada se daria com o seu depósito integral na conta de movimentação do correntista.

“Portanto, havendo a transferência de titularidade do valor mutuado, do banco para o cliente, desnecessária a juntada de quaisquer extratos de movimentação, já que, mesmo que este não se utilize de toda a soma, responderá pelo valor integral depositado” (Apelação Cível n. 98.011569-8, da Capital, rel. Des. Vanderlei Romer, j. em 3/11/98).

Daí por que, como se disse acima, esse tipo de contrato não se subordina à apresentação de extratos unilaterais de todo o período para valer, como anteriormente se exigia, como título executivo extrajudicial, nos moldes do art. 585, II, do CPC, bastando, apenas, que esteja subscrito pelo creditado e por duas testemunhas, e que dele conste a obrigação de pagar quantia fixa, como exatamente se registra na hipótese vertente (fls. 7) em que o documento de fls. 9, provavelmente a causa do equívoco,

já que apesar de certa semelhança, não se confunde com extrato de conta bancária, mas retrata apenas as parcelas mensais em que foi subdividido o valor do mútuo para resgate.

Anote-se, ao arremate, que, em casos como este, eventuais acréscimos à quantia fixa exigida, a título de juros e atualização, deverão ser amostradas em memória de cálculo, que não é dispensada na hipótese. Obviamente este o propósito do documento trazido a fls. 8 com a inicial, cujo valor como tal cumprirá ao Togado a quo apreciar, quiçá, se assim não o entender, usando da faculdade do art. 284 c/c art. 616 do CPC.

Assim, e por estas razões, é que se conhece do apelo e dá-se-lhe provimento, para anular-se o processo a partir da sentença objurgada, inclusive, a fim de que a execução tenha prosseguimento como de direito.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Vanderlei Romer e Sérgio Paladino.

Florianópolis, 27 de maio de 1999.

Anselmo Cerello,

Presidente;

Gaspar Rubik,

Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.013316-5, DE CRICIÚMA

Relator: Des. Gaspar Rubik

Embargos à execução. Título judicial. Honorários advocatícios sucumbenciais. Direito do advogado, não da parte (Lei n.

8.906/94). *Desnecessidade de exibição do contrato com o cliente. Ilegitimidade ativa ad causam do advogado exequente não reconhecida. Questionamento da base de cálculo sobre a qual foi fixado o percentual pela sentença transitada em julgado. Inadmissibilidade. Impugnação genérica à memória de cálculo. Inviabilidade. Embargos rejeitados. Condenação da embargante em nova verba honorária e como litigante de má-fé, por caracterização de defesa meramente protelatória. Sentença mantida. Adequação do percentual da pena acessória, por litigância de má-fé, aos termos da Lei n. 9.668/98. Recurso parcialmente provido.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.013316-5, da comarca de Criciúma (3ª Vara), em que é apelante A. J. Bez Batti Engenharia Ltda., sendo apelados Helcio Bianchini Góes e outro:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por unanimidade, prover, em parte, o recurso.

Custas legais.

A. J. Bez Batti Engenharia Ltda. opôs embargos à execução fundada em título judicial que lhe movem Helcio Bianchini Góes e André Corrêa Góes para a cobrança dos honorários sucumbenciais fixados na ação que lhe moveram Olídio Pescador e outros, argüindo, em preliminar, a ilegitimidade ativa ad causam dos exequentes, ao argumento de que, a teor do art. 22, §§ 4º e 2º, da Lei n. 8.906/94, se fazia indispensável, para a propositura da executória, a juntada de cópia do contrato de honorários ou prova da aquiescência de seus clientes, autores da ação de rescisão contratual que originou aquele título.

Alegou, ainda em prefacial, a inexigibilidade do título, por ter a sentença exequenda fixado o percentual

a título de honorários incorretamente sobre o valor da causa, quando deveria tê-lo feito sobre o valor da condenação.

Meritoriamente, disse que não concorda com o cálculo e valores executados, porque, a seu ver, não há elementos nos autos suficientes a embasá-los, o que estaria a exigir a sua apuração em liquidação.

Impugnados os embargos, o Dr. Juiz de Direito, sentenciando antecipadamente, os rejeitou, condenando a embargante nas despesas processuais e honorários advocatícios à razão de 10% sobre o valor da execução, bem como nas sanções da litigância de má-fé em igual percentual.

Inconformado com a prestação jurisdicional entregue, apelou o vencido, aduzindo, em suma, que, segundo o art. 99 e §§ da Lei n. 4.215/63 e art. 22, §§ 2º e 4º da Lei n. 8.906/94, os honorários sucumbenciais pertencem à parte e não aos advogados, razão pela qual havia a necessidade da juntada do contrato de honorários.

Alegou, ainda, que a fixação de 10% a título de verba honorária é por demais elevada, haja vista que a lide foi julgada antecipadamente.

Por derradeiro, sustentou a incorrência de litigância de má-fé, registrando sua irresignação no tocante ao patamar em que foi fixada a pena correspondente, uma vez que os apelantes não demonstraram prejuízos sofridos ou despesas efetuadas.

Pugnou, por tais razões, pela improcedência da execução, ou, alternativamente, pela redução da verba sucumbencial e da multa indenizatória pela litigância de má-fé.

Formalizado o preparo e contra-arrazoado o recurso, os autos ascenderam a este Sodalício.

É o relatório.

A douta sentença recorrida, concisa e porque precisa como é do costume de seu ilustre prolator, Dr. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, não está a padecer de reparo, salvo no tocante ao percentual a título de litigância de má-fé, mas isto por força de modificação do dispositivo legal respectivo.

Bem afastada, inegavelmente, foi a argüida ilegitimidade ativa ad causam, porque o vigente Estatuto da Advocacia (Lei n. 8.906/94) realmente pôs termo à dúvida que perdurava no direito anterior quanto à destinação da verba honorária, ao dispor em seu art. 23 que “os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado — tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte...”.

Aliás, já tendo sido decidido, a propósito do dispositivo, que “quem pode impugnar a cobrança pelo advogado é o cliente, não o devedor” (Bol. AASP 1.404/277), ter-se-ia que ao apelante é que faltaria legitimidade

ou, pelo menos, legítimo interesse na preliminar que ventilou.

Nem se argumente, sob a assertiva de que a ação que deu origem à execucional foi ajuizada antes da sua entrada em vigor, que essa nova disposição não se aplica ao caso dos autos, porquanto fazê-lo seria evidente perda de tempo, já que se está em face de norma de direito intertemporal que, refugindo ao princípio legal de não refração da lei processual, tem aplicação imediata, atingindo o processo em curso no exato ponto em que este se encontra, resguardada, obviamente, a eficácia dos atos processuais já praticados.

A respeito, preleciona o renomado Campos Batalha:

“A força executória da sentença decorre da lei sob cuja vigência foi a mesma prolatada, se adquiriu a eficácia de coisa julgada. As modalidades e processos da execução da sentença sujeitam-se ao princípio da incidência imediata da lei nova” (Direito Intertemporal, Rio de Janeiro, Forense, 1980, pág. 571).

Ademais, a exibição do respectivo contrato somente se faria necessária se a pretensão exequenda fosse a de cobrar honorários advocatícios convencionais. Mas não é essa a hipótese versada nos autos.

Os demais questionamentos feitos nos autos foram muito bem rechaçados pelo culto Sentenciante, in verbis:

“Como se verifica, não cabe questionar, a esta altura, se foi correto ou não o modo de fixação dos honorários advocatícios, pois a decisão exequenda transitou em julgado, sendo imodificável pela via dos embargos.

“A ora embargante apelou da sentença, mas o recurso sequer foi conhecido, porque apresentou razões totalmente dissociadas do tema litigioso.

“Ademais, apenas a título de registro, foi correta a fixação da verba honorária, porque a carga da sentença não era preponderantemente condenatória, aplicando-se, então, a regra do § 4º do art. 20 do CPC.

“É irrelevante, também, o fato da vencedora da demanda até agora não ter pleiteado a liquidação das perdas e danos, porque o Princípio da Disponibilidade da Execução lhe assegura a inércia.

“Mesmo que assim não fosse, a execução dos honorários é autônoma e independente de qualquer outra postulação.

“No que pertine aos cálculos, como bem frisaram os credores, não houve impugnação específica da devedora, o que faz presumir a regularidade da planilha de evolução do débito.

“Já se decidiu:

‘À luz dos artigos 745, 300 e 302 do CPC, deve o executado impugnar, fundamentadamente, cada item do pedido para, assim, permitir ao Juiz a aferição da necessidade de produção de prova pericial requerida’ (Ap. Cív. n. 43.828 da Capital — rel. Des. Eder Graf — DJE de 4/11/93, pág. 9).

‘Alegações genéricas de que há excesso de execução, que não apontam, objetivamente, o erro no cálculo, não justificam a realização de prova pericial, notadamente porque, tratando-se de erro meramente arit-

mético, poderá ser corrigido a qualquer tempo (RSTJ 40/492). Não há excesso de execução se o credor limita-se a pedir o pagamento do principal da dívida acrescido dos encargos pactuados (...)’ (Ap. Cív. n. 41.722 de São Lourenço do Oeste, rel. Des. Newton Trisotto, DJE de 15/4/96, págs. 7/8).

“Sem impugnação específica da devedora, devem prevalecer os cálculos dos credores” (fls. 29/30).

Já no que concerne à fixação da nova verba honorária em face da rejeição dos embargos, não só improcede, por evidente, a alegação recursal de que foi exacerbadamente fixada pela douda sentença, como é de todo irrelevante, por não impedir a sua aplicação o fato de já ter havido condenação a tal título no processo de conhecimento. Com efeito, pois nas exatas palavras do renomado Yussef Said Cahali, “a execução é processo autônomo e independente, nada excluindo, no seu âmbito, a incidência do art. 20 do CPC. Ademais, o trabalho a ser prestado pelo advogado, que até pode ser constituído especialmente para executar, difere daquele já exaurido, e se mostra, à primeira vista, mais espinhoso: agora, trata-se de realizar o crédito, com todos os percalços e dificuldades inerentes a semelhante tarefa (...) Além disso, a idéia de que os honorários fixados na sentença condenatória retribuíram o futuro trabalho na execução constitui mera suposição, sem base ou apoio na realidade, infringindo, ao contrário, os critérios estabelecidos no art. 20, § 3º, do CPC, aplicável a tal sentença, que disto não cuida. Finalmente, desejando o obrigado se forrar desse novo acréscimo, poderá adimplir a dívida, antes da execução, quiçá empregan-

do o remédio insculpido no art. 570. Nesta hipótese, cumprindo a condenação, nenhum novo gravame lhe será imposto (...)" (Honorários Advocatícios, 3ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997, pág. 956).

Assim, uma vez opostos embargos à execução, perfeitamente cabível a fixação de novos honorários advocatícios, que, in casu, foram arbitrados escorreitamente pelo douto Sentenciante, que bem aplicou as circunstâncias do art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil ao caso.

Derradeiramente, desmerecedora de agasalho a irresignação da apelante com a sua condenação nas penas pela litigância de má-fé, que alega arbitrada excessivamente, ao argumento de que é direito seu a busca da tutela jurisdicional.

Na verdade não se lhe nega esse direito, mas sim o uso abusivo que dele fez, ao pretender a rediscussão de matérias atingidas pela res iudicata, com o indisfarçável propósito de protelar o desfecho da lide. E sabe-se que é estreito o liame entre o direito de pleno acesso à Justiça e o abuso de tal direito. Contudo, quando se reconhece o manuseio de recurso como forma de se postergar a solução do litígio, deve-se fazer valer a lei processual, tendo-se em vista que o óbice injustificadamente criado ao direito da parte é ato que atenta contra a dignidade da Justiça.

Nesse sentido:

"Age como litigante de má-fé a parte que maneja recurso manifesta-

mente protelatório, elencando jurisprudência ultrapassada, tendo-se em vista a reiteração pacífica do julgamento da lide posta em juízo nesta Corte e que vai ao encontro de Súmula da Eg. Corte Superior (...)" (Apelação Cível n. 96.002669-0, de Mafra, relator Des. Carlos Prudêncio, j. 11/6/96).

Entretanto, com a nova redação que a Lei n. 9.668, de 23/6/98, conferiu ao art. 18 do Cãnone Processual Civil, limitando a condenação pela litigância de má-fé à multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa, impõe-se, diante do princípio da aplicação imediata da lei processual às situações ainda não consolidadas (art. 6º da LICC), a adequação da pena pecuniária àquele patamar.

Pelo exposto, conhece-se do recurso, dando-se-lhe provimento, em parte, para reformar-se a doua sentença objurgada, tão-somente, no que tange à redução da multa por litigância de má-fé, do percentual de 10% para 1% sobre o valor dado à execução.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Anselmo Cerello e dele participou, também com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino.

Florianópolis, 25 de março de 1999.

Xavier Vieira,
Presidente para o acórdão;
Gaspar Rubik,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.000829-0, DE JARAGUÁ DO SUL**Relator: Des. Gaspar Rubik**

Constitucional e administrativo. Mandado de injunção. Ausência de pressupostos. Carência da ação.

“O interesse de agir se configura com a efetiva necessidade da tutela jurisdicional a um direito subjetivo derivado de expressa permissão constitucional, o qual, todavia, encontra óbice na falta de regulamentação, tida como indispensável para o seu exercício.

“Se a norma da qual verte o direito não precisa de regulamentação, sendo auto-executória ou já contando com regulamentação, o impetrante carecerá de interesse processual, haja vista que a hipótese, então, será de mandado de segurança ou remédio ordinário, consoante a hipótese concreta.

“O interesse processual reclama, ainda, a adequação do writ como instrumento específico para a situação que visa socorrer. Se a hipótese indica outra espécie de ação como remédio próprio, faltarão igualmente condições para que se postule a injunção” (Diomar Ackel Filho, Writs Constitucionais: habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1991, pág. 123).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.000829-0, da comarca de Jaraguá do Sul, em que é apelante Luiz César Schörner, sendo apelado o Prefeito Municipal de Jaraguá do Sul:

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

Custas legais.

Luiz César Schörner impetrou mandado de injunção, com pedido de liminar, contra ato que taxou de abusivo e manifestamente ilegal do Sr. Prefeito Municipal de Jaraguá do Sul, consistente no indeferimento de seu

pedido de licença não remunerada para o exercício das funções de Presidente do Sindicato dos Servidores Públicos Municipais, da Administração Direta, Fundações, Autarquias, Sociedades de Economia Mista e da Câmara de Vereadores de Corupá, Guaramirim, Jaraguá do Sul, Massaranduba e Schroeder — Sinsep, ao argumento de inexistência de disposição normativa nesse sentido.

Alegou, em suma, que o Estatuto dos Servidores Públicos e o do Magistério, ambos do município de Jaraguá do Sul e com vigência a partir de 1º/1/94, facultaram aos servidores, até então regidos pela CLT, o direito de opção pelo novo regime introduzi-

do pela Carta Constitucional vigente, não disciplinando, todavia, a concessão de licença ao servidor para o exercício de atividade sindical.

Aduzindo, derradeiramente, que flagrante é a ofensa ao seu direito constitucional (art. 8º) de livre associação sindical, que torna impossível o início das atividades do Sindicato, culminou por requerer que a digna autoridade coatora fosse compelida a apresentar “projeto de lei à Câmara de Vereadores, para regulamentar a matéria sub judice, adaptando-se — consequentemente as leis complementares n. 2/93 e 3/93 (Estatuto do Magistério e Estatuto dos Servidores Públicos — respectivamente), à criação de normas que versem sobre o funcionalismo público Municipal, regime jurídico e Estatuto dos Servidores Públicos, a teor do que preceituam os artigos 37 — I, II, III e IV e 105, ambos da Lei Orgânica do Município de Jaruá do Sul” (sic).

Sentenciando antecipadamente, o Dr. Juiz de Direito indeferiu liminarmente a petição inicial, e, via de consequência, julgou extinto o processo, responsabilizando o impetrante, outrossim, pelo recolhimento das custas processuais.

Opostos embargos de declaração que restaram julgados improcedentes, o impetrante, porque inconformado com a prestação jurisdicional entregue, interpôs recurso de apelação, sustentando, em síntese, que a questão, objeto da controvérsia, envolvendo seu direito subjetivo, não está amparada por mandado de segurança, razão pela qual perfeitamente cabível a utilização do mandado de injunção para a sua defesa. No mais

reprisou a mesma argumentação lançada na peça inaugural.

Sem contra-razões, os autos ascenderam a este Sodalício, tendo, aqui, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, pelo Dr. Luiz César Medeiros, se manifestado pelo não conhecimento do recurso, ante a manifesta impossibilidade jurídica do pedido.

É o relatório.

O recurso é desprovido, porquanto bem andou a douta sentença hostilizada ao indeferir liminarmente a petição inicial, julgando extinto, via de consequência, o mandado de injunção.

Com efeito, pois, in casu, não se vislumbram os requisitos ensejadores da referida ação constitucional.

Para impedir a ocorrência da ineficácia da vontade constituinte pela inércia do legislador infraconstitucional, a Carta Magna, pretendendo resguardar os direitos fundamentais que ela mesma outorgou, estabeleceu em seu art. 5º, LXXI, que “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Deflui claro, assim, do texto maior, que o cabimento do mandado de injunção é restrito, tão-somente, à hipótese de inexistência de norma regulamentadora daqueles direitos constitucionais.

A respeito leciona o renomado constitucionalista José Cretella Júnior:

“Mandado de injunção é a ação civil de rito sumário mediante a qual

todo aquele que tem direito subjetivo público, ou privado, pode exigir, em juízo, o exercício de direitos e liberdades constitucionais, bem como das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania, à cidadania, tornados invioláveis por ausência de norma regulamentadora.

“Trata-se de direito de ação, oponível ao Estado, por parte daquele que, embora amparado por norma constitucional genérica, não pode exercer seus direitos por faltar, paralelamente, a respectiva norma complementar ou ordinária específica, regulamentadora, definidora de seus direitos” (Os Writs na Constituição de 1988: mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data, ação popular, habeas corpus, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1989, pág. 100).

Por conseguinte, este instituto jurídico exsurge com o propósito de conferir imediata viabilidade ao exercício de direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais, obstados em virtude da ausência de dispositivo regulador. Em outras palavras, é o instrumento adequado nos casos em que, existente o direito constitucional, inexistente o regulamento tido como imprescindível à sua exequibilidade.

De outro lado, se a norma for exequível, ou seja, puder ser aplicada do ponto de vista prático, incabível será a utilização do mandado de injunção. Isso porque é ele concretizado por meio de um processo, requerendo, pois, os mesmos pressupostos processuais e condições da ação exigidos pela norma processual civil.

Com toda a maestria que lhe é peculiar, Diomar Ackel Filho doutrina que “a par dos pressupostos processuais específicos, tais como petição não inepta, legitimação ad processum, inexistência de litispendência etc., exige o interesse de agir, legitimidade ad causam ativa e passiva e possibilidade jurídica do pedido (condição da ação).

“O interesse de agir se configura com a efetiva necessidade da tutela jurisdicional a um direito subjetivo derivado de expressa permissão constitucional, o qual, todavia, encontra óbice na falta de regulamentação, tida como indispensável para o seu exercício.

“Se a norma da qual verte o direito não precisa de regulamento, sendo auto-executória ou já contando com regulamentação, o impetrante carecerá de interesse processual, haja vista que a hipótese, então, será de mandado de segurança ou remédio ordinário, consoante a hipótese concreta.

“O interesse processual reclama, ainda, a adequação do writ como instrumento específico para a situação que visa socorrer. Se a hipótese indica outra espécie de ação como remédio próprio, faltarão igualmente condições para que se postule a injunção” (Writs Constitucionais: habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1991, pág. 123).

Na hipótese vertente, não há falar em ausência de regulamentação de norma constitucional, porquanto, em atendimento ao preceito insculpido no art. 39 da Constituição Federal, o município de Jaraguá do Sul proce-

deu à regulamentação, por meio das Leis ns. 2/93 e 3/93, Estatuto do Magistério e Estatuto dos Servidores Públicos do município de Jaraguá do Sul, respectivamente, do regime jurídico único e planos de carreira para os seus servidores, aí, disciplinando, inclusive, as hipóteses de afastamento e suspensão do contrato de trabalho.

Irrelevante, a seu turno, o fato de os diplomas suso mencionados não acolherem, expressamente, a possibilidade de afastamento de dirigente sindical, a que alude a Consolidação das Leis do Trabalho (art. 543, § 2º), e, como ainda cita o recorrente, sobre a qual dispõe, igualmente, o Estatuto dos Servidores Públicos Federais (art. 92), que, ademais, a ele não se aplicam, posto que sujeito ao regime estatutário e, via de consequência, ao Estatuto do Município que, aliás, por ordem constitucional, tem competência para a organização de seu quadro funcional.

Isso porque essa ausência de contemplação de tal modalidade de afastamento, pelas mencionadas normas municipais, não implica em ausência de norma que regulamente direito garantido constitucionalmente, haja vista que em momento algum a Constituição Federal confere ao dirigente sindical o direito à licença.

E, não estando ausente a norma regulamentadora, capaz de inviabilizar o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (CF, art. 5º, LXXI), não há falar em concessão da injunção, posto que inexistente, em tal hi-

pótese, o interesse processual do impetrante.

Guardadas as devidas proporções, é da jurisprudência da Suprema Corte:

“Mandado de injunção. Situação de lacuna técnica. Pressuposto essencial de sua admissibilidade. Pretendida majoração de vencimentos devidos a servidores públicos. Alteração de lei já existente. Inviabilidade. Agravo regimental já existente. Inviabilidade. Agravo regimental improvido.

“A estrutura constitucional do mandado de injunção impõe, como um dos pressupostos essenciais de sua admissibilidade, a ausência de norma regulamentadora.

“Essa situação de lacuna técnica — que se traduz na existência de um nexos causal entre o *vacum juris* e a impossibilidade do exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania — constitui requisito necessário que condiciona a própria impetrabilidade desse novo remédio instituído pela Constituição de 1988.

“O mandado de injunção não constitui, dada a sua precípua função jurídico-processual, sucedâneo de ação judicial que objetiva, mediante alteração de lei já existente, a majoração de vencimentos devidos a servidores públicos.

“Refoge ao âmbito de sua finalidade corrigir eventual inconstitucionalidade que infirme a validade de ato estatal em vigor” (MI n. 81-6 (Ag Rg), rel. Min. Celso de Mello, DJU de 25/5/90).

Segue o mesmo norte o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“Direito constitucional. Mandado de injunção. Cabimento. Pressuposto.

“Constitucional. Mandado de injunção. Cabimento. I — Consoante dimana do art. 5º, inc. LXXI, da Constituição Federal de 1988, ‘conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. II — In casu, não se conhece do mandamus, uma vez que há legislação pertinente à matéria, aliás, referida, fartamente, pelo impetrante na exordial. Portanto, se o próprio impetrante afirma que o pagamento das vantagens pleiteadas deve ser feito em consonância com a legislação em vigor, dispensando a matéria qualquer outro disciplinamento, claro está não haver espaço para o presente mandado” (ac. unân. da Corte Especial do STJ, MI n. 3—RJ, rel. Min. Geraldo Sobral, DJU de 28/8/89).

E mais:

“Direito constitucional. Mandado de injunção. Cabimento. Pressuposto.

“Mandado de injunção. Pressupostos. Competência. I — O mandado de injunção, no instituto criado pela Carta Constitucional, destina-se a suprir, via judicial, lacunas legislativas na estrutura normativa. II — Se a omissão do legislador, por própria versão dos impetrantes, inexistente, o caso não é injunção, mas sim de mandado de segurança. III — Mandado não conhecido” (ac. da Corte Especial do STJ, MI n. 15—DF, rel. Min. Pedro Acioli, DJU de 4/9/89).

Por todo o exposto, conhece-se do apelo, porém nega-se-lhe provimento, mantendo-se incólume a sentença sob peleia.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Vanderlei Romer.

Florianópolis, 4 de junho de 1999.

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

APELAÇÃO CÍVEL N. 50.653 (88.087180-4), DE BLUMENAU

Relator: Des. Pedro Manoel Abreu

Responsabilidade civil. Erro médico. Apendicite retrocecal. Morte de paciente. Negligência e imprudência atribuídas aos facultativos. Erronia inicial de diagnóstico. Sintomatologia vaga e imprecisa. Laparotomia exploradora posterior, confirmando quadro de apendicite, com choque séptico e hipovolêmico. Procedimentos médico-cirúrgicos necessários à tentativa de preservação da vida da paciente. Ausência de culpabilidade. Natureza da obrigação médi-

ca. Cerceamento de defesa. Produção de prova. Preclusão temporal.

As decisões interlocutórias, entre elas aquela que determina ou não a produção de provas, desafiam agravo, no prazo de dez dias, conforme o artigo 522 do Código Buzaid. Não interposto tempestivamente o recurso cabível, perde a parte o direito de insurgir-se contra o interlocutório.

Para a responsabilidade civil não basta o dano, impõe-se a existência de culpa subjetiva, competindo a quem queira ser indenizado a prova da configuração desses pressupostos e do nexo de causa e efeito entre fato, culpa e lesão (Ap. Cív. n. 43.230, rel. Des. Amaral e Silva).

A imperícia é a culpa profissional. O agente ofende regras técnicas de uma dada atividade, ou porque não as conhece, ou porque age inconsideradamente. Se ele não tem os conhecimentos profissionais necessários, existe como que uma imperícia negligente. Se ele, apesar de ser bom profissional, pratica um ato arriscado, na esperança de que tudo terminará bem, haverá uma como que imperícia imprudente (Cf. Fernando Noronha, in Apostila de Responsabilidade Civil, Cap. 7 — Caracterização, Modalidades, Pressupostos, item 11.2.2, pág. 462).

Quando escusável, o erro diagnóstico não induz à responsabilidade do médico. Assim sempre se entendeu, não só porque a Medicina está longe de ser infalível como, também, porque o médico, ao prestar seus serviços, apenas se obriga a tratar do doente com zelo e diligência, utilizando os recursos da ciência e da arte médica (TJSP, RT 569/93).

Nas obrigações de meio, que se contrapõem às obrigações de resultado, segundo Demogue, obriga-se tão-somente a diligenciar honestamente a realização de um fim, com os meios que dispõe, a exemplo do que se dá com o exercício profissional da medicina, quando a responsabilidade do médico fica condicionada à demonstração de sua culpa, quer por negligência, imprudência ou imperícia (Revista Forense, vol. 303, pág. 179).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 50.653 (88.087180-4), da comarca de Blumenau, em que é apelante Elizabeth Lauer, sendo apelados Maurici Nascimento e outros:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, rejeitar a preliminar de cerceamento de defesa e, no mérito, negar provimento ao recurso.

Custas legais.

1. Trata-se de ação de indenização cumulada com reparação por danos morais, aforada por Elizabeth Lauer, em face de Gelasio de Souza Freitas, Maurici Nascimento, Denise Rodrigues Pedroso e Agobar Fagundes. Pediu a autora a condenação dos demandados ao pagamento dos danos emergentes (despesas hospitalares e funerárias), de pensão mensal, com a constituição de capital cuja renda assegure o cumprimento da obrigação, à compensação pelos danos morais valorados em 1.000 (mil) salários mínimos ou, sucessivamente, ao valor arbitrado pelo julgador, e aos ônus da sucumbência.

Alega a autora que no dia 8 de fevereiro de 1991 levou sua filha, Graziela Aparecida Lauer, de doze anos, ao hospital, pois ela estava sentindo "dores de barriga, vômito e febre". Lá chegando, a menor teria sido atendida pelo Dr. Gelásio de Souza Freitas, que receitou medicamentos e orientou que ela retornasse, alertando à demandante de que não poderia dar continuidade ao tratamento, pois entraria em gozo de férias no dia seguinte. Afirma que os medicamentos receitados (plasil, lisador e quemeticina)

mascararam a verdadeira moléstia que acometia Graziela (apendicite) e que futuramente levou-a a óbito.

No dizer da autora, no dia 12 de fevereiro de 1991, Graziela teria começado a sentir febre e pulsação acelerada, fato este que levou a autora a conduzir sua filha ao Hospital Santa Catarina, tendo esta sido atendida pelo Dr. Maurici Nascimento, que requisiu uma série de exames complementares e, de posse do resultado destes, teria diagnosticado, juntamente com a Dra. Denise Rodrigues Pedroso, infecção nos rins. Maurici e Denise determinaram a aplicação de uma injeção de novalgina e, após isto, o estado da menor agravou-se. Ato contínuo, levaram-na para o CTI (Centro de Tratamento Intensivo).

Alude a recorrente que na madrugada do dia 13 de fevereiro de 1991 foi chamado o Dr. Agobar Fagundes, que realizou "uma cirurgia na barriga de Graziela", tendo alertado que esta tinha muito pouca esperança de vida.

Dois dias depois, Graziela foi submetida à nova cirurgia para assepsia em seu abdômen.

Por fim, alega a autora que a administração de soro glicosado durante o período de internação e aplicação de forte anestesia no dia 17 de fevereiro de 1991, juntamente com as condições da menor, resultaram em seu óbito.

O réu Gelásio de Souza Freitas contestou (fls. 125 a 131), confirmando que atendeu Graziela Aparecida Lauer no dia 8 de fevereiro de 1991. Afirma que recomendou o retorno da paciente no mesmo dia ao médico plantonista, para posterior acompa-

nhamento e avaliação, já que ele não poderia dar continuidade ao tratamento, pois estava entrando em férias. Imputa à demandante comportamento negligente, tendo em vista que só levou a menor a outro médico após quatro dias, quando esta começou a sentir-se mal novamente. Aduz que no dia da consulta Graziela apresentava somente o abdômen difusamente dolorido, e que o diagnóstico de infecção intestinal fundou-se no exame clínico completo realizado e nas informações prestadas pela autora. Reconhece que receitou plasil, lisador e quemice-tina, sendo este último um antibiótico. Esta medicação seria compatível com o diagnóstico decorrente do quadro sintomático apresentado. Sustenta que o mascaramento da patologia deve ser atribuído a ela e não à medicação por ele prescrita, e que não há nexos causais entre a sua conduta e o óbito da menor.

Os réus Maurici Nascimento, Agobar Fagundes e Denise Rodrigues Pedroso contestaram (fls. 169 a 186), alegando que não há nos autos qualquer ato seu que possa justificar a indenização pleiteada, ante a ausência de culpa ou dolo, enfatizando a dificuldade do diagnóstico da apendicite retrocecal, patologia de que a menor era portadora. Acentuam que o diagnóstico só foi possível pela laparotomia exploradora. Imputam à autora comportamento negligente. Sustentam a inexistência de nexos causais entre a sua conduta e o evento danoso. Atacam o quantum da compensação pedida pelos danos morais.

Maurici Nascimento afirma que em momento algum, desde o dia 12 de fevereiro de 1991, deixou de acompanhar a menor, tendo optado por in-

terná-la, ante seu estado e a sintomatologia difusa, que impossibilitava a realização de qualquer diagnóstico, seja clássico, seja diferenciado. O demandado determinou a realização dos exames complementares que achou pertinentes (de urina, hemograma e radiografia de tórax), no outro dia seria realizado o exame de ultra-sonografia e outros que se fizessem necessários. Os exames efetuados teriam revelado um quadro infeccioso agudo, sem levar à especificação deste. Aduz que os demais exames não foram realizados em virtude do quadro de abdômen agudo infeccioso, que ensejou a transferência da paciente para o CTI e a laparotomia exploradora realizada pelo médico Agobar Fagundes.

Agobar Fagundes diz ter sido chamado no dia 13 de fevereiro de 1991 para prestar atendimento a Graziela Lauer. Ante o estado da paciente recomendou tratamento clínico por seis horas, para que a menor pudesse suportar uma laparotomia. Após este pré-operatório, realizou laparotomia ampla e exploradora, tendo seguido a técnica adequada, realizando novo e idêntico procedimento 48 (quarenta e oito) horas após o primeiro. Depois do dia 13 teria realizado, no mínimo, quatro visitas diárias à paciente, que ficou sob os cuidados de Denise Rodrigues Pedroso. No dia 17 realizou traqueostomia na menor, já que tal procedimento era absolutamente necessário.

Denise Rodrigues Pedroso (intensivista), conforme descreve na contestação, acompanhou a filha da autora desde o dia 13 de fevereiro de 1991, após às 23 horas, já que esta tinha sido transferida para a UTI (Unidade de Tratamento Intensivo), pois estava com um quadro infeccioso gra-

víssimo. A paciente encontrava-se com quadro de choque séptico e hipovolêmico e para recuperá-la para a cirurgia a ré calculou um programa de hidratação (com solução salina e soro glicosado). O quadro séptico fazia ser imprescindível a aplicação de glicose, caso contrário o organismo buscaria a glicose que necessitava de outras reservas estocadas (fígado, músculo etc.), com seqüelas nutricionais na paciente, que a levaria à falência imunológica, agravando muito seu estado clínico que, no caso, já era grave. Fez-se necessária também a hemodiafiltração, que utiliza solução de glicose para a filtração do sangue, aumentando, por consequência, sua quantidade na corrente sangüínea. Alega a demandada que ministrou a glicose dentro da dosagem recomendada pela literatura médica (fls. 180), havendo um controle intenso dos níveis de glicose, não tendo a menor recebido insulina pois foi a óbito menos de meia hora depois da hemodiafiltração, em razão do quadro séptico gravíssimo.

Manifestou-se a autora sobre as contestações às fls. 204/212. Na ocasião, ratificou os pedidos da inicial e impugnou, em todos os seus termos, as peças contestatórias.

O saneador restou irrecorrido (fls. 227), designando-se audiência de conciliação.

Na audiência do artigo 331 do Código de Processo Civil (fls. 234), restando inexitosa a tentativa de conciliação, foram deferidas as provas requisitadas, menos a pericial e o depoimento pessoal da autora. Determinou-se a expedição de ofício ao Hospital Santa Catarina e ao Conselho Regional de

Medicina requisitando-se cópias de todo o prontuário de Graziela e do procedimento instaurado a respeito dos fatos. Designou-se, então, audiência de instrução e julgamento.

Vieram aos autos o prontuário da menor (fls. 269 a 366) e o Processo Ético Profissional n. 014/92, instaurado em face do Dr. Gelásio Freitas (fls. 369 a 379).

Na instrução foram ouvidas 3 (três) testemunhas arroladas pela autora (fls. 385 a 387), 5 (cinco) pelo réu Gelásio (fls. 388 a 392) e 5 (cinco) pelos demais réus (fls. 393 a 397), tendo as partes desistido da oitiva das demais testemunhas. Após, as partes aduziram suas alegações derradeiras, reiterando os termos de suas expressões anteriores (fls. 399/402, 404/409 e 410/413).

Sentenciando, o Dr. Juiz de Direito, Saulo de Lima, julgou improcedentes os pedidos, isentando a autora do pagamento das custas e condenou-a ao pagamento dos honorários advocatícios, arbitrados em 4 (quatro) salários mínimos, sustando, todavia, a execução de tal encargo até cessar o estado de miserabilidade.

Irresignada, apela a autora, sustentando, em preliminar, a ocorrência de cerceamento de defesa, tendo em vista a negativa de realização de perícia e de coleta do depoimento pessoal da acionante. No mérito, repisa os mesmos argumentos enunciados na exordial, salientando o suposto erro no diagnóstico e reafirmando a negligência dos recorridos.

Contra-arrazoado, os apelados sustentam que o decisum indeferitório do depoimento pessoal e da prova técnica restou irrecorrido, operan-

do-se a preclusão, além do que os demais elementos probatórios seriam suficientes para a solução do litígio. Quanto à questão de fundo, alegam que inexistente nexos causal entre o óbito e os procedimentos tomados, destacando, também, a dificuldade de diagnosticar-se a apendicite retrocecal.

2. A pretensão recursal não merece provimento, conforme se demonstrará.

2.1. Preliminarmente, no pertinente ao alegado cerceamento de defesa, diga-se que a matéria articulada está colhida pela preclusão. O princípio da eventualidade, ensejador da preclusão temporal, impede o conhecimento de matérias não deduzidas no momento e forma oportunos. Como se sabe, o processo é um caminho para a frente, não admitindo retrocessos, sob pena da eternização das demandas.

As decisões interlocutórias, entre elas aquela que determina ou não a produção de provas, desafiam agravo, no prazo de dez dias, conforme o artigo 522 do Código de Processo Civil. Não interposto tempestivamente o recurso cabível, perde a parte o direito de insurgir-se contra o interlocutório.

Nesse sentido manifesta-se a jurisprudência:

“Prova pericial — Indeferimento — Ausência de insurgimento oportuno — Preclusão — Cerceamento de defesa inexistente.

“Deixando a parte de insurgir-se contra o indeferimento da perícia no primeiro momento em que teve oportunidade de falar nos autos, sujeitou-se aos efeitos da preclusão temporal, não podendo pretender a desconstituição do decisum sob o

argumento de que teve cerceado o seu direito de defesa” (Apelação Cível n. 96.005929-6, de Abelardo Luz, relator Des. Eder Graf).

“Processo civil. Preclusão. Efeitos.

“A preclusão temporal implica no fechamento de etapa do processo e impedimento de regresso à etapa ou momento processual já extinto; por isto, cabe à parte a alegação de prejuízo na primeira oportunidade em que falar nos autos, sob pena de ficar convalidado mesmo o ato imperfeito” (Ap. Cív. n. 48.433, de Sombrio, rel. Des. Nilton Macedo Machado, DJE n. 9.244, de 30/5/95, pág. 9).

2.2. No mérito, inassiste razão à apelante.

Inicialmente deve-se observar que a responsabilidade civil do médico é subjetiva e, portanto, para a sua ocorrência, faz-se imprescindível o nexos de causalidade entre o fato jurídico imputável e a culpa em qualquer de suas modalidades.

No caso vertente, diga-se, cuida-se de um fato lamentável que ceifou a vida da desditosa vítima em pleno desabrochar de sua juventude, colocando em xeque a ciência e a própria arte médica, ainda incapazes, nesse patamar da civilização, de transpor o limiar da falibilidade humana, dando respostas efetivas ao desafio da preservação da vida. E é justamente essa falibilidade, não descartada pelo desenvolvimento científico e tecnológico, aliada aos desígnios imperscrutáveis da própria vida, que nos desafiam a compreensão. O diagnóstico, até para os males singelos de nosso cotidiano, ao que parece, ainda está sujeito às surpresas do imponde-

rável, às variáveis que sublinham e caracterizam cada ser humano, como um universo existencial singular e complexo, cuja compreensão tem desafiado a ciência, a filosofia e a religião.

O óbito, notadamente nas circunstâncias verificadas, instiga o imaginário das pessoas na busca de explicações, e a imputação de culpa costuma ser a válvula de escape para aplacar a dor, o sofrimento e o sentimento de perda e de inconformismo, que a morte na sua implacabilidade causa.

É necessário, no entanto, encarar com racionalidade até mesmo a tragédia, para compreender, à luz do Direito, se há obrigação indenizável.

Diga-se que o médico não assume com o paciente uma obrigação de resultado, como tem obtemperado a doutrina, mas uma obrigação de meio, mesmo porque não poderá garantir a cura ou a própria vida do paciente. Incumbe-lhe, sim, empenhar todo o seu conhecimento, toda a sua diligência, todo o seu esforço honesto, para curar ou para salvar a vida. Nesse ponto assemelha-se seu dever ao do advogado. Este, tendo agido dentro dos ditames da técnica jurídica na defesa de seu constituinte, não será o responsável pelo teor da decisão prolatada, eventualmente contrariando os interesses de seu cliente. A diferença é que no caso dos médicos a decisão sobre a cura nem sempre se encontra em mãos humanas, pelo conjunto de circunstâncias que envolve, desde o aspecto físico, orgânico, biológico até o psíquico e emocional do cliente.

Ressalte-se a complexidade e a dinâmica da natureza e em particular a humana, a relatividade dos fatos, a limitação da ciência, ainda engatinhando na tentativa de compreender e de intervir no processo natural da vida, nessa caminhada de cura das moléstias, da mitigação dos males, do sofrimento e da dor física e moral. Essa empreitada, é verdade, no plano médico, depende de bons profissionais e, mais do que isso, de profissionais éticos, que tenham respeito ao paciente, como ser humano, dispensando-lhe, como já dito, o esforço do bom profissional.

Os sentimentos devem ser respeitados, mas o julgamento deve ser mantido no plano sobranceiro da racionalidade, atendo-se estritamente aos fatos, na investigação serena dos procedimentos médicos indigitados, na perspectiva de apurar-se a ocorrência ou não de ilícito civil na conduta imputada aos demandados.

No caso em apreço, deve-se passar ao largo da discussão sobre ser a responsabilidade médica geral ou negocial, apesar de ter-se que levar em conta a obrigação contratual do profissional, pois:

“Os pressupostos da responsabilidade civil são comuns à geral e à negocial” (Professor Doutor Fernando Noronha, da Universidade Federal do Estado de Santa Catarina — UFSC, in Apostila de Responsabilidade Civil, Capítulo 7 — Caracterização, Modalidades, Pressupostos, item 7.6.1, pág. 225).

Estes pressupostos para o dever de indenizar, conforme é pacífico e conhecido, são: o dano, o nexo de

causalidade e o ato culposo ou doloso do agente (causador do dano).

Rui Stoco, ao discorrer sobre a obrigação de indenizar, preleciona que:

“É necessário que se estabeleça uma relação de causalidade entre a injuridicidade da ação e o mal causado, ou, na feliz expressão de Demogue, ‘é preciso esteja certo que, sem este fato, o dano não teria acontecido. Assim, não basta que uma pessoa tenha contravindo a certas regras; é preciso que sem esta contravenção, o dano não ocorreria’ (Traité des Obligations en général, vol. IV, n. 66).

“O nexa causal se torna indispensável, sendo fundamental que o dano tenha sido causado pela culpa do sujeito” (in Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial, 2ª ed., RT, pág. 59).

Por oportuno, cabe consignar a lição aplicável à espécie, do Professor Carlos Alberto Bittar:

“A caracterização do direito à reparação depende, no plano fático, da concorrência dos seguintes elementos: o impulso do agente, o resultado lesivo e o nexa causal entre ambos, que são, aliás, os pressupostos da responsabilidade civil. Entendido o direito como correlacionado à responsabilidade do lesante, tem-se que, na configuração concreta, é da reunião dos elementos citados que se legitima a pretensão reparatória do lesado, a qual se pode efetivar amistosa ou judicialmente, conforme o caso.

“Com efeito, sob o aspecto jurídico, a caracterização desse direito exige, de início, que haja interferência indevida de alguém na esfera valorativa de outrem, trazendo-lhe lesão aos

direitos mencionados; vale dizer: deve existir relação de causalidade entre o dano experimentado e a ação alheia. Dessa forma, cumpre haver ação (comportamento positivo) ou omissão (negativo) de outrem que, plasmada no mundo fático, vem a alcançar e ferir, de modo injusto, componente da esfera da moralidade do lesado. Há, em outros termos, um impulso físico ou psíquico de alguém no mundo exterior — ou de outra pessoa ou coisa relacionada, nos casos indicados na lei — que lesiona a personalidade da vítima, ou de pessoa ou coisa vinculada, obedecidos os pressupostos e os limites fixados no ordenamento jurídico. Em termos simples, o agente faz algo que lhe não era permitido, ou deixa de realizar aquilo a que se comprometera juridicamente, atingindo a esfera alheia e causando-lhe prejuízo, seja por ações, gestos, palavras, escritos, ou por meios outros de comunicação possíveis” (Reparação Civil por Danos Morais, 1993, pág. 127).

Sobre o nexa de causalidade, essencial para a responsabilização de alguém por um dano, cuja análise deve preceder a dos outros pressupostos da responsabilidade civil, prelecionam a doutrina e a jurisprudência:

“(…) o vínculo entre o prejuízo e a ação designa-se ‘nexa causal’, de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua consequência previsível. Tal nexa representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa. Todavia, não será necessário que o dano resulte apenas imediatamente do fato que o produziu. Bastará que se verifique que o dano não ocorreria se

o fato não tivesse acontecido. Este poderá não ser a causa imediata, mas, se for condição para a produção do dano, o agente responderá pela consequência" (Maria Helena Diniz. Curso de Direito Civil Brasileiro, Responsabilidade Civil, vol. 7º, Ed. Saraiva, pág. 352).

"(...) a responsabilidade civil não poderá existir sem o vínculo entre a ação e o dano. Se o lesado experimentar um dano, mas este não resultou da conduta do réu, o pedido de indenização será improcedente" (Maria Helena Diniz. Curso de Direito Civil Brasileiro, Responsabilidade Civil, 7º vol., São Paulo, Saraiva, 1993, pág. 31).

"Para que surja a obrigação de reparar, mister se faz prova da existência de uma relação de causalidade entre a ação ou omissão culposa do agente e o dano experimentado pela vítima. Se a vítima experimentar um dano, mas não se evidenciar que o mesmo resultou do comportamento ou da atitude do réu, o pedido de indenização formulado por aquela, deverá ser julgado improcedente" (Silvio Rodrigues. Direito Civil — Responsabilidade Civil, vol. IV, São Paulo, Saraiva, 1986, pág. 18).

"A idéia fundamental da doutrina é a de que só há relação de causalidade adequada entre fato e dano, quando o ato ilícito praticado pelo agente seja de molde a provocar o dano sofrido pela vítima, segundo o curso normal das coisas e a experiência comum da vida" (Antunes Varella. Direito das Obrigações, Forense, Rio de Janeiro, 1977, pág. 250).

"Para que se possa carrear a alguém o dever de indenizar em face do princípio da responsabilidade civil,

deve restar provada a relação de causalidade adequada entre fato e dano, ou seja, que aquele venha, por si mesmo e pelo curso normal das coisas, a causar este" (Ap. Cív. n. 43.329, de Gaspar, rel. Des. Eder Graf, DJE n. 8.853, de 22/10/93, pág. 9).

O padrão a ser adotado para aferir a existência ou não de atuação culposa pelos réus será o do bom profissional, não se desconsiderando as circunstâncias concretas e as características dos demandados, conforme ensina o eminente Professor Doutor Fernando Noronha:

"Note-se, porém, que o fato de se privilegiar a apreciação in abstracto, considerando-se o padrão do bom cidadão, ou o do bom profissional, não significa que devam ser esquecidas as circunstâncias concretas, externas ao autor do dano. A exigibilidade de uma conduta deve ser apreciada dentro do circunstancialismo do caso concreto. Não teria sentido perguntar-se o que um bom cidadão ou bom profissional faria em qualquer situação e, sim, como ele se comportaria, no caso concreto" (Professor Doutor Fernando Noronha, da Universidade Federal do Estado de Santa Catarina — UFSC, in Apostila de Responsabilidade Civil, Capítulo 7 — Caracterização, Modalidades, Pressupostos, item 11.2.3, pág. 468).

Quanto à culpa, é de mister identificar que o caso em análise versa sobre a modalidade da imperícia, pois diz respeito à inobservância ou não de regra técnica. Nesse sentido é o magistério do supramencionado Professor Fernando Noronha:

"A imperícia é a culpa profissional: O agente, aqui, ofende regras téc-

nicas de uma dada atividade, ou porque não as conhece, ou porque age inconsideradamente. Se ele não tem os conhecimentos profissionais necessários, existe como que uma imperícia negligente (...). Se ele, apesar de ser bom profissional, pratica um ato arriscado, na esperança de que tudo terminará bem, haverá uma como que imperícia imprudente (...)" (Universidade Federal do Estado de Santa Catarina — UFSC, in Apostila de Responsabilidade Civil, Capítulo 7 — Caracterização, Modalidades, Pressupostos, item 11.2.2, pág. 462).

O ônus da prova do nexo de causalidade e da culpa, fatos constitutivos do direito pleiteado, é do autor, por força do artigo 333 do Código de Processo Civil. O egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, sobre o assunto, decidiu:

"Para a responsabilidade civil não basta o dano, impõe-se a existência de culpa subjetiva, competindo a quem queira ser indenizado a prova da configuração desses pressupostos e do nexo de causa e efeito entre fato, culpa e lesão" (Apelação Cível n. 43.230, DJE 21/9/93, rel. Des. Amaral e Silva).

Em relação à conduta do réu Gelásio, verifica-se que ele prestou o atendimento à menor Graziela Aparecida Lauer, na data de 8 de fevereiro de 1991. Na ocasião a paciente queixava-se de dores de barriga, vômito e febre, circunstância pela qual o réu, após anamnese (diálogo com o paciente) e exame físico, diagnosticou infecção intestinal, receitando quemicetina, lisador e plasil e orientando o retorno da paciente a outro médico. Estes fatos restaram incontroversos

nos autos, tendo sido alegados pela autora (fls. 3 e 4) e confirmados pelo réu (fls. 125 a 127).

Afirma a autora que o demandado realizou um atendimento superficial e negligente, estando esta imputação em desacordo com os fatos narrados por ela própria, já que menciona a realização de exame físico, dizendo que: "Este, apertou a barriga da menor que confirmou que doía muito". "Apertar a barriga" corresponde à manobra de Blumberg mencionada pelo apelado à folha 127, a qual, segundo este, restou negativa. A citada manobra serve para o diagnóstico da peritonite, um dos sintomas iniciais da apendicite aguda cecal. Os sintomas relatados pela paciente e pela mãe são típicos da infecção intestinal, conduzindo o médico a acreditar na existência desta patologia. Sendo assim, não houve imperícia no diagnóstico, pois a sintomatologia da apendicite retrocecal confunde-se com a de outras doenças, como a infecção do intestino. O diagnóstico correto mostrou-se tão difícil que só foi obtido pela laparotomia exploradora (abertura cirúrgica da cavidade abdominal para visualização das estruturas internas).

A ausência de exames laboratoriais não pode ser tida como incorreta, pois o recomendável não era a realização de exames complementares e sim o acompanhamento do paciente pelo profissional. Unicamente a evolução do quadro clínico poderia levar ao correto diagnóstico em tempo hábil para o eficaz tratamento da moléstia. Narra a autora que o recorrido frisou expressamente sua impossibilidade de realizar o acompanhamento ante a iminência do gozo de suas férias, re-

comendando o retorno no dia seguinte a outro profissional.

Importante a discussão que versa sobre se teria Gelásio recomendado o retorno só no caso de não haver melhora no quadro clínico da paciente (fls. 4 e 207), ou se a recomendação foi incondicional (fls. 127). De igual importância a afirmação de que a medicação prescrita teria mascarado a evolução da apendicite.

Mesmo considerando ser verdade que o retorno deveria dar-se só em casos de ausência de melhora, é improvável que a menor, apesar da medicação, não tenha manifestado nenhum sintoma no período de quatro dias que antecederam seu retorno aos cuidados profissionais, a tendência é que os sintomas aparecessem de forma gradativa, não obstante o uso do antibiótico, que pode ter protelado a evolução da doença. De acordo com a receita de folha 30, o analgésico lisador, único medicamento capaz de mascarar diretamente a dor, deveria ter sido ministrado somente se a menor a sentisse; o que justificaria seu retorno a outro médico, conforme a recomendação. Isto significa que, ou a paciente não cumpriu a prescrição médica (fornecida por escrito), ministrando analgésico na ausência de dor, ou houve dor e não houve o retorno.

A medicação correspondeu aos sintomas apresentados. Em não havendo sinal ou sintoma de peritonite, os quais contra-indicariam o uso de medicação antibiótica, segundo o acórdão do Conselho Regional de Medicina (fls. 378), não se pode imputar "imperícia imprudente" a este comportamento do réu Gelásio.

O erro de diagnóstico foi justificado pelos sintomas, que levariam qualquer perito às mesmas conclusões diagnósticas, terapêuticas e recomendações. Utilizando-se como paradigma o bom profissional, é justificável o erro cometido por Gelásio, conforme já explicitado.

Não pode o erro justificável, por isso mesmo, servir como nexa de imputação de responsabilidade civil àquele que o comete, conforme a orientação da jurisprudência, *in verbis*:

"O erro é próprio da falibilidade humana. O que não se pode admitir, no entanto, é que os melhores profissionais também não errem.

"É certo que, consoante lição de Marco Henry Thélin, 'não sendo infalível a ciência médica, o erro desculpável do facultativo nunca poderia ser invocado como fundamento de responsabilidade' (RJTJSP 76/202). E não menos certo também é que nas obrigações de meio, que se contra-põem às obrigações de resultado, segundo Demogue, obriga-se tão-somente a diligenciar honestamente a realização de um fim, com os meios que dispõe, a exemplo do que se dá com o exercício profissional da medicina, quando a responsabilidade do médico fica condicionada à demonstração de sua culpa, quer por negligência, imprudência ou imperícia" (Revista Forense, vol. 303, pág. 179).

"Responsabilidade civil — Menor internada em hospital — Apendicite — Morte de paciente — Negligência e imprudência atribuídas aos facultativos — Assistente Técnico dos autores roborando, ademais, a culpabilidade dos réus — Afastamento, entretanto na hipótese, por erro escusável de diag-

nóstico inicial — Sintomatologia vaga e imprecisa — Escusabilidade que não induz culpabilidade — Indenização assim indevida — Embargos infringentes para esse fim recebidos — Votos vencedor e vencido declarados.

‘Quando escusável, o erro diagnóstico não induz à responsabilidade do médico. Assim sempre se entendeu, não só porque a Medicina está longe de ser infalível como, também, porque o médico, ao prestar seus serviços, apenas se obriga a tratar do doente com zelo e diligência, utilizando os recursos da ciência e da arte médica’ (TJSP — 5°C — EI — rel. Des. Nogueira Garcez — j. 6/8/81 — RT 569/93)” (Rui Stoco. Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial, 2ª ed., RT, pág. 59).

Colocada a questão dessa forma, ressaltada a existência de erro justificável, improcede o recurso em relação ao réu Gelásio.

Analisar-se-á agora a conduta do demandado Maurici.

No dia 12 de fevereiro, na parte da tarde, o réu Maurici atendeu a menor Graziela, tendo requerido sua internação e solicitado exames complementares, quais sejam: hemograma, radiografia do tórax, exame de urina e ultra-sonografia a ser realizada no dia seguinte, já que a menor apresentava sintomatologia difusa.

A radiografia do tórax foi realizada para excluir uma eventual pneumonia de base, tendo seu resultado sido negativo, segundo laudo de folha 335. O parcial de urina (fls. 296) revelou a presença de bactérias, o que denotou, a princípio, infecção urinária.

Imputou a autora a uma injeção de novalgina aplicada em Graziela a

piora das condições que redundaram em sua transferência para a UTI. Resta claro, por todo o contexto dos autos, que não foi a novalgina responsável pela queda de pressão, mas sim o quadro clínico de choque séptico (queda brusca da pressão arterial devido à presença de bactérias na corrente sanguínea em que se encontrava a paciente quando foi removida para UTI (fls. 316, v.).

O ultra-som não foi realizado justamente porque, conforme relata a autora, na madrugada do dia 13 (treze) de fevereiro de 1991, os médicos Maurici e Denise chamaram o cirurgião Agobar Fagundes, que constatou abdômen agudo cirúrgico, recomendando a preparação da paciente para cirurgia de urgência, que foi realizada no mesmo dia pela manhã, dispensando o exame ultra-sonográfico.

Tendo em vista que o Dr. Maurici, após avaliação da paciente, tomou a atitude de interná-la e acompanhou-a durante o período de internação, requerendo os exames cabíveis, providenciando sua transferência para a UTI e solicitando a presença do cirurgião quando necessário, não praticou nenhuma imperícia, não podendo ser responsabilizado pelo resultado danoso. Improcede, então, o recurso quanto a este.

Passa-se agora à análise do mérito em relação a Agobar Fagundes.

O cirurgião Agobar foi chamado na madrugada do dia 13 de fevereiro de 1991, conforme já relatado, tendo realizado duas laparotomias, uma na manhã do mesmo dia e outra dois dias depois e também uma traqueostomia. Para a realização da traqueostomia,

inafastável ante a falência respiratória da paciente, fez-se necessário a anestesia ministrada. Não foi trazido na inicial qualquer fato que associasse seu procedimento médico com o óbito da menor, muito pelo contrário, narrou-se que o demandado tomou todas as providências possíveis para a melhora do quadro clínico da paciente.

Não se vislumbra, então, qualquer nexo de causalidade entre os procedimentos adotados pelo Dr. Agobar e o óbito da menor, tendo estes, ao revés, prolongado a existência desta; não podendo ser imputada nenhuma responsabilidade pelo dano ao réu Agobar ante a ausência de um pressuposto fundamental do dever de indenizar: a relação de causalidade.

Por fim, improcede a pretensão, igualmente, em relação a Denise Fragoso.

A médica intensivista acompanhou Graziela desde sua transferência para a UTI. O diagnóstico de infecção nos rins, a administração de novalgina, a anestesia para a realização da traqueostomia já foram devidamente analisados, concluindo-se pela pertinência dos procedimentos adotados. Resta avaliar a sedação mediante gardenal e valium, a participação da ré no excesso de glicose no sangue e as conseqüências deste.

Trata-se a sedação mediante gardenal e valium de medida imprescindível para a cessação das crises convulsivas, que podem resultar em lesões cerebrais. A desaceleração do funcionamento dos rins e a parada cardíaca decorreram da septicemia (infecção geral aguda, causada pela presença no sangue de considerável

quantidade de germes patogênicos e suas toxinas) e não das medidas terapêuticas adotadas.

Em virtude do quadro séptico a paciente desenvolveu hipotensão arterial e insuficiência renal aguda, necessitando de diálise. Em decorrência da hipotensão arterial não seria recomendável a utilização da hemodiálise convencional devido ao risco de vida para a paciente. Dessa forma, a demandada optou corretamente pela hemodiafiltração, que utiliza como carreador a glicose, sendo uma das causas do aumento da glicemia (quantidade de glicose no sangue), resultando, juntamente com o próprio estado septicêmico da paciente e a administração de soro glicosado, na hiperglicemia (excesso de glicose no sangue).

O uso de soro glicosado nas dosagens abaixo de 5g/kg por dia é recomendável para manutenção das reservas energéticas do paciente septicêmico, tendo em vista que neste estado há um hipermetabolismo (aumento do gasto energético), para evitar que este busque a energia necessária para defesa do organismo contra a infecção nas proteínas musculares e no fígado. Este assunto é complexo, mas o entendimento acima exposto encontra respaldo na literatura técnica anexada pela ré (fls. 196 a 202).

A morte da paciente resultou do choque séptico (queda intensa de pressão arterial devido ao grande número de bactérias na corrente sanguínea) que levou à falência múltipla de órgãos e sistemas, principalmente do rim, levando à parada cardíaca irre-

versível, conforme o atestado de óbito de folha 32.

Diante dessas razões, não procede a pretensão da apelante em face de Denise Fragoso em virtude da ausência de nexo de causalidade entre seu comportamento e o óbito da filha da autora.

3. Em face de todo o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participou da sessão de julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Alcides Aguiar.

Florianópolis, 8 de abril de 1999.

João José Schaefer,
Presidente com voto;
Pedro Manoel Abreu,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 96.006700-0, DA CAPITAL

Relator: Des. Pedro Manoel Abreu

Cobrança. Crédito contratual. Fornecimento de torres de aço galvanizado. Cláusula de escala móvel. Correção monetária. Critérios próprios para o reajuste dos preços e dos pagamentos. Cláusula de reajuste, segundo fórmula paramétrica, em cuja equação deveriam ser computados índices divulgados periodicamente pela Revista Conjuntura Econômica. Atualização provisória, para o faturamento e definitiva para o pagamento. Composição superveniente modificativa do prazo e da forma de pagamento. Conseqüências. Hermenêutica contratual acerca de negócio inovativo do pacto. Sentença. Alegação de nulidade. Referência a parecer de conhecido jurista, que instrui a exordial.

O fato de o juiz valer-se de parecer de jurista, dirimindo questão nodal do processo, ainda que se trate de peça encomendada pela parte interessada, não tange de morte a sentença, sendo a menção meramente circunstancial, num contexto amplo, com enfrentamento das questões controvertidas.

Sabe-se que “os pareceres de juristas, conquanto possam receber a qualificação genérica de documento, não são documentos probatórios, mas peças meramente informativas, opinativas, servindo de adinículo para a argumentação das partes, sem a força e a projeção da resposta prudentium” (TJSP, RT 592/49).

O pagamento decorrente de avença superveniente não prova necessariamente a quitação da obrigação contratual, posto que a transação, por disposição de norma substancial (Código Civil, art.

1.027), é obrigação que só se interpreta restritivamente (RT 488/210).

A aceitação do pagamento não afasta o direito de o credor exigir que se complete ou aperfeiçoe, no caso de ter sido incompleto ou inexato. Todavia, em tal caso, ocorre o deslocamento do ônus da prova. Cabe ao credor provar que a prestação do devedor não corresponde ao conteúdo da obrigação (TFR, Ap. n. 84.393—PB, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJU de 28/11/85, pág. 21.832).

“No contrato, a melhor interpretação é a que atende à conduta dos contraentes, ou seja, ao modo pelo qual eles o vinham executando anteriormente, de comum acordo, pois a observância do ato negocial é uma das melhores formas de demonstrar a interpretação autêntica da vontade das partes, servindo de guia para solucionar as dúvidas levantadas por qualquer delas (RT 166/815; RF 82/138)” (Cf. Maria Helena Diniz, in Tratado Teórico e Prático dos Contratos, Saraiva, 1993, vol. 1, 23, pág. 83).

“No contrato seguido de outro, que o modifica parcialmente, a interpretação deverá considerar ambos como um todo orgânico (AJ 88/455)” (Cf. Maria H. Diniz, op. cit. 24, pág. 84).

Custas legais.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 96.006700-0, da comarca da Capital (3ª Vara), em que é apelante Centrais Elétricas do Sul do Brasil S/A — Eletrosul, sendo apelada Mendes Júnior Industrial Ltda.:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, afastada a matéria prejudicial, rejeitando a nulidade da sentença, prover parcialmente a preliminar invocada, apenas para determinar a exclusão do comando desta da referência ao processo cautelar, cujo julgamento já se dera anteriormente, por evidente erronia material, restringindo o julgado aos limites circunscritos da ação principal. No mérito, desprover o recurso.

1. Mendes Júnior Industrial Ltda. aforou em face de Centrais Elétricas do Sul do Brasil S/A — Eletrosul ação ordinária de cobrança cumulada com pedido liminar de depósito judicial de mercadorias, alegando, em suma, que celebrou com a ré contrato para fabricação, ensaios e fornecimento de equipamentos e materiais correspondentes a torres de aço galvanizado, autoportantes, para linha de transmissão de 500kw, no trecho Itá—Campos Novos. A cláusula nona do instrumento contratual estabelecia regras de reajustamento das parcelas a que a ré se obrigou, estando vazada nos seguintes termos: “Se por ocasião do faturamento não estiverem disponíveis os índices definitivos, proceder-se-á a um reajuste provisório utilizando, em

substituição aos índices não disponíveis, a variação da OTN correspondente. O reajuste provisório será compensado quando da cobrança da correção monetária pelo prazo de pagamento e quando os índices definitivos estiverem disponíveis". Sucede que construiu as torres, porém, a ré tornou-se inadimplente. Entrou em contato com a demandada, quando apresentou proposta de faturar à vista o material pronto, calculado o reajuste "com índices específicos do contrato até o mês anterior ao do faturamento, complementado pela variação do BTN-Fiscal entre o último dia do mês anterior ao do faturamento e do dia do faturamento". Também foi proposto que não seriam aplicadas as condições da correção monetária pelo prazo de pagamento, mas, em caso de inadimplemento, haveria a incidência de correção nas condições contratuais após o vencimento, ou seja, de acordo com a cláusula 10. Acrescenta que, um dia após o encaminhamento da proposta, a ré manifestou sua concordância com o faturamento de parte do material, explicitando que "o reajuste deverá ser calculado conforme formulado no contrato até o mês anterior ao do faturamento, complementado pela variação do BTN-Fiscal entre o último dia do mês anterior ao do faturamento e o dia do faturamento". Aceitou, ainda, a incidência de correção monetária por atraso de pagamento nas condições do contrato. Ocorre que a ré se recusa a concordar com o reajuste definitivo dos preços faturados, conforme ajustado na cláusula nona, tendo, por isso, sido constituída em mora, por meio de interpelação judicial. Após valer-se de parecer do Prof. Humberto Theodoro Júnior

sobre a viabilidade da demanda, postulou, a final, a procedência do pedido, condenando-se a demandada ao pagamento da importância de Cr\$ 6.523.156.815,91 (seis bilhões, quinhentos e vinte e três milhões, cento e cinquenta e seis mil, oitocentos e quinze cruzeiros e noventa e um centavos).

Regularmente citada, a ré ofereceu resposta, sustentando, em preliminar, a inépcia da inicial por três fundamentos: a) a dívida já se encontra paga; b) é juridicamente impossível cobrar por serviços não prestados; c) da narração dos fatos não decorre lógica conclusão. No mérito, pleiteou a improcedência do pedido, confirmando, todavia, a realização do contrato com a autora. Afirmou que a demandante apresentou proposta visando a liquidação do saldo devedor da avença, por intermédio de debêntures emitidas pela Eletrobrás. Isto implicou na mudança do critério de reajuste e pagamento, alterando, assim, as cláusulas 9 e 10 do contrato. Tal proposta restou aceita pela ora ré, que impôs, para aceitar a negociação, a alteração da forma de reajuste, passando a ser calculado conforme a fórmula original até o mês anterior ao do faturamento. A partir desse evento até o dia do pagamento o reajuste seria complementado pela variação do BTN-F. Dessa forma, os débitos foram pagos, tanto que a autora outorgou quitação sem qualquer ressalva.

Instada a manifestar-se sobre a peça de resistência, a autora compareceu aos autos requerendo, com a anuência da ré, a desistência parcial do pedido, tendo em vista o pagamento dos valores relativos às NF ns. 015921 e 015922 (fls. 114), no valor

de Cr\$ 982.400.472,70, prosseguindo a actio pelo saldo constante de fls. 112/113. Posteriormente replicou.

As partes formalizaram nova transação (fls. 305/6), firmando o Termo Aditivo n. 4 (fls. 308/311), desta feita envolvendo os chamados custos adicionais calculados às fls. 112, no valor de Cr\$ 1.533.983.110,00, prosseguindo a ação unicamente quanto às diferenças de reajuste do Contrato n. 12.231, às fls. 113 dos autos.

No despacho saneador, que restou irrecorrido, foi homologada a transação parcial.

Na audiência de instrução e julgamento, foi colhido o depoimento de representantes legais das partes, inquirindo-se duas testemunhas, uma das quais por precatória. Após, as partes arrazoaram, formulando suas alegações por meio de memoriais.

Sentenciando, a Dra. Juíza de Direito Substituta Vera Regina Bedin rejeitou as preliminares argüidas na contestação. No tocante ao mérito, entendendo que o acordo entabulado entre as partes não excluiu a aplicação da cláusula 9ª do contrato, julgou procedente o pedido, condenando a ré ao pagamento da diferença entre a correção monetária provisória e a definitiva até a data do vencimento das faturas referidas na inicial, corrigidas monetariamente a partir daquela data, pelos índices autorizados pela Corregedoria-Geral da Justiça e acrescidos de juros legais a partir da citação. Concomitantemente, julgou procedente a medida cautelar incidental agitada pelas mesmas partes, condenando a ré a pagar as custas processuais e honorários advocatícios arbi-

trados em 20% sobre o valor da condenação.

Inconformada com a prestação jurisdicional entregue, a ré apelou, pugnando, em preliminar, pela nulidade da sentença, inicialmente porque em processo cautelar já julgado, em que a apelante restou vencedora, tendo a ora autora sido condenada a entregar os bens que pretendia reter e condenada em honorários arbitrados em 15%. Com esta inversão da sucumbência, entende nulificado o decisório impugnado. Ao depois, a Julgadora singular teria aderido explicitamente ao parecer do jurista Humberto Theodoro Jr., não examinando as provas constantes dos autos. Só por isso, tem por nula, igualmente, a sentença. No mérito, entende que houve equívoco na interpretação do telex de fls. 47, principal documento da controvérsia. Em face da clareza do documento em questão, que, no seu entender, constitui inegavelmente transação, requer, a final, a reforma do decisum, invertido o ônus da sucumbência.

Oferecidas as contra-razões, os autos alçaram esta Instância jurisdicional.

2. O recurso merece provimento apenas parcial.

2.1. No que tange às prefaciais de nulidade do decisório hostilizado, assiste, em parte, razão à apelante.

Com efeito, embora a douta Togada tenha incorrido em evidente equívoco, ao julgar, pelo princípio da acessoriedade, a ação cautelar concomitantemente com a principal, muito embora a primeira já tivesse sido julgada antecedentemente, tal erroria, em verdade, não tem o condão de nulificar a sentença.

Embora entre um e outro julgamento houvesse, como se afirma, evidente inversão do ônus da sucumbência, tratando-se de mero erro material, é imperioso que se faça a devida correção, expungindo-se do decisório objugado o excesso, restringindo-se o julgado aos limites circunscritos da ação principal.

Neste tocante, portanto, é provido parcialmente o recurso.

2.2. No que tange ao outro fundamento, improcede a prefacial de nulidade.

Parece fora de dúvida que a controvérsia, após as transações celebradas pelas partes, supervenientemente ao processo, diminuindo a abrangência do pedido, remanesce unicamente no tocante à aplicação ou não do contrato, e, mais precisamente, da cláusula nona, para o efeito de evidenciar a existência ou não de saldo devedor.

O fato de a digna Magistrada ter-se valido de argumento constante de parecer de eminente jurista, enfrentando questão nodal do processo, ainda que se trate de peça encomendada pela parte interessada, nem por isso deprecia a qualidade ou a conclusão jurídica do trabalho censurado, de molde a tanger de morte a sentença.

Seria ingênuo ignorar uma peça de tal relevância.

Sabe-se que "os pareceres de juristas, conquanto possam receber a qualificação genérica de documento, não são documentos probatórios, mas peças meramente informativas, opinativas, servindo de adinículo para a argumentação das partes, sem a força e a projeção da resposta prudentium" (TJSP, RT 592/49).

E, não é verdade que a decisão limitou-se a aderir explicitamente ao parecer. A menção foi circunstancial, num contexto amplo, no qual a Dra. Juíza enfrentou as questões controvertidas.

E, para concluir pelo acolhimento da pretensão mais não precisaria dizer, posto que "o juiz não está obrigado a responder a todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos" (TJSP, RT 689/147).

Conforme já decidiu esta Corte, em aresto proverbial do eminente Des. Napoleão Amarante — "Não se deve escravizar o magistrado, por ensejo da prestação jurisdicional, às particularidades inúteis ou supérfluas do processo, objetivando o atendimento ao disposto no art. 458 da lei instrumental. Nem a dinâmica dos tempos modernos consente com orientação nesse sentido. Mas não pode, de modo algum, deixar de trilhar o caminho ali estabelecido, ainda que sucintamente, sob pena de produzir-se um ato nulo por faltar-lhe a vestimenta que lhe dá corpo e feição. Não é o fetichismo que se consagra na ara do derradeiro trâmite da relação processual. Tampouco é a desestima ou o desapareço aos princípios da economia e celeridade processuais. O juiz precisa ser prático e expedito, sem perder a perspectiva de que a sentença, como ato solene, por ser a expressão da vontade do Estado, há de ater-se às regras que lhe dão forma. Mas pode explicitá-la de maneira resumida, desde que se contenha num

padrão de clareza e inteligibilidade” (JC 54/172).

2.3. No mérito, inassiste razão à apelante.

A situação dos autos reflete, por sem dúvida, as perplexidades da vida moderna, em face do fenômeno inflacionário, com a utilização de mecanismo de valorização e proteção do crédito, com a utilização no contrato de cláusula de escala móvel em obrigação de dinheiro.

O eminente jurista Caio Mário da Silva Pereira, em artigo extraordinário publicado na RT n. 234, de abril de 1955 (fls. 3/18), ao traçar o ideal de Justiça em nosso tempo, proclama:

“Um dos mais elevados e mais graves problemas do nosso tempo é a adaptação da Justiça distributiva à Justiça comutativa. Não satisfaz ao verdadeiro jurista dar soluções técnicas às questões. Não atende ao anseio filosófico de nossa época pensar que a lei oferece meios positivos com que dirimir as controvérsias. Todo o jurista digno desse nome pretende, antes de tudo, formular uma dogmática que promova a adequação do direito positivo ao ideal de Justiça”.

E, ao aferir as transformações sociais, observa:

“Nós não podemos ter a vaidade de ser melhores do que os nossos antecessores. Nem pretendemos haver atingido a um mais elevado teor de moralidade. Ao contrário. Sob certos aspectos retrogradamos em comparação com outros períodos da história do direito.” E constata:

“O direito de nossos dias foi elaborado dentro do século XIX, século da segurança, da estabilidade eco-

nômica, do respeito às instituições. O direito obrigacional teve no contrato a sua maior expressão, pois que é o resultado da emissão de vontade, por sua vez a grande afirmação da liberdade humana. Livre de contratar ou de não contratar, de limitar a sua vontade no que lhe parecesse mais conveniente, o homem se exalça através das avenças ajustadas. A liberdade política fora o tormento e a conquista do XVIII século. Então foi satisfatório ao Jurista do XIX consagrá-la nos Códigos, sem cogitar do problema sumamente grave da liberdade econômica.

“Eis por que o grande monumento legislativo que foi o Código Napoleão erigiu o pacta sunt servanda em dogma fundamental, e confundiu o ideal de justiça com liberdade contratual. Eis por que o direito que nosso tempo herdou proclamava a parêmia: quem diz contratual diz justo.

“Mas no momento em que o jurista do século XX medita nos profundos problemas que o envolvem, e cuida de perquirir o âmago de seus Códigos, percebe o divórcio existente entre o seu direito e as enganosas exigências da vida contemporânea. Só então verifica quão falsos são os postulados que inspiram o seu direito positivo.

“E sai à procura de novas fórmulas, capazes de promover aquela indispensável adequação”.

Orlando Gomes, em sua clássica obra Transformações Gerais do Direito das Obrigações (2ª ed., SP, Ed. RT, 1980), ao tratar da influência da inflação nos contratos, observa que nos países onde a depreciação tornou-se um mal crônico, como no nosso, esse desequilíbrio patenteia-se,

sobretudo, nos contratos de venda a crédito ou a prestações, arrendamento, empreitada, empréstimo, seguro, e nos contratos de trabalho e de renda constituída sobre um capital. “Em todos eles, o cumprimento da obrigação de pagar a quantia devida deixa de corresponder, após o decurso de certo tempo, ao valor real do bem recebido, ou do serviço prestado” (pág. 143).

Desse estado de coisas — conclui — “decorrem importantíssimas conseqüências para o próprio ordenamento jurídico, a mais grave das quais é a decadência do contrato, impedido como fica, em razão da depreciação monetária, de preencher suas funções jurídicas e econômicas, na justa observação de Noirel. Mas, como outro instrumento não há para a autodeterminação dos interesses particulares, o contrato subsiste desprovido de sua função básica de estabilizar situações jurídicas e prevenir, pela sua força obrigatória, os riscos normais, procurando adaptar-se à instabilidade do meio monetário”(págs. 144/145).

E, como reação positiva, em face das ameaças que a perda do valor da moeda faz pesar sobre o equilíbrio contratual, instituiu-se a chamada cláusula de escala móvel, com o emprego de mecanismos de indexação, cujo uso passou a vicejar, principalmente nos períodos mais agudos do processo inflacionário — ao que parece relegado ao passado, ainda que recente —, adaptando-se o direito aos fatos.

Nesse contexto, assevera o mestre:

“A inflação, avassaladora, terrível, desnordeante, influi sobre o Direito

dos contratos, causando-lhe profundas perturbações. Se não é fácil encontrar soluções que neutralizem ou ao menos minorem os nocivos efeitos da depreciação monetária nos contratos de duração ou de execução diferida, por isso que o problema tem implicações que interessam vivamente ao jurista, urge procurar os meios próprios para conseguir a adaptação do direito das obrigações à depreciação da moeda” (pág. 156).

Nessa perspectiva, já teve oportunidade de decidir o TJSP, em hipótese de contrato de mútuo:

“É admissível a estipulação de escala móvel, para manter atualizado o valor do mútuo, pois o fenômeno inflacionário gerou a elaboração de lei instituidora da correção monetária” (JB 140/289).

Para Sílvio Rodrigues (Direito Civil, Parte Geral das Obrigações, vol. II, 4ª ed., SP, Saraiva, 1973, pág. 139), a cláusula de escala móvel é aquela que faz variar a prestação do devedor segundo os índices de custo de vida ou segundo os preços de determinadas mercadorias.

No caso vertente, autora e ré celebraram, em 13/9/88, o Contrato de n. 12.231, para fabricação, ensaio e fornecimento de todos os equipamentos e materiais correspondentes a torres de aço galvanizado, autoportantes, para a linha de transmissão de 500kw, Itá—Campos Novos.

Os preços ajustados, na cláusula nona, submeteram-se a um reajuste, que estabelecia de um lado um valor provisório para efeito de faturamento e outro definitivo, para efeito de recomposição dos custos de materiais e pagamento, em cuja equação deve-

riam ser computados índices divulgados periodicamente pela Revista Conjuntura Econômica.

Assim, estipulou-se, provisoriamente, que os preços seriam atualizados pela variação da OTN, se na ocasião do faturamento ainda não estivessem disponíveis os índices definitivos, operando-se, posteriormente, a compensação entre o reajuste provisório e o definitivo.

Para compreender esse mecanismo complexo é necessário esclarecer que na definição do preço do contrato, segundo a referida cláusula, foram incluídas todas as despesas e custos do fornecedor, como “despesas indiretas, lucros e provisões para despesas eventuais, exceto os custos explicitamente excluídos de tal preço nos Documentos de Contrato”. Por outro lado, o Preço de Contrato incluiu, mas não se limitou a todos os custos dos seguintes itens: os materiais e mão-de-obra necessários para executar o fornecimento; embalagem e transporte aos locais de entrega; seguros; ensaios de materiais e equipamentos etc.

Na composição do valor total do contrato estabeleceu-se uma fórmula de reajuste compreendendo o preço conforme as listas de preços (Po); Preço reajustado (Pi); Índice Geral de Preços, publicado pela Revista Conjuntura Econômica; Índices Econômicos/Brasil, Produtos Industriais, Indústria de Transformação — Ferro, Aço e Derivados, também publicado pela Revista Conjuntura Econômica da Fundação Getúlio Vargas.

E a cláusula nona, no que é de interesse para o deslinde da causa, dispôs: “Se por ocasião do faturamen-

to não estiverem disponíveis os índices definitivos, proceder-se-á a um reajuste provisório utilizando, em substituição aos índices não disponíveis, a variação da OTN correspondente. O reajuste provisório será compensado quando da cobrança da Correção Monetária pelo Prazo de Pagamento e quando os índices definitivos estiverem disponíveis”.

O contrato em apreço, portanto, definiu duas formas de reajuste — uma provisória, de correção monetária; outra definitiva, de definição do próprio preço do contrato.

As partes, dessa forma, estabeleceram uma base econômica para o contrato, que não poderá ser subvertida.

A teoria da base do negócio, formulada por Oertmann e retomada por Larenz, que lhe deu conceituação objetiva, consiste, na definição de Orlando Gomes (Transformações Gerais dos Direitos das Obrigações, RT, 1967, pág. 133) na consideração de que o contrato comutativo se celebra sob “conjunto de circunstâncias cuja existência ou persistência o contrato pressupõe, saibam ou não os contratantes, circunstâncias que, se não persistirem, o contrato não pode ser mantido, pois seu fim não será alcançado, nem atingido o propósito das partes contratantes” (Cf. RTJTESP 128/83).

E, por envolver o preço valor não determinado previamente, mas determinável ao tempo do pagamento, com a inclusão de insumos ou elementos influentes no custo dos bens e dos serviços, entendeu o Prof. Humberto Theodoro Júnior, em seu questionado parecer de fls. 91/111, citando

Arnoldo Wald (RT 647/30), que as partes não cogitaram da inflação como fenômeno genérico de reajuste. “Preocuparam-se com a comutatividade do contrato, com a equação contratual, com os preços de custo de bens e serviços do fabricante que repercutem, necessária e indubitavelmente, sobre o preço final a ser pago pelo cliente, adquirente dos bens fornecidos”.

Por isso, entendeu o eminente consultante que, na hipótese, o reajustamento de preço, “disciplinado pela cláusula 9ª do contrato sub examen é bem um exemplo desse sistema de manutenção do preço comutativo, pois não é pela inflação que se previu o cálculo do preço futuro, mas pelos elementos que influem diretamente no custo dos bens e serviços contratados (isto é, além do índice geral de preços, a fórmula se assenta especificamente nos índices dos preços da indústria de transformação — ferro, aço e derivados, tudo conforme publicação da Revista Conjuntura Econômica da Fundação Getúlio Vargas)”.

Sucedo que a Eletrosul estando inadimplente, em ata de reunião havida na sede da empresa, em 20/2/90, presentes representantes da autora e da ré, consignou proposta da Mendes Júnior, para o que convencionou chamar de equacionamento do pagamento para o material pronto em fábrica.

E nessa proposta restou delimitado que a autora concordava em receber o pagamento por meio de debêntures da Eletrobrás, dispensando a correção monetária prevista para o período correspondente ao processamento das faturas, já que estas seriam

emitidas à vista. Apenas para a hipótese de não liquidação no vencimento, incidiria correção monetária nas condições fixadas no contrato.

Tal proposta foi aceita, mediante confirmação expedida por telex no dia seguinte, 21/2/90 (fls. 47), pela Eletrosul, no qual restou ajustado que “o reajuste deverá ser calculado conforme fórmula do contrato até o mês anterior ao do faturamento, complementado pela variação do BTN fiscal entre o último dia do mês anterior ao do faturamento e o do dia do faturamento”.

A divergência entre as partes teve início com a correspondência remetida pela autora à ré, em data de 8/6/90 (fls. 67), quando, a par de comunicar que recebera os pagamentos verificados em 13, 16 e 19 de março, tendo dado início ao faturamento logo após o ajuste de 21/2/90, deixou claro a demandante que o faturamento em questão fora processado com base em fatores de reajuste provisório, projetados de acordo com as instruções contidas no telex.

Acrescentou que após a publicação dos índices de preço, procedeu ao cálculo do fator de reajuste definitivo, constatando um crédito a seu favor, que submetia à apreciação da Eletrosul. Esta, em resposta datada de 17/7/90 (fls. 69), recusou a existência de qualquer obrigação remanescente, enfatizando que não procedia à reivindicação de pagamento pelo reajuste definitivo.

A partir daí as partes trocaram outras correspondências, sempre ressaltando a divergência quanto ao ajuste efetuado, a autora pretendendo que a avença apenas inovou no con-

cernente ao reajuste provisório, remanescendo a fórmula contratual para o equacionamento do reajuste definitivo. A ré, ao revés, interpretando a ocorrência de verdadeira transação, tendo-se operado com o pagamento avençado a quitação definitiva da obrigação.

E é justamente na interpretação desse ajuste e suas conseqüências em relação ao contrato que reside o punctum saliens da controvérsia.

A douta sentença objurgada, interpretou que “as partes acordaram quanto à forma de pagamento, alterando algumas cláusulas do contrato, em virtude das parcelas em atraso, modificando basicamente a forma de pagamento”. Todavia, não teriam “alterado a fórmula de reajuste das parcelas”. Ao contrário, teriam determinado “a observância da forma prevista no contrato, qual seja a encontrada na cláusula nona do pacto”.

E, fazendo coro ao parecer de Humberto Theodoro Jr., observou que “quando a Eletrosul enfrentou crise de inadimplência, a Mendes Júnior concordou em receber os pagamentos a que fazia jus por meio de debêntures, faturando, porém, à vista, os bens e serviços já concluídos. Com isso, eliminava-se a correção monetária do prazo de processamento do pagamento, já que deixava de existir seu pressuposto. O faturamento, no entanto, não deixava de se submeter à apuração de preço final, dentro dos padrões contratuais, ou seja, dentro da estrita observância de todos os mecanismos instituídos pela citada cláusula 9ª”.

E, nesta senda, concluiu a doutra Togada: “Desta forma, não há como

se entender que, pelo fato das partes acordarem a não aplicação do que CMPP (Correção Monetária pelo Prazo de Pagamento), não se aplicaria a cláusula de reajustamento de preços. Primeiro, porque as partes, expressamente conforme se verifica pelo documento de fls. 47, estabeleceram a aplicação da referida cláusula. Segundo porque, em uma interpretação lógica e sistêmica do acordo e contrato, a CMPP tinha pressuposto os custos financeiros decorrentes do prazo de 45 dias para o pagamento do débito. Como pelo acordo o pagamento seria à vista, não se aplicaria a referida cláusula”.

Há nos autos, por sem dúvida, indicativos fáticos claros que convergem nesta direção, independentemente, ainda, da interpretação jurídica que se possa estabelecer em relação ao ajuste discutido na perspectiva da aplicação residual do contrato.

Com efeito, apesar de a ré, na peça de resistência, negar veementemente a existência de qualquer débito relativo ao contrato em apreço, em 11/9/92, no curso da lide, as partes ajustaram a desistência parcial do pleito (fls. 254/255), tendo em vista o pagamento, pela Eletrosul, da importância de Cr\$ 982.400.472,70, a preços de 15/6/92 (fls. 114), compreendendo duas das faturas que compõem o preço definitivo do contrato.

De igual sorte, já 23/12/92, houve novo pagamento pela Eletrosul, fruto de transação extrajudicial, com desistência parcial do pleito (fls. 305/306), objeto do Termo Aditivo n. 4 (fls. 308/311), compreendendo novamente custos adicionais (fls. 112), definidos como manutenção das estrutu-

ras, manuseio para estocagem e armazenagem e seguro, no valor de Cr\$ 1.533.983.110,00, que também compõem o preço definitivo do contrato.

E, por derradeiro, as partes, em 1º/12/93, no termo de audiência então designada, requereram a suspensão do processo pelo prazo de 30 (trinta) dias, "a fim de ultimar uma composição da dívida" (fls. 331). Note-se que o termo em questão fala em composição e dívida, contrariando frontalmente os termos da contestação que, diga-se uma vez mais, negara a sobrevivência de qualquer saldo devedor com o pagamento efetivado com o pacto inovativo.

E, a demonstrar a existência da dívida remanescente, envolvendo a última parcela do pedido deduzido em Juízo (fls. 113), as partes chegaram a minutar uma petição conjunta, datada de 25/11/93 (fls. 336/337), em papel timbrado da Eletrosul, em que esta reconhecia ser devedora da importância de Cr\$ 28.574.622,97, em 31/3/90, pondo termo à demanda. Entretanto, ao que se alega em virtude de mudanças na Diretoria da ré, esta, após realizar estudos por seus órgãos técnicos e jurídicos, em expediente datado de 23/6/94, comunicou o inacolhimento da proposta de composição amigável.

Nesse contexto, não há dúvida que o pagamento parcial e até o reconhecimento oficioso da existência da dívida dão a exata medida da procedência do pedido, tal como entendeu a sentença profligada.

A transação, como negócio jurídico bilateral, segundo a doutrina, pressupõe um litígio, ou uma dúvida possível de se dar ou já existente, por

ser um remédio a que as partes recorrem para prevenir ou terminar controvérsias. Desse modo, não se admite transação condicional. Não atendendo a tal finalidade, será ato constitutivo de direito ou um pagamento (RT 446/268).

Tem, por outro lado, natureza jurídica dúplice — de negócio jurídico bilateral e a de pagamento indireto. Como meio indireto de extinção da obrigação, produz efeitos extintivos como a desvinculação do obrigado mediante acordo liberatório e a equiparação à coisa julgada pelo Código Civil no art. 1.030 (RT 486/63, 411/160, 404/143 e 453/112).

Sobre esse efeito de coisa julgada da transação, no dizer de Sílvio Rodrigues (Direito Civil, vol. II, 4ª ed., Saraiva, 1993, pág. 239), vale dizer que a norma do art. 1.030 empresta, ao acordo de vontades, "uma força comparável ao pronunciamento judicial de que não cabe mais recurso. Tal regra confirma a frase genial de Carnelutti, quando diz que a 'transação é a solução contratual da lide' e, por isso, o 'equivalente contratual da sentença'".

No caso em apreço, a avença provou o pagamento, não necessariamente a quitação da obrigação contratual, relevando o fato de que a transação, por disposição de norma substancial (Código Civil, art. 1.027) e consoante a jurisprudência, é obrigação que só se interpreta restritivamente (RT 488/210).

Sobre esse conteúdo restritivo da transação, leciona Carvalho Santos (Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. XIII, 9ª ed., Freitas Bastos, 1964, pág. 376), enfatizando uma re-

gra geralmente admitida: “com relação às questões que visam pôr fim, as transações serão obrigatórias para as partes que tiveram a intenção de transigir, ainda mesmo que os termos em que o ato esteja redigido não sejam suficientemente explícitos, desde que essa intenção resulta, não de uma indução mais ou menos duvidosa, mas como uma consequência necessária do que no ato está expresso (...)”

Aduza-se que, conforme tem orientado a jurisprudência, “a aceitação do pagamento não afasta o direito do credor de exigir que se complete ou aperfeiçoe, no caso de ter sido incompleto ou inexato. Todavia, em tal caso, ocorre o deslocamento do ônus da prova. Cabe ao credor provar que a prestação do devedor não corresponde ao conteúdo da obrigação” (TRF, Ap. n. 84.393—PB, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJU de 28/11/85, pág. 21.832).

De qualquer sorte, segundo também a jurisprudência, “a quitação, mesmo sem ressalva, ao receber o principal, não afasta o direito de vindicar a respectiva atualização, pois aquela extingue a obrigação no limite do respectivo valor (CC, art. 940), devendo ser interpretada restritivamente” (TRF, 2ª Reg., Ap. n. 89.02.00881-9—RJ, rel. Des. Arnaldo Lima, DJU, de 13/12/90, pág. 30.364).

Nessa esteira, é providencial a lição de Pontes de Miranda, quando distingue o pagamento como meio de prova e a quitação, em seu proverbial Tratado de Direito Privado (Borsói, 2ª ed., 1959, tomo XXIV, § 2.914, 2, pág. 131):

“O pagamento prova-se pelos meios de prova, não necessariamente

pela quitação. Quem deve 5 x e pagou 1 x, mais 2 x, mais 3 x, com recibos, tem recibos (meios de prova), não tem quitação. Tem direito a ela, pretensão a ela, ação para a haver, — o que é outra coisa que a ter. ‘O devedor, que paga’, diz o art. 939 do Código Civil, ‘tem direito à quitação regular (art. 940), e pode reter o pagamento, enquanto não lhe for dada’. Aí estão o direito à quitação, pretensão a ela, e o direito de retenção do pagamento. Tal pretensão à quitação é pretensão à quitação escrita, porque quitacoes há orais (R. Behrend, Beiträge zur Lehre von de Quittung, 35), impressas, radio-difundidas, e o devedor, que paga, pode não se satisfazer com elas”.

De outro vértice, sobre interpretação e integração contratual, Maria Helena Diniz, em sua consagrada obra Tratado Teórico e Prático dos Contratos (Saraiva, 1993, vol. 1, págs. 81/84), anota alguns princípios que se ajustam ao caso sub judice:

— “Nas declarações de vontade atender-se-á mais à sua intenção do que ao sentido literal da linguagem (CC, art. 85; Projeto de CC, art. 112, C. Com., art. 130). Assim, o intérprete do sentido negocial não deverá ater-se, unicamente à exegese do contrato, isto é, ao exame gramatical de seus termos, mas sim à fixação da vontade dos contraentes, procurando seus efeitos jurídicos, indagando sua intenção e os fins econômicos por eles visados, sem se vincular, estritamente, ao teor lingüístico do ato negocial (RT 518/229, 510/133, 115/717, 125/573, 146/703; RF 71/113)” (1ª, pág. 81).

— “Na interpretação contratual, considerar-se-ão as normas jurídicas correspondentes” (6, pág. 82).

— “Nas cláusulas duvidosas, prevalecerá o entendimento de que se deve favorecer quem se obriga (RT 142/620, 194/709)” (10, pág. 83).

— “No que concerne às cláusulas do contrato, estas deverão ser interpretadas umas pelas outras, quer sejam precedentes, quer sejam seguintes umas às outras, isto é, dever-se-á considerá-las em conjunto e não isoladamente (RF 86/113; RT 147/194; AJ 61/253)” (12, pág. 83).

— “No contrato, a melhor interpretação é a que atende à conduta dos contraentes, ou seja, ao modo pelo qual eles o vinham executando anteriormente, de comum acordo, pois a observância do ato negocial é uma das melhores formas de demonstrar a interpretação autêntica da vontade das partes, servindo de guia para solucionar as dúvidas levantadas por qualquer delas (RT 166/815; RF 82/138)” (23, pág. 83).

— “No contrato seguido de outro, que o modifica parcialmente, a interpretação deverá considerar ambos como um todo orgânico (AJ 88/455)” (24, pág. 84).

A aplicação desses princípios ajusta-se inteiramente no sentido de

acolher-se a pretensão deduzida, à vista da prova produzida e das circunstâncias que nortearam o processo.

Em face de todo o exposto, confirma-se, por seus próprios fundamentos, a bem-lançada sentença de Primeiro Grau.

3. Em face de todo o exposto, afastada a matéria prejudicial, rejeitando a nulidade do decisum, dá-se provimento parcial à preliminar invocada, apenas para determinar a exclusão do comando da sentença da referência ao processo cautelar, cujo julgamento já se dera anteriormente, por evidente erronia material, restringindo o julgado aos limites circunscritos na ação principal. No mérito, desprover o recurso.

Presidiu a sessão de julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. João José Schaefer.

Florianópolis, 5 de junho de 1997.

Alcides Aguiar,
Presidente para o acórdão com voto
vencedor;
Pedro Manoel Abreu,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 97.008628-8, DA CAPITAL

Relator: Des. Pedro Manoel Abreu

Cancelamento de hipoteca. Compromisso de compra e venda de unidade condominial, com quitação integral do preço. Empreendimento financiado pelo SFH. Inércia da instituição financeira, ci-

ente da insolvabilidade da construtora. Dever de fiscalizar e controlar o empreendimento, inclusive de anuir nas vendas. Boa-fé do adquirente. Recurso provido, para determinar a cessação dos efeitos da hipoteca em relação a este.

O agente do Sistema Financeiro da Habitação, por exercer relevante papel social, financiando a construção da obra, ao consentir nas vendas das unidades condominiais, justamente para possibilitar ao incorporador o pagamento da hipoteca, tem o dever de fiscalizar a correta aplicação dos recursos públicos para assegurar-se do recebimento do seu crédito e para o cumprimento do contrato em relação aos adquirentes.

“Se a construtora, para viabilizar empreendimento, obtém financiamento da construção com garantia hipotecária não só do terreno como das próprias unidades residenciais, não é admissível que os compromissários compradores dos imóveis respondam pelas obrigações da devedora perante a instituição imobiliária, pois se alienação foi consentida pelo credor hipotecário, competia a este notificar os adquirentes de boa-fé dos efeitos da hipoteca se o devedor hipotecário se tornasse inadimplente” (RT 746/107).

Uma vez quitado integralmente o preço da compra e venda, deve ser levantado o ônus hipotecário incidente sobre o empreendimento, em favor do comprador, em respeito ao princípio da boa-fé e da lealdade contratual, ainda que esteja onerado em favor de instituição que financiou a obra, se esta descuroou do dever de fiscalização, causando prejuízo irreparável ao adquirente de boa-fé.

Já é hora de advogar a revisão de alguns conceitos jurídicos, tradicionais, aplicáveis aos casos de aquisição da casa própria, para, com nova inspiração, apartar-se da fria letra da lei quando ela representar abominável injustiça no caso concreto. A justiça se faz na lide específica, não considerada a norma isolada, de caráter e aplicação geral (1º TACívSP, RT 746/107, rel. Juiz Pinheiro Franco).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.008628-8, da comarca da Capital (6ª Vara), em que são apelantes Adão Sérgio Rezende da Silva e Maria

Amélia Alcalá Neves e apelados Halpha Sul — Empreendimentos Imobiliários Ltda. e Sul Brasileiro Crédito Imobiliário S/A:

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

Custas de lei.

1. Adão Sérgio Rezende da Silva e sua esposa, Maria Amélia Alcalá Neves, aforaram ação de cancelamento parcial de hipoteca cumulada com pedido de adjudicação compulsória contra Halpha Sul — Empreendimentos Imobiliários Ltda. e Sul Brasileiro Crédito Imobiliário S/A (em liquidação extrajudicial), asseverando que a primeira ré, cuja razão social anterior era Guia — Incorporações, Construções e Empreendimentos Ltda., é proprietária de um terreno de 5.989,50m², localizado na Rua João Pio Duarte Silva, 130, Bairro Córrego Grande, nesta Capital, matriculado sob o n. 3.179, Livro 2 — Registro Geral, do 2º Ofício do Registro de Imóveis.

Asseveraram que sobre esse imóvel, o réu decidiu construir um empreendimento denominado Conjunto Residencial Reino de Camelot, celebrando, para tanto, em 13/10/89, com o segundo réu, um contrato de financiamento, com pacto adjeto de hipoteca, pelo qual deu em garantia, ao credor, o terreno sobre o qual seria edificada a obra, averbado na matrícula n. 30.179, em 9/3/89, sob o n. R. 3/30.179, sendo esta, todavia, a terceira hipoteca gravada sobre o aludido imóvel.

Afirmaram que, ainda em fase de construção, adquiriram da Halpha Sul, em 16/1/90, mediante contrato particular de compromisso de compra e venda, não inscrito no Registro Imobiliário, com anuência da instituição financeira, o apartamento n. 501/17 e 18, do Bloco A-3, e a garagem n. 3 do

mencionado condomínio, bem como as frações ideais do terreno. Acrescentaram que, não obstante o prazo de entrega tivesse sido avençado para outubro de 1990, só lhes foi autorizado o ingresso no imóvel em dezembro de 1993.

Alegaram que a Incorporadora encontra-se inadimplente, porquanto embora tenha recebido toda a quantia relativa ao imóvel — por meio de um sinal e mais uma parcela paga 37 dias depois, num total de um milhão de cruzados novos —, não outorgou aos autores a escritura definitiva, sob a imprestável assertiva de que inexistia o “habite-se” e não promoveu o cancelamento do gravame hipotecário, em afronta à cláusula 2ª, § 3º, do pacto firmado. Aduziram que, diante de tal situação, ainda que inexitosamente, notificaram extrajudicialmente a incorporadora, em 13/10/94, e contataram a instituição financeira, no afã de conseguir uma composição.

Mencionaram o temor de perder o imóvel que efetivamente pagaram, ante a possibilidade de a construtora — que se encontra em dificuldades econômicas — ser executada pela instituição financeira, titular do gravame hipotecário. Pugnaram, por isso, pelo cancelamento das três hipotecas existentes sobre a unidade autônoma que adquiriram, bem como a adjudicação compulsória.

Contestando, Halpha Sul — Empreendimentos Imobiliários Ltda. argüiu, preliminarmente, a ilegitimidade passiva ad causam, uma vez que possui constituição diversa daquela da Halpha Sul — Incorporações, Construções e Empreendimentos Ltda., sucessora de Guia — Incorpo-

rações, Construções e Empreendimentos Ltda. No que tange ao mérito, alegou que a escritura definitiva não foi entregue aos autores pelo fato de o agente financeiro ter criado diversos obstáculos, tendo também interrompido repentinamente o repasse das parcelas do financiamento, dando azo ao atraso na entrega da obra.

Sul Brasileiro Crédito Imobiliário S/A, por seu turno, ofertou contestação, sustentando, prefacialmente, ser parte ilegítima para figurar no pólo passivo da demanda, porque não é titular do domínio do imóvel em litígio. Ademais, defendeu ser vedada a cumulação de pedidos, independentes entre si, contra réus diferentes. No mérito, disse que os autores, além de reconhecerem a existência da dívida que originou a hipoteca, firmaram o contrato exclusivamente com a construtora, e não com o agente financeiro — ainda que houvesse previsão de sua anuência —, não sendo obrigado, assim, a responder pelas cláusulas de um contrato que não participou. Aduziu que o cancelamento da hipoteca é inviável pois implicaria na extinção da garantia sem o pagamento do preço. Ademais, o imóvel não está, ainda, individualizado, não podendo, de toda a sorte, a medida pretendida alcançar as duas outras hipotecas que já existiam anteriormente, devidamente registradas.

Os autores replicaram, rebatendo as preliminares argüidas e apontando a intempetividade da resposta da instituição financeira.

Foi determinada a citação de Halpha Sul — Incorporações, Construções e Empreendimentos Ltda., postergando-se a análise da prelimi-

nar de ilegitimidade passiva. Dessa decisão, os autores interpuseram agravo de instrumento, que restou acolhido por esta Corte de Justiça, considerando desnecessária a efetivação de novo ato citatório.

De seu turno, o réu interpôs agravo retido, pugnando pela extinção do feito.

Sentenciando antecipadamente, o Dr. Juiz de Direito, após afastar a preliminar de ilegitimidade passiva ad causam da ré Halpha Sul, julgou procedente em parte o pedido formulado pelos autores, adjudicando-lhes o bem adquirido, rejeitando, entretanto, o cancelamento pretendido das hipotecas. Condenou as partes ao pagamento recíproco dos honorários advocatícios, arbitrados em R\$ 800,00, com fulcro no art. 20, § 4º, do CPC.

Sul Brasileiro Crédito Imobiliário S/A interpôs embargos de declaração, que restaram inacolhidos.

Inconformados, os autores apelaram, sustentando a tese de que a decisão, ao inacolher o cancelamento do ônus hipotecário, afrontou o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil e ao art. 85 do Código Civil. Argumentaram que em momento algum tiveram a intenção de responsabilizar-se pelo cumprimento das obrigações da construtora perante o credor hipotecário, colocando em risco o apartamento adquirido com as economias do casal.

Sustentaram, como ponto nevrálgico da questão, que o credor hipotecário, na qualidade de integrante do SFH, não poderia opor-se ao cancelamento da hipoteca sobre unidade autônoma quitada, simplesmente pelo fato de não ter anuído expressamente na promessa de compra e venda.

Sul Brasileiro Crédito Imobiliário S/A ofertou contra-razões, pugnan-do a manutenção da decisão profligada.

2. O recurso é provido.

Passa-se, inicialmente, ao exame da questão fática.

Halpha Sul — Empreendimentos Imobiliários Ltda. adquiriu, em 14/11/88 (fls. 64v.), o imóvel onde foram construídas as unidades imobiliárias da incorporação, já gravado com duas hipotecas, em que figuravam como devedoras hipotecárias as antecessoras da promitente vendedora — Sector — Assessoria e Construções Ltda. (62v.) e Guia — Incorporações, Construções e Empreendimentos Ltda. (fls. 63). Diga-se que, tanto nos dois primeiros graus da hipoteca, como no terceiro (fls. 30), o ora apelado figurou como credor hipotecário.

Após adquirido o imóvel, iniciou-se a construção do empreendimento e as vendas das unidades autônomas residenciais. A construtora firmou com o banco contrato de abertura de crédito para a construção e comercialização do empreendimento imobiliário, com pacto adjeto de hipoteca, em 13/1/89, conforme consta às fls. 49/61.

Ressalte-se que a instituição financeira pactuou como condição para a liberação das parcelas do crédito a fiscalização da construção, impondo-se o compromisso de acompanhar a execução das obras, conforme constou da cláusula quinta. E como utilizava recursos do Sistema Financeiro da Habitação, cientificou a construtora de que esta subordinava-se, igualmente, à fiscalização da Caixa

Econômica Federal e do Banco Central.

Diga-se, ademais, que a comercialização das unidades produzidas, pelo que restou pactuado na cláusula décima terceira, passou a depender, sempre, de prévia autorização da instituição financeira, que exigia sua intervenção em cada instrumento que formalizasse a alienação.

De seu turno, o contrato de compromisso de compra e venda entre a construtora e os adquirentes, ora apelantes, firmado em 16 de janeiro de 1990, e com previsão de entrega da obra para outubro de 1990 (fls. 67v.), observando as linhas gerais do contrato firmado entre a construtora e o agente financeiro, contou, ou ao menos deveria ter contado, com a anuência deste último, tanto que o pacto foi intitulado de contrato particular de promessa de compra e venda com anuência da credora hipotecária (vide fls. 65).

Tal pacto foi concebido genericamente na perspectiva de que os adquirentes fossem utilizar-se de financiamento do Sistema Financeiro da Habitação para a compra das unidades residenciais. Em razão disso, o contrato, tipicamente de adesão, previu, na sua cláusula quinta, o procedimento para o financiamento e a transferência do domínio, fixando o prazo para a pactuação definitiva em até 180 dias, após a expedição do habite-se pela municipalidade.

Sucedem que os apelantes adquiriram as unidades sem financiamento, em operação de curto prazo, praticamente à vista, conforme consta de fls. 65/68, e muito embora na cláusula

sula segunda, parágrafo terceiro, tenham autorizado a incorporadora a instituir sobre os bens adquiridos qualquer espécie de ônus real, convencionou-se que ficariam liberados de tal encargo por ocasião da transferência do domínio, que deveria dar-se, como já mencionado na cláusula quinta, quando viessem a firmar o contrato de mútuo com o agente financeiro.

Como a operação de compra e venda deu-se sem financiamento, embolsando a promitente vendedora, com a anuência presumível da instituição financeira, todo o preço antecipadamente, o condicionamento da liberação do encargo, a posteriori, como estabelecido, demonstra-se abusiva e de má-fé.

Saliente-se que é incontrovertido que o preço da compra e venda foi integralmente quitado pelos autores adquirentes, conforme ressaltou a decisão monocrática sob exame. Todavia, apesar de integralmente quitada a dívida, os adquirentes, depois de perceberem da relutância do promitente vendedor em outorgar a escritura definitiva do imóvel, foram surpreendidos com a posição de inércia da instituição financeira, que, provocada, limitou-se a dizer que não reconhecia as avenças efetuadas pela incorporadora.

Em verdade, após a incorporadora ter recebido duplamente — da instituição financeira e do incauto comprador —, deixou de pagar ao credor hipotecário, e este preferiu assistir a tudo inerte, certo que receberia o seu crédito excutindo a garantia, ainda que lesando a parte mais fraca, o adquirente de boa-fé.

Nesse passo, impende consignar a fragilidade do sistema, profundamente injusto para com o comprador, vítima da esperteza criminoso do incorporador e da conivência odiosa do agente financeiro, com vistas a uma exegese comprometida com a função social do Direito e com o princípio de equidade, de modo a efetivar no processo o justo, compromisso primeiro do julgador na composição da lide.

O eminente Juiz Pinheiro Franco, ao pontuar as contradições do sistema de aquisição da casa própria e realçar a fragilidade do comprador de boa-fé ante a construtora e o agente financeiro e cobrar uma nova postura pretoriana, no julgamento memorável da 8ª Câmara Civil do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, em caso análogo trazido à colação pelos apelantes, proclama:

“(...) quem sofre as conseqüências não é a construtora, a única que deveria responder pelo seu débito hipotecário. São os adquirentes dessas unidades, ainda que provem o pagamento integral do preço ou a sua regularidade temporal ou quantitativa. Essa distorção jurídica deve ser corrigida pela ação pretoriana dos Tribunais, se não houver providência legislativa, a exemplo do que se passava no Direito Romano, segundo o ensinamento de Alexandre Correia e Gaetano Sciascia, verbis: ‘no sistema jurídico romano, a essência e o fim do direito se indicam com a palavra *aequitas*; mas, se pela evolução da consciência social ou por circunstâncias de fato o preceito jurídico já não corresponde à sua finalidade, manifesta-se uma antítese entre o *ius* e *aequitas*, entre lei e justiça. Neste sentido é que a *aequitas* corrige o *ius*, pois

como afirma Cícero, repetindo Terêncio, numa época de grande progresso social, "summum jus, summa injuria" (Manual, 5ª ed., fls. 18).

E acrescenta:

"É regra de assentimento geral, a formar a consciência jurídica de todos os que militam no campo do Direito, que ninguém pode aproveitar-se da situação de inferioridade do outro e locupletar-se com a inferioridade do outro ou locupletar-se com a infelicidade alheia. Não se tolera o abuso da inexperiência, da boa-fé ou da premente necessidade de outrem, em contrato que estipula obrigações que não seriam aceitas dentro de um regime de normalidade. Diante da inexperiência ou da premente necessidade é perfeitamente compreensível que a pessoa tenha diminuída a sua capacidade de se premunir de regras de proteção, o que leva, pode-se dizer, a não agir sequer livremente, aceitando desproporcionalidade de deveres e obrigações, como serve de exemplo a própria hipótese, onde ocorreu aquisição de um imóvel sem que dele tenha sido afastado empréstimo contraído por terceiro (construtora) e liberada garantia hipotecária constituída por esse terceiro (construtora) para dívida a que os Embargantes estão alheios".

E completa:

"O Direito não pode se apartar da realidade, e nem ficar atada a meras ficções legais. Na vida em sociedade há equívocos, há enganos, há erros, há omissões, há incompreensões, há malícia. Aprimoram-se as fórmulas de ludibriar e lesar, há assinaturas de documentos em branco, há pressões, inclusive internas do próprio adquirente, principalmente agora,

em época de notórias e conhecidas desigualdades econômicas, devendo o julgador, portanto, diante desse quadro, mais do que nunca, interpretar a efetiva vontade das partes, diante das circunstâncias, como, aliás, lhe é expressamente autorizado pelo art. 85 do Código Civil, ao estatuir que nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem. E a vontade dos adquirentes, data venia, não foi a de se obrigarem por dívida alheia e nem de responderem por essa com seus bens, onde residem" (Ap. Cív. n. 378.569, de São Paulo, julgamento de 11/11/87).

E mais adiante, ao exortar para o abuso de direito que a relação contratual do caso encerrava, averbou:

"Já é hora de advogar a revisão de alguns conceitos jurídicos, tradicionais, aplicáveis aos casos de aquisição da casa própria, para, com nova inspiração, apartar-se da fria letra da lei quando ela representar abominável injustiça no caso concreto. A justiça se faz na lide específica, não considerada a norma isolada, de caráter e aplicação geral".

Biasi Ruggiero, ao tratar da construtora nesse tipo de relação contratual, em elucidativo texto acerca da matéria, revela a fragilidade da posição do adquirente, muitas vezes vítima de empresários inescrupulosos, como, aliás, escancarou-se no episódio recente da falência da Encol:

"Quase sempre faz parte da estratégia, de maus incorporadores, deixarem alguma falha no contrato de compromisso, a ponto de impedir o seu registro. Essa tática tem surtido efeito. No entanto, em escritura perfei-

ta, com todos os salamaleques, hipotecam o terreno e as unidades objetos da incorporação, recebendo, dos adquirentes, o valor das prestações, e do financiador o do empréstimo. Recebem dos dois lados. E a hipoteca, ao contrário do que ocorre com o compromisso, é registrada celeremente.

“Quando tudo ocorre bem, ótimo. Mas, se o barco fizer água, impetram pedido de concordata, ou quebram e fogem. Os últimos têm preferido fugir para Miami. E os adquirentes se defrontam com uma dívida que não contraíram e nem de seu objeto se aproveitaram” (Tribuna do Direito, março de 1998).

No caso vertente, é flagrante a má-fé da incorporadora e a omissão acintosa e negligente do credor hipotecário.

Conforme já assinalado, no contrato que firmou com a construtora a instituição financeira exigiu sua prévia anuência em cada alienação de unidade condominial, e, ainda assim, assistiu indolente ao comprometimento da solvabilidade da empresa, deixando à própria sorte os compradores, que para preservar seus direitos chegaram a constituir uma associação, denominada de Associação de Promitentes Compradores de Unidades Reino de Camelot.

Diga-se que o credor hipotecário, mesmo sabendo que as unidades estavam sendo alienadas e que tais vendas seriam a garantia do pagamento da hipoteca decorrente do contrato de mútuo com a incorporadora, não exercitou tal prerrogativa, muito embora o contrato mencionasse tal anuência, em seu frontispício. Não exercitou, portanto, coniventemente,

seu dever de fiscalização e controle do empreendimento, preferindo, posteriormente, já vislumbrando a defesa de seu próprio interesse, declarar pragmaticamente que não reconhecia a comercialização das unidades.

De efeito, tendo em vista que a associação em tela dirigiu correspondência ao Banco Central, em que relatava a situação do empreendimento, o agente financeiro limitou-se a informá-la, em correspondência datada de 22/10/90 (fls. 75), que não reconhecia a comercialização das unidades autônomas, por ter sido efetuada em total descumprimento às disposições ajustadas contratualmente com a empresa construtora. Disse que lamentava a situação dos adquirentes, chegando a justificar tal fato pelo momento difícil ora atravessado pela economia nacional (sic).

Todavia, posteriormente, em 7/11/90 firmou instrumento particular de aditamento com a construtora, no qual lhe concedeu uma suplementação de crédito e prorrogação de prazo (fls. 45v.). Tal fato repetiu-se em 21/6/93, demonstrando, inequivocamente, a situação de menoscabo para com os adquirentes, para não dizer de cumplicidade, já que mesmo sendo lesados pela construtora, esta continuou recebendo valores das vendas sem repassá-los ao agente financeiro, tudo sob o olhar compassivo deste.

Em que pese a alienação do imóvel tenha sido efetuada para os apelantes sem a concessão de financiamento, pelas circunstâncias do caso, é imperioso que se examine os princípios que regem o Sistema Financeiro de Habitação (SFH), porquanto foi exercendo atividades inerentes a

tal sistema que o Sul Brasileiro Crédito Imobiliário S/A foi chamado a integrar o pólo passivo da demanda.

O SFH tem por objetivo criar condições de facilitar e promover a construção e a aquisição da casa própria, mormente à classe de menor renda da população. A esse propósito, anota Alcio Manoel de Sousa Figueiredo:

"(...) as contratações no SFH são unilaterais, aprovadas em parte pelo poder público (autoridade competente), e o restante de suas cláusulas são redigidas prévia e unilateralmente pelo agente financeiro. O mutuário não pode discutir ponto por ponto do contrato, tratando-se de um clichê contratual, que busca atender às necessidades da contratação de massa. Portanto, devem as cláusulas duvidosas ser sempre interpretadas em favor do mutuário" (grifei) (Cálculos no Sistema Financeiro de Habitação, Curitiba, Juruá, 1998, pág. 36).

A respeito do procedimento adotado pelas instituições financeiras, observa, uma vez mais, Biasi Ruggiero:

"Não é razoável que bancos, com seus sofisticados cadastros, desconheçam o perfil dos empresários a quem concedem financiamentos e, principalmente, façam-se de desentendidos em face dos adquirentes. Sabem que o empreendimento está sendo ou foi vendido. Mas não tomam conhecimento dos adquirentes, como se não existissem. Ele, banco, protegeu-se com a hipoteca de bem que se sabia, ou tinha o dever de saber, não mais era do devedor hipotecante" (grifado).

O banco réu, nesse contexto, agiu no episódio com indiscutível negligência, pois não exerceu o dever de fiscalização que lhe competia como agente financeiro do SFH. Por isso, não pode simplesmente esquivar-se do problema. Tendo a garantia hipotecária de todo empreendimento, compreendendo cada uma das unidades, poderia ter diligenciado para que os pagamentos feitos pelos incautos adquirentes lhe fossem repassados imediatamente, máxime porque tinha ciência das dificuldades financeiras da construtora.

Nesse norte, seria razoável que o apelado tivesse avisado, notificado, ou interpelado os adquirentes, para que lhe fizessem os pagamentos diretamente, ou, ao menos, que os consignassem em Juízo. Assim, entretanto, não procedeu, preferindo que os compradores assumissem integralmente o risco, abandonando-os à própria sorte.

Inegável, portanto, a incúria do apelado, pois tinha a obrigação de advertir e orientar os adquirentes e, por escrito, dos riscos e perigos a que estariam sujeitos diante da situação da construtora e mesmo das contingências do mercado imobiliário, que poderiam, como ocorreu, afetar seriamente seus direitos. Não tendo assim procedido, permanecendo silente a respeito de fato relevante por ele conhecido e certamente ignorado pelos adquirentes, deve responder por sua omissão.

Conforme assinalou o aresto já referido, do 1º TACívSP, ao enfrentar a questão da vontade das partes ao contratar:

“Deve-se perquirir, com a devida vênia dos que pensam de forma diversa, se havia efetiva liberdade de contratar por parte dos embargantes. Se eles livremente concordaram com garantia hipotecária a favor de Instituição Imobiliária, com os efeitos jurídicos prejudiciais unicamente aos embargantes, como ocorre. Se livremente, repita-se, aceitaram o débito (prestações) para com a construtora, cientes de que, ainda que quitassem integralmente o preço, sujeitar-se-iam a responder, inclusive com os bens adquiridos para moradia, pelas obrigações da construtora perante a instituição imobiliária e por um mútuo para construção que em absoluto lhes estava reservado. É evidente, evidentiíssimo aliás, que os embargantes não pretenderam se obrigar a tanto. Ninguém arriscaria um imóvel, que ao que parece é o único dos embargantes, depois de totalmente pago, com obrigações estranhas, que não lhes tocam, pois são de terceiro (construtora)”.

E acrescenta:

“Ao credor hipotecário, que consentiu nas vendas justamente para possibilitar ao devedor o pagamento da hipoteca, competia a cautela elementar de notificar os adquirentes de unidades condominiais de que eles ficariam sujeitos aos efeitos da hipoteca se o devedor hipotecário se tornasse inadimplente, exigindo deles o depósito mensal das prestações, estipulando na notificação outras medidas garantidoras do seu crédito. A peculiaridade desse por assim dizer ato jurídico mais complexo, somada aos princípios da lealdade e confiança, é elemento que deve ser levado

em conta no deslinde da causa, em favor dos adquirentes de boa-fé”.

O douto Togado, apesar do brilho habitual de suas sentenças, pontificando como um dos mais destacados magistrados deste Estado, interpretou ser inviável a pretensão extintiva das garantias hipotecárias que gravam a unidade imobiliária dos autores, ainda que integralmente quitada, porque a instituição financeira não anuiu expressamente com o liame contratual entre os adquirentes e a incorporadora. Aliás, esse foi, também, o motivo pelo qual o digno Julgador, muito embora tenha reconhecido o aspecto social da demanda, entendeu ser inaplicável a decisão invocada pelos autores, já referenciada (Ap. Cív. n. 378.569, rel. juiz Pinheiro Franco), publicada na Revista dos Tribunais n. 746/107. Tal precedente, diga-se, foi produzido antes mesmo da vigência do Código de Defesa do Consumidor, sendo exemplo loquaz de sensibilidade e do poder de criação do magistrado, construindo uma interpretação orgânica do Direito.

A anuência reclamada pela douda sentença objurgada, conforme leciona Ovídio Barcellos Frizzo, possui o objetivo de: “a) amparar os agentes na comercialização das unidades autônomas e b) amparar o adquirente relativamente a um bom negócio e garantir a este a averbação do seguro na apólice habitacional” (Financiamentos Imobiliários no Sistema Financeiro da Habitação, 2ª ed., Porto Alegre, Editora Síntese, 1981).

E conclui:

“Emerge daí a responsabilidade de os Agentes Promotores participarem formalmente a transação ao

Agente Financeiro de todas as unidades financiadas para evitar assim, eventuais prejuízos próprios e de terceiros adquirentes, muitas vezes desconhecedores das garantias oferecidas pelo Sistema Financeiro da Habitação, quer por falta de interesse pessoal ou de informações voluntárias e honestas dos Agentes Promotores” (pág. 45).

É de entender, pois, que a alienação das unidades residenciais estaria condicionada, em tese, à aprovação, pelo credor hipotecário, do adquirente em si, e não do negócio propriamente dito, até porque a transferência da propriedade da unidade imobiliária a terceiros é uma consequência natural de qualquer empreendimento imobiliário. Aliás, o próprio contrato de abertura de crédito firmado entre a instituição financeira e a construtora prevê, em sua cláusula décima quinta, tal possibilidade (fls. 56), inerente ao próprio empreendimento.

O julgado invocado pelos apelantes como paradigma, não há negar, aplica-se perfeitamente à situação em apreço, não obstante a decisão monocrática tenha entendido que naquele caso o credor hipotecário tenha consentido expressamente com a alienação da unidade. De fato, tal não sucedeu, pois, se tivesse ocorrido a anuência expressa, seria desnecessária toda a elaboração da tese sustentada no acórdão, que, diversamente, por duas vezes, sugere não ter ocorrido a aludida concordância.

É que a aquiescência da instituição financeira com as vendas das unidades aconteceu a priori, ou seja, logo que esta concedeu financiamento

à incorporadora para a edificação da obra. Aliás, nesta espécie de empreendimento, os edifícios são construídos, com financiamento público, na perspectiva da venda, atendendo a uma demanda social importantíssima, garantindo, o Estado, o direito de moradia, notadamente à classe de menor renda. Assim, a transferência das unidades residenciais é não só concebida, mas desejada e incentivada pelo agente financeiro, não só para atender a uma política social, mas para a garantia de seu próprio crédito.

Por corolário, ressalte-se que transparece de todo o processado, sem qualquer dúvida, a boa-fé dos apelantes, que não se utilizaram de financiamento para a quitação da unidade residencial, satisfazendo a dívida com recursos próprios. Seria inadmissível que fossem, mesmo após tal quitação, compelidos a cumprir obrigação do vendedor, ou a pagar duplamente pelo bem, ou vir a perdê-lo, pois isso seria consumação da injustiça, sob os olhos insensíveis da jurisdição, em nome de uma neutralidade plenamente discutível.

3. Em face de todo o exposto, dá-se provimento ao recurso, para declarar-se a ineficácia das hipotecas incidentes sobre o imóvel, em relação aos autores, julgando-se procedentes ambos os pedidos, invertidos os ônus sucumbenciais.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Francisco Borges.

Florianópolis, 3 de dezembro de 1998.

*João José Schaefer,
Presidente com voto;
Pedro Manoel Abreu,
Relator.*

APELAÇÃO CÍVEL N. 97.008723-3, DE TUBARÃO

Relator: Des. Orli Rodrigues

Ação de indenização — Empresa que por engano de digitação encaminha a protesto título já quitado — Dano moral tipificado — Moderação na fixação do quantum indenizatório — Improvimento do inconformismo interposto, visando à majoração do valor reparatório da ofensa.

1. O protesto indevido de título já pago é razão para atingir a honorabilidade do sacado. Todo o mal causado ao ideal das pessoas, resultando mal-estar, desgostos, aflições, interrompendo-lhes o equilíbrio psíquico, constitui causa eficiente para a obrigação de reparar o dano moral.

2. “Na fixação do quantum referente à indenização por dano moral, não se encontrando no sistema normativo brasileiro método prático e objetivo, o Juiz há que considerar as condições pessoais de ofensor e ofendido; (...) grau de suportabilidade do encargo pelo ofensor e outros requisitos que, caso a caso, possam ser levados em consideração” (in RJTJRS 163/261).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.008723-3, da comarca de Tubarão (1ª Vara), em que é apelante Édio Anselmo da Silva, e apelada Hardmax Computadores Ltda.:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Custas de lei.

I — Relatório

Trata-se de apelação cível interposta, a tempo e modo, por Édio Anselmo da Silva contra a sentença que julgou procedente a ação ordinária de indenização por danos morais movida por si contra Hardmax Computadores Ltda., articulando, para tanto, que o montante de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) fixado a título de verba indenizatória seria insuficiente para compensá-lo apelante pelo

abalo sofrido em decorrência de protesto de título já quitado. Pede, portanto, a majoração do quantum para o equivalente a 100 (cem) vezes o valor do título levado indevidamente a protesto.

Contra-arrazoado o recurso, a apelada requereu a mantença do decisorio vergastado.

Os autos ascenderam a esta egrégia Corte de Justiça, onde vieram-me conclusos.

É o relato do essencial.

II — Voto

Pretende o apelante o aumento da verba indenizatória a que foi condenada a recorrida a pagar, em razão do protesto indevido de título já quitado, causando-lhe danos morais.

Historicamente, o direito brasileiro sempre foi refratário à reparação de dano moral puro, só admitindo ressarcimento se esse dano acarretasse prejuízos materiais. Tal posição gerou grandes discussões acerca da possibilidade ou não de seu ressarcimento. Entretanto, com o advento da Constituição Federal/88, não resta qualquer dúvida sobre a possibilidade de sua reparação.

Prescreve o art. 5º, inciso X, da Constituição Federal:

“São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Esta Corte de Justiça já enfrentou o tema, em acórdão da lavra do eminente Des. João José Schaefer, assim assentado:

“Observa a seguir que a indenização por dano moral é constitucionalmente assegurada (art. 5º, V, da CF), não exigindo doutrina e jurisprudência o reflexo patrimonial para a respectiva caracterização, impondo-se a reparação tanto que confirmada a ilicitude do procedimento do autor” (Apelação Cível n. 39.689, de Joinville).

Portanto, merece aplauso a decisão monocrática que julgou procedente a pretensão do autor em ser ressarcido pelo abalo moral sofrido em razão da conduta inconveniente da requerida, inclusive admitida por esta.

O demandante manifesta também inconformismo no tocante ao quantum fixado a título de indenização.

Tal pretensão, de ver ampliada a verba ressarcitória, não pode ser atendida.

Conforme já consignou com proficiência o eminente Desembargador Trindade dos Santos:

“Na hipótese de dano moral, sendo prudencial a estimação do quantitativo indenizatório, a paga pecuniária há que representar para o ofendido uma satisfação que, psicologicamente, possa neutralizar ou, ao menos, anestesiar parcialmente os efeitos dos dissabores impingidos. A eficácia da contraprestação a ser fornecida residirá, com exatidão, na sua aptidão para proporcionar tal satisfação, de modo que, sem que configure um enriquecimento sem causa para o ofendido, imponha ao causador do dano um impacto suficiente, desestimulando-o a cometer novos atentados similares contra outras pessoas”

(Apelação Cível n. 49.415, da Capital — original não grifado).

Na sentença guerreada, consta in expressis verbis:

“No caso, a postulação do autor em 100 vezes o valor do título se mostra um tanto exacerbada quando não se tem, inobstante sustentado o autor, prova de ter obrado com má-fé, a ponto de voluntariamente pretender prejudicar o bom nome do requerente. De certa forma, justifica a parte ré que o indevido lançamento de seu nome no Ofício de Protesto de Títulos ocorrera ante o desacerto de informações pertinentes ao banco apresentante. Inegável que houve também o cancelamento de tal protesto, bem verdade que em 2/10/96, o que leva a crer ter havido conversa entre as partes acerca da questão e a ré ter ocorrido para a minimização dos danos já sofridos pelo autor. Diz-se isso para afastar de pronto a quantificação em valor exorbitante excessivo como postulado, a ponto de configurar-se até enriquecimento ilícito do autor. Fixo assim a indenização a ser paga pela ré ao autor no valor de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), valor que deve ser atualizado monetariamente a partir da data da celebração do negócio (15/9/95, fls. 9)” (fls. 57).

E agiu corretamente o digno Decisor de Primeiro Grau, porque de acordo com precedente jurisprudencial:

“Na fixação do quantum referente à indenização por dano moral, não se encontrando no sistema normativo brasileiro método prático e objetivo, o Juiz há que considerar as condições pessoais de ofensor e ofendido; (...) grau de suportabilidade do encargo pelo ofensor e outros requisitos que, caso a caso, possam ser levados em consideração” (in RJTJRS 163/261).

Por isso, este Órgão Fracionário entende não comportar modificação o respeitável decism monocrático.

III — Decisão

Ante o exposto, a Câmara, após debates, decidiu, sem discrepância de votos, negar provimento ao recurso, mantendo integralmente a sentença vergastada.

Do julgamento presidido pelo relator, participaram os Exmos. Srs. Des. Trindade dos Santos e Newton Trisotto, ambos com votos vencedores.

Florianópolis, 26 de maio de 1998.

Carlos Prudêncio,
Presidente para o acórdão;
Orli Rodrigues,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.000420-9, DA CAPITAL**Relator: Des. Orli Rodrigues**

Responsabilidade civil — Celesc — Vítima de choque elétrico que reclama pensão mensal, desde a data em que ocorreu o fato lesivo até que atinja 65 anos de idade, mais indenização por abalo moral, patrimonial, estético e dote — Sentença que acolheu em parte a pretensão posta na peça preliminar — Apelos interpostos: pela pretensora, colimando a elevação das verbas indenizatórias e a inclusão, na condenação, dos danos materiais não admitidos no decisum atacado; pela demandada, pleiteando a diminuição dos valores globais da sentença e também a dispensa de constituir capital para assegurar a execução — Acolhimento parcial do inconformismo da autora e desprovemento da irresignação da requerida.

1. Demonstrada a negligência da empresa que explora o fornecimento de energia elétrica na manutenção da rede, estrutura-se a responsabilidade por danos sofridos por criança atingida por violenta descarga elétrica, geradora de deformidade física e outras sequelas permanentes.

2. São cumuláveis as verbas pretendidas a título de dano moral, dano estético e dote oriundos do mesmo fato lesivo e devem ser fixadas em quantias que indenizem a expectativa de vida da vítima, malograda com a inquestionável culpa da ofensora.

3. O dano patrimonial alegado e não demonstrado desautoriza a pretensão ressarcitória.

4. A constituição de capital para assegurar o complemento da condenação tem suporte na regra contida no artigo 602 do Código de Processo Civil.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.000420-9, da comarca da Capital, em que são apelantes e apeladas, respectivamente, Renilda Odete Nunes e — Centrais Elétricas de Santa Catarina S/A — Celesc:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por maioria de votos, dar provi-

mento parcial ao recurso da autora e negar provimento ao recurso da ré.

Custas legais.

I — Relatório

Ao relatório da sentença de folhas 211 a 234 que é adotado por radiografar com fidelidade o conteúdo dos autos, adiciona-se que, sendo acolhi-

da parcialmente a pretensão posta na peça inaugural, em tempo hábil e pela forma legal, os contendores mostraram inconformismo, pretendendo a postulante o atendimento integral do que pedira na exordial, e a demandada buscando a reforma do julgado monocrático para reduzir o quantum indenizatório dos itens rotulados como dano moral, dano estético e dote a patamar realístico, que no seu entender não deve ultrapassar 500 (quinhentos) salários mínimos, e que fique desobrigada de cumprir o que foi determinado ao abrigo do artigo 602 do Código de Processo Civil (constituição de capital para assegurar o integral cumprimento da obrigação imposta).

Há registro do preparo.

Os recursos foram respondidos.

O Ministério Público esteve presente no feito, apresentando pareceres nas duas instâncias.

Esta é a sinopse da contenda.

II — Voto

a) Do apelo interposto pela autora

Comporta albergamento parcial.

Considerando-se que a recorrente Renilda Odete Nunes contava com apenas 9 (nove) anos de idade quando ocorreu o acidente, e que já passou por inúmeras cirurgias que não lhe devolveram o corpo são que possuía, mostrando as fotografias acostadas aos autos deformidades permanentes pomenorizadas nos laudos de folhas 159 a 161, 178/179 e 184 a 186, onde também há referência de abalo psíquico decorrente do

evento lesivo, o valor correspondente a 950 (novecentos e cinquenta) salários mínimos para cobrir dano moral, dano estético e dote é insuficiente.

O dano moral sofrido pela recorrente é devastador, pois “apresenta baixa estima, tendendo a se isolar do convívio social...” (fls. 159), decorrente, é inegável, da perda de sua felicidade anterior, quando dispunha não apenas de um corpo sadio, como também de uma mente despida de traumas e tinha um cenário positivo pela frente, embora pobre, como assinalou o Doutor Mário Wlatrick do Amarante, ilustre subscritor do parecer de folhas 256 a 259.

O pedido de elevação da indenização por dano estético também se justifica, pois a irressignada vítima está apresentando um quadro de deformidades assim explicitadas:

a) — “marcada atrofia de membro inferior esquerdo ao nível da coxa, com impotência motora e anestesia completa ao nível de joelho, conforme demonstra eletroneuromiografia”;

b) — “sofre muito inchaço nas pernas quando fica muito tempo sentada ou em pé”;

c) — “é acometida de uma moléstia denominada erisipela, sem tratamento definitivo e é decorrente do acidente”;

d) — “já foi submetida a uma cirurgia denominada ‘anastomose de nervo periférico em membro inferior esquerdo’, sem sucesso”;

e) — não pode exercitar “nenhum movimento de abertura e fechamento da boca, tendo falta de elementos dentários e presença de focos, em virtude da impossibilidade de higien-

zação e apresenta dificuldade de deambulação pela atrofia muscular que impossibilita de forma definitiva qualquer atividade que exija esforço físico" (laudos antes referidos).

A majoração do quantum atribuído pela sentença recorrida, a título de dote, deve ser atendida, pois a apelante, em virtude do acidente sofrido, ficou privada de construir um relacionamento afetivo e feliz.

Quanto ao pedido de ressarcimento por danos patrimoniais, não procede, porque a empresa recorrida acudiu a recorrente pagando despesas médico-hospitalares (ut documentos de fls. 117 a 137), e como acentua o Promotor de Justiça convocado, Doutor Lio Marcos Marin, "Por outro lado, para ser ressarcida pelos prejuízos materiais sofridos, indispensável é a prova de sua realização, a qual não consta dos autos" (fls. 266).

Por isso o pleito recursal da autora merece apenas provimento parcial, para que as verbas indenizatórias sejam elevadas de 950 (novecentos e cinquenta) salários mínimos para 1.500 (um mil e quinhentos) salários mínimos.

b) Do apelo interposto pela requerida

Justificados os motivos que autorizam a elevação do quantum resarcitório dos rótulos mencionados na insurgência da recorrente Renilda Odete Nunes, torna-se despiciendo prolongar a manifestação do órgão julgador em torno do tema.

Não se pode excluir do decisorio objurgado a obrigatoriedade de a Celesc constituir capital para produzir renda que assegure o integral cumprimento da indenização, primeiro por-

que a imposição decorre de previsão legal (art. 602, CPC) e, em segundo lugar, porque o veredicto açoitado assinala com muita propriedade que, "Muito embora seja a ré empresa pública, com invejável capital e de reconhecida idoneidade, faz-se necessária a constituição de capital para garantia da dívida. E isso porque não estamos tratando de uma empresa privada em que o patrimônio dos sócios poderia vir a garantir as obrigações decorrentes deste decisum, mas de uma empresa do poder público, cuja administração poderá tornar inviável a execução da sentença, ainda mais que existem rumores de futura privatização" (fls. 232/233).

Improcede, assim, o inconformismo apresentado pela demandada Celesc.

III — Decisão

Por tais razões, a Câmara, após debates, decidiu, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso da autora e desprover o apelo da ré.

O julgamento foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Carlos Prudêncio e teve a participação dos eminentes Desembargadores Trindade dos Santos, com voto vencedor, e Newton Trisotto, que ficou parcialmente vencido.

O parecer apresentado pela Procuradoria-Geral de Justiça tem a chancela do Doutor Lio Marcos Marin.

Florianópolis, 1º de setembro de 1998.

*Carlos Prudêncio,
Presidente para o acórdão;
Orli Rodrigues,
Relator.*

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.004021-3, DE JOINVILLE

Relator: Des. Orli Rodrigues

Alimentos — Ação de exoneração — Maioridade civil dos alimentandos, regularmente matriculados e freqüentando cursos de nível superior — Preservação da pensão alimentícia até que os filhos do alimentante atinjam a idade de vinte e quatro anos.

São considerados encargos de família as despesas relativas ao custeio de ensino superior em instituição particular, de filhos de até 24 anos de idade.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.004021-3, da comarca de Joinville (Vara da Família, Infância e Juventude), em que são apelantes M. S. G. e D. S. G., sendo apelado A. G.:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, à unanimidade de votos, não conhecer do recurso interposto por D. S. G. e, por maioria de votos, dar provimento ao apelo interposto por M. S. G.

Custas de lei.

I — Relatório

A. G., devidamente qualificado e representado por procurador legalmente habilitado, ajuizou perante a Vara de Família da comarca de Joinville ação de exoneração de pensão alimentícia contra seus filhos gêmeos M. e D. S. G., alegando que eles atingiram a maioridade civil e que exer-

cem função remunerada suficiente para desobrigá-lo do encargo alimentar.

O processo seguiu seus trâmites até recepcionar a prestação jurisdicional que deu acolhimento parcial ao pedido formulado na exordial, para exonerar o postulante do pagamento da verba alimentar em favor do filho M., mas permanecendo obrigado a pensionar a filha D., “até que esta se forme ou complete 24 anos” (excerto de fls. 59).

Inconformados com a conclusão do julgamento monocrático, os demandados apelaram, colimando sua reforma, para que o pensionamento perdure até que ambos atinjam o limite de idade previsto para cessamento da dependência econômica, argumentando, ad litteram: “O recorrido paga pensão alimentícia aos recorrentes, isto apenas a partir de julho de 1986, anteriormente os alimentandos

passaram por sérias dificuldades financeiras. Em que pese os recorrentes trabalharem, ambos cursam faculdade e completarão os estudos no final do ano de 1998, se tudo der certo, M. cursa Ciências Contábeis da Univille, está no 4º ano, e D. estuda Administração da Univali, está no 3º ano. M. trabalha na empresa Buschle & Lepper S/A e D. é professora do Jardim de Infância da Comunidade Evangélica de Joinville, para que possam se manter estudando, necessitam do pagamento integral da pensão alimentícia, pois juntam seus salários para fazer frente a todas as despesas que a vida lhes atribui" (excerto de fls. 64/65).

O recurso foi respondido.

O Ministério Público fez-se presente no feito, apresentando pareceres.

É o relatório.

II — Voto

O inconformismo de D. S. G. está despido de propósito legal, porque o decisum vergastado assegurou-lhe a percepção da pensão alimentícia até que conclua o curso superior ou complete 24 anos de idade.

Já o reclamo de seu irmão M. tem procedência, porque foi excluído do pensionamento a que está sujeito o seu progenitor.

O fato de constar da peça de resistência de fls. 13 usque 17 que o apelante M. "...se sustenta com o fruto de seu trabalho na empresa Buschle & Lepper S/A, paga suas despesas inclusive faculdade" não é motivo suficiente para dispensar o recorrido, seu

pai, de continuar a pensioná-lo nas mesmas condições estabelecidas para sua irmã D., ou seja, até se formar na faculdade ou chegar aos 24 de vida, pois não se pode olvidar que:

"O vocábulo alimentos abrange não só o fornecimento de alimentação, como também de alimentação, vestuário, diversos e tratamento médico..." (RJTJRGs 146/188).

Da obra intitulada "Dos Alimentos", do renomado Yussef Said Cahali, traslada-se o seguinte escólio:

"O pai deve propiciar ao filho não apenas os alimentos para o corpo, mas tudo o que necessário: Non tantum alimenta, verum etiam cetera quoque onera liberorum patrem ab iudice cogi praebere".

É verdade que o apelante M. exerce atividade remunerada, mas está cursando faculdade particular, onde deve pagar mensalidade que todos sabem não é barata.

Justifica-se, assim, merecer o mesmo tratamento dispensado a sua irmã D.

III — Decisão

A Câmara, após debate e votação, decidiu, sem discrepância de votos, não conhecer do recurso interposto por D. S. G. e, por maioria de sufrágios, dar provimento ao recurso interposto por M. S. G.

Além dos signatários, participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. Trindade dos Santos, com voto vencido.

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça está chancelado pelo Doutor Joel Rogério Furtado.

Florianópolis, 18 de agosto de 1998.

Carlos Prudêncio,
Presidente com voto;
Orli Rodrigues,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.009750-9, DE LAURO MÜLLER

Relator: Des. Orli Rodrigues

Civil — Imissão de posse — Vigência de pacto locatício — Entrega das chaves do imóvel no curso da contenda — Julgamento antecipado da lide — Recurso interposto, alegando nulidade sentencial — Acolhimento da irresignação.

1. *“Ainda que possível o julgamento antecipado da lide quando houver discussão de matéria fática, impõe-se ao juízo o dever de, fundamentadamente, declinar os motivos pelos quais dispensou a produção de provas em audiência” (Ap. Cív. n. 97.000152-5, relator Des. Eder Graf, in DJSC de 5/5/97, pág. 13).*

2. *“É incompleta a sentença que se omite quanto às questões prejudiciais cuja apreciação é obrigatória e precede a da matéria de mérito, devendo, por isso, ser decretada sua nulidade por infringência do art. 458 do Código de Processo Civil” (in Dicionário Jurisprudencial, de Dagma Paulino dos Reis, edição 1992, pág. 965).*

1 — Relatório

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.009750-9, da comarca de Lauro Müller (Vara Única), em que é apelante Schambeck & Citadin Ltda., e apelados Maria Salete Machado Monteiro e outros:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso.

Custas legais.

Maria Salete Machado Monteiro, por si, e representando seus filhos menores, Celso Monteiro Neto, Olivio Monteiro e Frederico Monteiro, aforou ação de imissão de posse contra Schambeck & Citadin Ltda., pessoa jurídica de direito privado, objetivando verem-se imitados na posse de um imóvel adquirido por formal de partilha, situado na Rua Henrique Lage, município de Lauro Müller.

Relatam os autores serem legítimos proprietários de um imóvel de

dois pavimentos, e que, em virtude de contrato locatício, teriam alugado uma sala comercial no primeiro andar para a ora suplicada, que, conforme aduziram, estaria se recusando a devolvê-lo, tornando-se inadimplente, em face do vencimento de aluguéis não pagos.

Ao final, almejavam a procedência do pedido, para que fosse condenada a ré em perdas e danos, arcando com os valores referentes aos aluguéis atrasados.

Devidamente citada, a requerida apresentou contestação às fls. 40/45, em que argüiu, preliminarmente, a carência de ação, por impossibilidade jurídica do pedido, sustentando que o procedimento próprio para a pretensão deduzida pelos requerentes seria a ação de despejo para uso próprio.

Os autores replicaram às fls. 58/59, afirmando ser meramente protelatória a matéria levantada na contestação.

O MM. Juiz Singular, em despacho proferido às fls. 58, determinou a especificação de provas, o que restou devidamente cumprido pelas partes.

A seguir, em petitório anexado às fls. 62, a demandada relatou ter cumprido o prazo locatício, e promoveu, destarte, a entrega judicial das chaves do dito imóvel.

Após, o douto Juiz de Direito da comarca de Lauro Müller conheceu antecipadamente do pedido, julgando extinto o processo, ante a falta de objeto, forte no art. 267, IV, do Codex Instrumental Civil.

Irresignada com a prestação jurisdicional entregue, interpôs a parte demandante embargos declaratórios, almejando a reforma do decisum no tocante ao pagamento dos aluguéis devidos.

Às fls. 66, o Togado Monocrático julgou-os procedentes, condenando a requerida ao pagamento das perdas e danos correspondentes “aos valores dos aluguéis não pagos corretamente desde 22/4/92, descontados os recibos anexados à contestação, acrescidos de correção monetária e juros legais”.

Novamente, os requerentes interpuseram recurso de embargos de declaração, para excluir da r. sentença de Primeiro Grau a parte que determina o desconto dos valores aludidos nos recibos anexados à contestação, asseverando que eles foram recebidos por terceira pessoa, visto estarem chancelados por “Maria Salete dos Santos Bossardi”, não tendo dessa forma a autora Maria Salete Machado Monteiro recebido ditos valores.

Após, houve acolhimento da ir-resignação, tendo o Julgador a quo alterado o dispositivo da sentença, passando a condenar a demandada ao pagamento das perdas e danos correspondente aos valores dos aluguéis não pagos corretamente desde 22/4/92, acrescidos de correção monetária e juros legais, mais despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

Opportuno tempore, a ré, irresignada com a tutela jurisdicional entregue em Primeiro Grau de Jurisdição, interpôs recurso de apelação.

Argumenta, em síntese, que a sentença nem sequer examinou a preliminar argüida na contestação ofertada e que o veredicto não foi elaborado de acordo com os requisitos essenciais contidos no artigo 458 do CPC.

Nas contra-razões, os autores pugnaram pela manutenção da sentença profligada.

É o relatório.

II — Voto

A insurgência apresentada contra a sentença insculpida às fls. 64 dos autos comporta albergamento.

A recorrente está forrada de razão quando assevera na postulação recursal que houve afronta ao disposto no artigo 458 da Lei Adjetiva Civil porque ficou privada de produzir as provas que tempestivamente requereu e não obteve apreciação da proemial de impossibilidade jurídica do pedido, suscitada na peça de resistência a tempo e modo ofertada.

A solução dada à vexata questão juris não pode, data venia, subsistir, pois, de acordo com a lição do renomado Humberto Theodoro Júnior:

“Não basta ao ideal de justiça garantir a solução judicial para todos os conflitos; o que imprescindível é que essa solução seja efetivamente justa, isto é, útil e eficaz para outorgar à parte a tutela prática a que tem direito, segundo a ordem jurídica vigente. Em outras palavras, é indispensável que a tutela jurisdicional dispensada pelo Estado a seus cidadãos seja idônea a realizar, em efetivo, o desígnio para o qual foi engendrada” (in Processo Cautelar, 2ª ed., págs. 40/41).

A peça contestatória de fls. 40 a 45 traz no seu preâmbulo a preliminar de impossibilidade do pedido formulado pelos apelados, porque o imóvel, cuja imissão de posse é reclamada, vem sendo ocupado pela recorrente em decorrência de vínculo locatício mantido com os finados Patrícia Dias Monteiro e Celso Monteiro Filho e os alugueis vinham sendo rigorosamente pagos à Sra. Maria Salete dos Santos Bossardi.

Para comprovar tudo o que foi alegado a título de defesa, a apelante requereu a produção de prova testemunhal, tomada do depoimento pessoal dos autores e apresentação de outras provas que se fizessem necessárias.

Porque a recorrente fez a entrega das chaves do imóvel em juízo, justificando que assim procedia “...ante a exata configuração há (sic) quem deveria ser devolvido” (petição de fls. 62), a Togada Doutora Maria da Conceição dos S. M. de Souza prolatou o julgado de fls. 64, declarando extinto o processo com espeque no art. 267, IV, do Código de Processo Civil, e posteriormente, acolhendo embargos de declaração opostos pelos apelados, condenou a apelante a pagar alugueis desde 22 de abril de 1992, descontados os recibos anexados à contestação, acrescidos de correção monetária, juros legais, e arbitrando verba honorária de 20% sobre o valor da condenação (fls. 66).

Sem embargo aos merecimentos profissionais da digna subscritora do decisum apresentado, assinala-se que a composição do litígio não foi feita de forma correta.

Indispensável se fazia a realização de audiência instrutória.

O exame da isagoge aventada na contestação não podia ser omitido.

O julgado açoitado descumpriu as exigências de que trata o artigo 458 do Código de Processo Civil, impondo-se a sua anulação, porque, de acordo com a jurisprudência:

“Ainda que possível o julgamento antecipado da lide quando houver discussão de matéria fática, impõe-se ao juízo o dever de, fundamentadamente, declinar os motivos pelos quais dispensou a produção de prova em audiência” (Ap. Cív. n. 97.000152-5, de Balneário Camboriú, rel. Des. Eder Graf, in DJSC de 5/5/97, pág. 13).

Também:

“É incompleta a sentença que se omite quanto às questões judiciais cuja apreciação é obrigatória e precede a da matéria de mérito, devendo, por isso, ser decretada sua nulidade por infringência do art. 458 do Código de Processo Civil” (Dagma Paulino dos Reis, in Dicionário Jurisprudencial, Editora RT — 1992, pág. 965).

José Frederico Marques adverte que:

“Existindo preliminares ainda não resolvidas no processo, o pronun-

ciamento sobre elas é obrigatório e antecederá a decisão pertinente ao mérito. Omitindo o juiz sua apreciação ou pronunciamento sobre a matéria preliminar, nula será a sentença, e, por isso, o ato processual tem de ser renovado” (in Manual de Direito Processual Civil, III/32).

III — Decisão

Ante o exposto, a Câmara, após debates, decidiu, sem discrepância de votos, dar provimento ao recurso, para declarar a nulidade da sentença de fls. 64 e do aditamento de fls. 73, para possibilitar o exame da prefacial argüida na contestação, que, sendo rechaçada, ensejará a realização de audiência de instrução e julgamento, com prolação de novo ato decisório.

Do julgamento presidido pelo Exmo. Sr. Des. Carlos Prudêncio participaram, com votos vencedores, os eminentes Desembargadores Trindade dos Santos e Newton Trisotto.

Florianópolis, 10 de dezembro de 1998.

Carlos Prudêncio,
Presidente para o acórdão;
Orli Rodrigues,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 97.000131-2, DE XANXERÊ

Relator: Des. Trindade dos Santos

Ação regressiva. Seguradora que pagou os danos causados em veículo segurado. Incêndio irrompido em empresa de concertos

mecânicos. Veículo que se encontrava em depósito, para reforma, destruído. Dever de indenizar, regressivamente, da depositária. Denúnciação à lide, por esta, de sua seguradora. Julgamento de improcedência da ação subsidiária. Sentença, nesse aspecto, reformada. Apelo, para tanto, provido.

— *A entrega de veículo, para reparos, a oficina mecânica transfere a esta a guarda do bem, com a empresa de consertos assumindo, pois, a condição de depositária. Nessa situação, se o veículo em depósito vem a perecer, em decorrência de incêndio irrompido na oficina mecânica, o dever indenizatório desta é incontestado. Obtendo o proprietário do veículo sinistrado a cobertura securitária respectiva, o seu direito a haver indenização é transferido à seguradora, à qual deve ser prestado o ressarcimento, em caráter regressivo.*

— *De outro lado, se a responsável pela reparação denuncia à lide a seguradora com a qual mantém contrato de seguro e desde que enquadrado o sinistro havido entre as condições da apólice, não há como deixar-se de reconhecer o direito de regresso da empresa em cujas dependências ocorreu o incêndio. Irrelevante, nessa hipótese, é a existência de cláusula isentadora da obrigação da seguradora denunciada, quanto aos bens guardados ou depositados ao ar livre, quando, normalmente, os veículos entregues à seguradora eram depositados, em face da ausência de ambientes cobertos, ao ar livre e quando não restou comprovado que isso implicasse em agravamento dos riscos por parte da seguradora.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.000131-2, da comarca de Xanxerê (1ª Vara, Infância, Juventude e Registros Públicos), em que é apelante Trukam — Indústria e Comércio Ltda., e apeladas Bradesco Seguros S/A e Sul América Bandeirantes Seguros S/A:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso, para julgar procedente a denúnciação à lide deduzida pela apelante.

Custas legais.

Bradesco Seguros S/A aforou, contra Trukam Indústria e Comércio Ltda., ação regressiva de ressarcimento de danos, aduzindo, em linhas gerais, ter indenizado sua seguradora, Transporte Lucion Ltda., na importância de Cr\$ 5.500.000,00 (cinco milhões e quinhentos mil cruzeiros), em face de contrato de seguro de um caminhão Volvo, tipo 10, ano 1987, placa IA 3238, chassi 9BVNOA4A0HE612332, o qual veio a ser queimado em um incêndio ocorrido em 30/1/91, por volta das 2h30min,

enquanto estava ele depositado no pátio da empresa demandada, a fim de ser reparado. Com esse pagamento, subrogou-se ela em todos os direitos da segurada.

Enfatizou a responsabilidade da demandada pelo incidente, haja vista que esta tinha a obrigação de zelar pela segurança do caminhão segurado, já que estava sob sua guarda.

Afirmou que o laudo pericial afastou a possibilidade de ter caído um raio sobre o veículo em razão de haver chovido torrencialmente na noite do evento, não determinando o expert vistoriante a causa do incêndio.

Requeru a condenação da empresa ré ao pagamento do valor desembolsado — Cr\$ 5.500.000,00 —, atualizado desde a data do efetivo pagamento (15/3/91), com todos os demais acréscimos legais.

À inicial foi acostado o laudo pericial de fls. 13 a 15.

Ofertando contestação, a demandada Trukam Indústria e Comércio Ltda. denunciou à lide a Sul América Bandeirantes Seguros S/A, com a qual mantém contrato de seguro com o limite de Cr\$ 10.000.000,00. No mérito, confirmou a ocorrência relatada na introital, argumentando, entretanto, não estar afastada a possibilidade de o evento danoso ter-se desencadeado pela queda de um raio, entendendo, assim, estar isenta de responsabilidade, conforme art. 1.058 do Código Civil, em razão de tratar-se de caso fortuito ou força maior. Ademais, não pode ser a contestante responsabilizada pelo sinistro havido, já que para este não concorreu com dolo ou culpa.

Manifestando-se sobre a contestação, a parte autora salientou a impossibilidade de denúncia à lide haja vista que o item “5-c” da apólice da demandada exclui do seguro os bens guardados ou depositados ao ar livre. Com referência ao mérito, apon-tou que o laudo pericial descarta a possibilidade de queda de raio sobre o caminhão segurado.

Citada, a Sul América Bandeirantes Seguros S/A compareceu aos autos, aduzindo estar isenta de responsabilidade em virtude da cláusula “5-c”, requerendo a improcedência da denúncia à lide com a condenação da denunciante ao pagamento de custas processuais e honorários de advogado. Em não sendo assim, pediu que fosse respeitado o limite contratual do seguro. Referentemente ao mérito, reeditou os argumentos agitados pela demandada.

Em audiência de instrução e julgamento, após a ouvida das testemunhas arroladas, o MM. Juiz de Direito acolheu a pretensão deduzida pela acionante, condenando a requerida ao pagamento do valor pretendido (Cr\$ 5.500.000,00), devidamente corrigido, mais custas processuais e honorários de advogado, estes fixados em 15% sobre o valor da condenação.

De outro lado, julgou improcedente a denúncia à lide, condenando a requerida/denunciante ao pagamento de 10% do valor da condenação, a título de honorários advocatícios, à litisdenúncia.

Inconformada com o decisum prolatado, apelou a acionada, sustentando não ter agido com qualquer forma de culpa para a ocorrência do sinistro e muito menos com dolo.

Afirmou que possui no local um vigia, o qual, inclusive, foi o primeiro a perceber o incêndio.

Quanto à improcedência da denúncia à lide, entende dever ser reformada a sentença exarada, posto que, quando se realizou o contrato de seguro, tinha conhecimento a seguradora de que as atividades da apelante eram desenvolvidas em área coberta e no seu pátio, assumindo, assim, o risco de ter de indenizá-la em caso de acidentes.

Tanto a autora como a seguradora litisdenunciada produziram resposta ao apelo intentado.

É o relatório.

Procedente faz-se o reclamo recursal da apelante.

Inquestionavelmente, o veículo da seguradora Transportes Lucion Ltda. fora entregue à insurgente para reparos, encontrando-se, para tanto, em seu pátio.

Em tais circunstâncias, era a apelante responsável, dúvidas inexistem, pela segurança do mencionado veículo, posto ter assumido as qualificações de depositária do bem.

Citando o emérito Caio Mario da Silva Pereira, assinala Rui Stoco:

“Quando o proprietário do veículo o confia a uma oficina mecânica para revisão ou reparos ou quando o recolhe a um posto de serviços (posto de gasolina) para lavagem, abastecimento, revisão, troca de óleo, etc., ocorre o depósito e conseqüente responsabilidade do estabelecimento. O proprietário, sem deixar de sê-lo, transfere a guarda da coisa e, com esta, o dever de vigilância, determinante da responsabilidade do garagista, ou

do proprietário da oficina ou do posto, pelo furto do veículo” (Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial, 2ª ed., São Paulo, RT, 1995, pág. 217).

Mesmo porque, consoante já gizou esta Corte:

“É irrefragável, e até intuitivo, que os danos provenientes do exercício de atividade empresarial, operada sob o controle e em prol de seu titular, por este devem ser ressarcidos. Por evidente, se aquele se aproveita dos lucros advindos da empresa, também há de arcar com os danos porventura gerados em decorrência da atividade” (Ap. Cív. n. 97.000167-3, de Joinville, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

Destarte, como inquestionavelmente positivado nos autos, tendo o veículo segurado perecido quando sob depósito na oficina mecânica de propriedade da apelante, a responsabilidade indenizatória desta é inerente ao próprio risco da atividade comercial por si desenvolvida, competindo-lhe, pois, o dever de ressarcir os prejuízos daí advindos.

E se, in casu, a autora da ação — a apelada Bradesco Seguros S/A —, na condição de seguradora do veículo sinistrado, efetuou a cobertura securitária correspondente, sub-rogou-se ela no respectivo direito a ser exercido contra a efetiva responsável pela indenização dos danos: a recorrente.

Incide, na hipótese, o provimento sumular 188 do Excelso Pretório, a cujo teor:

“O segurador tem ação regressiva contra o causador do dano, pelo que efetivamente pagou, até o limite previsto no contrato de seguro”.

Dessa obrigação, a recorrente somente estaria isenta acaso comprovado com suficiência que o sinistro teve como causa caso fortuito ou força maior.

Entretanto, na hipótese vertente, não produziu a irresignada prova convincente a propósito.

O laudo pericial elaborado acerca da ocorrência é por demais enfático ao excluir a possibilidade de haver o sinistro decorrido da caída de um raio, afirmando que ele poderia ter sido produzido por ato criminoso ou por curto-circuito.

As testemunhas ouvidas, Ne-reu Antonio Piccolli (fls. 115), Paulo César Lucion (fls. 115v.), Pedro Celso Locatelli (fls. 116), este chefe da chapeação da postulante recursal, Angelo Roberto Anzolin (fls. 116v.) e Alexandre Ivaldo Ciotta (fls. 117), nada puderam esclarecer a respeito das causas do sinistro havido.

Nessas circunstâncias, e por incumbir a prova a propósito à apelante, não há reconhecer a existência de caso fortuito ou força maior, hábeis a eximi-la de qualquer responsabilidade reparatória.

Nem há que se sustentar não ter resultado delineada, aqui, qualquer atitude culposa imputável à recorrente.

Ocorre que, como acentua o douto Arnaldo Marmitt:

“O proprietário de veículo, para ser responsável pelo ressarcimento, precisa ter provada a sua culpa, fato que não é necessário em se cuidando do dono do estabelecimento, o guarda do bem, cuja responsabilidade é objetiva. Desde que o automóvel é en-

tregue a uma oficina para ser conser-tado, abastecido ou lavado, responde o responsável pela respectiva oficina pelos danos que o veículo sofrer durante o período que estiver sob a sua guarda” (Seguro de Automóvel, Aide Editora, pág. 157).

Incensurável, em sendo assim, a sentença, quando concluiu pela responsabilidade da demandada no referente ao ressarcimento da cobertura securitária que emprestou a seguradora acionada à sua segurada Transportes Lucion Ltda.!

No entanto, impõe-se a reversão do provimento jurisdicional atacado, no que diz respeito à denunciada à lide: a Sul América Bandeirantes Seguros S/A.

Mantinha a recorrente, saliente-se, contrato de seguro com a denunciada à lide, tendo como objeto a própria firma comercial.

Registre-se, de início, que, conforme escólio do insigne Arnaldo Marmitt, na interpretação do contrato de seguro:

“De capital importância nos contratos é o acordo de vontades, que vincula os contraentes, e que se substancia através de cláusulas a serem redigidas em linguagem clara e precisa. A real intenção das partes deve ser materializada sem ambigüidades, sem incertezas ou confusões, que impliquem em interpretações múltiplas” (ob. cit., pág. 17).

Como, também, não há que se desconsiderar que:

“As leis que norteiam e inspiram os institutos de previdência, as companhias de seguros, os grêmios beneficentes de pecúlios e seguros

são de caráter altamente social, e devem ser interpretadas com alta compreensão dos problemas humanos, e por isso o formalismo não pode servir de obstáculo à sua realização” (Rev. Forense, 261/278).

Na espécie sub judice, constata-se constar da apólice de seguros firmada entre a recorrente e a litisdenunciada que:

“Não estão abrangidos pelas garantias previstas neste Seguro:

“c — bens guardados ou depositados ao ar livre” (cláusula 5, letra c, das Condições Gerais da Apólice).

Aditado encontra-se, outrossim, no item 14, letra b, das mesmas Condições Gerais, que:

“Ocorrerá a perda do seguro, ficando a Seguradora isenta de qualquer responsabilidade, seja a que título for, com a perda, ainda, em favor dela, do prêmio pago, quando:

“b — houver agravamento do risco ou praticar o Segurado ato que possa aumentá-lo ou seja contrário aos termos estipulados nesta Apólice”.

Esta última cláusula, resta ver, obtém repercussão legal no art. 1.454 do Código Civil, de cuja dicção ressaí que:

“Enquanto vigorar o contrato, o segurado abster-se-á de tudo quanto possa aumentar os riscos, ou seja contrário aos termos do estipulado, sob pena de perder o direito ao seguro”.

In specie, ressalta dos autos que o veículo sinistrado encontrava-se, quando do evento, depositado no pátio da recorrente, a descoberto.

Mas, convenhamos, essa circunstância, e apenas ela, não tem o

condão de gerar a perda, pela recorrente, da cobertura securitária que pactuou.

Não teria nenhum sentido, pensamos, contratar a empresa apelante, que se dedica ao ramo de mecânica de veículos, seguro de danos ocasionados em suas dependências a terceiros, excluindo-se, entretanto, aqueles terceiros cujos veículos, em depósito junto à recorrente, estivessem depositados em área não coberta.

Isso seria ilógico, quando se tem que, conforme consta dos autos, a acionada utilizava-se largamente de sua área externa para o depósito dos veículos que lhe eram confiados para reparos, área esta que integrava o complexo das instalações utilizadas pela demandante recursal, estando ela cercada e submetida à vigilância de um guarda noturno.

Mesmo porque:

“ (...) quem adere a um contrato tipo — redigido unicamente pela Companhia Seguradora — sem que tenha possibilidade real de modificá-lo, procede na convicção de que o seguro lhe é útil” (TAPR, rel. Juiz Francisco Muniz, JB 174/168).

Ressalte-se, mais, que, como deixou observado o emérito Des. Gaspar Rubik, no acórdão da Apelação Cível n. 32.906, da comarca de Biguaçu:

“Indenização — Seguro de acidentes pessoais — Morte do segurado em acidente resultante de sua culpa — Embriaguez — Voluntariedade não demonstrada — Invalidade da cláusula liberatória da obrigação de indenizar — Princípio da equidade — Ação procedente — Recurso improvido.

“Sendo a boa-fé um dos esteios que sustenta o contrato de seguro, a equidade desempenha papel preponderante e deve ser pronunciada sempre, tendo em vista as peculiaridades de cada caso concreto, notadamente porque quem faz seguro assim age para desfrutar de maior tranquilidade, para libertar-se de preocupações e para ter paz de espírito (cf. Washington de Barros Monteiro, ‘Curso’, 5º vol., 6ª ed., pág. 360).

“Por isto, sem prova da voluntariedade da embriaguez de seu segurado, com o propósito de provocar o acidente no qual se envolveu por sua culpa, não se isenta a seguradora da obrigação de indenizar a beneficiária do seguro”.

Importante ressaltar-se, nesse contexto, que, na hipótese, o contrato foi feito por contrato de adesão, o que não permite ao segurado discutir suas cláusulas. Certamente, se possível a discussão a respeito, tal cláusula não teria sido estipulada, pois é limitativa do seu direito.

De conformidade com a ensinância de Orlando Gomes:

“Admite-se, em última análise, a aplicação da regra de hermenêutica segundo a qual devem ser interpretadas a favor do contratante que obrigou por adesão. O poder que, no particular, se reconhece ao Juiz — poder moderador — encontra seu fundamento no princípio de que os contratos devem ser executados de boa-fé” (JB 174/167).

Não há que se dizer que, com isso, houve agravamento, por parte da apelante, dos riscos cobertos, posto nem sequer ter-se comprovado, quando menos no terreno do hipotéti-

co, que o incêndio irrompido, e que levou à destruição do veículo segurado, não teria ocorrido acaso estivesse ele em ambiente coberto.

E sabe-se que:

“Seguro de vida — Grupo — Agravação de risco pelo segurado — Exclusão da responsabilidade da seguradora — Cláusula que deve ser interpretada restritivamente — Voluntariedade não provada cabalmente — Indenização devida — Aplicação do princípio da equidade — Inteligência dos arts. 1.454 e 1.456 do CC.

“A exclusão do direito à indenização deve ser buscada em condições que não violem o princípio da equidade. Assim, inexistindo prova cabal da voluntariedade do segurado ao agravamento do risco, deve a seguradora honrar o contrato e pagar a indenização ao beneficiário” (RT 606/97).

Ou:

“Seguro de acidentes pessoais. A prática de atos reconhecidamente perigosos, bem como a de outros, proibidos em lei, como riscos excluídos pelas cláusulas impressas, exigem caracterização típica. Devem ser voluntários e autônomos” (JC 29/137).

Ademais, consoante doutrina o festejado Washington de Barros Monteiro:

“O risco consistirá num acontecimento futuro e incerto, que poderá prejudicar os interesses do segurado, provocando-lhe uma diminuição patrimonial evitável pelo seguro, e a indenização é a importância paga pela seguradora ao segurado, compensando-lhe o prejuízo econômico decorrente do sinistro (...) quem faz

seguro, assim age para desfrutar de maior tranquilidade, para libertar-se de preocupações, para ter paz de espírito” (Curso de Direito Civil, 5º vol., 6ª edição, pág. 360).

Além do que:

“Ao segurador cabe, para exonerar-se da obrigação de indenizar assumida no contrato de seguro, o ônus da prova de sua irresponsabilidade. Na dúvida, responde pela obrigação (RT 401/247, 395/230 e 366/309)” (Ap. Cív. n. 46.786, de Sombrio, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

À vista das razões expostas é que se empresta provimento ao apelo deduzido, para, reformando-se a sentença vergastada no que tange ao desacolhimento da denunciação à lide rejeitada, reconhecer o direito da apelante de haver da Sul América Bandeirantes Seguros S/A o que vier a pagar

à autora da ação, até o limite da apólice pactuada, devidamente atualizado pela incidência dos índices oficiais de correção monetária.

Com isso, impõem-se à denunciada à lide as custas processuais incidentes na denunciação, invertendo-se, quanto à lide secundária, os encargos advocatícios.

O julgamento foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues, dele participando, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Newton Trisotto e Vanderlei Romer.

Florianópolis, 9 de fevereiro de 1999.

Carlos Prudêncio,
Presidente para o acórdão;
Trindade dos Santos,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.013125-1, DE VIDEIRA

Relator: Des. Trindade dos Santos

Seguro de vida em grupo. Morte de empregado inserido no contrato de cobertura. Período de carência, entretanto, não integralizado. Princípio da eventualidade. Quebra. Inocorrência. Ação acolhida. Sentença, entretanto, reformada. Insurgência apelatória provida.

— *Não fere o princípio da eventualidade previsto no art. 303 do CPC, quando a alegação dita extemporânea da parte contestante respalda-se em fatos que somente vieram à luz após as deduções da defesa, mercê do cumprimento de diligências requeridas pela contestante.*

— *Nos termos do art. 1.460 do Código Civil, sempre que a apólice limitar ou particularizar os riscos do seguro, a responsabilidade da seguradora estará limitada aos riscos efetivamente assumi-*

dos ou particularizados. Em se tratando de seguro de vida em grupo, pactuado por empresa comercial em benefício de seus empregados, havendo estipulação de que a cobertura respectiva somente seria prestada aos empregados que tivessem vinculação empregatícia há, quando menos, três meses com a empresa proponente, não fazem jus os familiares de empregado vitimado em acidente do trabalho à correspondente indenização, quando o de cujus, na ocasião do evento, ainda não havia cumprido o período mínimo de carência.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.013125-1, da comarca de Videira (2ª Vara e Fazenda Pública), em que é apelante Bradesco Seguros S/A, sendo apelados Clair Oliveira Alves, Claudemir Gomes Alves, Sirlei Terezinha Oliveira Alves, Eliane Gomes Alves, Silvana Gomes Alves, Viviane Gomes Alves, Claudinei Gomes Alves e Liamar Gomes Alves:

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

Custas na forma da lei.

Clair Oliveira Alves, Claudemir Gomes Alves e Sirlei Terezinha Oliveira Alves, esta por si e assistindo ou representando seus filhos menores Eliane Gomes Alves, Silvana Gomes Alves, Viviane Gomes Alves, Claudinei Gomes Alves e Liamar Gomes Alves ajuizaram, contra Bradesco Seguros S/A, ação de cobrança de seguro, tendo como base o óbito, em 6/12/94, de Crescêncio Gomes Alves, esposo e genitor dos requerentes, vítima de acidente de trabalho.

Expuseram os postulantes que, cientes de que a Madeireira Irmãos Zimmermann Ltda., empregadora do falecido, mantinha com a ré contrato

de seguro de vida para seus funcionários, formularam pedido com vistas à cobertura do sinistro; contudo, em que pese terem providenciado todos os documentos solicitados, a seguradora não efetuou o pagamento do prêmio.

Por isso, requereram a condenação da ré ao pagamento do valor do seguro contratado, a ser apurado por meio da apólice, devidamente corrigido e acrescido de juros moratórios, ou, então, ao pagamento de uma indenização correspondente a 300 salários mínimos.

Em contestação, a seguradora acionada alegou, em linhas gerais, que o pagamento não foi efetuado em virtude da falta de documentação necessária, principalmente a relação de todos os funcionários da empresa estipulante cadastrados no FGTS, correspondente ao mês anterior ao óbito, para que a seguradora pudesse apurar o valor individual do capital segurado, pugnando, então, pela improcedência da demanda.

Acostados aos autos vários documentos, inclusive a relação de empregados solicitada pela ré, o Dr. Promotor de Justiça manifestou-se pela improcedência do pedido.

Em sentença antecipada, o MM. Juiz de Direito a quo acolheu a pretensão dos postulantes, ao argu-

mento de que o período de carência estipulado pelo contrato de seguro já havia sido superado por ocasião do trabalho desenvolvido por Crescêncio Gomes Alves, na empresa estipulante, durante o ano de 1993, sendo que a posterior cessação do vínculo, em data não esclarecida, e sua reativação em 28/11/94, perdurando até o dia do acidente fatal, 6/12/94, não retira o direito dos autores à indenização securitária. Condenou a ré ao pagamento da importância de R\$ 6.766,00, a título de indenização securitária, com os acréscimos legais a partir da citação, bem como ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

Irresignada com o decisum exarado, apelou a seguradora acionada, repisando os argumentos já expendidos na contestação e na manifestação de fls. 64 a 66, pugnando pela reforma da sentença.

Oferecida a resposta, o Ministério Público a quo opinou pelo conhecimento e provimento do recurso deduzido.

Nesta Instância, a colenda Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e desprovisionamento do apelo interposto.

É o relatório.

É de se emprestar provimento ao recurso intentado pela seguradora demandada, revertendo-se, em consequência, os efeitos do provimento jurisdicional exarado.

Por primeiro, há que se arrear a incidência, no caso, do princípio da eventualidade.

Conforme observam os doutos Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery:

“Por este princípio, o réu deve alegar, na contestação, todas as defesas que tiver contra o pedido do autor, ainda que sejam incompatíveis entre si, pois na eventualidade de o juiz não acolher uma delas passa a examinar a outra. Caso o réu não alegue, na contestação, tudo o que poderia, terá havido preclusão consumativa, estando impedido de deduzir qualquer outra matéria de defesa depois da contestação, salvo o disposto no CPC 303” (Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor, 1997, RT, 3ª ed., pág. 579).

Outrossim, enfatiza, a propósito de tal princípio, o Des. Everardo de Souza:

“De tal arte, a contestação, como a inicial, deve ser formulada por escrito e conter a exposição clara e precisa dos fatos e fundamentos jurídicos, em que o réu se baseia para ilidir a súplica do autor. Deve vir acompanhada, também, dos documentos substanciais, que justifiquem a refutação.

“Depois da contestação, não é lícito ao réu deduzir novos fatos ou novos meios de defesa, tirante as exceções enumeradas no art. 303, isto é, que disserem respeito a direito superveniente, competirem ao juiz conhecer delas oficiosamente e, por “expressa disposição legal, puderem ser formuladas em qualquer tempo e juízo”.

E, prosseguindo:

“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.

“Pela sistemática do Código, todas as questões de fato, em regra, devem ser alegadas pelas partes, em primeira instância, na petição inicial e na contestação.

“Segue-se, daí, que no juízo da apelação não podem as partes suscitar novas questões de fato, salvo se no Juízo inferior houve força maior que impediu o suscitamento delas.

“Curial que os fatos novos não devem implicar modificação objetiva da lide. Com isto, infringir-se-ia a limitação resultante do sistema disciplinar do duplo grau de jurisdição.

“Tem-se, pois, outra marcante atuação do princípio da eventualidade” (Do Princípio da Eventualidade no Sistema do Código de Processo Civil, RF 251/111).

Para a incidência de refalado princípio, são invocáveis os arts. 128 e 303 do Código de Processo Civil, que, respectivamente, dispõem:

“O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”.

“Depois da contestação, só é lícito deduzir novas alegações quando:

“I — relativas a direito superveniente;

“II — competir ao juiz conhecer delas de ofício;

“III — por expressa autorização legal, puderem ser formuladas em qualquer tempo e juízo”.

Vê-se, assim, que, com a impugnação e a resposta a lide se estabiliza, não sendo mais lícito às partes discutir matéria nova, não articulada na inicial ou na contestação.

Desta forma:

“Segue-se que o direito preexistente deve ser articulado na inicial ou na contestação; não pode ser invocado posteriormente” (RT 624/151).

Por isso mesmo, disse o culto Des. Francisco Oliveira Filho que:

“Como medida de previsão (ad eventum), todas as defesas devem ser formuladas de uma só vez na oportunidade da contestação (...)” (Ap. Cív. n. 47.819, da Capital).

Na mesma esteira, mais os acórdãos assim ementados:

“Depois da contestação não é lícito deduzir matéria nova, salvo quando puder ser conhecida de ofício ou for relativa a direito superveniente” (Ap. Cív. n. 39.134, de Timbó, rel. Des. Amaral e Silva).

“Processual e comercial — Seguro obrigatório — Matérias novas articuladas no recurso — Quebra do princípio da eventualidade — Cerceamento de defesa inexistente — Alegações genéricas que não ensejavam provas além das já produzidas — Julgamento antecipado — Providência correta.

“Da mesma maneira que a inicial, a contestação deve conter ‘exposição clara e precisa dos fatos e fundamentos jurídicos, em que o réu se baseia para ilidir a súplica do autor’.

“Depois da contestação não é lícito ao réu deduzir novos fatos ou novos meios de defesa, principalmente na fase do recurso, porquanto isto im-

plicaria em ferir os princípios da eventualidade e do duplo grau” (Ap. Cív. n. 49.638, de Blumenau, rel. Des. Amarel e Silva).

In casu, segundo a douta Procuradoria-Geral de Justiça, haveria quebra do princípio da eventualidade, porquanto, tendo a apelante, na defesa que apresentou, sustentado apenas não haver efetuado o pagamento pela não entrega, pelos postulantes, de forma completa, da documentação necessária à liberação do seguro postulado, arguiu, posteriormente, não fazerem jus os demandantes à cobertura buscada, posto que não integrado, pelo de cujus, o período de carência exigido pela apólice de seguro em vida firmada com a firma empregadora, posto que não comprovada a sua condição de segurado, nos termos do pacto securitário ajustado.

Tal, no entanto, não se convolou, data venia do entendimento em contrário do culto Procurador de Justiça que, nestes autos, lançou parecer, em quebra do princípio da eventualidade.

Ocorre que somente após a dedução contestatória e mercê do cumprimento de diligências requeridas pela apelante na peça de defesa apresentada é que a seguradora demandada teve condições de constatar que, nos termos da documentação remetida aos autos pela Caixa Econômica Federal, não estava o falecido marido e pai dos acionantes enquadrado nas cláusulas III e V das Condições Gerais da apólice de seguro ajustada, não detendo, por isso, na ocasião de seu óbito, a qualidade de “segurado”.

Descarta-se, pois, o argumento de quebra do princípio da eventualidade!

No mérito, razão assiste, resta ver, à apelante!

Ora, faz-se incontestável nos autos que, com efeito, à data de seu óbito, não se enquadrava o falecido Crescêncio Gomes Alves na condição de empregado abrangido pela cobertura securitária ensejada pela apólice de seguro de vida em grupo estipulada entre a empregadora e a companhia de seguros apelante.

Ressalta da cláusula III das Condições Gerais da apólice de seguro em questão, como é observável de fls. 34, que:

“Grupo segurável — É o conjunto de pessoas que apresentem vínculo concreto e efetivo com o mesmo empregador ou com uma associação legalmente constituída de empregados de um mesmo empregador e que satisfaçam as seguintes condições:

“1ª — Constem da Relação de Empregados para efeito de recolhimento do FGTS, nos três primeiros meses anteriores ao início do risco individual do Seguro”.

Outrossim, reportando-se à aceitação dos segurados, estabelecido expressamente encontra-se, na cláusula V:

“No início da adesão da empresa ao Seguro, serão aceitos todos os componentes do grupo segurável enquadrados nas condições do item III (grupo segurável).

“Os seguráveis que, na data do início da adesão da empresa, ainda não tiverem completado três meses de vinculação à empresa serão acei-

tos a partir da zero hora do 1º (primeiro) dia do mês subsequente ao que completarem três meses de vinculação; os novos seguráveis que se incorporarem após o início da adesão da empresa serão aceitos automaticamente no Seguro a partir da zero hora do 1º (primeiro) dia do mês subsequente ao que completarem três meses de vinculação à empresa”.

Transcritas cláusulas são perfeitamente válidas em contratos de seguro da modalidade daquele tratado nestes autos.

Na hipótese in judicio, constata-se dos documentos de fls. 16, 24, 46 e 47 que, muito embora já tivesse o falecido marido e pai dos apelados trabalhado para a empresa Madeireira Irmãos Zimmermann no decorrer do ano de 1993, havia ele deixado tal firma, na qual reingressou apenas em 28 de novembro de 1994, no exercício da atividade de “circuleiro”.

Igual certeza se tem, em se compulsando o termo de audiência de fls. 54 e 55, no qual está informado haverem os postulantes ajuizado reclamatória trabalhista contra a mesma empregadora, na qual foi exitosa a tentativa de conciliação, com o reconhecimento, então, pela reclamada, da existência de vínculo empregatício com o falecido Crescêncio Gomes Alves, no período de 28/11/94 a 6/12/94, data do fatídico acidente noticiado nos autos.

Inegavelmente, ao contrário do entendido pelo Decisor Monocrático, com a cessação do liame empregatício no ano de 1993, extinguiu-se a relação entre empregado e empregadora, inclusive no correspondente à cobertura securitária; evidentemente,

desfeitos os lastros da relação extinta, não pode ser ela tomada em consideração para o fim de estabelecer-se qualquer direito ou obrigação surgida na vigência de um novo contrato de trabalho, celebrado no final do ano de 1994.

Sabe-se que:

“À Seguradora cabe, para exonerar-se da obrigação de indenizar assumida no contrato de seguro, o ônus da prova de sua irresponsabilidade. Na dúvida, responde sempre pela obrigação” (Ap. Cív. n. 21.337, rel. Des. Wilson Guarany, JC 49/177).

E, no caso vertente, extrata-se dos autos, então, que, com efeito, nos moldes arguidos pela recorrente, o de cujus trabalhou para a empresa empregadora apenas pelo espaço de nove dias, não cumprindo, pois, o período de carência previsto na cláusula V das Condições Gerais da apólice de seguro pactuada, apólice esta pela qual somente estaria ele abrangido a contar de 1º de março de 1995.

Ou seja: na data do infortúnio laboral que lhe ceifou a vida, o marido e ascendente dos postulantes ainda não detinha a condição de segurado, pelo que seus beneficiários, ao inverso do entendimento esposado na sentença prolatada, não faziam jus, efetivamente, ao pagamento pleiteado.

Isso porquanto, ao contrário do que lhes incumbia, não provaram os acionantes as condições necessárias ao êxito da ação proposta.

E, como adverte o douto Ulderico Pires dos Santos, em se pronunciando sobre o dever de provar:

“Quem se disser titular de algum direito tem o dever de provar o

seu fato constitutivo. Se alguém contestá-lo afirmando que um outro fato o modificou ou extinguiu, caber-lhe-á o dever de fazer a prova do que houver afirmado. Se o réu, apenas, negar o fato constitutivo, ao autor é que tocará prová-lo (art. 333 do CPC).

“Assim, ao propor a ação o autor apóia a sua aspiração no fato constitutivo do seu direito; para contestá-lo o réu terá de alicerçar a sua defesa em outro fato capaz de impedir, modificar ou extinguir o que foi apresentado pelo autor.

“Urge, destarte a necessidade de cada um provar os elementos que entraram na composição do seu direito, pois, sem a comprovação dos mesmos o juiz não terá condições para se convencer a respeito de qual dos fatos invocados pelas partes se conforma com a verdade” (Meios de Prova, Doutrina e Jurisprudência, Ed. UPS Editorial, ed. 1994, págs. 16 e 17).

Pretender-se o contrário é, demais disso, entrar-se em frontal choque com o art. 1.460 do Código Civil, quando expressa:

“Quando a apólice limitar ou particularizar os riscos do seguro, não responderá por outros o segurador”.

E, como acentua o lapidar Clóvis Beviláqua:

“ (...) esta limitação é um dos cânones fundamentais do contrato de seguro. A responsabilidade do segurador é limitada ao risco assumido”.

Mesmo porque, e aqui valemos dos ensinamentos do culto Ricard Bechara Santos:

“ (...) obrigar-se uma seguradora a cobrir riscos não cobertos, importa em alterar a comutatividade e o

equilíbrio do contrato, por conseguinte, estar-se-ia agredindo, de um só fôlego, o contrato e a lei”.

O não menos ilustrado Orlando Gomes acentua, a propósito:

“O princípio da força obrigatória consubstancia-se na regra de que o contrato é lei entre as partes. Nenhuma consideração de equidade justificaria a revogação unilateral do contrato ou alteração de suas cláusulas, que somente se permite mediante novo acordo de vontades.

“O princípio da intangibilidade do conteúdo dos contratos significa impossibilidade de ‘revisão pelo juiz’, ou de libertação de ato seu.

“As cláusulas contratuais não podem ser alteradas judicialmente, seja qual for a razão invocada por uma das partes. Se ocorrerem motivos que justifiquem a intervenção judicial em lei permitida, há de realizar-se para decretação da nulidade ou da resolução do contrato, nunca para a modificação do seu conteúdo.

“Justifica-se, ademais, como decorrência do próprio princípio da autonomia de vontade, uma vez que a possibilidade de intervenção do juiz na economia do contrato atingiria o poder de obrigar-se, ferindo a liberdade de contratar” (Contratos, Forense, 12ª ed., págs. 38 e 39).

Por tais razões é que se reforma a sentença atacada, dando-se integral provimento ao apelo deduzido, com inversão dos encargos sucumbenciais, os quais, na forma da Lei n. 1.060, ficam com a respectiva exigibilidade suspensa.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. New-

ton Trisotto, tendo lavrado parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Sérgio Antonio Rizelo.

Florianópolis, 24 de março de 1999.

*Carlos Prudêncio,
Presidente com voto;
Trindade dos Santos,
Relator.*

APELAÇÃO CÍVEL N. 97.005764-4, DE BLUMENAU

Relator: Des. Silveira Lenzi

Ação popular. Município de Blumenau. Zona Azul. Indeferimento da inicial. Reconhecimento da carência de ação por não ter o autor apontado com a exordial a lesividade dos atos ao patrimônio público. Sentença anulada.

A ação popular constitucional tem por escopo a desconstituição dos atos lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural do país (Constituição Federal, art. 5º, inc. LXXIII).

Dispensável é o prejuízo material aos cofres públicos, porque a lesividade pode ocorrer somente do ponto de vista ético, quando a Administração viola o princípio da moralidade administrativa.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.005764-4, da comarca da Blumenau (3ª Vara Cível e Feitos da Fazenda Pública), em que é apelante Ivan Naatz, sendo apelados o município de Blumenau, a Secretaria Estadual de Segurança Pública, a Seterb e a Polícia Militar de Santa Catarina:

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

Custas na forma da lei.

Ivan Naatz ajuizou ação popular contra município de Blumenau, a Secretaria Estadual de Segurança Pública, a Seterb e a Polícia Militar de Santa Catarina.

Alegou, em síntese, que em 11/2/93 entrou em vigor a Lei Municipal n. 4.181, que dispõe sobre a Área Azul naquele Município; que a referida norma estabelece, em seu artigo 5º, que as infrações dos seus dispositivos implicará em multa de 50% (cinquenta por cento) da unidade fiscal do Município; que paga a multa em 30 (trinta) dias haverá redução de 50% (cinquenta por cento) do valor, contudo não há qualquer advertência nos autos de in-

fração sobre esse desconto; e que as multas serão inscritas na dívida ativa, para a cobrança executiva, sem prejuízo da incidência de juros.

Esclareceu que, por força da ordem de convênio n. 42/90, firmado entre a Polícia Militar do Estado, Secretaria de Segurança Pública e Prefeitura Municipal de Blumenau, esta passou a condicionar o pagamento da multa, pelo não-uso do cartão, ao licenciamento dos veículos autuados, enquadrando as notificações no artigo 89, XXXIX, do Código de Trânsito Nacional, o que é ilegal e abusivo.

Acusou que com a abusividade praticada pelos réus o Município já arrecadou R\$ 1.600.000,00 (um milhão e seiscentos mil reais) com a cobrança das notificações aplicadas; que com as vendas a arrecadação foi de R\$ 390.085,95 (trezentos e noventa mil, oitenta e cinco reais e noventa e cinco centavos), o que gerou, somente com a comercialização dos cartões, descontadas as despesas do ano, um lucro de R\$ 146.799,62 (cento e quarenta e seis mil, setecentos e noventa e nove reais e sessenta e dois centavos).

Asseverou que as multas aplicadas tornaram-se fonte imensurável de renda para o Município, ocasionando, entretanto, ofensa à moralidade administrativa vez que a forma de arrecadação é irregular e contrária à legislação vigente; o Município, o Estado, a Seterb e a Polícia Militar, que dividem o valor alcançado com as notificações, vêm apropriando-se individualmente do dinheiro do contribuinte, em proveito próprio.

O Togado a quo, pela sentença de fls. 51/61, julgou extinto o proces-

so, com base no art. 267, incisos I e IV, do Código de Processo Civil, por não ter o autor apontado a lesividade ao patrimônio público dos atos narrados na exordial.

Irresignado, apela o autor, alegando, em síntese, que estão presentes os requisitos necessários para admissibilidade da ação popular e para deferimento da liminar; que por força da atual Constituição Federal a moralidade administrativa pode ser objeto autônomo da ação popular.

Requer a concessão de liminar autorizando o depósito das quantias devidas a título de multa e o provimento do recurso, para que seja determinado o recebimento e prosseguimento da ação popular.

Mantida a decisão apelada, ex vi do art. 296 do Código de Processo Civil, dispensadas as contra-razões, o Ministério Público, em Primeiro Grau, manifestou-se pelo provimento do recurso, defendendo a possibilidade jurídica do pedido.

Alçaram os autos a esta Superior Instância, onde a Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento e provimento parcial da apelação, decretando-se a nulidade da sentença, a fim de oportunizar-se a tramitação normal da ação deflagrada.

É o relatório.

Assiste razão ao apelante.

O eminente parecerista, Dr. José Antônio Salvadori, analisou com bastante propriedade o caso, pelo que se adotam suas considerações como razão de decidir:

“Quanto à matéria principal, de vero, a Constituição da República de 1998 (art. 5º, LXXIII), pelo legislador

constituente, erigiu a moralidade administrativa em fundamento autônomo para ação popular, propiciando, com isso, o aparecimento de duas correntes: 1) a sufragada pelo r. juízo a quo, que exige o binômio ilegalidade—lesividade como condição da ação, e 2) a tese defendida pelo recorrente, cabível o remédio constitucional independente da eventual existência de interesse público e irrelevância de lesividade ao patrimônio público, bastando mácula ou prejuízo ao princípio da moralidade administrativa.

“É bem nítida na posição jurídica sustentada pelo magistrado nesta ementa:

‘Ação popular — Inexistência de lesividade no ato impugnado — Carência de ação — Honorários advocatícios — Descabimento.

‘1. A ação popular constitucional tem por escopo a desconstituição dos atos lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural do país (Constituição Federal, art. 5º, inc. LXXIII).

‘2. Inexistente lesividade no ato impugnado, é de se decretar a carência da ação, à míngua do interesse de agir (Código de Processo Civil, art. 267, inc. VI).

‘3. Salvo comprovada má-fé do autor, são indevidos honorários advocatícios em ação popular’ (TRF 2ª R. — AC 89.0200495— 3 — RJ, 4ª T. — rela. Des. Fed. Célia Geogakópoulos— DJU 2/7/96).

“Como também é a tese defendida pelo apelante. Veja-se:

‘Ação popular — Requisito. Lesividade à moralidade administrativa.

Ocorrência. Suficiência. Para acarretar a procedência da ação. Arts. 5º, LXXIII, e 37, da CF. Irrelevância da eventual existência de interesse público e ausência de lesividade ao patrimônio público. Recurso provido’ (TJSP — AC 145.916-1— 7ª C. — rel. Des. Campos Mello) (RJ TJESP 135/30).

“Acontece, porém, que num estudo acurado e atento da matéria chega-se à tranqüila conclusão que a lesividade é preponderante como elemento indeclinável para a propositura da ação. Dispensável, segundo a doutrina e a jurisprudência, é o prejuízo material aos cofres públicos, porque a lesividade pode ocorrer somente do ponto de vista ético, v. g., quando a Administração, por não cumprir corretamente a lei, embora não causando prejuízo material ao patrimônio público, viola frontalmente o princípio da moralidade administrativa ao qual deve cega obediência, causando, assim, prejuízo ético quanto ao modo de conduta, já que suas ações devem pautar pela estrita legalidade. Efetivamente, se a ação popular constitucional acoberta também a moralidade administrativa como causa autônoma, conclui-se que um só requisito — o da ilegalidade — é o suficiente, porque consubstancia em si a lesividade.

“Por isso, o absoluto acerto do ilustre representante do Parquet de Primeiro Grau, quando expõe com meridiana clareza:

‘Qual a lesividade do ato que fere a moralidade administrativa? A sua própria ilegalidade! O agente público deve agir nos estreitos limites da legalidade. Ao ultrapassá-los, os seus

atos ilegais ferem o conceito subjetivo da moralidade administrativa' (fls. 73).

"Por óbvio, ação contra a lei pode gerar a desconstituição do ato jurídico, causando anulabilidade.

"Ora, se in casu o autor da ação popular coloca, em tese, com todas as letras, na inicial, que as pessoas demandadas não estão cumprindo a Lei Municipal n. 4.181, de 11/2/93, porque cobram multas de estacionamento de veículos na denominada zona azul com base no CTN, segundo entende, inaplicável no caso, constringendo, por isso, os administrados saldá-las na renovação do licenciamento, quando deveriam ser inscritas em dívida ativa para posterior cobrança, segundo comando legal, nada mais faz do que imputar, em tese, repita-se, uma ilegalidade. E isto é o quanto basta, quer na tese defendida pelo douto magistrado, quer na do ilustre advogado apelante. Tanto numa, como noutra está presente o requisito da lesividade porque, pela imputação deduzida, se não há prejuízo material para o erário, em tese, ofende-se o patrimônio moral das pessoas envolvidas (Administração), justamente por descumprimento da legislação de regência.

"Mutatis mutandis, tem aplicação o seguinte julgado:

'IPTU — Imóvel em posse de beneficiário de assentamento — Impossibilidade de cobrança diante da mera posse.

'A carência de ação, por falta de prova da cidadania, é matéria sanável, no momento adequado, pelo Juízo da causa. A sistemática constitucional atinente à ação popular permite o ajuizamento dessa ação contra ato lesivo à moralidade administrativa

(art. 5º, inc. LXXIII), ainda que não se demonstre efetiva lesão ao patrimônio público. Em consequência, há de se afirmar, na hipótese, a possibilidade jurídica da ação popular contra ato lesivo à moralidade pública mesmo em caráter exclusivo. Os lotes componentes dos assentamentos promovidos pelo Distrito Federal continuam a pertencer à Terracap. Em não havendo contrato entre o Distrito Federal e os beneficiários do assentamento, no qual se definam direitos e obrigações de ambas as partes, não se revela lícita a cobrança de IPTU sobre tais imóveis, com apoio apenas na posse exercida pelos beneficiários. Essa compreensão, pelo menos na fase inicial da ação popular, há de ser expressada sem prejuízo de fatos e fundamentos novos que na ação se evidenciarem e desabono a esse posicionamento. Recurso improvido' (TJ/DJ — Ag. de Instrumento n. 6772/96 — Ac. 88702 — unân. — 1ª T. Cív. rel: Des. José Hilário de Vasconcelos — Fonte: DJU III, 23/10/96, pág. 19.037).

"Como se vê, não há como trançar ação popular na sua fase inicial, quando se verbera ofensa à lei por conduta que fere, em tese, direitos de um número indeterminado de pessoas, por isso, interesses difusos, sem prejuízos de fatos e fundamentos novos a serem cogitados durante a tramitação do feito.

"E, por ser ação de cunho constitucional, não pode ser desencorajada ab initio, mormente no caso, onde o autor está amparado por forte e fundamentada corrente doutrinária e jurisprudencial. É de se permitir fácil acesso ao Judiciário de todos quantos

busquem defender interesse público em qualquer de suas manifestações.

“Se a Administração Pública Municipal está multando e cobrando multas ao arrepio da lei, em detrimento do interesse público, é matéria a ser decidida quando do enfrentamento do mérito da questão.

“O outro pedido do apelante, no entanto, não deve prosperar. A liminar querida nesta instância desmerece conhecimento, sob pena de supressão de grau de jurisdição, o que é incompatível com nossa sistemática processual.

“Outrossim, os pontos, ilegitimidade passiva e litisconsórcio passivo necessário, agitados pelo douto Promotor de Justiça, também, só no grau de origem, devem ser apreciados, pelas mesmas razões, obviamente.

“Em face do exposto, pugna o Ministério Público que oficia neste grau de jurisdição pelo conhecimento e provimento parcial da apelação e, de ofício, da remessa obrigatória, no sentido de que esta augusta Casa de Justiça decrete a nulidade da decisão a quo, oportunizando, como de direito, o recebimento e a tramitação normal da ação deflagrada”.

Assim, não é mais possível interpretar a Lei n. 4.717, de 29/6/95, sem considerar a atual Constituição Federal. Verificando o texto não restam dúvidas de que a jurisdição constitucional, que abrange o controle judiciário da constitucionalidade dos atos normativos e compreende, também, a jurisdição constitucional das liberdades, “com o uso dos remédios constitucional-processuais”, foi significativamente ampliada.

É que, na Carta Política de 1967, os remédios constitucional-processuais, também denominados garantias constitucionais, ou garantias de Direito Constitucional, eram o mandado de segurança, o habeas corpus e a ação popular. A CF de 1988, inovando, criou o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX), o mandado de injunção (art. 5º, LXXI), o habeas data (art. 5º, LXXII), e estabeleceu que a ação popular protegeria, também, a moralidade administrativa (art. 5º, LXXIII).

A inserção deste inciso não foi sem razão. Pretendeu o legislador destacar e aumentar a importância do controle da sociedade sobre os atos administrativos, por meio da iniciativa dos cidadãos e julgamento pelo Poder Judiciário, inclusive daqueles que não observarem o princípio da moralidade administrativa.

Acerca das inovações trazidas pela Constituição destaca-se a conclusão de artigo do jurista Carlos Mário da Silva Velloso, advertindo que:

“As novas garantias ou remédios de Direito Constitucional que a nova Constituição consagrou — o mandado de injunção, o habeas data e a ação popular para proteção da moralidade administrativa — segue-se a necessidade de serem pensadas soluções novas para essas modernas questões, não podendo o juiz e o doutrinador aferrarem-se a conceitos antigos que, para as questões antigas, prestaram grande serviço, mas que, agora, necessitam de formulações inovadoras. Esperam-se, de juízes e doutrinadores, posturas e idéias despreconceituosas, que possam fazer vingar a CF de 1988, a Constituição

do povo brasileiro” (As Novas Garantias Constitucionais — RT 664/7 — Plenum).

Para reforçar a tese defendida pelo Ministério Público Estadual e acolhida por esta Câmara, oportuno colacionar ainda um precedente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“Ação popular. Indeferimento da inicial.

“A ação popular pode ter, por base, não apenas a lesividade ao patrimônio público, mas também a anulação de ato lesivo à moralidade administrativa, conforme ampliação promovida pelo art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal de 1988. Caso em que não cabia o indeferimento da inicial.

“Apelação provida e sentença desconstituída em reexame necessá-

rio (Apelação Cível n. 597177716, 1ª Câmara Cível do TJRS, Pelotas, Des. Léo Lima, j. 10/12/97, DJU 26/6/98, pág. 21)” (Plenum).

Diante do exposto, dá-se provimento parcial ao recurso para, tão-somente, anular a sentença.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Cláudio Barreto Dutra e Sérgio Paladino, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. José Antônio Salvadori.

Florianópolis, 22 de junho de 1999.

Eder Graf,
Presidente;
Silveira Lenzi,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.015941-5, DE GASPAR

Relator: Des. Silveira Lenzi

Reintegração de posse. Arrendamento mercantil. Cobrança antecipada do valor residual. Descaracterização do contrato para uma compra e venda a prazo.

O valor residual garantido representa o exercício da opção de compra do bem arrendado no término do prazo contratual, devendo ser exigido somente nessa 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.

Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.015941-5, da comarca da Gaspar (Vara Única), em que é apelante BCN Leasing — Arrendamento Mercantil S/A, sendo apelada Bulterrier Indústria e Comércio de Confeções Ltda.:

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

Custas na forma da lei.

Trata-se de ação de reintegração de posse proposta por BCN Leasing — Arrendamento Mercantil S/A contra Bulterrier Indústria e Comércio de Confeções Ltda.

A autora sustentou que firmou com a demandada contrato de arrendamento mercantil, em 15/12/94, com prazo de 24 (vinte e quatro) meses, de um veículo Fiat Tipo 1.6. ano/mod. 94/95, deixando esta de adimplir as respectivas contraprestações a partir de 15/5/95.

A liminar foi deferida às fls. 22/23.

Decretada a revelia da requerida, foi-lhe nomeado curador especial, que, em contestação, consignou a descaracterização do contrato de arrendamento mercantil para uma compra e venda a prazo, pelo pagamento do valor residual garantido juntamente com as contraprestações mensais, e ressaltou a existência de cláusulas contratuais leoninas.

Réplica às fls. 60/97.

Sentenciando, o Togado a quo julgou improcedente o pedido — reconhecendo a carência da ação — de-

terminando ao arrendador a devolução do bem arrendado (fls. 98/104).

Interpostos embargos declaratórios, foram rejeitados pela sentença de fls. 114/115.

Inconformada, apela a instituição financeira vencida, alegando que: a) trata-se de típico contrato de arrendamento mercantil, onde foi comprovada a mora e o inadimplemento da arrendatária, configurando o esbulho possessório e justificando a medida de reintegração de posse; b) as cláusulas contratadas não são potestativas ou abusivas, tampouco o contrato é de adesão; c) as partes celebraram o contrato por livre e espontânea vontade, não existindo qualquer vício ou coação que possa declará-lo como nulo, sendo descabida a tese abordada pela sentença, no sentido de que a antecipação do valor residual garantido descaracterizaria o contrato de arrendamento mercantil para uma compra e venda a prestação.

Apresentadas as contra-razões, a apelada pugna pela manutenção do decisum.

É o relatório.

Trata-se de contrato de arrendamento mercantil firmado entre as partes em 15/12/94, tendo como objeto um veículo Fiat Tipo 1.6 ano/mod. 94/95.

A inadimplência caracterizou-se a partir da contraprestação vencida em 15/5/95, e a mora restou suficientemente comprovada pela notificação judicial acostada às fls. 19 dos autos.

A controvérsia cinge-se à descaracterização ou não do contrato de

arrendamento mercantil ante a cobrança antecipada do valor residual, cabalmente evidenciada pelo demonstrativo juntado pela instituição financeira às fls. 11.

Necessário, inicialmente, tecer algumas considerações acerca da natureza do contrato de arrendamento mercantil, para que a questão suscitada — descaracterização do instituto para uma compra e venda a prazo — possa, então, ser enfrentada.

Oportuno esclarecer que o leasing pode ser conceituado como “contrato misto, pelo qual um financiador adquire e aluga a uma empresa bens de equipamento ou de uso profissional, móveis ou imóveis, a prazo longo ou médio, facultando-se ao locatário a aquisição dos mesmos pelo preço residual” (Arnoldo Wald, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 13 ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998, pág. 537).

Especificamente, tratando-se do leasing financeiro, assegura-se ao arrendatário, no final do contrato, tríplice opção: devolver o bem, renovar o contrato ou adquirir o bem mediante o pagamento do preço residual previamente estipulado.

Para Dejalma de Campos “o que caracteriza a operação de arrendamento que se denomina leasing é o seguinte: 1º) forma contratual, do tipo complexo (locação de coisas, promessa unilateral de venda e eventualmente, uma venda); 2º) pagamento periódico pelo arrendatário de quantia prefixada (prestações locativas); 3º) opção de compra no final; por preço residual. Consistente no preço da venda inicial acrescido do custo financeiro, descontadas as prestações lo-

cativas já pagas” (grifei — ISS — Um Aspecto Tributário do Leasing, in *Revista de Direito Tributário* 19/20, pág. 334).

A Lei n. 6.099, de 12/9/74, alterada posteriormente pela Lei n. 7.132, de 26/10/83, regulamentando o arrendamento mercantil no direito brasileiro, definiu o instituto como “o negócio jurídico realizado entre pessoa jurídica, na qualidade de arrendadora, e pessoa física ou jurídica, na qualidade de arrendatária, e que tenha por objeto o arrendamento de bens adquiridos pela arrendadora, segundo especificações da arrendatária e para uso próprio desta”.

O art. 5º da referida lei coloca a opção de compra como requisito do contrato, e dispõe que a aquisição pelo arrendatário de bens arrendados em desacordo com suas disposições será considerada operação de compra e venda a prestação (art. 11, §1º).

Dispõe o art. 10 da Res. n. 2.309/96 que “a operação de arrendamento mercantil será considerada como de compra e venda a prestação se a opção de compra for exercida antes de decorrido o respectivo prazo mínimo estabelecido no art. 8º desse Regulamento”. Este, por sua vez, fixa, para o contrato de leasing financeiro, prazo mínimo de 24 (vinte e quatro) meses (para bens de vida útil igual ou inferior a 5 anos) ou 36 (trinta e seis) meses (para outros bens).

Por outro lado, a mesma Resolução, em seu art. 7º, VII, a, definiu “a previsão de a arrendatária pagar valor residual garantido em qualquer momento durante a vigência do contrato, não caracterizando o pagamento do

valor residual garantido o exercício da opção de compra”.

Para Irineu Mariani, eminente Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, essa regra não diz que o valor residual “pode ser cobrado de modo instantâneo ou progressivo, como vêm sustentando os defensores da não-descaracterização, e sendo pactuado nos contratos, cujo caráter adesivo impõe o adiantamento. É possível tão-só a previsão como faculdade do arrendatário. Poderá este, quando entender conveniente, antecipar o pagamento, sem que isto caracterize opção de compra. Esta conveniência pode ocorrer quando for eleito o VR de Mercado. Exemplo: uma greve nas montadoras de veículos paralisa o setor durante diversos meses. O aquecimento no comércio dos usados é efeito natural, elevando o preço. Nessa moldura, convém ao arrendatário, máxime se o contrato estiver na fase final, pagar o preço de mercado sic stantibus, antes que os efeitos se façam sentir. Em suma, é uma regra que traduz proteção aos interesses do arrendatário, e não imposição da vontade da arrendadora” (RT 756/83).

Sem razão a corrente doutrinária e jurisprudencial que afirma ter o valor residual garantido caráter de caução, logo, representando uma garantia para a instituição financeira no caso de o arrendatário não optar pela compra do bem.

Isso porque a opção de devolução do bem é uma faculdade do arrendatário prevista como requisito do contrato de arrendamento mercantil, e o valor residual somente deve ser pago no caso de ele optar pela compra

do bem arrendado. A lei é clara nesse sentido. Resoluções posteriores não têm o condão de ir além do que a lei permite.

Nesse sentido, Irineu Mariani esclarece, com propriedade, que “o VR não é garantido. Se não é garantido descabe falar em caução. E seja qual for o nomen juris dado — caução ou qualquer outro —, na prática deturpa, desnatura o instituto do leasing, pois exige que o arrendatário desembolse desde logo os valores tal qual na compra e venda mercantil a prestação. E aí, se o § 1º do art. 11 da Lei não for suficiente, vale repetir a parêntese de que em Direito as coisas se definem pelo conteúdo, e não pelos títulos ou emblemas” (op. cit., pág. 84).

Ademais, todas as garantias cercam a empresa arrendante, embutidas nas contraprestações do arrendamento. “Na verdade os aluguéis são mais altos que os existentes na locação comum, pois visam garantir, em prazo contratual determinado, a amortização do preço do equipamento, dos custos administrativos e financeiros e do lucro da empresa de leasing” (Dejalma de Campos, ISS — Um Aspecto Tributário do Leasing, in Revista de Direito Tributário 19/20, págs. 333/339).

Irineu Mariani, novamente, discorrendo sobre o tema, afirma que “o valor da contraprestação objetiva: a) o retorno de parte do capital investido, que vem a ser a soma das cotas de depreciação, ou valor perdido pelo bem; b) a obtenção da necessária lucratividade; e c) recuperação de despesas por custos operacionais, tais como recibos de correspondências, mais prêmio de seguro, e imposto,

quando repassável. Já o valor residual objetiva tão-só o retorno da outra parte do capital, precisamente aquela correspondente ao valor não-depreciado ou mantido pelo bem" (grifei — RT 756/79).

Priscila Maria Pereira Corrêa da Fonseca elucida a questão, recordando a tríplice opção que deve constar no contrato a favor do arrendatário: adquirir o bem arrendado, renovar o contrato, ou devolver o bem. Salienta 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" (O Contrato de Leasing. In *Novos Contratos Empresariais*, Carlos Alberto Bittar (coordenador). São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1990, pág. 106).

Maria Helena Diniz, citando decisão do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, discorrendo sobre as consequências da rescisão do contrato de leasing, recordou que "impor-se o pagamento das prestações futuras, e ainda do valor residual, implica bis in idem. Esse último, aliás, só é exigível nos casos de perda ou aquisição do bem" (grifei – *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*, Saraiva, São Paulo, 1993, pág. 386).

Da jurisprudência do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul extrai-se:

"A retirada da opção de compra do contrato, substituindo-a pelo pagamento do resíduo antecipadamente junto com as contraprestações, descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil, tornando-o uma compra e venda a prestações ou mútuo. A opção de compra é requisito do contrato,

conforme letra c do art. 5º da Lei n. 6.099/74.

"Deixando de ser arrendamento mercantil deixa de existir contrato de depósito entre as partes.

"Não havendo esbulho possessório não pode haver reintegração de posse" (AI n. 196148571, Juiz Gaspar Marques Batista, Terceira Câmara Cível, julgado em 27/11/96).

E ainda, do mesmo relator:

"Arrendamento mercantil. Ação de reintegração de posse. Descabimento.

"Não cabe ação de reintegração de posse se a retirada da opção de compra do contrato, substituída pelo pagamento do resíduo periodicamente junto com as contraprestações, descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil, tornando-o um contrato atípico propriamente dito, muito semelhante a uma compra e venda a prestações ou a um mútuo. A opção de compra é requisito do contrato, conforme letra c do artigo 5º da Lei n. 6.099/74" (Ap. Cív. n. 196212963, julgada em 14/5/97).

Por fim, imperioso colacionar recente pronunciamento da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acolhendo a tese defendida pelo Tribunal gaúcho, no sentido de que o pagamento simultâneo ou parcelado do VRG descaracteriza o contrato para uma compra e venda a prestação.

A propósito:

"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 pas-

sa a ser uma compra e venda a prazo (art. 5º, c, combinado com o art. 11, parágrafo primeiro, 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” (REsp. n. 178.272 — RS, rel. Min. Ruy Rosado Aguiar, julgado em 18/3/99).

Para reforçar a tese de que o valor residual representa a opção de compra do bem, convém ressaltar que a Portaria n. 3, de 19/3/99, complementando o art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, declarou nulas de pleno direito 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”.

Assim, considerando que o valor residual pode ser cobrado, tão-somente, no final do contrato, representando o exercício da opção de compra, tem-se que no caso em apreço, tendo o valor residual sido cobrado juntamente com as contraprestações mensais, descaracterizou-se o contrato para uma compra e venda a prazo, porquanto, ab initio, já exercida a opção de compra do bem.

Conseqüentemente, inexistente o esbulho possessório, torna-se inviável a medida de reintegração de posse, pois como bem salientou o Magistrado a quo “a lei civil e processual

não muniu aquele que contrata compra e venda financiada em parcelas com a medida de reintegração de posse” (fls. 102).

A propósito:

“A cobrança antecipada do VRG configura a opção de compra, descaracterizando o contrato, que passa a ser de compra e venda a prazo. Inviável, nessas condições, a reintegratória de posse, por ausentes os requisitos do art. 927 do CPC. Apelo improvido” (Ap. Cív. n. 197145105, Juiz Ulderico Cecatto, Quarta Câmara Civil do Tribunal de Alçada do RS, julgada em 2/10/97).

Merece ser ressaltado que a sentença, apesar de ter reconhecido a carência da ação, julgou improcedente o pedido exordial, quando seria o caso de extinção do processo sem julgamento do mérito, equívoco corrigido de ofício, neste momento.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso, extinguindo-se o processo ex vi do art. 267, VI, do CPC.

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

Florianópolis, 10 de agosto de 1999.

Eder Graf,
Presidente;
Silveira Lenzi,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.018133-0, DE CRICIÚMA**Relator: Des. Silveira Lenzi**

Reintegração de posse. Arrendamento mercantil. Reconvenção na própria contestação. Possibilidade.

“Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade” (CPC, art. 244).

Devolução dos valores adiantados a título de valor residual garantido. Possibilidade. Verba que representa o exercício da opção de compra do bem arrendado.

O valor residual garantido representa a opção de compra do bem objeto de arrendamento mercantil que deve ser exercida no término do prazo contratual.

Devem ser restituídos ao arrendatário os valores pagos antecipadamente a esse título, quando rescindido o contrato e efetivada a reintegração do bem, sob pena de enriquecimento ilícito da instituição financeira arrendadora.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.018133-0, da comarca de Criciúma (1ª Vara), em que é apelante Maria Tereza Bellati, sendo apelada Fiat Leasing S/A Arrendamento Mercantil:

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

Custas na forma da lei.

Trata-se de ação de reintegração de posse c/c perdas e danos ajuizada por Fiat Leasing S/A Arrendamento Mercantil contra Maria Tereza Bellati.

A autora alegou que firmou com a demandada, em 27/11/97, contrato de arrendamento mercantil de

um automóvel marca Fiat, modelo Tempra HLX, ano 1997, com prazo de 24 (vinte e quatro) meses, deixando esta de adimplir o contrato, desde a primeira contraprestação vencida em 27/12/97. Pede, por fim, a respectiva indenização por perdas e danos, correspondente aos aluguéis vencidos no período que a arrendatária ficou com a posse do bem.

A liminar foi deferida às fls. 19.

Contestando o feito, a ré argüiu que: o valor residual garantido foi cobrado antecipadamente como um plus contratual, sendo necessário sua devolução para que a arrendante não se beneficie indevidamente; como as parcelas vencidas são devidas poderia ser aplicada a compensação prevista no art. 1.009 do CC.

Réplica às fls. 30/38.

Sentenciando, o Magistrado a quo julgou procedente o pedido, reintegrando a autora definitivamente na posse do bem arrendado, e condenando a demandada à indenização correspondente ao período em que esteve na posse do bem (fls. 47/50).

Inconformada, apela a vencida, repisando os argumentos expendidos na peça contestatória. Por fim, pugna pela condenação da apelada como litigante de má-fé, em razão do pedido de expedição de certidão de trânsito em julgado da sentença, antes de fim do prazo recursal.

Apresentadas as contra-razões, alçaram os autos a esta Superior Instância.

É o relatório.

Inicialmente, cumpre esclarecer que o contrato prevê a cobrança antecipada do valor residual garantido, o que, a princípio, descaracterizaria o arrendamento mercantil para uma compra e venda a prazo.

Nesse sentido, imperioso colacionar recente pronunciamento da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acolhendo essa tese:

“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, parágrafo primeiro, 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” (REsp. n. 178.272,

RS, Min. Ruy Rosado Aguiar, julgado em 18/3/99).

Todavia, a descaracterização do contrato deve ser argüida pela parte, e não procedida de ofício pelo juiz.

Nesse sentido, o eminente Iri-neu Mariani, Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, recorda que “o derradeiro detalhe que merece ser referido é o de que a descaracterização, tendo em vista as conseqüências tributárias, não pode acontecer de ofício pelo juiz. Deve ser argüida pelo arrendatário” (RT 756/84).

Na espécie, saliente-se que a requerida limitou-se a argüir, na contestação, a improcedência do pedido de perdas e danos e a pedir a devolução das quantias pagas a título de valor residual garantido, cobrado antecipadamente no momento da assinatura do contrato, no valor de R\$ 6.000,00 (seis mil reais).

Esse pedido, inserido no âmbito da contestação, tem, evidentemente, o caráter de reconvenção, muito embora lhe falte o nomen juris.

Outrossim, apesar de oportunizado na contestação, e não em peça autônoma (art. 299 do CPC), deve como tal ser conhecido, diante dos princípios da instrumentalidade das formas e economia processual. O primeiro está consagrado no art. 244 do CPC, in verbis:

“Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”.

Nelson Nery Júnior anota:

“Embora a norma sob comentário exija sejam oferecidas contestação e reconvenção em peças autônomas, caso a contestação contenha inequivocadamente uma reconvenção, pode esta ser conhecida como tal (RTJ 99/671); desde que preenchidos os requisitos legais para tanto. (...)” (Código de Processo Civil Comentado, 2ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, 1996, pág. 723).

Em questão semelhante à destes autos, esta Corte de Justiça já decidiu:

“Rescisão de contrato — Pedido reconvenção embutido na contestação — Ausência de peça autônoma — Abrandamento da regra insculpida no art. 299 do CPC — Possibilidade — Aplicação do art. 244 do mesmo Cânone — Processo anulado — Reclamo, em parte, acolhido.

“O princípio da economia processual é a base de admissibilidade da reconvenção, possibilitando que todos os litígios entre duas pessoas possam ser solucionados em um só feito.

“Omitido o vocábulo, mas inequívoca a súplica, deduzida nos mesmos autos em que o requerente está no pólo passivo, objetivando modificar ou condenar, há reconvenção.

“O nomen juris, nesse quadro, é irrelevante, porque o art. 244 do CPC autoriza o juiz considerar válido o ato desde que alcançada a sua finalidade. (...)” (Ap. Cív. n. 41.441, de São José, Des. Francisco Oliveira Filho, julgada em 19/4/94).

Esta Terceira Câmara, em precedente da comarca de Joinville, Ap. Cív. n. 96.010887-4, julgada em 7/10/97, da qual foi relator o subscritor

desta, também já havia adotado essa orientação.

Portanto, colhe-se desses precedentes que o Tribunal de Justiça catarinense tem admitido o pedido reconvenção realizado na própria contestação.

Por outro lado, tratando-se de ação possessória, necessário ressaltar que o art. 922 do Código de Processo Civil, abrandando a regra de que a reconvenção deve ser realizada em peça autônoma, já prevê ser “lícito ao réu, na contestação, alegando que foi o ofendido em sua posse, demandar a proteção possessória e a indenização pelos prejuízos resultantes da turbação ou do esbulho cometido pelo autor”.

Esse dispositivo não veda, contudo, a possibilidade do pedido reconvenção em ação possessória, quando o réu tiver outras pretensões.

A propósito:

“Reconvenção — Admissibilidade da sua utilização quando a pretensão versar sobre matéria diversa da mencionada no art. 922 do Código de Processo Civil” (LEX 156/65).

Ou ainda:

“Embora, em face do art. 922 do Código de Processo Civil, entenda-se desnecessária a reconvenção em ação possessória, é possível tal forma de resposta para veicular outras pretensões que não as contempladas no citado dispositivo” (LEX 183/187).

Ora, atentando a todos esses ensinamentos e principalmente em observância aos princípios da instrumentalidade e economia processual — uma vez que a proteção do direito da ré no mesmo processo reduz os

gastos e esforços processuais que existiriam com o ajuizamento de nova ação, para tudo se resolver em uma só —, conclui-se que, in casu, deve ser aceito o pedido reconvenicional, objetivando a devolução e compensação do valor residual pago indevidamente, realizado na própria contestação, até porque não houve qualquer prejuízo à defesa da autora, que teve oportunidade de manifestar-se sobre a pretensão na réplica à contestação.

Assim, analisadas essas questões processuais prévias e sendo admitida a possibilidade do pedido reconvenicional na própria contestação, objetivando a devolução do valor residual irregularmente antecipado pelo consumidor, oportuno esclarecer que o leasing pode ser conceituado como “contrato misto, pelo qual um financiador adquire e aluga a uma empresa bens de equipamento ou de uso profissional, móveis ou imóveis, a prazo longo ou médio, facultando-se ao locatário a aquisição dos mesmos pelo preço residual” (Arnoldo Wald, Curso de Direito Civil Brasileiro, 13ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998, pág. 537).

Especificamente, tratando-se do leasing financeiro, assegura-se ao arrendatário, no final do contrato, tríplice opção: devolver o bem, renovar o contrato ou adquirir o bem mediante o pagamento do preço residual previamente estipulado.

Dejalma de Campos definiu que “o que caracteriza a operação de arrendamento que se denomina leasing é o seguinte: 1º) forma contratual, do tipo complexo (locação de coisas, promessa unilateral de venda e eventualmente, uma venda); 2º) paga-

mento periódico pelo arrendatário de quantia prefixada (prestações locativas); 3º) opção de compra no final; por preço residual. Consistente no preço da venda inicial acrescido do custo financeiro, descontadas as prestações locativas já pagas” (ISS — Um Aspecto Tributário do Leasing, in Revista de Direito Tributário 19/20, pág. 334).

Em virtude da própria natureza do instituto, não existe razão para que o valor residual seja considerado como uma garantia à instituição financeira arrendante, caso o arrendatário opte pela não-aquisição do bem ao término do contrato, já que a opção de devolução do bem é uma faculdade prevista como requisito do contrato de arrendamento mercantil, e o valor residual somente deve ser pago no caso de o arrendatário optar pela compra do bem arrendado.

Priscila Maria Pereira Corrêa da Fonseca elucida a questão, recorrendo a tríplice opção que deve constar no contrato a favor do arrendatário: adquirir o bem arrendado, renovar o contrato, ou devolver o bem. Saliencia 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” (O Contrato de Leasing. In Novos Contratos Empresariais, Carlos Alberto Bittar (coordenador). Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1990, pág. 106).

Maria Helena Diniz, citando decisão do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, discorrendo sobre as consequências da rescisão do contrato de leasing, recordou que “impor-se o pagamento das prestações futuras, e ainda do valor residual, implica bis in

idem. Esse último, aliás, só é exigível nos casos de perda ou aquisição do bem" (Tratado Teórico e Prático dos Contratos, Saraiva, São Paulo, 1993, pág. 386).

Para reforçar a tese de que o valor residual representa a opção de compra do bem e somente deve ser cobrado no final do contrato, convém ressaltar que a Portaria do MJ/SDE, n. 3, de 19/3/99, complementando o art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, declarou nulas de pleno direito cláusulas que "estabeleçam em contrato de arrendamento mercantil (leasing) a exigência do pagamento antecipado do Valor Residual Garantido (VRG), sem previsão de devolução desse montante, corrigido monetariamente, se não exercida a opção de compra do bem".

Assim, considerando que o valor residual pode ser cobrado, tão-somente, no final do contrato, representando o exercício da opção de compra, tem-se que, no caso em apreço, sendo este pago de forma instantânea, no valor de R\$ 6.000,00 (seis mil reais), e não existindo no contrato previsão de sua devolução, merece ser restituído, já que em razão da inadimplência a arrendatária não optou pela compra do bem.

A propósito, decidiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

"Arrendamento mercantil. Rescisão contratual. Reintegração de posse. Condenação da ré ao pagamento das parcelas vencidas até a efetiva retomada do bem. Inserção do valor residual garantido. Possibilidade de devolução ou compensação.

"I — O leasing mercantil constitui contrato autônomo de natureza

complexa, compreendendo uma locação, uma promessa unilateral de venda e, às vezes, um mandato, quando é o próprio arrendatário quem trata com o vendedor na escolha do bem.

"II — O 'valor residual' é uma garantia que visa apenas a constituição de um fundo de reserva para a eventual opção de compra do bem ao final do prazo do contrato, não dizendo respeito às parcelas de aluguel do veículo, o que o faz exigível apenas nos casos de perda ou aquisição do bem".

E do corpo do acórdão extrai-se:

"Assim, o leasing mercantil não se configura como simples operação financeira, mas, como contrato autônomo, de caráter misto, em que se opera uma modalidade de financiamento com previsão legal, facilitando ao arrendatário o uso e gozo do bem de sua necessidade, sem o desembolso inicial do seu valor e com opção, de aquisição da propriedade, findo o prazo do contrato, se pago o valor residual.

"Nestes moldes, tem-se que o valor residual visa apenas à constituição de um fundo de reserva para a eventual opção de compra do bem ao final do prazo do contrato de arrendamento, não dizendo respeito às parcelas relativas ao aluguel do veículo, e limitando-se a obrigação do arrendatário ao pagamento do locativo pactuado.

"(...)

"Por tais razões, o valor residual só poderia ser incluído como ressarcimento pela rescisão do contrato se a recorrida, uma vez adimplido o contra-

to, o que não chegou a ocorrer, optasse pela compra do bem” (Ap. Cív. n. 50.237/98, Des. Nancy Andrighi, Segunda Turma Cível, Brasília—DF, 8/4/99).

Ainda daquele Tribunal, colhe-se:

“Arrendamento mercantil. Leasing. Inadimplência. Valor residual garantido. Devolução.

“Rescindido o contrato de arrendamento mercantil, leasing, por inadimplência da arrendatária, cabe a devolução a essa do valor residual garantido, que é garantia para aquisição futura do bem e não contraprestação ou abatimento do preço que possa ser retido pelo arrendador”.

E do corpo do acórdão:

“Claro está, por conseguinte, que o valor atinente ao resíduo garantido, como o próprio termo explícita, significa uma espécie de garantia para a aquisição futura do bem, e não contraprestação ou abatimento do preço que, diante de eventual inadimplemento, pudesse ser revertido em favor da empresa Real.

“Se não bastasse tal argumento, considero a perda total dos bens, incluindo-se o valor residual garantido, como decorrente da interpretação de cláusula leonina ou jurídica, com a qual não pode compadecer o Poder Judiciário. Tal imposição contratual fere, de morte, o princípio do equilíbrio econômico e financeiro a vigor entre as partes, violando princípios básicos de consumo, tal como disposto nos arts. 47 e 51, inciso IV, da Lei n. 8.078/90” (Ap. Cív. n. 43.932/97, Des. George Lopes Leite, Quarta Turma Cível, Brasília—DF, julgada em 22/9/97).

Pelo propósito do Código de Defesa do Consumidor — além do aditamento promovido pela Portaria do MJ/SDE n. 3 de 19/3/99, já citada, considerando nula a cláusula que, em contrato de arrendamento mercantil, proceda a retenção dos valores adiantados a título de VRG, sem a previsão de sua devolução —, poder-se-ia mencionar que as cláusulas contratuais devem ser sempre interpretadas em favor do consumidor, devendo ser declaradas nulas as que estabeleçam obrigações iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade (arts. 47 e 51, IV, do Codecon).

Permitir a reintegração do bem em mãos da arrendadora, a condenação da arrendatária ao pagamento da indenização pertinente ao período em que esteve na posse do bem e, ainda, a perda dos valores que adiantou a título de valor residual, é situação injusta, não podendo ser tolerada pelo Poder Judiciário.

Quanto à condenação em perdas e danos, não há qualquer reparo a ser feito na sentença, uma vez que representa o pagamento correspondente às contraprestações do contrato durante o período em que a arrendatária esteve na posse do bem.

Deve ser frisado, contudo, que o valor residual também estava previsto no contrato de forma parcelada (mensalmente), não devendo integrar o valor da contraprestação, no cálculo da indenização.

Assim, como as partes assumem ao mesmo tempo as figuras de credor e devedor, deve ser aplicado o

instituto da compensação, previsto no art. 1.009 e seguintes do Código Civil.

A propósito:

"A compensação reconvenicional é reconhecível se as duas partes forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, como se lê no art. 1.009 do Código Civil, se as respectivas dívidas estiverem vencidas, qual o diz o art. 1.010 do citado Código, o devedor postule o encontro de contas por meio de reconvenção e esta seja havida como procedente" (RTJ 83/115).

Quanto à alegação de litigância de má-fé por ter requerido a apelada a expedição de certidão de trânsito em julgado da sentença, verifica-se que não houve dolo, mas mero equívoco.

Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso para que seja com-

pensado do saldo devedor apurado (representando as parcelas vincendas até a reintegração do bem) o valor equivalente ao pagamento efetuado a título de valor residual garantido, R\$ 6.000,00 (seis mil reais), corrigido monetariamente a partir de 27/11/97 — data da celebração do contrato e do pagamento adiantado do valor residual.

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

Florianópolis, 10 de agosto de 1999.

Eder Graf,
Presidente;
Silveira Lenzi,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 43.954 (96.006567-9), DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

Relator: Des. Cláudio Barreto Dutra

Declaratória de nulidade de ato jurídico — Anulação de promessa de compra e venda de unidade habitacional — Pagamento integral — Adquirentes induzidos em erro — Vício — Cessão de direitos à Comissão de Representantes de Condomínio responsável pela conclusão da obra — Restituição dos valores pagos à construtora e daqueles desembolsados ao condomínio — Código Civil, artigos 158 e 1.059 — Perdas e danos — Exclusão por ausência de prova — Ônus do artigo 333, inciso I, do CPC — Provimento parcial do recurso.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 43.954 (96.006567-9), da comarca de Balneário Camboriú (1ª Vara), em que

é apelante Construtora e Comércio H. Schultz & Cia. Ltda., sendo apelados Raul Santos de Sá e sua mulher, Ignez Parente de Sá:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, prover parcialmente o recurso.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Balneário Camboriú (1ª Vara Cível), Raul Santos de Sá e sua mulher, Ignez Parente de Sá, ajuizaram ação Declaratória de Nulidade de Ato Jurídico cumulada com Perdas e Danos contra Construtora e Comércio H. Schultz & Cia. Ltda., com quem celebraram contrato de promessa de compra e venda de fração ideal de terreno, de incorporação de edifício em condomínio e de construção de unidade autônoma, tendo pago integralmente o preço ajustado. Discorreram que:

— a requerida, após a execução de apenas parte da obra, paralisou-a;

— diante desta situação, realizou-se uma assembléia em 24/8/85, onde a comissão de condôminos e os coadquirentes decidiram assumir a finalização das obras do edifício, sendo que, para não perderem o que já haviam pago, viram-se obrigados a participar da referida comissão e a desembolsar numerário maior do que o inicialmente ajustado com a ré;

— quando da assinatura do contrato, a documentação obrigatória não estava arquivada no Cartório de Registro Imobiliário competente.

Requereram a declaração da nulidade do contrato celebrado com a requerida e a sua condenação na devolução dos valores pagos, acrescidos de perdas e danos.

Contestando o feito, a ré arguiu, em preliminar, a inépcia da inicial, carência de ação, denúncia da li-

de e, no mérito, pugnou pela improcedência da ação, porque cedeu aos co-proprietários os direitos e obrigações da incorporação e estes concluíram a obra sem qualquer interferência sua. Disse que os autores sabiam que o registro da incorporação estava em andamento, pois constava no contrato, sendo incabíveis o reembolso e as perdas e danos.

Julgando antecipadamente a li-de, o Magistrado extinguiu o feito por impossibilidade jurídica do pedido, condenando os autores nas verbas da sucumbência.

Inconformados, apelaram pugnando a reforma da decisão, na qual repisaram os mesmos argumentos expendidos na inicial. Em grau de recurso, a Câmara decidiu anular o processo a partir da sentença, inclusive.

Cientes as partes do retorno do feito, o Magistrado proferiu a sentença de fls. 174/178, que julgou procedente o pedido inicial.

A demandada recorreu, oportunidade em que asseverou que as questões de mérito não foram ventiladas na decisão, mormente no que pertine às perdas e danos. Disse que houve análise equivocada do pedido porque além da devolução das quantias pagas, a sentença indicou o valor equivalente ao imóvel independente da produção de prova acerca dos danos.

Registrou que o valor percebido referia-se ao preço do imóvel e que as importâncias pagas ao condomínio eram relativas a antecipações e visavam a conclusão da obra.

Por fim, aduziu que, em sendo mantida a sentença, os apelados enriquecerão ilicitamente, pois receberão

de volta tudo o que pagaram, apesar de serem donos e possuidores do imóvel.

Requeru a anulação do julgado, dizendo ainda que houve omissão maliciosa de questões relativas ao contrato, e que há necessidade de abrir a instrução para que o condomínio intervenha e sejam apuradas as perdas e danos, devendo, por isso, a sentença ser reformada.

Com as contra-razões, os autos, preparados, ascenderam a este Tribunal.

É o relatório.

A insurgência diz respeito a inadimplemento contratual de empresa que se comprometeu, mas não cumpriu, a edificar imóvel do qual os apelados adquiriram unidade autônoma. Essa situação daria ensejo à rescisão do contrato, mas o pedido cingiu-se ao exame da nulidade em face da inexistência de prévio registro da incorporação, que por sua vez evidenciou não só a venda de um bem inexistente, como também o vício do ato (erro).

Apesar de não se vislumbrar a possibilidade de deferir o pedido de nulidade do contrato, é possível verificar a existência do defeito que encaminha à sua anulação, pois é viciosa a venda de mercadoria que não existe fática e legalmente, mas que, em condições de ser construída, não o foi no prazo estabelecido no contrato. Dessa forma, além do vício, a avença possibilitou o reconhecimento da inadimplência.

É da jurisprudência:

“Rescisão de contrato de compromisso de compra e venda. Incorporação

irregular. Inadimplência contratual assumida pela ré. Dever de indenizar.

“Assumida a inadimplência pela compromissária vendedora, através do atraso na entrega de edifício em construção e mediante o qual se previa a fruição do imóvel pelo promissário comprador, durante sessenta dias num ano, tem este o direito de ver rescindido o compromisso de compra e venda, ainda mais quando foi ludibriado através de propagandas enganosas e pagou regularmente as parcelas devidas” (Ap. Cív. n. 97.013560-2, de Balneário Camboriú, rel. Des. Carlos Prudêncio).

Quanto às perdas e danos, a apelante pretende eximir-se pelo argumento de inexistir prejuízo e provas relativas a elas.

Com efeito, o Magistrado além de declarar a nulidade do contrato e das duplicatas a ele vinculadas, condenou-a na devolução dos valores que os apelados pagaram pelo imóvel, conforme autorizava o artigo 158 do Código Civil, bem como das importâncias desembolsadas junto a Comissão de Representantes do Condomínio, estas a título de perdas e danos.

Sabe-se que “A resolução por inexecução culposa não produz apenas o efeito de extinguir o contrato para o passado. Sujeita ainda o inadimplente ao pagamento das perdas e danos. A parte prejudicada pelo inadimplemento pode pleitear a indenização dos prejuízos sofridos, cumulativamente com a resolução” (Orlando Gomes, ‘Contratos’, 12ª ed., Forense, pág. 196)” (apud Ap. Cív. acima citada), até porque, dispõe o artigo 1.056 do Código Civil que não cumprindo a

obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos.

A prova de tais requisitos, todavia, não foi realizada a contento, pois não obstante superado o prazo de entrega, que estava previsto (ainda que a título precário), para 31/12/83 (fls. 9), a partir de 6/9/85 a responsabilidade passou a ser da Comissão de Representantes do Condomínio (fls. 91). Ainda que passados praticamente dois anos, ficou claro que a apelante havia construído quase 30% da obra (29,98%, fls. 85) e, dos 39 (trinta e nove), disponibilizou ao Condomínio 21 (vinte e um) apartamentos. O produto da venda destas unidades, não se olvida, reverteu em favor dos co-proprietários, que em consequência tiveram reduzidos os encargos para a conclusão do empreendimento (fls. 53). Logo, as importâncias pagas ao Condomínio não representavam o preço total do imóvel.

A isto se acrescenta que ao desobrigar a apelante, o contrato de cessão de direitos e obrigações isentou-a, igualmente, de eventual alteração do projeto original, fazendo crer que se modificações foram feitas e se o custo foi repassado aos valores desembolsados pelos condôminos, nenhum ônus poderia a ela ser imputado, principalmente porque o texto da cláusula quinta (fls. 86/87), é expresso em dizer que, após a lavratura, sua responsabilidade ficou limitada apenas aos termos da avença pretérita.

Leciona Orlando Gomes, in "Contratos", Forense, 1983, pág. 253:

"Na cessão de contrato, o cessionário assume os direitos e obrigações do cedente, que se lhe transmi-

tem globalmente por efeito do negócio jurídico que estipularam. Disso se conclui que a cessionária Comissão de Representantes passou a responder por todos os direitos e obrigações do contrato original".

Não há dúvida quanto ao desembolso a maior; porém, as "perdas e danos", consubstanciados no que os apelados efetivamente perderam ou razoavelmente deixaram de lucrar (Código Civil, artigo 1.059), foram pleiteados aleatoriamente (fls. 7) e, repita-se, deixaram de ser provados. Em que pese assegurar, a lei, o direito a tal indenização, não estavam isentos da demonstração do que, efetivamente, consistiriam, já que pelo fato de residir no Estado do Paraná (fls. 8), não se referiram a nenhum gasto com aluguel de imóvel para uso próprio no período da inadimplência, ou à intenção de locar o apartamento sub judice a terceiros. Por outro lado, o fato de a apelante ter exonerado o Condomínio pelo ressarcimento daquilo que havia edificado, e disponibilizado considerável número de apartamentos (vinte e um, fls. 85), implicou na redução do custo final do imóvel que, neste caso, constituiu vantagem em favor dos apelados e pode ser considerado como perdas e danos.

Tem-se decidido que:

"A regra do art. 459, parágrafo único, do CPC, tem tido o devido abrandamento jurisprudencial, entendendo-se que não se aplica nas ações de indenização porque a estimativa das perdas e danos feitas na inicial não conferem certeza ao pedido" (JTA, RT 103/357).

É da jurisprudência:

"(...)

“Nos termos do art. 1.059 do Código Civil, as perdas e danos abrangem o que o credor efetivamente perdeu e o que razoavelmente deixou de lucrar. O lucro cessante, porém, haverá de ter por causa imediata o ato do devedor, ou seja, resultar direta e imediatamente do fato ilícito” (REsp. n. 11.635-0—RJ, rel. Min. Torquato Braz, DJU n. 184, de 25/9/95) (apud Ap. Cív. n. 51.736, de Joinville, rel. Des. Paulo Gallotti).

Nesse sentido:

“Contrato — Descumprimento total — Prejuízos compensatórios incalculáveis com a execução do contrato — Perdas e danos consistentes em devolução das quantias pagas corrigidas e juros — Recursos parcialmente providos” (JC 55/86, rel. Des. Eduardo Luz).

Não é justo que os apelados paguem duas vezes pelo bem, mas igualmente injusto é imputar ao devedor o pagamento do que não deve, pois já foi penalizado com o ressarcimento corrigido daquilo que recebeu e abriu mão de créditos em favor dos compromissários compradores.

“Compromisso de compra e venda. Rescisão. Perdas e danos. Sentença confirmada.

“O descumprimento de obrigação, com a violação do termo essencial, mesmo sem culpa da parte contratante, justifica que a outra parte opte pela exigência do cumprimento do contrato ou pela sua resolução. A inoccorrência de culpa por parte do inadimplente apenas exclui as perdas e danos, mas não justifica o enriquecimento indevido” (JC 49/47) (grifo).

“Apelação. Ação de rescisão contratual com perdas e danos. Construção e incorporação de edifício. A notificação prévia só é exigível para a destituição do incorporador, mas não para a rescisão contratual e perdas e danos, valendo a citação para efeitos de constituição em mora. Comissão de Representantes que é estranha à lide. Rescisão contratual procedente. Perdas e danos indevidos por não provados. Sentença confirmada” (JC 57/194) (grifo).

Os autores decaíram de parte do pedido mas os consectários da sucumbência devem ser mantidos, porquanto “os honorários recaem exclusivamente sobre o montante da condenação; com isso, deduzida a parcela excedente, já se terá feito a redução devida pela sucumbência parcial (RJTJSP 41/111, 3ª Câmara do TJSP)” (apud Yussef Said Cahali, “Honorários Advocatícios”, 3ª ed., São Paulo, Editora RT, 1997, pág. 518).

A reforma parcial da sentença é medida que se impõe.

Pelo exposto, a Câmara, em votação unânime, proveu parcialmente o recurso, excluindo da condenação as perdas e danos.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cesar Abreu.

Florianópolis, 11 de maio de 1999.

Eder Graf,

Presidente com voto;

Cláudio Barreto Dutra,

Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 97.009152-4, DA CAPITAL**Relator: Des. Cláudio Barreto Dutra**

Execução — Nulidade da sentença — Cerceamento de defesa inexistente — Preliminar repelida — Obrigação de fazer — Prestação infungível — Art. 638 do CPC — Termo de transação firmado entre as partes — Outorga de procuração para que o exequente perceba, diretamente do inquilino, 50% dos alugueres devidos à executada — Título executivo extrajudicial (art. 585, II, do CPC) — Citação da devedora para, no prazo de 15 (quinze) dias, cumprir a obrigação — Transcurso que se inicia com a juntada do mandado — Exegese do inc. IV do art. 738 do CPC, ocasião em que o executado pode tomar as seguintes atitudes: cumprir voluntariamente a obrigação; permanecer inerte e opor-se à demanda executória, por meio de embargos — Oposição destes — Não recebimento, por serem intempestivos — Prosseguimento da execução, a final, julgada procedente — Sentença mantida — Recurso desprovido.

– “Constantes dos autos elementos de prova documental, suficientes para formar o convencimento do julgador, incorre cerceamento de defesa se julgada antecipadamente a controvérsia” (STJ — 4ª Turma, Ag n. 14.952—DF—AgRg, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 4/12/91).

– “Cumprida a citação, o prazo para a satisfação da obrigação se inicia com a juntada do mandado, ex vi do art. 738, IV, do CPC, podendo o executado tomar três atitudes processuais: cumprir voluntariamente a obrigação; permanecer inerte e opor-se à demanda executória, através de embargos” (AI n. 97.008912-0, de São Miguel do Oeste).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.009152-4, da comarca da Capital (1ª Vara), em que é apelante Estabelecimentos José Daux S/A — Comercial, sendo apelado Marco Aurélio Boabaid:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, rejeitar a preliminar de nulidade da sentença, e,

no mérito, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Execução aforada por Marco Aurélio Boabaid, qualificado a fls. 3, contra Estabelecimentos José Daux S/A — Comercial, objetivando, em síntese, a outorga de procuração para que perceba, diretamente do inquilino, 50% (cinquenta por cento) dos alugueres devidos à executada, confor-

me cláusula quinta, do “Termo de Transação”, firmado em 27 de julho de 1983 pela Cecomtur S/A Centro Turístico Comercial de Santa Catarina, Estabelecimentos José Daux S/A — Comercial, Empreendimentos Daux Boabaid Ltda., Exibidora Centrosul Ltda., Jorge Daux, Jorge Daux Filho e Marco Aurélio Boabaid e suas respectivas mulheres.

Alega que os alugueres lhes foram pagos até fevereiro de 1994 e os referentes aos meses março/94 a janeiro/97, são objeto de outra execução envolvendo as partes. Sustenta que o aluguel, sito à Rua Visconde de Ouro Preto, 216 (antigo 42), conforme documento incluso, corresponde à quantia de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), e que a pretensão encontra guarida nos artigos 585, II, e 632 e seguintes, ambos do Código de Processo Civil.

Requeriu fosse a executada citada para, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, outorgar a referida procuração e, vencido este, a concessão de “tutela antecipada”, e ou “medida liminar”, a fim de que o Juízo confira “documento hábil e autorização judicial, como se procuração fora, garantindo ao exequente o direito de receber, diretamente do inquilino, o percentual acima aludido, do valor do aluguel mensal que Elevadores Schindler do Brasil S/A paga à devedora, enquanto perdurar o julgamento dos respectivos embargos” (sic).

Juntou os documentos de fls. 9/29.

A fls. 31, o Juiz de Direito Substituto deixou de conceder a tutela antecipada, para conceder a tutela cautelar prevista nos artigos 798 e 799 do Código de Processo Civil. Determi-

nou, outrossim, a citação da executada para, no prazo de 15 (quinze) dias, satisfazer a obrigação, ou contestar o pedido.

Na contestação, aduz a executada que a pretensão imerece prosperar, já que os valores pretendidos são recebidos pela mulher do exequente Sandra Maria Daux quando da separação consensual do casal, conforme declaração que junta, de tudo ciente o exequente.

Juntou os documentos de fls. 44/58.

Às fls. 61/63, constam os embargos à execução opostos pela devedora, que não foram recebidos, conforme se observa do despacho de fls. 61.

Às fls. 65 e 67, o exequente postula a expedição de alvará de levantamento do total da importância que mensalmente vem sendo depositada pela locatária, em conta poupança vinculada ao Juízo, que foi deferida.

Pedido de providências e regularização processuais ofertadas pela executada às fls. 71/72.

O Juiz de Direito proferiu a decisão, julgando procedente a execução.

Apelou a vencida, arguindo, preliminarmente, a nulidade do decisorio, por cerceamento de defesa, já que ficou impossibilitado de produzir as provas requeridas por ocasião da oposição dos embargos à execução. No mérito, alega que o crédito, além de não existir, deveria ser apurado em ação própria.

Com as contra-razões, os autos, preparados, ascenderam a este Tribunal.

Ao apelado foi dado vista dos documentos juntados pela apelante, ocasião em que se manifestou pelo seu desentranhamento (fls. 148).

É o relatório.

A preliminar invocada de nulidade da sentença, merece prosperar.

A defesa na execução, como é cediço, dá-se mediante a oposição de embargos. No caso foram ofertados, mas a destempo, sendo, pois, desnecessário perquirir-se a respeito da produção de provas requeridas na inicial daquela peça.

Ademais, já se decidiu que, “constantes dos autos elementos de prova documental, suficientes para formar o convencimento do julgador, incorre cerceamento de defesa se julgada antecipadamente a controvérsia” (STJ, 4ª Turma, Ag n. 14.952—DF—AgRg, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 4/12/91).

Não tem sentido, por outro lado, também, a alegação da apelante de que o crédito, além de não existir, deveria ser apurado em ação própria.

O crédito existe, sendo decorrente do termo de transação firmado entre Cecomtur S/A Centro Turístico Comercial de Santa Catarina, estabelecimentos José Daux S/A — Comercial, Empreendimentos Daux Boabaid Ltda., Exibidora Centrosul Ltda., Jorge Daux, Jorge Daux Filho e Marco Aurélio Boabaid e suas respectivas mulheres que por sua cláusula quinta, assim ficou expresso:

“— Na hipótese do Banco do Brasil S/A aprovar a solicitação feita

pela empresa Estabelecimentos José Daux S/A — Comercial, proprietária do imóvel, locado à Superintendência do Banco do Brasil S/A, em Florianópolis, e situado à Rua Visconde de Ouro Preto n. 42, relativa à imediata majoração do aluguel mensal, estabelecendo-se novo valor, a diferença entre o valor atual de CR\$ 228.000,00 e o novo, a ser fixado, caberá ao sócio Marco Aurélio Boabaid, prevalecendo tais recebimentos até que referido sócio receba toda a parte que lhe cabe pela venda do Edifício Cecomtur. No caso de não haver reajuste imediato, mas na época do vencimento do período anual, ou ainda relocação do imóvel a terceiros, o valor do aluguel será dividido em duas partes iguais, sendo uma de Marco Aurélio Boabaid, cujo recebimento será feito por este, diretamente do inquilino, mediante procuração a ser outorgada ao mesmo” (fls. 14/15) (grifei).

Por sua vez, aludido Termo se insere dentre os títulos executivos extrajudiciais a que alude o inciso II do artigo 585 do Código de Processo Civil, bastando para fundar a execução por obrigação de fazer, tendo em vista que o artigo 632 do Código de Processo Civil recebeu nova redação com a edição da Lei n. 8.953/94, não mais fazendo a distinção entre título judicial e o extrajudicial para ensejar a execução em apreço.

Para melhor compreensão do tema em análise, colhe-se a seguinte lição de Humberto Theodoro Júnior, em sua obra “Curso de Direito Processual Civil”, vol. II, 19ª ed., 1997, págs. 162/163 e 165/166:

“Com a nova redação do artigo 632, dada pela Lei n. 8.953, de

13/12/94, a execução das obrigações de fazer ou não fazer passou a ser cabível tanto para os títulos judiciais como para os extrajudiciais.

“O início do procedimento executivo será sempre através da citação do devedor para que cumpra a obrigação em prazo determinado, seja realizando a obra ou o fato, nas prestações positivas (art. 632), seja desfazendo-os, nas negativas (art. 642).

“Somente depois de verificado em juízo o não cumprimento voluntário da obrigação, é que terão lugar os atos judiciais de execução propriamente ditos”.

E, mais adiante, assevera o renomado autor:

“Como já ficou assentado, as obrigações de fazer podem ser de prestação fungível ou infungível.

“Qualquer que seja a natureza da obrigação, se for a prestação voluntariamente cumprida no prazo da citação, extinguir-se-á o processo executivo (art. 794, I), fato que constará de termo e será declarado em sentença (art. 795).

“Se o devedor conservar-se inadimplente, sendo infungível a prestação, outra alternativa não terá o credor senão a de promover a execução da obrigação subsidiária, ou seja, reclamar perdas e danos, sob o rito de execução por quantia certa (art. 638, parágrafo único)”.

O caso sub examen, é, a toda evidência, de prestação infungível, daquelas previstas no artigo 638, “em que a prestação, por natureza ou convenção, só pode ser prestada pessoalmente pelo devedor (Código Civil, art. 878)” (ob. cit., pág. 165).

A execução, em tal hipótese, assinala o mestre, “consiste em assinar um prazo ao devedor para cumprir a obrigação, citando-o para tanto (art. 638). Se houver recusa ou mora de sua parte, outra solução não há senão a de converter a obrigação personalíssima em perdas e danos (obrigação subsidiária) (art. 638, parágrafo único).

“Se o contrato não previu o quantum da indenização em caso de inadimplemento, o credor utilizará o processo de liquidação da sentença. Uma vez líquido o valor da indenização, a execução forçada tomará as feições de execução por quantia certa”.

Assim é que, citado o devedor, terá o prazo para a satisfação da obrigação, que se inicia com a juntada do mandado, ex vi do art. 738, IV, do CPC, podendo tomar três atitudes processuais: cumprir voluntariamente a obrigação; permanecer inerte e opor-se à demanda executória, por meio de embargos.

Nesse sentido, comenta Ernani Fidélis dos Santos (Manual de Direito Processual Civil, vol. II, Saraiva, 1993, pág. 115):

“O procedimento da execução é o mesmo. O devedor é citado para satisfazer a obrigação no prazo assinado ou já determinado (art. 632).

“Após a juntada do mandado citatório aos autos, o devedor tem o prazo de dez dias para embargar (738, IV). Não o fazendo, a execução prossegue; embargando, processam-se os embargos (...).

“Não cumprida a obrigação no prazo determinado, o credor poderá optar pelas perdas e danos, requerendo a liquidação, para que, depois,

possa promover a execução por quantia certa (art. 633 e parágrafo), se já não houver, na própria sentença, a previsão de quantia líquida”.

Não diverge desse posicionamento, também, o insigne Araken de Assis (Manual do Processo de Execução, 2ª ed., RT, 1995, págs. 363/365):

“Contemplada a citação, através de um dos modos admissíveis — o prazo, seja qual for, como adiante explicado, inicia com a juntada do mandado, ex vi do art. 738, IV, do CPC —, concebem-se três atitudes fundamentais do executado: a) cumpre voluntariamente a obrigação; b) permanece inerte; c) opõe-se à demanda executória”.

No caso, a executada foi citada por mandado (fls. 33), que foi juntado aos autos em 3 de março de 1997, conforme se observa da fls. 31 verso, e os embargos protocolados somente em 10 de abril de 1997, consoante carimbo de fls. 61 verso, quando então, há muito, esgotado o prazo fixado para tanto (dez dias).

Já decidi esta Corte:

“Processo de execução. Obrigação de fazer. Título executivo extrajudicial. Termo de compromisso firmado pelo devedor perante o Ministério Público. Legitimidade deste para intentar a execução. Obras em loteamento irregular. Procedimento executório. Necessidade de prévia citação do devedor para a satisfação do julgado no prazo determinado no título executivo (CPC, art. 632). Multa pecuniária. Exigibilidade apenas após o decurso do prazo para a satisfação voluntária da obrigação. Suprimento da citação, para facultar ao devedor o direito de embargar a execução (CPC,

art. 738, IV). Desprovimento do recurso.

“(…)

“Cumprida a citação, o prazo para a satisfação da obrigação se inicia com a juntada do mandado, ex vi do art. 738, IV, do CPC, podendo o executado tomar três atitudes processuais: cumprir voluntariamente a obrigação; permanecer inerte e opor-se à demanda executória, através de embargos. A execução pela forma do art. 634 deverá ser precedida da citação na forma do art. 632” (AI n. 97.008912-0, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

Por fim, cabe ressaltar que os documentos juntados às fls. 101/143, sobre os quais se manifestou o apelado, não são aptos a modificar o aqui esposado, já que tratam-se de cópias de execução (por quantia certa contra devedor solvente), cujo objeto é diverso dos presentes autos.

Não há negar, portanto, imerece reparos a decisão prolatada, que bem apreciou a matéria à luz da legislação e doutrina aplicáveis, razão pela qual deve ser mantida.

Ante o exposto, rejeita-se a preliminar de nulidade da sentença, e, no mérito, nega-se provimento ao recurso.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Napoleão Amarante.

Florianópolis, 4 de maio de 1999.

Eder Graf,

Presidente para o acórdão com voto;

Cláudio Barreto Dutra,

Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 96.005839-7, DA CAPITAL**Relator: Des. Newton Trisotto**

Sindicato — Sindiconde — Condomínio — Contribuição assistencial — Reversão patronal — Registro — Cartório — Ministério do Trabalho — Legitimidade ad causam.

“A comprovação da legitimidade ad processum da entidade sindical se faz por seu registro no órgão competente do Ministério do Trabalho, mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988” (TST, Enunciado n. 15).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 96.005839-7, da comarca da Capital (Juizado de Pequenas Causas), em que é apelante Sindiconde — Sindicato dos Condomínios de Santa Catarina, sendo apelado Condomínio Edifício Belvedere:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Sindiconde — Sindicato de Condomínios de Santa Catarina ajuizou ação cautelar de exibição de documentos contra Condomínio Edifício Belvedere.

O autor, atribuindo-se a qualidade de representante sindical de todos os empregadores da categoria dos empregados em edifícios/condomínios no Estado de Santa Catarina, pretende que o réu lhe exiba documentos que afirma serem necessários para determinação do valor da contri-

buição sindical patronal que dele pretende cobrar.

O réu contestou a obrigação de exhibir os documentos solicitados dizendo, basicamente, que o autor não é o representante legal da categoria e que não está obrigado a filiar-se àquele sindicato (CF, art. 5º, XX).

O MM. Juiz acolheu os argumentos do réu e julgou improcedente o pedido, condenando o autor “ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que arbitro em 20% sobre o valor da causa”.

Inconformado, o autor interpôs tempestivo recurso de apelação, reeditando nele os argumentos expendidos na exordial.

O apelado deixou transcorrer in albis o prazo para apresentar contra-razões.

II — Voto

Dispõe a Constituição Federal que “é livre a associação profissional ou sindical” (art. 8º, caput) e que “a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato,

ressalvado o assento no órgão competente, vedadas ao Poder Público a ingerência e a intervenção na organização sindical" (inc. I).

Nenhuma lei foi editada após a promulgação da Constituição definindo qual seja o "órgão competente" para promover o assento do sindicato.

Conquanto para alguns baste o registro no cartório de registro civil de pessoas jurídicas (STJ, MS ns. 188-89—DF, Min. Ilmar Galvão, 362-90—DF, Min. Pedro Acioli e 390-90—DF, Min. José de Jesus Filho, RSTJ 18/310; TJSP, ACV n. 215.422-2, Des. Carlos de Carvalho), para a corrente majoritária continua sendo o Ministério do Trabalho (TRT da 12ª Região, Dissídio Coletivo n. 1170/94, Juiz Humberto D'Ávila Rufino; STF, AgRE n. 207.910—SP, Min. Maurício Correa; RTJ 147/868).

Preleciona Eduardo Gabriel Saad:

"3. Em consonância com o disposto no inciso do artigo sob análise, a fundação de um sindicato independe de autorização do Estado. É esta uma das facetas da liberdade sindical, qual seja a de constituir-se uma organização profissional livremente, sem que a lei exija a permissão do Estado.

"Por enquanto, continua o Ministério do Trabalho com a competência de fazer o registro das novas entidades sindicais. Na oportunidade, cabe-lhe verificar se os atos constitutivos são regulares. Para ter elementos que o autorizem a dizer se a associação é a mais representativa, deve convocar as demais para apresentação de dados essenciais ao processo

de seleção que leve à descoberta daquela que deva merecer a investidura.

"(...)

"5. Quer a constituição que o nascimento de um sindicato não precise de autorização estatal. Permite, apenas, que lei exija seu registro em órgão competente.

"Registro é um lançamento em livro próprio, como formalidade para que um ato jurídico produza os efeitos desejados ou, ainda, o ato de anotar a ocorrência de certos fatos.

"A autoridade competente para fazer o registro dos estatutos de uma entidade sindical só poderá recusá-lo se contiverem disposições contrárias à lei. Essa autoridade competente, como já assinalamos anteriormente, deve ser o Ministério do Trabalho porque só ele é possuidor de informações sobre a existência ou não, na mesma área territorial, de sindicato representativo da mesma categoria" (Constituição e Direito do Trabalho, LTR Editora, 1989, págs. 178/9).

Com ele consoa Roberto Barreto Prado (Registro Sindical — Cassação dos Sindicatos, Revista LTR, vol. 55, n. 3, pág. 281).

Admitida a premissa de ser necessário o registro do sindicato no Ministério do Trabalho, indaga-se: sem o registro, detém o sindicato legitimidade para representar a categoria? Segundo o Enunciado n. 15 do Tribunal Superior do Trabalho, a resposta é negativa. Está ele assim redigido:

"A comprovação da legitimidade ad processum da entidade sindical se faz por seu registro no órgão competente do Ministério do Trabalho,

mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988".

No Recurso Extraordinário n. 134.300-1—DF, o Supremo Tribunal Federal decidiu no mesmo sentido:

"Conforme decido pelo Plenário (MI 144, 28/5/93), a 'função de salvaguarda da unicidade sindical induz a sediar, si et in quantum, a competência para o registro das entidades sindicais no Ministério do Trabalho, detentor do acervo das informações imprescindíveis ao seu desempenho'" (JSTJ/Lex, 113/112).

Do voto do relator, Ministro Sepúlveda Pertence, transcrevo o excerto que segue:

"Como visto, a tese que ele veicula, sob a alegação de ofensa ao art. 8º, I, da Constituição, é a de que, sendo vedado ao legislador 'exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato', tornou-se incompatível com a Carta de 1988 a legislação que atribui ao Ministério do Trabalho as funções de registro sindical. Lê-se no recurso (fls. 118):

'Ora, se se retirou do âmbito da competência do Estado, com vedar-lhe a interferência e a intervenção na organização sindical, a ingerência em qualquer assunto ligado à sua vida e à autonomia — é curial que o sindicato fundado, para adquirir personalidade jurídica, há de se submeter ao regime comum adotado para a formação das associações, ut art. 18 do Código Civil, que não dependem de autorização governamental'.

"Contudo, a discussão sobre a competência do Ministério do Trabalho para a promoção do registro de entidades sindicais, na vigência da nova Constituição, encontra-se supe-

rada, nesta Corte, desde o julgamento plenário do MI 144—SP (DJU de 28/5/93), de que fui relator, no qual se firmou o seguinte entendimento:

'I. Mandado de injunção: ocorrência de legitimação ad causam e ausência de interesse processual.

'1. Associação profissional de-tem legitimidade ad causam para impetrar mandado de injunção tendente à colmatação de lacuna da disciplina legislativa alegadamente necessária ao exercício da liberdade de converter-se em sindicato (CF, art. 8º).

'2. Não há interesse processual necessário à impetração do mandado de injunção, se o exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucional da requerente não está inviabilizado pela falta de norma infraconstitucional, dada a recepção de direito ordinário anterior.

'II. Liberdade e unicidade sindical e competência para o registro de entidades sindicais (CF, art. 8º, I e II): recepção em termos, da competência do Ministério do Trabalho, sem prejuízo da possibilidade de a lei vir a criar regime diverso.

'1. O que é inerente à nova concepção constitucional positiva de liberdade sindical é, não a inexistência de registro público — o qual é reclamado, no sistema brasileiro, para o aperfeiçoamento da constituição de toda e qualquer pessoa jurídica de direito privado —, mas, a teor do art. 8º, I, do texto fundamental, 'que a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato': o decisivo, para que se resguardem as liberdades constitucionais de associação civil ou de associação sindical, é, pois, que se trate efetivamente de simples

registro — ato vinculado, subordinado apenas à verificação de pressupostos legais —, e não de autorização ou de reconhecimento discricionários.

‘2. A diferença entre o novo sistema, de simples registro, em relação ao antigo, de outorga discricionária do reconhecimento sindical não resulta de caber o registro dos sindicatos ao Ministério do Trabalho ou a outro ofício de registro público.

‘3. Ao registro das entidades sindicais inere a função de garantia da imposição de unicidade — esta, sim, a mais importante das limitações constitucionais ao princípio da liberdade sindical.

‘4. A função de salvaguarda da unicidade sindical induz a sediar, si et in quantum, a competência para o registro das entidades sindicais no Ministério do Trabalho, detentor do acervo das informações imprescindíveis ao seu desempenho.

‘5. O temor compreensível — subjacente à manifestação dos que se opõem à solução —, de que o hábito vicioso dos tempos passados tenda a persistir, na tentativa, consciente ou não, de fazer da competência para o ato formal e vinculado do registro, pretexto para a sobrevivência do controle ministerial asfixiante sobre a organização sindical —, que a Constituição quer proscrever — enquanto não optar o legislador por disciplina nova do registro sindical —, há de ser obviado pelo controle jurisdicional da ilegalidade e do abuso de poder, incluída a omissão ou o retardamento indevidos da autoridade competente’.

“Tratando-se no extraordinário da mesmo quaestio juris, dele não co-nheço”.

A tese foi reafirmada pelo Tribunal Regional do Trabalho das 4ª e 7ª Região, respectivamente:

“Sindicato — Registro constitucional.

“Obrigatoriedade do registro, segundo mandamento constitucional, para aquisição da personalidade jurídica e ingresso no mundo do direito como centro de interesses juridicamente protegidos. Subsistência da atribuição residual do Ministério do Trabalho prevista na CLT, para o registro, segundo o princípio da recepção da norma compatível com a Constituição. Resguardo da continuidade da ordem constituída para preservação da paz e segurança da comunidade. Ação revisional de dissídio coletivo ajuizada por entidade sindical sem registro no órgão competente. Ausência, também, dos atos constitutivos da entidade. Extinção do processo, sem julgamento do mérito. Constituição, art. 8º, II. CPC, art. 267, IV e VI” (RVDC 74/89, Juiz Geraldo Lorenzon, Revista Ltr. 55/193).

“Embora de natureza cartorial, à organização de entidades sindicais é indispensável o seu registro nos órgãos do Ministério do Trabalho, para seu pleno reconhecimento de constituição e funcionamento...” (RO 2031-90, Juiz Francisco Austregésilo R. Lima).

No mesmo sentido é a jurisprudência deste Sodalício:

“A comprovação da legitimidade ad processum da entidade sindical se faz por seu registro no órgão competente do Ministério do Trabalho, mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988 (Verbete n. 15, do Enunciado Sumular do TST,

publicada na Resenha n. 07/98, elaborada pela Assessoria de Imprensa do TRT — 12ª Região, em 20/5/98” (AC n. 96.011605-2, Des. Orli Rodrigues).

Devo registrar que esse entendimento é combatido por João de Lima Teixeira Filho, que argumenta com as disposições do Decreto n. 509, de 24/4/92, que no inciso I do artigo 13 prescreve ser função do Ministério do Trabalho “organizar e manter atualizado o cadastro das entidades sindicais representativas de trabalhadores e empregadores, vedada a prática de qualquer ato que implique concessão ou retirada da personalidade jurídica dessas entidades” (RIL 122/52).

Data venia, não devem ser confundidas as questões: criação do sindicato, como ente de personalidade jurídica, e legitimação representativa. Aquela nasce do registro do estatuto no cartório competente (TRT da 12ª Região, Recurso Ordinário n. 1439/97, Juiz Osvaldo Sousa Olinger); esta, do registro do Ministério do Trabalho (TRT da 12ª Região, Revisão de Dissídio Coletivo n. 1083/93, Juiz Nilton Rogério Neves; TJSP, MS n. 13.342-0, Min. Cunha Bueno;

TAMG, ACV n. 014.692-1/00, Juiz Pedro Henrique).

No caso sub judice, o Sindiconde não comprovou seu registro junto ao Ministério do Trabalho, sendo, portanto, parte ilegítima para figurar no pólo ativo da demanda.

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso.

III — Decisão

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

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues, e dele participou, também com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Vanderlei Romer.

Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça exarou parecer o Exmo. Sr. Dr. Antônio César Pinto Costa.

Florianópolis, 2 de março de 1999.

Carlos Prudêncio,
Presidente para o acórdão;
Newton Trisotto,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 97.002422-3, DE CAMPOS NOVOS

Relator: Des. Newton Trisotto

Contrato — Arrendamento mercantil — Leasing — Revisão — Onerosidade excessiva — Teoria da imprevisão — Pacta sunt servanda — Adesão — VRG — Código de Defesa do Consumidor — Juros — Limite — Encargos.

1. “Na justificação moderna da relatividade do poder vinculante do contrato, a idéia da imprevisão predomina. Exige-se que a

alteração das circunstâncias seja de tal ordem que a excessiva onerosidade da prestação não possa ser prevista. Por outras palavras, a imprevisão há de decorrer do fato de ser a alteração determinada por circunstâncias extraordinárias (...) Quando, por conseguinte, ocorre a agravação da responsabilidade econômica, ainda ao ponto de trazer para o contratante muito maior onerosidade, mas que podia ser razoavelmente prevista, não há que pretender a resolução do contrato ou a alteração do seu conteúdo. Nesses casos, o princípio da força obrigatória dos contratos conserva-se intacto. Para ser afastado, previsto é que o acontecimento seja extraordinário e imprevisível” (Orlando Gomes).

2. Se os juros foram previamente descontados e as prestações têm o seu valor reajustável de acordo com índice preestabelecido pelas partes, não há fato imprevisível que justifique a revisão de cláusulas do contrato.

Ementa aditiva. Voto vencido do Exmo. Sr. des. Carlos Prudêncio.

Ação de revisão contratual — Juros — Limite constitucional — Art. 192, § 3º, da Constituição Federal — Auto-aplicabilidade — Norma que dispensa regulamentação, sendo de eficácia plena com incidência imediata.

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 omissos, devendo intervir ainda que se trate de contrato firmado

“livremente” entre as partes.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.002422-3, da comarca de Campos Novos (2ª Vara Cível e Feitos da Fazenda Pública), em que é apelante Comércio e Representações VI Barbosa Ltda., sendo apelada Bradesco Leasing S/A — Arrendamento Mercantil:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Comércio e Representações VI Barbosa Ltda. ajuizou “ação ordinária de revisão de contrato” contra Bradesco Leasing S/A — Arrendamento Mercantil.

Anteriormente, ela havia intentado ação cautelar inominada.

O litígio tem origem em contrato de arrendamento mercantil de “1 (um) Caminhão Scânia T-113 H4x2 360, ano e modelo 1993”.

Alega a autora que: a) “o cálculo do valor das parcelas sempre foi feito de forma unilateral, isto é, só pela requerida, que exigia o pagamento do valor apurado, sem permitir à requerente qualquer alteração ou observação”; b) não é lícita a “antecipação mensal do chamado VRG — Valor Residual Garantido”; c) a utilização da TR como índice de correção monetária e a capitalização dos juros, os quais são abusivos, pois excedem o limite previsto no § 3º do artigo 192 da Constituição Federal; d) não está ca-

racterizada a mora pois nada mais deve à ré. Calçado no Código de Defesa do Consumidor, requereu a procedência do pedido para “reconhecida a nulidade das cláusulas abusivas, aceitos os cálculos apresentados nesta petição, pela requerente, e condenando-se a ré, pela sucumbência, e a repetir a importância, porventura paga a mais, pela requerente; e seja também julgado procedente o pedido no sentido de ser dado como certos os depósitos realizados na medida cautelar e considerados como definitivos os valores das prestações, conforme os cálculos aqui apresentados, ficando ainda como certo o valor final apresentado na planilha, como o saldo devedor restante; e, por fim, requer seja a requerida condenada ao pagamento das custas processuais e honorários de advogado”.

Apresentada a defesa e instruído o feito, o Dr. José Frâncio julgou improcedentes os pedidos formulados. Condenou a autora a pagar as custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 20% sobre o valor da causa.

A vencida interpôs recurso de apelação, reeditando os argumentos e requerimentos expendidos na petição inicial. Acrescenta que o processo é nulo, por cerceamento de defesa, resultante do julgamento antecipado da lide.

A apelada deixou transcorrer in albis o prazo para responder ao recurso.

II — Voto

1. 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 se 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).

Versando o pedido da autora a respeito da validade ou não de cláusulas contratuais, é dispensável a produção de quaisquer provas, notadamente a pericial. Se julgado procedente, será necessária a perícia apenas para apuração do valor do saldo devedor ou da quantia a ser restituída.

2. Os tribunais têm admitido a revisão do contrato tão-somente quando lhe sobrevêm fatores normalmente imprevisíveis. Em relação a esse aspecto da questão, da doutrina e da jurisprudência colaciono as lições que seguem:

“Na justificação moderna da relatividade do poder vinculante do contrato, a idéia da imprevisão predomina. Exige-se que a alteração das circunstâncias seja de tal ordem que a excessiva onerosidade da prestação não possa ser prevista. Por outras palavras, a imprevisão há de decorrer do fato de ser a alteração determinada por circunstâncias extraordinárias. As modificações por assim dizer normais do estado de fato existente ao tempo da formação do contrato devem ser previstas, pois constituem, na justa observação de Ripert, uma das razões que movem o indivíduo a contratar, garantindo-se contra as variações que trariam insegurança às suas relações jurídicas. Quando, por conseguinte, ocorre a agravação da responsabilidade econômica, ainda ao ponto de trazer para o contratante muito maior onerosidade, mas que podia ser razoavelmente prevista, não há que pretender a resolução do contrato ou a alteração do seu conteúdo. Nesses casos, o princípio da força obrigatória dos contratos conserva-se intacto. Para ser afastado, previsto é que o acontecimento seja extraordinário e imprevisível.

“Mas, não basta. Necessário ainda que a alteração imprevisível do estado de fato determine a dificuldade de o contratante cumprir a obrigação, por se ter tornado excessivamente onerosa a prestação. A modificação quantitativa da prestação há de ser tão

vultosa que, para satisfazê-la, o devedor se sacrificaria economicamente. Chega-se a falar em impossibilidade. Pretende-se, até, criar a categoria da impossibilidade econômica, ao lado da física e da jurídica, para justificar a resolução do contrato, mas se a equiparação procedesse, estar-se-ia nos domínios da força maior, não cabendo, em consequência, outra construção teórica. A onerosidade excessiva não implica, com efeito, impossibilidade superveniente de cumprir a obrigação, mas apenas dificulta, embora extremamente, o adimplemento. Porque se trata de dificuldade, e não de impossibilidade, decorre importante consequência, qual seja a da necessidade de verificação prévia, que se dispensa nos casos de força maior.

“Portanto, quando acontecimentos extraordinários determinam radical alteração no estado de fato contemporâneo à celebração do contrato, acarretando consequências imprevisíveis, das quais decorre excessiva onerosidade no cumprimento da obrigação, o vínculo contratual pode ser resolvido ou, a requerimento do prejudicado, o juiz altera o conteúdo do contrato, restaurando o equilíbrio desfeito. Em síntese apertada: ocorrendo anormalidade da álea que todo contrato dependente de futuro encerra, pode-se operar sua resolução ou a redução das prestações” (Gomes, Orlando. Contratos, Forense, 12ª ed., 1989, págs. 41/42).

“O fenômeno inflacionário, imperante há décadas no País, não se enquadra em caso fortuito ou força maior, acarretando a responsabilidade da empresa que absteve-se de adquirir os materiais necessários para

conclusão do prédio” (AC n. 37.764, Des. Francisco Oliveira Filho).

“Os males provenientes do quadro econômico-financeiro do País não se mostram como fenômeno novo e imprevisível apto a romper o equilíbrio entre partes contratantes. Assim, não pode pretender a rescisão do contrato de financiamento com base em tal argumento, sob a invocação da teoria da imprevisão, o mutuário impedido de satisfazer a obrigação pactuada junto ao SFH por problemas profissionais e pessoais” (RT 619/87).

“O motivo liberatório do cumprimento da obrigação — a força maior por ‘fato do príncipe’ (art. 1.058 do Código Civil), isto é, ‘ato do poder soberano do príncipe (o governo, a administração) que torna mais oneroso o cumprimento de uma obrigação por um dos devedores, criado pela política econômica financeira do país, decorrente de medidas editadas pelo Governo’ — é insuscetível de exonerar o devedor do cumprimento de sua obrigação, isto porque lhe falta um dos pressupostos essenciais para sua configuração: a imprevisibilidade absoluta do evento” (RF 294/255).

Do voto do relator desse último acórdão, Juiz Silva Wolff, extraio o seguinte excerto:

“E consoante escólio de Carvalho Santos, não constitui força maior ‘as dificuldades para a execução do contrato que podiam ser perfeitamente previstas pelo devedor’ (‘Código Civil Brasileiro Interpretado’, Freitas Bastos, 8ª ed., vol. XIV, § 246, art. 1.058).

“Além disso, a crise financeira não torna impossível e sim mais difícil

o cumprimento das obrigações, pelo que não constitui força maior.

“Adverte, por isso, Agostinho Alvim, que: ‘As dificuldades que surgem imprevisivelmente no mundo dos negócios, como p. ex. o repentino retraimento dos Bancos, a brusca mudança de orientação financeira por parte do governo etc. nada disso excusa o devedor (‘Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências’, Saraiva, 4ª ed., n. 207, pág. 238).

“A mesma lição é dada por Carvalho Santos, louvando-se em J. X. Carvalho de Mendonça, quando afirma não caracterizar motivo de força maior, ‘a crise econômica e financeira’ (op. cit., pág. 247).

“Para arrematar, entendo de total pertinência a alegação do embargado de que a persistir o entendimento de que a crise financeira libertaria os devedores de responsabilidade no cumprimento da obrigação, estariam os credores, sempre, à mercê de uma administração governamental com resultados positivos para ver-se cumpridas as obrigações de seus devedores”.

Acerca da aplicação da teoria da imprevisão aos contratos de arrendamento mercantil, esclarece Athos Gusmão Carneiro:

“No que diz respeito ao leasing financeiro e à teoria da imprevisão, já mencionamos que aos contratos de leasing financeiro, tendo por objeto bens de produção, não incidem as normas do Código de Defesa do Consumidor.

“Em assim sendo, a possibilidade de se invocar a teoria da imprevisão, aliás para justificar não a resolução do contrato mas sim a alteração

de suas cláusulas (eis que os demandantes pretendem ficar com os bens arrendados!), estaria a exigir, quando menos, a demonstração cabal da quebra do princípio da comutatividade, em virtude de fato superveniente imprevisível ou dificilmente previsível.

“A alegação, suscitada com certa frequência por arrendatários mercantis de veículos de carga, de que o ‘mercado de fretes’ se teria deteriorado, ou de que as contingências do mercado transportador lhes estaria acarretando prejuízos, não são de molde a motivar o reajuste judicial das cláusulas de contratos de leasing” (O Contrato de Leasing Financeiro e as Ações Revisionais, RT 743/11).

Sobre o tema, decidiram os Tribunais de Alçada do Paraná e de Justiça de São Paulo:

“1. Se a parte não alegou nenhum dos vícios de vontade ao celebrar o contrato de leasing, não poderá fugir, desde logo, do pagamento das prestações mensais a que se obrigou, livremente. 2. Sem nenhum respaldo jurídico a pretensão de efetuar o pagamento das prestações mensais decorrentes de contrato de leasing, via tutela antecipativa, em valores arbitrados pela própria devedora, por força de interpretação unilateral e divorciada do contrato. 3. Nas relações privadas vigora o princípio *pacta sunt servanda* que somente poderá ser relegado ao esquecimento na hipótese de evidente abuso de poder” (Revista de Direito Processual Civil n. 4/237).

“O leasing pode representar economicamente uma operação de financiamento na aquisição do equipamento industrial ou comercial de uma empresa, mas juridicamente a opera-

ção é veiculada nos moldes de uma locação, com opção unilateral de compra. Essa especial peculiaridade caracteriza o leasing como contrato de arrendamento mercantil, e não como contrato de empréstimo. Desse modo, não se está diante de relação de consumo derivada de um serviço colocado à venda e regulado pelo Código de Proteção ao Consumidor, sendo legítima a cláusula resolutória em caso da falta de pagamento. Ficando elidido o título de posse do devedor, por força da cláusula resolutiva expressa, a sua posse restaria sem título, consolidando-se a titularidade possessória do credor, a legitimá-lo para o exercício da reintegratória, em face do esbulho, sem necessidade de pleitear a rescisão do contrato” (RT 737/224).

3. No caso sub judice, a autora se obrigou a pagar 36 (trinta e seis) prestações de R\$ 2.457,00 (dois mil quatrocentos e cinquenta e sete reais) pelo arrendamento e mais 36 (trinta e seis) prestações de R\$ 250,20 (duzentos e cinquenta reais e vinte centavos), por conta do VRG, todas reajustáveis de acordo com a variação da TR.

A toda evidência, desde a celebração do contrato não sobreveio fato imprevisível que pudesse justificar a sua revisão. Nem mesmo o processo inflacionário pode ser invocado, pois a moeda encontra-se estabilizada há mais de três anos. Nesse período, com pequenas oscilações, a taxa de juros, embora absurdamente elevada, permaneceu estável, dentro do previsto.

Há torpeza na conduta daquele que livremente contrai uma obrigação com encargos previamente conheci-

dos, que são os praticados no mercado financeiro, e, depois de pagar certo número de prestações, vem a juízo reclamar da “onerosidade excessiva”, pretendendo depositar quantia que no seu entender é a efetivamente devida. Sobre o tema, alerta Athos Gusmão Carneiro:

“Se o cliente, todavia, já perfeitamente sabedor dos valores das contraprestações e do preço residual, e dos prazos para os pagamentos, resolve firmar o negócio de leasing, é porque o mesmo na oportunidade lhe é conveniente; assim, não poderá ele posteriormente invocar os riscos inerentes a toda atividade empresarial, ou seu insucesso como empresário, ou a própria desvalorização do bem, para tentar furtar-se aos compromissos antes assumidos livre e conscientemente. Aqui, *pacta sunt servanda*” (RT 743/11).

4. No contrato não é especificada a taxa de juros aplicada; há apenas referência ao valor líquido da operação e ao total das prestações mensais, as quais são corrigidas de acordo com a variação da Taxa Referencial.

Se expressamente pactuada, é lícita a utilização da TR como coeficiente de correção monetária, conforme exposto pelo Ministro Carlos Velloso no Agravo Regimental do Agravo de Instrumento n. 165.405-9/MG:

“I — O Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADIns. ns. 493, relator o Sr. Ministro Moreira Alves, 768, relator o Sr. Ministro Marco Aurélio e 959—DF, relator o Sr. Ministro Sydney Sanches, não excluiu do universo jurídico a Taxa Referencial, TR, vale dizer, não decidiu no sentido de que a TR não pode ser utilizada como

índice de indexação. O que o Supremo Tribunal decidiu, nas referidas ADIns., é que a TR não pode ser imposta como índice de indexação em substituição a índices estipulados em contratos firmados anteriormente à Lei n. 8.177, de 1º/3/91. Essa imposição violaria os princípios constitucionais do ato jurídico perfeito e do direito adquirido. CF, art. 5º, XXXVI.

“II — No caso, não há falar em contrato em que ficara ajustado um certo índice de indexação e que estivesse esse índice sendo substituído pela TR. É dizer, no caso, não há nenhum contrato a impedir a aplicação da TR” (DJU de 10/5/96, pág. 15.138).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte acolhem esse entendimento:

“Sendo o contrato firmado posteriormente à edição da Lei n. 8.177/91 e tendo as partes, *expressis verbis*, convencionado a Taxa Referencial Diária (TRD), como indexador, plenamente lícito o ajuste por não se tratar de substituição de índice estabelecida pela TRD” (REsp. n. 71.004, Min. Cláudio Santos, DJU de 26/2/96, pág. 4.013).

“É admissível a utilização da TR como índice de atualização monetária, mormente quando as partes expressamente convencionaram” (Ap. Cív. n. 96.009682-5, Des. Nilton Macedo Machado).

“É possível o uso da TR, máxime se pactuada pelas partes, como fator de correção monetária” (Ap. Cív. n. 97.006877-8, Des. Sérgio Paladino).

“Muito embora entenda institucional a aplicação da TR como indexador substitutivo nos contratos celebrados anteriormente à vigência da

Lei n. 8.177/91, a jurisprudência deste egrégio Tribunal de Justiça, em consonância com o entendimento emanado da Suprema Corte, admite a sua utilização nas avenças posteriores ao aludido Diploma Legal, desde que, por certo, expressamente pactuada, e isto em obediência ao princípio jurídico conhecido como *pacta sunt servanda*” (Ap. Cív. n. 42.718, Des. Eládio Torret Rocha).

Se os rendimentos das contas de poupança e os débitos dos mutuários do Sistema Financeiro da Habitação são calculados de acordo com a variação da TR, não encontro justificativa para exonerar as sociedades comerciais desse encargo, se no contrato foi convencionada.

5. O Supremo Tribunal Federal é o intérprete da Constituição Federal (art. 102, caput). No tocante ao disposto no § 3º do artigo 192, decidiu:

“Tendo a Constituição Federal, no único artigo em que trata do Sistema Financeiro Nacional (art. 192), estabelecido 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 § 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, DJU n. 119, de 25/6/93, pág. 12.637).

Ante a manifestação da Corte Constitucional, nada mais há a acrescentar. Como o Ministro Vicente Cerinicchiari, penso que “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 decidida pelo Supremo Tribunal Federal” (Agravo Regimental n. 152.888—DF, DJU de 24/11/1978, pág. 61.299).

6. Apesar de largamente difundido e de suas peculiaridades, o contrato de arrendamento mercantil não mereceu do legislador pátrio maior atenção. Não há lei específica dele tratando, exceto aquelas relacionadas à matéria tributária. Segundo uníssona doutrina, ao final do contrato restam ao arrendatário três opções: a) devolução da coisa arrendada; b) renovação do período de arrendamento; c) aquisição da coisa pelo seu valor residual.

Por força do disposto na alínea a do inciso VII do art. 7º da Resolução n. 2.309/96, do Banco Central do Brasil, todos os contratos de arrendamento mercantil deverão, obrigatoriamente, trazer estipulação referente ao valor residual garantido (VRG).

Sustenta a apelante que o VRG importa em antecipação da opção de compra e, de conseguinte, no desvirtuamento do leasing. Em abono à tese, invoca a Resolução n. 2.309 do Banco Central do Brasil, que no artigo 10 prescreve: “A operação de arrendamento mercantil será considerada como de compra e venda a prestação se a opção de compra for exercida antes de decorrido o respectivo prazo mínimo estabelecido no art. 8º deste

Regulamento”. Idêntica regra está no § 1º do art. 11 da Lei n. 6.099/74: “A aquisição pelo arrendatário de bens arrendados em desacordo com as disposições desta lei será considerada operação de compra e venda a prestação”.

Data venia, divirjo dessa tese.

Conquanto possam coincidir os valores do VRG e o da opção de compra, são eles institutos completamente diferentes e com finalidades distintas. O VRG corresponde ao valor mínimo que o arrendatário assegura ao arrendador caso não queira exercer sua opção de compra. Já a opção de compra é uma dentre as três opções de que se pode valer o arrendatário ao final do contrato, para cujo exercício é estipulado um valor residual do objeto do contrato.

Preleciona Jorge R. G. Cardoso:

“É preciso, de início, relembrar os conceitos de Valor Residual Garantido — VRG e Opção de Compra. O VRG, conforme definição do inc. 2 da Port. 564/78, é o preço contratual estipulado para o exercício da opção de compra, ou valor contratualmente garantido pela arrendatária como mínimo que será recebido pela arrendadora na venda a terceiros do bem arrendado, na hipótese de não ser exercida a opção de compra.

“Como decorre da própria definição citada, o VRG não se confunde com a opção de compra. Ao contrário: pelo fato de a compra ao final do contrato ter caráter opcional para o arrendatário, sendo portanto um evento incerto, o VRG é uma forma de o arrendatário garantir ao arrendador que este, caso não seja exercida a re-

ferida opção, auferirá certa quantia mínima.

“O VRG opera nas hipóteses em que o arrendatário devolva o bem ao final do contrato, não renovando o arrendamento e nem exercendo a opção de compra. Em qualquer desses casos, o bem será vendido a terceiros e poderá obter valor inferior ou superior ao quantum que arrendador e arrendatário acordaram como parcela final a ser recebida pelo primeiro ao término do arrendamento mercantil. Assim, se o valor obtido na venda for inferior ao quantum mínimo contratado, por força do VRG o arrendatário pagará a diferença. Se o preço de venda for superior, a garantia terá sido desnecessária.

“O VRG é, portanto, uma obrigação assumida pelo arrendatário, quando da contratação do arrendamento mercantil, no sentido de garantir que o arrendador receba, ao final do contrato, a quantia mínima final de liquidação do negócio, em caso de o arrendatário optar por não exercer seu direito de compra e, também, não desejar que o contrato seja prorrogado. Afinal, é característica do leasing financeiro, denominado entre nós arrendamento mercantil, a recuperação pelo arrendador da totalidade do capital empregado na aquisição do bem arrendado, ocorrendo tal recuperação pelo recebimento não só das contraprestações como também pelo recebimento quer do preço da opção quer do valor de venda a terceiros que, se for o caso, será complementado pelo arrendatário para atingir o mínimo estipulado contratualmente.

“Nestas circunstâncias, o VRG é o dispositivo usado para retirar do

arrendador o risco quanto ao recebimento da parcela final de seu capital, que haveria caso fosse a percepção deste montante condicionada a evento incerto, como a receita de venda a terceiros do bem arrendado a preço de mercado, ao final do contrato, na hipótese de que o arrendatário não exercesse a opção de compra” (Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, 5/74).

Também Arnaldo Rizzardo distingue as duas figuras, asseverando que “a opção de compra é estabelecida em favor do arrendatário, não ocorrendo o mesmo quanto ao valor residual garantido, que é uma quantia mínima que deve receber o arrendador” (Leasing, RT, 3ª ed., 1997, pág. 82).

Itamar Dutra, após mencionar que “o valor residual garantido pode ser pago ao final do contrato, durante seu desenvolvimento ou na assinatura deste, mas em nenhuma das hipóteses caracteriza prévia opção de compra”, acrescenta: “Nem poderia ser de outra forma, pois a finalidade do VRG é garantir à arrendadora o que buscou com o investimento financeiro. Faz parte integrante do preço do contrato de arrendamento mercantil, sob risco exclusivo da arrendatária. Como o VRG não tem caráter de opção de compra, mas apenas se identifica com esta no valor, neste caso, evidente que o pagamento antecipado não quer dizer que a arrendatária vá adquirir o bem” (Leasing: Perdas e Danos, Solivros, 1997, pág. 22).

Ainda de acordo com o doutrinador, “o pagamento antecipado do VRG nada mais é do que uma caução em dinheiro que a arrendatária oferece à ar-

rendadora. Tanto isso é verdade que no caso de não-opção de compra no final do contrato, sendo o bem vendido em valor superior ao VRG antecipado, essa caução será integralmente devolvida à arrendatária” (ob. cit., pág. 22).

Sobre o tema, anota Athos Gusmão Carneiro:

“Assim, e como à empresa leasing assiste o direito de receber o reembolso total de seus custos e despesas operacionais, além do natural lucro, o VRG funciona como um mecanismo contratual de garantia à empresa lessor: se o arrendatário exercer a Opção de Compra, ele se tornará proprietário do bem e pagará o valor residual em dinheiro, de uma só vez, conforme contratualmente avençado; se, todavia, o arrendatário não renovar o arrendamento e também não desejar executar a Opção de Compra, opera-se a devolução do bem ao arrendador e o VRG serve como um parâmetro: assim, se o bem, ao ser vendido pela arrendadora, alcançar um preço igual ao valor residual, as partes estão quites; se alcançar um preço maior, a arrendadora devolverá ao arrendatário a mais valia; se o preço de venda for inferior ao valor residual, ao arrendatário cumprirá pagar à arrendadora a diferença a menor.

“E isto porque é da essência do leasing financeiro a recuperação pelo arrendador da totalidade do capital empregado na aquisição do bem arrendado, ocorrendo tal recuperação pelo recebimento não só das contraprestações como também pelo recebimento quer do preço de opção, quer do valor de venda a terceiros que, se for o caso, será complementado pelo

arrendatário para atingir o mínimo estipulado contratualmente” (Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas 18/218).

Adiante, afirma que “sem que ocorra a mínima descaracterização do contrato de leasing, o valor residual garantido pode ser adiantado pelo arrendatário, não a título de exercício da opção de compra, mas sim como mero adiantamento em garantia das obrigações contratuais assumidas” (ob. cit., idem).

A própria Resolução n. 2.309/96, na alínea a do inciso VII do art. 7º, especifica que “a previsão de a arrendatária pagar valor residual garantido em qualquer momento durante a vigência do contrato, não caracterizando o pagamento do valor residual garantido o exercício da opção de compra”, não restando, outrossim, descaracterizado o contrato de leasing.

Da jurisprudência, colaciono os julgados abaixo, todos respaldando o entendimento perfilhado:

“Objetivando precipuamente garantir ao credor, quando do encerramento do contrato de leasing, a reposição, ainda que mínima, da depreciação inerente à utilização do bem, não veda a lei que o denominado valor residual garantido seja cobrado em cobrança com as parcelas do arrendamento, sem que essa cobrança concomitante opere a transmutação, em compra e venda a prazo, do contrato de arrendamento mercantil. Isso porquanto, o valor residual garantido não é, contratual e legalmente, parcela de financiamento ou antecipação de opção de compra em favor do arrendatário, opção essa que, como é de

lei, somente é exercitável ao término do contrato” (Ap. Cív. n. 96.012614-7, Des. Trindade dos Santos).

“Sendo o valor residual garantido uma obrigação assumida pelo arrendatário, quando da contratação do arrendamento mercantil, no sentido de garantir ao arrendador, ao final do contrato, o recebimento de uma quantia mínima a título de depreciação pela utilização do bem, nada impede que seja cobrado juntamente com as prestações mensais.

“Tal proceder jamais poderá importar em transformação do arrendamento mercantil em compra e venda a prazo, porquanto não se confunde com a opção de compra estabelecida em favor do arrendatário, que somente poderá ser exercida ao término da vigência do contrato” (Ap. Cív. ns. 96.005929-6 e 96.012161-7, Des. Eder Graf).

7. O pedido de revisão do contrato também está calcado nas regras do Código de Defesa do Consumidor. Tenho que a ele não se aplica aos contratos de leasing. De acordo com o artigo 2º do Código, “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. As empresas que adquirem bens em arrendamento mercantil para serem utilizados no processo produtivo não se comportam como consumidoras finais, uma vez que “a arrendatária mercantil obtém bens de capital, que a ela servirão ou para a produção de novos ‘bens intermediários’, ou diretamente para a produção de ‘bens finais’, a serem, estes sim adquiridos ou utilizados por consumidor sob a proteção do CDC” (Athos Gusmão Carneiro, RT 743/16).

Por fim, “é de se afirmar, portanto, que os contratos de leasing financeiro avençados entre uma empresa de leasing e uma pessoa jurídica, ou uma pessoa física com fins comerciais, visando o arrendamento de bens de produção/bens de capital não se enquadram no âmbito de incidência das normas do Código de Defesa do Consumidor. Pelo exposto, os dispositivos da Lei n. 8.078/90 não são aplicáveis direta e especificamente a tais contratos, porquanto tais contratos não dizem respeito às relações de consumo tuteladas no ‘microssistema’ do CDC” (RT 743/17).

Impõe-se ressaltar, ainda, que o Código de Defesa do Consumidor não empresta respaldo legal à revisão dos contratos regularmente formados. O inciso III do artigo 6º, sempre invocado por aqueles que pretendem esquivar-se do cumprimento das obrigações, não tem a amplitude que, lamentavelmente, se lhe empresta; não derroga o princípio contido no *pacta sunt servanda*.

A devedora é pessoa jurídica, com experiência no mundo dos negócios, não se podendo aventar que não sabia dos encargos que teria que pagar. Com a aceitação dos termos do contrato e o pagamento efetuado de diversas parcelas devidas, expungiu-se dele eventual nulidade relativa de alguma cláusula. Admitir-se, nesta hipótese, como presente o *fumus boni juris* importaria em reconhecer que a transação não é válida e que poderia ser unilateralmente ignorada pela devedora, desprezando-se o princípio *pacta sunt servanda* e o contido no artigo 97 do Código Civil, pelo qual não pode o devedor invocar a sua própria torpeza para exonerar-se da obriga-

ção: nemo de improbitate sua consequitur actionem.

Como o Desembargador Olavo Silveira, do Estado de São Paulo, também penso que “é tempo de se afastar sutilezas de teses jurídicas ou de interpretações de lei, para se acobertar maus pagadores e fraudadores conciliados na prática de lesões ao patrimônio alheio. É já ocasião de se afirmar que quem deve, e não paga e nem tem como satisfazer obrigações assumidas, é insolvente, porque a insolvência é um fato e, por isso, provado o fato, não há como negá-lo, em benefício dos que agem contra a lei e ainda buscam a impunidade junto ao judiciário” (JB 113-242/244).

8. Por todo o exposto, nego provimento ao recurso.

III — Decisão

Nos termos do voto do relator, por maioria de votos, vencido o Exmo. Sr. Des. Carlos Prudêncio, negaram provimento ao recurso.

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

Florianópolis, 26 de maio de 1998.

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

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Carlos Prudêncio:

Ousei divergir da douta maioria, no tocante aos juros e à utilização da Taxa Referencial.

Em relação à primeira questão — limitação dos juros reais — transcrevo voto proferido na Apelação Cível n. 96.006262-9:

“1. A Constituição Federal, ao dispor sobre o Sistema Financeiro Nacional, estabeleceu em seu art. 192, § 3º, que:

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

“A questão é se referida norma é auto-aplicável ou não.

“O Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 004—DF, relator o Ministro Sydney Sanches, decidiu, por maioria de votos, que o § 3º do art. 192 da Constituição Federal, sobre juros reais de 12% ao ano, não é auto-aplicável:

‘Ação direta de inconstitucionalidade. Taxa de juros reais até doze por cento ao ano (§ 3º do art. 192 da Constituição Federal).

‘Eficácia imediata, ou não, da norma do § 3º do art. 192 da Constituição Federal, sobre a taxa de juros reais (12% ao ano).

‘Tendo a Constituição Federal, no único artigo em que trata do Sistema Financeiro Nacional (art. 192), estabelecido que este será regulado por Lei Complementar, com observância do que se determinou no caput, nos seus incisos e parágrafos, não é de se admitir a eficácia imediata e isolada

do disposto em seu § 3º, sobre taxa 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' (in RTJ 147/719).

"Em que pese referida decisão da mais alta Corte do país, tomada em sessão plenária, entende-se ser de eficácia plena e imediata o § 3º do art. 192 da Constituição Federal.

"Prescreve José Afonso da Silva:

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

'Este dispositivo causou muita celeuma e muita controvérsia quanto à sua aplicabilidade.

'Pronunciamo-nos, pela imprensa, a favor de sua aplicabilidade imediata, porque se trata de uma norma autônoma, não subordinada à lei prevista no caput do artigo. Todo parágrafo, quando tecnicamente bem situado (e este não está, porque contém autonomia de artigo), liga-se ao conteúdo do artigo, mas tem autonomia normativa. Veja-se, p. ex., o § 1º do mesmo art. 192. Ele disciplina as-

sunto que consta dos incisos I e II do artigo, mas suas determinações, por si, são autônomas, pois uma vez outorgada qualquer autorização, imediatamente ela fica sujeita às limitações impostas no citado parágrafo.

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

'Juros reais' os economistas e financistas sabem que são aqueles que constituem valores efetivos, e se constituem sobre toda desvalorização da moeda. Revela ganho efetivo e não simples modo de corrigir desvalorização monetária.

'As cláusulas contratuais que estipularem juros superiores são nulas. A cobrança acima dos limites estabelecidos, diz o texto, será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei dispuser. Neste particular, parece-nos que a velha lei de usura (Dec. n. 22.626/33) ainda está em vigor' (Curso de Direito Proces-

sual Positivo, Malheiros, 9ª ed., 1994, págs. 703/704).

“Ora, o § 3º do artigo 192 da CF é expresso ao estabelecer que ‘as taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano’. Assim, é de se indagar qual a necessidade de se disciplinar o que já está suficientemente definido.

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

“Em verdade, o parágrafo em questão é auto-aplicável pelo simples argumento de que tudo que prescreverá a lei complementar está e deverá estar de acordo com a norma constitucional, ou então será inconstitucional; a legislação infraconstitucional não poderá negar vigência ao dispositivo já firmado na Constituição, muito menos impor-lhe limites.

“Nesse sentido advertiu o ilustre Ministro Paulo Brossard em seu voto proferido na ADIn. n. 004—DF:

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

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

“No mesmo julgamento, anotou o eminente Min. Carlos Velloso:

‘O § 3º do art. 192 da Constituição, Senhor Presidente, contém, sem dúvida, uma vedação. E contém, de outro lado, um direito, ou, noutras palavras, ele confere, também, um direito, um direito aos que operam no mercado financeiro. Em trabalho doutrinário que escreveu sobre a taxa de juros do § 3º do art. 192 da Constituição, lecionou o Desembargador Régis Fernandes de Oliveira:

‘Percebe-se, claramente, que a norma constitucional gerou um direito

exercitável no círculo do sistema financeiro, criador de uma limitação. Está ela plenamente delimitada no corpo da norma constitucional, independentemente de qualquer lei ou norma jurídica posterior. Bem se vê que 'as taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano...' Segue a redação após o ponto e vírgula estabelecendo que o descumprimento do preceito será estabelecido em lei (ordinária, porque definidora de infração penal).

'O desfrute de tal limitação constitucional àqueles que lidam no mercado financeiro (qualquer do povo) é imediato, a limitação aos que operam no sistema, emprestando dinheiro é imediata. Do direito de um nasce a obrigação do outro. A relação jurídica intersubjetiva que se instaura gera a perspectiva do imediato desfrute da limitação imposta' (Régis Fernandes de Oliveira. 'Taxa de Juros', inédito. O autor enviou-me cópia do Trabalho).

'Contém, já falamos, o citado § 3º do art. 192 da Constituição, uma vedação: 'as taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano'. Porque ela é uma norma proibitória ou vedatória, ela é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, ou é ela uma norma auto-aplicável. E porque confere ela, também, um direito aos que operam no mercado financeiro, também por isso a citada norma é de eficácia plena. Não me refiro, evidentemente, à se-

gunda parte do § 3º do art. 192, que sujeita a cobrança acima do limite a sanções penais, porque esse dispositivo não precisa ser trazido ao debate.

...

'As normas constitucionais são, de regra, auto-aplicáveis, vale dizer, são de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Já foi o tempo em que predominava a doutrina no sentido de que seriam excepcionais as normas constitucionais que seriam, por si mesmas, executórias. Leciona José Afonso da Silva que, 'hoje, prevalece entendimento diverso. A orientação doutrinária moderna é no sentido de reconhecer eficácia plena e aplicabilidade imediata à maioria das normas constitucionais, mesmo a grande parte daquelas de caráter sócio-ideológicas, as quais até bem recentemente não passavam de princípios programáticos. Torna-se cada vez mais concreta a outorga dos direitos e garantias sociais das constituições' (José Afonso da Silva, ob. cit., pág. 76). Nem poderia ser de outra forma. É que o legislador constituinte não depende do legislador ordinário. Este é que depende daquele. Então, o que deve o intérprete fazer, diante de um texto constitucional de duvidosa auto-aplicabilidade, é verificar se lhe é possível, mediante os processos de integração, integrar a norma à ordem jurídica. Esses métodos ou processos de integração são conhecidos: a analogia, que consiste na aplicação a um caso não previsto por norma jurídica uma norma prevista para hipótese distinta, porém semelhante à hipótese não contemplada; o costume; os princípios gerais de direito e o juízo de equidade, que se distingue da jurisdição de equidade. De outro lado, pode ocorrer que

uma norma constitucional se refira a instituto de conceito jurídico indeterminado. Isto tornaria inaplicável a norma constitucional? Não. É que a norma dependeria, apenas, de 'interpretação capaz de precisar e concretizar o sentido de conceitos jurídicos indeterminados', interpretação que daria à norma 'sentido operante, atuante', ensina o Professor e Desembargador José Carlos Barbosa Moreira, com sua peculiar acuidade jurídica (José Carlos Barbosa Moreira 'Mandado de Injunção', in 'Estudos Jurídicos', Rio, 1991, pág. 41).

'É o caso da 'taxa de juros reais' inscrita no § 3º do art. 192 da Constituição, que tem conceito jurídico indeterminado, e que, por isso mesmo, deve o juiz concretizar-lhe o conceito, que isto constitui característica da função jurisdicional. Busco, novamente, a lição de J.C. Barbosa Moreira a dizer que 'todo conceito jurídico indeterminado é suscetível de concretização pelo juiz, como é o conceito de boa-fé, como é o conceito de bons costumes, como é o conceito de ordem pública e tantos outros com os quais estamos habituados a lidar em nossa tarefa cotidiana' (J.C. Barbosa Moreira, ob. e loc. cit.).

'Não seria procedente, portanto, o segundo argumento dos que entendem que o § 3º do art. 192 não é auto-aplicável: a locução 'taxa de juros reais' não teria sido definida juridicamente, o que impediria a imediata aplicação da norma limitadora dos juros' (RTJ 147-816/817).

"Nesse sentido, a jurisprudência:

'O § 3º do art. 192 da Constituição contém norma proibitiva e au-

to-aplicável, sem necessitar de qualquer complemento legislativo que, se editado, deverá moldar-se à vedação constitucional, e não o contrário' (RT 683/157).

'Juros. Limite de 12% ao ano. Incidência imediata da norma constitucional. A norma do § 3º do art. 192 da CF é de eficácia plena, por isso que contém, em seu enunciado, todos os elementos necessários à sua aplicação. Logo, é auto-executável, de incidência imediata' (RT 653/192).

'O art. 192, § 3º, da Carta da República é norma suficiente por si, auto-aplicável, não estando na dependência de regulamentação por lei ordinária. A expressão 'nos termos que a lei determinar' transfere à legislação infraconstitucional exclusivamente a definição da ilicitude penal (crime de usura), naturalmente em respeito ao princípio da reserva legal' (RT 675/188).

"2. Por outro lado, não há que confundir juro com correção monetária.

"José Afonso da Silva afirma que 'juros reais' os economistas e financistas sabem que são aqueles que constituem valores efetivos, e se constituem sobre toda desvalorização da moeda. Revela ganho efetivo e não simples modo de corrigir desvalorização monetária (Curso de Direito Processual Positivo, Malheiros, 9ª ed., 1994, pág. 704).

"Pinto Ferreira diz que 'juro é o pagamento feito para a utilização de capital alheio, seja ou não com a concordância do titular desse capital' (Comentários à Constituição Brasileira, 6º vol., 1994, pág. 568).

“Por fim, ensina Wolgran Junqueira Ferreira que ‘juro é o rendimento do capital emprestado, ou percentagem que rende o capital numa unidade de tempo ou remuneração dos investimentos de capitais feita a título de empréstimo a terceiro’ (Comentários à Constituição de 1988, vol. 3, págs. 10/25).

“Já a correção monetária ‘é uma atualização do valor da moeda corroída pelo processo inflacionário. Não é ela pena nem lucro, mas atualização do poder liberatório da moeda, em virtude da crescente inflação’ (Ap. Cív. n. 44.491, deste Relator).

“Para o Ministro Athos Carneiro ‘a correção, reitero, não é plus que se adiciona ao crédito, mas um minus que se evita’ (RSTJ 33/462).

“A correção monetária, pois, não é um acréscimo, mas sim a própria dívida atualizada, retificada na sua expressão monetária; é mero instrumento de atualização da moeda desvalorizada pela inflação.

“Assim, sendo duas coisas distintas, a correção monetária não atinge, nem interfere no juro de 12%. Independentemente de qual seja a inflação mensal, em torno de 1% como atualmente, ou mesmo por volta dos 30% até tempos atrás, os juros jamais poderão ser superiores a 12% ao ano, pois a taxa de juros é parcela que supera a taxa de inflação do período computado.

“Trago, pois, importante lição do Ministro Sálvio de Figueiredo, através de voto proferido pelo mesmo no REsp. n. 5—MT:

‘A estipulação e a percepção de juros não são contra a moral, nem contra o direito natural ou justo (cf.

Chr. Fr. Schott, *Dissertationes Iures Naturalis*, diss. de moralitate usurarum, II, 53 S); todavia, são contra a moral e depõem contra a própria organização social os juros excessivos’.

‘Por outro lado, ‘se a permissão de juros há de ser a regra, nem por isso há de o Estado permitir os juros extorsivos que levam à exploração do trabalho humano para a ganância dos usuários’, Ministro Pontes de Miranda (‘Tratado de Direito Privado’, Revista dos Tribunais — SP, 3ª ed., 2ª reimpressão, t. XXIV, pág. 18). Com razão o mestre, ao recorrer a Chr. Fr. Schott, para reforçar o seu repúdio à usura, a exemplo de Santo Tomás de Aquino (*Summa Theologiae*, IIª e IIae. Questio LXXVII) e outros escolásticos que a combatiam por julgá-la contrária à idéia da justa remuneração e induzidora da formação de preços arbitrários e ofensivos à liberdade e contrária à justiça. O Código Civil Brasileiro, de 1916, antes de condenar toda a espécie de juros ou renda de capital como propugnado por Aristóteles (‘Política’. Lib. I, Cap. IV, in fine, e Ética Nicomáquea, Lib. V, Cap. V), acabou por albergar o instituto, assegurando às pessoas físicas ou jurídicas o direito natural de ampla liberdade para a fixação de juros ‘abaixo ou acima da taxa legal’ (art. 1.062)’ (RSTJ 4/1.465).

“3. Destarte, atualmente a inflação mensal é baixíssima, atingindo patamares há muito não alcançados, enquanto quando do julgamento da ADIn. n. 4—DF, chegava a altas cifras. Pode-se, inclusive, dizer-se que o limite de 12% ao ano previsto na Constituição chega a ser elevado diante do atual quadro econômico do país. O que não se pode permitir é a cobrança de juros excessivos e de for-

ma 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 omissa, devendo intervir ainda que se trate de contrato firmado 'livremente' entre as partes.

"4. E o Congresso Nacional, já passados oito anos da promulgação da Carta Magna, ainda não regulamentou o artigo em questão.

Inclusive diversos mandados de injunção foram impetrados com o objetivo de ver efetivada a regra contida no art. 192, § 3º, da Constituição, sendo o Congresso Nacional compelido a regulamentá-lo.

"A propósito, ver MI n. 323-8—DF, in JSTF 196/96; MI n. 329-7—SP, in JSTF 194/93; MI n. 361-1—RJ, in JSTF 190/135; MI n. 362-0—RJ, in JSTF 212/120; MI n. 372-6—SP, in JSTF 193/118; MI n. 379-3—SP, in JSTF 195/103; MI n. 469-2—PR, in JSTF 206/153.

"Entretanto, por maioria de votos, o Excelso Pretório decidiu deferir os mandados de injunção apenas em parte, para que se comunique ao Poder Legislativo a mora em que se encontra, a fim de que adote as providências necessárias para suprir a omissão, ou seja, a não regulamentação do § 3º do art. 192.

"Sobre a questão, embora se tenha reconhecido 'a injustificável omissão legiferante do Estado, além de inviabilizar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas assegurados pelo ordenamento constitucional às pessoas, atua como fator de desvalorização da própria Constituição', o Supremo Tribunal Federal decidiu 'não fixar prazo para suprimimento da

omissão estatal, sempre que o exercício do direito material outorgado pela Constituição, não obstante inviabilizado pela inércia do Poder Público, tiver como sujeito passivo entidades ou pessoas estranhas ao aparelho de Estado (as instituições financeiras, no caso)' (Min. Celso de Mello, MI n. 372-6—SP, JSTF 193/119).

"Ora, referido julgamento data de 23/9/94, e até hoje não foi providenciada norma regulamentadora do artigo em questão, ainda que declarado o estado de mora do Congresso Nacional.

"5. Ressalta-se que a ADIn. referida não tem caráter vinculativo. No caso foi ela julgada improcedente. Apenas faria coisa julgada material, vinculando as autoridades aplicadoras da lei, caso julgada procedente, declarando a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. O julgamento, em questão, declarou que não são inconstitucionais os atos normativos aprovados pela Presidência da República e circular do Banco Central, considerando não auto-aplicável a norma do § 3º sobre juros reais de 12% ao ano.

"A propósito, adverte o ilustre professor Nagib Slaibi Filho:

'Poderá o magistrado, no entanto, até mesmo deixar de aplicar a norma declarada constitucional, desde que o faça com fundamento outro que não seja o da inconstitucionalidade da norma, como, por exemplo, o de que a norma foi revogada ou, até mesmo, que é inaplicável no caso em julgamento.

'A autonomia funcional do juiz não precisa ser expressamente declarada em norma constitucional, como

se vê necessário em outros países; aqui prevalece o regime presidencialista, o que, por si só, assegura a autonomia do Poder Judiciário e, conseqüentemente, a competência funcional de seus órgãos e agentes'.

'Pode-se dizer, até mesmo, que o juiz só tem acima de si sua própria convicção jurídica, sem prejuízo da imprescindível fundamentação de suas decisões.

'Assim, ao julgar o caso concreto, não fica o juiz vinculado absolutamente à decisão proferida na ação declaratória de constitucionalidade, mas tão-somente no que diz respeito à declaração de constitucionalidade da norma que seja necessária, em suas disposições, para a tramitação processual, como para o julgamento do mérito.

'A sentença é, não raras vezes, diversos silogismos que se entrelaçam. Nesse aspecto, basta dizer que, embora se considere a sentença como silogismo, na verdade é a mesma uma série encadeada logicamente de diversos silogismos' (Ação Declaratória de Constitucionalidade, Forense, 1994, págs. 177/178).

"De outra parte, adverte 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 Tribunal 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' (A Instrumentalidade do Processo, RT, 2ª ed. 1990, págs. 156/157).

"Importante, ainda, para salientar o caráter não vinculante do acórdão proferido na ADIn. n. 4-7/DF, são os dois votos proferidos pelo eminente Ministro Paulo Brossard, em recurso extraordinário apreciando a matéria em questão, da qual resultou vencido ao ressaltar seu ponto de vista pessoal, conforme pode-se verificar:

'Sigo fiel ao voto que emiti na ADIn. n. 4-7 em cuja linha se situam os acórdãos recorridos. Não convém que a tese caia no esquecimento e deste venha a morrer, e fique sepultada definitivamente por causa de uma decisão, quando argumentos ad terrorem foram lançados, a céu aberto; o tempo mostrou a absoluta falácia do que então foi dito. Outrossim, continuo convencido de que não há atividade lícita que suporte juro usuários que se tornaram correntes em nosso País. De modo que, com todo respeito àquela

decisão, mantenho-me fiel à orientação que então externei, pois, se já estava convencido, hoje estou mais persuadido do que ontem' (JSTF, vol. 188, pág. 284).

"Ou:

'Por mais respeito que deva ter ao acórdão proferido na ADIn. n. 4-7/600, a ele não posso prestar homenagem. Entre ele e o Brasil, fico com este, enquanto a usura, condenada pela Constituição no mais explícito e terminante de seus preceitos, e contudo, pimpante, gordacha, próspera e luzidia, não destruí-lo. Em outros tempos se dizia que ou o Brasil destruí a saúva ou a saúva destruiria o Brasil. O mesmo se pode dizer da usura, ou o Brasil a destrói ou por ela será destruído. Penso que não tardará o momento em que o Supremo Tribunal Federal terá de reenfrentar a questão, que é de viva atualidade e crescente importância' (JSTF, vol. 209, pág. 212).

"6. Sob outra ótica, ainda que se considere não auto-aplicável o § 3º do art. 192 da CF, os juros devem ser limitados a 12% ao ano.

"A propósito, decidi o Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul:

'O dispositivo do art. 192, § 3º, da CF não é auto-aplicável, conforme estabelecido na ADIn. n. 4. Todavia, isso, por si só, não implica liberação das taxas de juros. A CF revogou a legislação anterior que permitia a fixação pelo CMN, via Bacen. Da conjugação dos arts. 22 e 48 da Carta, resulta que só o Congresso pode dispor sobre matéria financeira (incluídas aí, por óbvio, as taxas de juros), vedada qualquer delegação de poderes nessa matéria (art. 68). Por outro lado, o art. 25 do ADCT revogou expres-

samente, no prazo de seis meses da promulgação da Carta, toda a legislação permissiva de delegações ao Executivo. Restaram, assim, revogadas a Lei n. 4.595/64, nessa parte, e as resoluções do Banco Central liberadoras das taxas de juros. A matéria deveria ter sido regulamentada por lei aprovada no Congresso, e tal não ocorreu. Vigente, pois, ainda o Dec. n. 22.626 — Lei de Usura, não revogado pela Lei 4.595/64, apenas declarado não incidente às instituições financeiras, segundo a Súmula 596 do STF' (Ap. Cív. n. 194.232.419, de Sapucaia do Sul, rel. Juiz Jorge Alcibiades Perrone de Oliveira, j. em 21/12/95).

"Ou:

'Juros. Embora não auto-aplicável o art. 192, § 3º, da CF, os juros são limitados a 12%, porque a Carta revogou a delegação ao Banco Central para regular essa matéria, que hoje é de competência exclusiva do Congresso Nacional. Arts. 22, 48, 68, § 1º, da CF, e 25 do ADCT. Revogada a delegação, cai por terra a legislação anterior nessa parte — Lei n. 4.595 e Resoluções do Bacen, voltando a incidir a Lei de Usura, que nunca foi revogada, apenas se entendia não-aplicável. Enquanto não for editada pelo Congresso Nacional outra lei, ainda vige o Dec. n. 22.626/33' (Ap. Cív. n. 195.037.338, de Cruz Alta, rel. Juiz Jorge Alcibiades Perrone de Oliveira, j. em 21/12/95).

E ainda:

'Quer pelo entendimento de que a norma do art. 192, § 3º, da CF/88 (arts. 22, 48, 68, § 1º, e 25 do ADCT) revogou a legislação anterior que permitia o CMN, via Bacen, dispor sobre a matéria, os juros estão limita-

dos a 12% ao ano, por força do Dec. n. 22.626/33 (Lei da Usura)' (Embargos Infringentes n. 195012562, rel. Juiz Jorge Alcibiades Perrone de Oliveira, j. em 24/11/95).

"Extrai-se do corpo do acórdão:

'Sucedede que em 1988, reimplantou-se ou implantou-se, se quisermos, o 'Estado de Direito', no país, com o retorno da independência efetiva dos poderes, estabelecida na Carta a competência de cada um. No entanto, em várias áreas do Executivo Nacional permaneceu a idéia de que nada mudara, especialmente na área econômico-financeira.

'Nesse passo, é mister analisar o sistema à luz da Constituição vigente. Assim, o art. 22, nos termos dos incs. VI e VII, estabelece que é da competência da União legislar sobre o sistema monetário e de medidas e política de crédito etc.

'Prossigue a Carta, no art. 48, XIII, atribuindo exclusivamente ao Congresso Nacional a competência para dispor sobre matéria financeira, cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações.

'O art. 62 ressalva apenas a competência do Executivo, para, em caso de urgência, editar Medidas Provisórias.

'Por fim, o art. 68, em seu § 1º, proíbe a delegação de atos da competência exclusiva do Congresso Nacional (art. 48, XIII).

'O mesmo art. 192, no seu inc. IV, remete para lei complementar a organização e funcionamento do Banco Central e demais instituições financeiras, públicas ou privadas.

'À falta dessa lei, continua a ser aplicada a Lei n. 4.595/64. No entanto, é preciso distinguir — vige naquilo que não conflitar com a nova sistemática constitucional.

'É precisamente nesse ponto que o repensar se torna necessário. Ante os dispositivos acima referidos, afigura-se clara a conclusão de que a Carta de 1988 revogou as disposições da Lei n. 4.595 que atribuíam ao Conselho Monetário Nacional, via Banco Central, poder de legislar em matéria financeira, pois outra coisa não é disciplinar taxas de juros, condições de empréstimos etc.

'Tendo a Constituição estabelecido a competência exclusiva do Legislativo da União para dispor sobre tais matérias, deixou de recepcionar a legislação anterior, que restou assim revogada, por não poder conflitar com a Lei Maior.

'Revogada a autorização legislativa, ficam sem efeito os atos praticados sob a sua égide. Cabia ao Banco Central (CMN) caso entendesse de manter a 'liberação de juros' ter encaminhado ao Congresso Nacional o competente projeto de lei, ou caso pudesse ser alegada a urgência, a que alude o art. 62, o Executivo (Presidente da República) usar do instrumento da Medida Provisória. Nada disso foi feito. As equipes econômicas que se sucederam simplesmente continuaram a raciocinar nos termos do período anterior à Carta de 88, estabelecendo a seu bel-prazer as mais altas taxas de juros de que tem notícia a história econômica mundial, sem qualquer oitiva do órgão competente — o Legislativo Nacional.

‘Impende reconhecer que muito se deve à inércia desse Poder, aliás, reconhecida em mais de um mandado de injunção no respeitante ao tema.

‘A conclusão aqui apresentada, data venia, não conflita com a da ADIn. n. 4. Este julgamento apenas mencionou a necessidade de edição de lei complementar para dar vigência à norma do art. 192, § 3º. Não houve decisão expressa a respeito do tema da permanência da ‘delegação legislativa’ ao CMN (Bacen).

‘Revogada a delegação, cessam os efeitos das resoluções do Bacen liberadoras das taxas de juros. Só o Congresso, agora, pode fixá-las. Sem efeito os atos administrativos, continua a vigor a lei existente, ou seja, o Código Civil e a Lei de Usura (Dec. n. 22.626/33), esta última a ser considerada como lei, porque à época não fora ainda implantado o sistema constitucional (de 1934). Vivia o país sob a sistemática legislativa resultante da Revolução de 1930 (...) Diga-se de passagem que a disposição da Constituição de 1988 (art. 192, § 3º), embora ainda não vigente, só fez repelir o que aparecia na aludida legislação. Isso implica que nenhuma lei, mesmo a complementar, poderá estabelecer juros superiores a 12% ao ano.

‘Mais se reforça esse entendimento ao se examinar o art. 25 do ADCT, que revogou expressamente, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional

especialmente no que tange à ação normativa (inciso I).

‘...

‘Ora, o conflito é evidente, do que se conclui que o entendimento da revogação se impõe. Como visto anteriormente, a Lei Maior explicitou que só o Poder Legislativo pode dispor sobre matéria financeira, ressalvado ao Executivo, e isso mesmo unicamente pela via da medida provisória e, em caso de urgência, a normatização nessa área.

‘Assim, aquilo que já resultava da própria aplicação normal dos princípios de interpretação da legislação infraconstitucional em face de nova Carta só veio a ser expressamente estabelecido pelo legislador constituinte.

‘Repete-se aqui que a conclusão não conflita com o decidido na ADIn. n. 4, porquanto a norma atacada naquele feito era produto de parecer aprovado pelo Presidente da República e de força obrigatória para a Administração Federal, expedido três dias depois da vigência da Constituição ser promulgada e que não cogitou, por desnecessário, o tema da revogação, pois as normas anteriores ainda teriam vigência por quase seis meses...

‘Em vista do exposto, revisando posicionamento anterior, entende-se que a disposição que estabelece juros acima de 12% ao ano não tem apoio na legislação vigente, devendo assim ser expungido o que sobejar”.

O acórdão está assim ementado:

“O § 3º do art. 192 da CF é norma auto-aplicável e de incidência imediata, não dependendo de regulamen-

tação 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”.

Quanto à Taxa Referencial, igualmente cito excerto de voto prolatado na Apelação Cível n. 97.003543-8:

“Discute-se, in casu, o índice de correção monetária de débitos concordatários.

“Realmente esta Corte de Justiça decidiu inúmeras vezes ser correta a TR ou TRD.

“É de se consignar, inicialmente, que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADIn. n. 493—DF, firmou que: ‘A taxa referencial (TR) não é índice de correção monetária, pois, refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constitui índice que reflita a

variação do poder aquisitivo da moeda’ (DJU de 4/9/92).

“Em conseqüência, não servindo a TR para indicar a desvalorização da moeda, deve ser utilizado, para tanto, o IPC como índice substitutivo, já que este o coeficiente adotado nos Tribunais Superiores.

“Nesse sentido decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

‘I — A jurisprudência do STJ pacificou entendimento no sentido que o indexador adequado para corrigir valores é o IPC do IBGE.

‘II — O mesmo índice pretoriano não admite a taxa referencial (TR) como índice de reajuste do poder real da moeda, sendo certo que este deve ceder lugar em prol do índice de preços’ (RSTJ 84/189, rel. Min. Waldemar Zveiter).

“Esta colenda Primeira Câmara Civil também tem seguido igual posicionamento a exemplo do AI n. 9.484, da Capital, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, in DJE de 5/9/95:

‘Inconstitucional a TR não pactuada (ADIn. n. 493 do STF), por traduzir a variação do custo primário de captação de depósitos a prazo fixo e não a variação do poder aquisitivo da moeda, os débitos devem ser atualizados pelo IPC até a promulgação da Lei n. 8.177/91 e, a partir daí, através do INPC (art. 4º da Lei n. 8.177) consoante a exegese insculpida no REsp. n. 46.617-2, DJU 29/8/94’.

“E também da Apelação Cível n. 51.326, de Criciúma, relator Des. Trindade dos Santos, publicado no DJE de 25/2/97:

‘Sedimentado no universo jurídico pátrio o entendimento da incidên-

cia de atualização monetária nos créditos habilitados em processos de concordata preventiva, atualização essa a ser feita à data do aforamento do pedido e, a contar daí, até a data do efetivo pagamento. Essa admissibilidade, aliás, está contemplada na Súmula 8 do Superior Tribunal de Justiça e na Súmula 8 deste Tribunal de Justiça.

“Segundo tem decidido iterativamente o eg. Superior Tribunal de Justiça, com agasalhamento deste Pretório, a taxa referencial (TR), por não traduzir índice de reajustamento do poder real da moeda pátria, não se presta a corrigir débitos, inclusive os afetos à legislação falencial. O índice a ser adotado, para tanto, é o IPC, do IBGE”.

“É certo que se admitiria a adoção da TR como fator de correção monetária quando assim convencionado, respeitando-se o princípio jurídico do pacta sunt servanda.

“Na hipótese dos autos, entretanto, ajuste algum há neste sentido,

devendo ser utilizado, dessa forma, o IPC para o fim de atualizar os créditos habilitados, a partir da extinção do BTN”.

O acórdão está assim ementado:

“Correção monetária de débitos sujeitos à concordata preventiva. Taxa referencial. Inaplicabilidade. INPC como índice adequado. Precedentes jurisprudenciais recentes.

“A taxa referencial (TR) não é índice de correção monetária, pois, refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constitui índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda (ADIn. n. 493—DF, DJU de 4/9/92).

“Portanto, os débitos sujeitos à concordata devem ser monetariamente atualizados pelo INPC do IBGE”.

Pelas razões expostas, dissenti da douta maioria.

Carlos Prudêncio

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.000296-6, DE CRICIÚMA

Relator: Des. Newton Trisotto

Embargos de terceiro — Fraude à execução — Compra e venda — Devedor — Citação posterior à data do registro do imóvel em cartório.

“Para que se tenha como de fraude à execução a alienação de bens, de que trata o inciso II do art. 593 do Código de Processo Civil, é necessária a presença concomitante dos seguintes elementos: a) que a ação já tenha sido aforada; b) que o adquirente saiba de existência da ação — ou por já constar no cartório imobiliário algum registro dando conta de sua existência (presunção juris et de jure contra o adquirente) — ou porque o exequente, por outros meios,

provou que do aforamento da ação o adquirente tinha ciência; e, c) que a alienação ou a oneração dos bens seja capaz de reduzir o devedor à insolvência, militando em favor do exequente a presunção juris tantum” (REsp. n. 40.854, Min. Cesar Asfor Rocha, RSTJ 111/216).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.000296-6, da comarca de Criciúma (Unidade de Justiça Intensiva), em que é apelante Cheba Auto Peças e Serviços Ltda., sendo apelados Everaldo Blasius Becker e Wirene Jane Ferraz Becker:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Everaldo Blasius Becker e Wirene Jane Ferraz Becker ajuizaram embargos de terceiro contra Cheba Auto Peças e Serviços Ltda., que move “ação de execução de título extrajudicial” contra Hugo da Rosa e seus avalistas, José Celso da Rosa e Rogério da Rosa.

Na petição inicial, afirmam os embargantes que são senhores e possuidores do imóvel que serviu de penhora nessa execução.

Apresentada a defesa e instruído o feito, a Dra. Janice Goulart Garcia Ubiali julgou procedentes os embargos, liberando o imóvel da constrição judicial. Condenou os embargados a pagarem as custas judiciais e os honorários advocatícios, estes arbitrados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa.

Inconformada, a vencida interpôs tempestivo recurso de apelação

alegando em síntese que, quando do ajuizamento da execução, o imóvel ainda não se encontrava registrado em nome dos apelados. Insiste que ocorreu fraude de execução. Alternativamente, pede a redução dos honorários advocatícios.

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

II — Voto

1. Dispõe o art. 593 do Código de Processo Civil que “considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens”, entre outras hipóteses, “quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência” (inciso II).

De acordo com dominante jurisprudência, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, “para que se considere a alienação em fraude de execução não é suficiente o ajuizamento da ação. Há, para tanto, necessidade de citação válida do executado para demanda com possibilidade de convertê-lo à insolvência” (REsp. n. 2.573, Min. Fontes de Alencar; REsp. n. 9.789, Min. Athos Carneiro; REsp. n. 23.355, Min. Dias Trindade). Igualmente sempre foi dito que o registro da penhora é dispensável para que se tenha como ineficaz a alienação (STJ, Súmula 84; TJSC, AC n. 96.000675-3, Des. Francisco Oliveira Filho).

Pelas razões já expostas na sentença prolatada nos embargos de terceiro aforados na comarca de Joinville por Fauhy Investimentos Ltda., reproduzida pelo Desembargador Vanderlei Romer no acórdão que a confirmou (AC n. 45.079), dissinto dessas teses.

Pela importância da questão, permito-me formular algumas considerações à guisa de introdução do tema:

1.1. Ressalvada a hipótese do inciso I do art. 593 do Código de Processo Civil, bem como da alienação ou oneração de bem já constritado, não há dúvida de que somente quando provada a insolvência do devedor poder-se-á ter como caracterizada a fraude de execução (Marques, Frederico. Manual de Direito Processual Civil, Saraiva, vol. IV, 1981, pág. 49; Lima, Alcides de Mendonça. Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, vol. VI, 1977, pág. 547; Theodoro Júnior, Humberto. Processo de Execução, Universitária de Direito, 1976, pág. 116; Paula, Alexandre de. O Processo Civil à Luz da Jurisprudência ns. 31.109, 31.109-A, 31.110 e 31.126; RTJ 87/359; JC 61/69; Adcoas ns. 105.312, 115.603 e 122.462).

1.2. Compete ao credor comprovar a insolvência (RT 480/63 e 609/205; JB 85/143 e 404; Paula, Alexandre de. Obra citada, ns. 11.654-A, 11.706 e 31.110). Para tanto, é suficiente certidão do meirinho dando conta da inexistência de outros bens passíveis de penhora ou o fato de o devedor ou do terceiro interessado na eficácia do ato não indicar outros que garantam a executiva (Santos, Carvalho. Código Civil Brasileiro Interpre-

tado, 10ª ed., vol. II, pág. 146; RT 63/118; Paula, Alexandre de. Obra citada, ns. 11.665-A, 11.668 e 11.706).

Impende considerar, ainda, a situação patrimonial do devedor no momento da alienação ou da oneração do bem. Se de outros dispunha para garantir a obrigação, quanto àquele o ato é plenamente válido; a ineficácia da alienação ou oneração somente atingirá os últimos, os que reduziram o devedor à insolvência (Lima, Mendonça. Ob. cit., vol. VI, pág. 553; JB 85/27; Paula, Alexandre de. Obra citada, ns. 11.666 e 11.734).

Se já penhorado o bem quando da alienação, a ineficácia do ato independe de prova da insolvência do devedor pois que, com a penhora, perde o poder dele livremente dispor (Marques, Frederico. Obra citada, vol. IV, pág. 147). A jurisprudência confirma essa assertiva:

"A alienação de bem judicialmente constrito é ineficaz, sendo desnecessário demonstrar a insolvência do executado" (REsp. n. 4.198—MG, Min. Eduardo Ribeiro, RSTJ 3/346).

"Na alienação ou oneração de bem sob constrição judicial (penhora, arresto ou seqüestro), que não caracteriza propriamente fraude de execução, não se indaga da insolvência, que aí é dispensável.

"Se, porém, a constrição ainda não se efetivou, mas houve citação, a insolvência de fato é pressuposto, incidindo a norma do art. 593, II, CPC" (REsp. n. 4.132—MG, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, RSTJ 26/347).

1.3. O consilium fraudis não é requisito imprescindível à configuração da fraude à execução (Theodoro Júnior, Humberto. Obra citada, pág.

165; Lima, Mendonça, ob. cit., pág. 539; Marques, José Frederico. Obra citada, pág. 47; RT 517/155, 624/116; Paula, Alexandre de. Obra citada, ns. 31.070, 31.078, 31.081, 31.082, 31.090, 31.093, 31.100, 31.133).

1.4. Reconhecem a doutrina (Marques, José Frederico; Theodoro Júnior, Humberto; Lima, Mendonça — obras citadas, págs. 47, 167 e 540, respectivamente) e a jurisprudência (JC 26/120 e 57/105) que a ineficácia da alienação ou oneração independe de demanda própria; pode ser declarada nos autos em que ocorreu a penhora (JC 57/69; JB 85/402; RT 524/145). Cessada a constrição, readquire o ato plena eficácia (RSTJ 20/282).

1.5. Os tribunais haviam firmado sólida jurisprudência no sentido da dispensabilidade do registro da constrição judicial para que produzisse efeitos erga omnes (RTJ 64/285 e 79/621; JC 14/211; JB 85/206; RT 508/70 e 665/104). Segundo Alexandre de Paula, no IV Encontro dos Tribunais de Alçada realizado na cidade de Curitiba (PR) em 1975, por unanimidade de votos, foi aprovada tese segundo a qual “é desnecessária a inscrição da penhora para a caracterização da fraude de execução, quer se considere nula ou ineficaz a alienação” (Código de Processo Civil Anotado, RT, 5ª ed., vol. III, 1993, pág. 2.457).

Sem divergir da essência da conclusão, o Superior Tribunal de Justiça passou a destacar outro aspecto da questão. Reafirmando que é ineficaz a alienação ou oneração de bens penhorados, decidiu que, se não registrado o gravame, a ineficácia fica

condicionada à prova — que ao credor incumbe produzir — da ciência, pelo adquirente, da demanda intentada contra o alienante.

O entendimento deflui das regras da Lei dos Registros Públicos. De acordo com o art. 167, no registro de imóveis serão feitos — obrigatoriamente, segundo o art. 169 — os registros “das penhoras, arrestos e seqüestros de imóveis” (inciso I, item 5) e “das citações reais ou pessoais reipersecutórias, relativas a imóveis” (item 21). Por força do disposto no art. 240, “o registro da penhora faz prova quanto à fraude de qualquer transação posterior”. A contrario sensu, forçoso concluir que, na ausência do registro, a presunção de fraude é juris tantum.

O Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira há muito vem defendendo essa asserção:

“Aqui reside o ponto de maior debate doutrinário e jurisprudencial.

“Indaga-se se é prescindível a inscrição (rectius, registro) da citação e da penhora e, em desdobramento, se, incorrente o ato registral, seria ou não ineficaz o ato de alienação ou oneração.

“Em primoroso estudo a respeito, embora restrito aos casos de penhora, Décio Erpen, então juiz do TARS, enfatizou que ‘a penhora não levada a registro é inoponível, por si só, frente a outro ato judicial ou extrajudicial que tenha logrado êxito junto ao Registro Imobiliário, salvo se, em ação própria, for demonstrada a má-fé do adquirente, que não se presume.

“Assentou a tese, aprovada no ‘VI Encontro Nacional dos Tribunais de Alçada’, sob o título ‘Necessidade de registro de penhora para surtir efei-

tos frente a terceiros de boa-fé, na imprescindibilidade da publicidade como fator de proteção ao terceiro de boa-fé e como gerador de segurança no intercâmbio jurídico, acentuando o seu ilustre Autor que a orientação nela contida não apenas tem respaldo jurídico como inegáveis resultados práticos’.

“Duas, contudo, são as situações a considerar, a saber, necessidade ou não do registro da citação nos casos dos ns. I e II do art. 593 e a necessidade ou não do registro da citação nos casos dos ns. I e II do art. 593 e a necessidade ou não do registro das penhoras, arrestos e seqüestros.

“Sem embargo das características inerentes a cada uma dessas hipóteses, a apreciação se pode dar englobadamente, valendo para todas elas, *mutatis mutandis*, os mesmos fundamentos.

“Para uma expressiva corrente de pensamento, que se arrima particularmente na Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/73, arts. 167, 169 e 240), o registro seria necessário. Por outra, dar-se-ia o inverso.

“O exame da matéria, no entanto, não deve ser focalizado sob a ótica da necessidade ou não do registro, mas sim do ônus da prova.

“A Lei de Registros Públicos (n. 6.015/73), em seu art. 167, I, c/c o art. 169, diz da obrigação do registro da penhora, do arresto, do seqüestro (n. 5) e das ‘citações de ações reais ou pessoais reipersecutórias, relativas a imóveis’ (n. 21).

“É de convir-se, entretanto, que não se confundem obrigatoriedade e necessidade.

‘Esta implica imprescindibilidade, o que conflitaria com o próprio sistema processual codificado brasileiro, que, ao contrário do que ocorre no Direito europeu, não exige o registro para o aperfeiçoamento da penhora, contentando-se com a apreensão e o depósito (CPC, art. 665).

‘Com a distinção entre obrigatoriedade e necessidade sequer se pode alegar conflito de normas entre a legislação instrumental codificada e a Lei de Registros, que são da mesma hierarquia e que se afinam na matéria, harmonizando-se, sistematicamente.

‘Colocada tal premissa, chega-se à conclusão de que a matéria deve ser apreciada sob o ângulo do ônus da prova. Assim, se o credor não promove o registro da citação, a fraude de execução somente estará caracterizada se ele, credor, vier a demonstrar a ciência, pelo terceiro, adquirente ou beneficiário da oneração, da existência da demanda em curso. De igual forma, a ineficácia da alienação ou oneração somente será reconhecida se o credor demonstrar que o terceiro tinha ciência da existência dos atos constitutivos da penhora, do arresto ou do seqüestro.

‘Na condição de maior autoridade brasileira em execução, como o qualificou, com propriedade, Frederico Marques, doutrinou Amílcar de Castro, com mão de mestre:

‘O fato, porém, de não ter sido registrada, ou inscrita, a penhora, ou o arresto, o seqüestro ou a citação, não impede a alegação de fraude contra a execução, e sim, somente, tem a significação de ficar o exequente no ônus de provar que o adquirente tinha conhecimento ou de que estava sendo

movido litígio fundado em direito real, ou de que pendia contra o alienante demanda capaz de lhe alterar o patrimônio, de tal sorte que ficaria reduzido à insolvência. Feita a inscrição, as alienações posteriores peremptoriamente presumem-se feitas em fraude de execução, independentemente de qualquer outra prova. Não sendo feita a inscrição, o exequente deve provar as condições legais da existência de fraude à execução. Vale dizer: a inscrição só tem efeito de publicidade, e vale como prova presumida, irrefragável, de conhecimento das condições legais de fraude por parte de terceiros" (RT 609-7/14).

No Recurso Especial n. 4.132—RS, por ele relatado, é feita referência a essa tese. O seu voto foi apoiado pelo do Ministro Athos Gusmão Carneiro, que assim se manifestou:

"Eminentes Colegas, como narra o eminente Relator, o acórdão recorrido recebeu a seguinte ementa:

"Embargos de terceiro. Execução. Penhora efetuada após registrada a escritura no registro de imóveis. Inexistência de fraude à execução. Apelação provida. Sentença reformada.

"O eminente Relator, em exaustivamente fundamentado voto, chegou à conclusão de que esse julgamento não entrara em confronto com a lei federal, e nem importava em violação do art. 593, inciso II, do Código de Processo Civil, por não ter sido efetuado qualquer ato de constrição, penhora ou arresto, antes da alienação.

"Pedi vista, a fim de buscar um julgamento de que fui relator para o acórdão proferido pela 1ª Câmara Cí-

vel do Tribunal do Rio Grande do Sul, aresto que está na 'Revista de Jurisprudência' do mesmo Tribunal, Tomo 105/391.

"A ementa do acórdão é a seguinte:

"Fraude à execução. Penhora ou arresto não inscrito. Alienação do imóvel a terceiro, presumivelmente de boa-fé.

"Não se configura a fraude à execução quando o exequente se omite em levar o ato de constrição, arresto ou penhora, ao registro imobiliário, conforme a previsão da Lei dos Registros Públicos, art. 167, I, n. 5. O comprador, por escritura pública devidamente registrada, pode subtrair à execução, por dívida do anterior proprietário, o bem que adquiriu confiante em encontrar-se livre e desembaraçado face ao constante nos registros imobiliários. Voto vencido'.

"Na parte final do voto, manifestei-me da seguinte forma:

"Dou uma importância muito grande aos registros públicos. Acho que quem presumivelmente de boa-fé compra um imóvel confiado no registro público, e depois logra registrá-lo no Ofício Imobiliário, tem a sua posse e o seu domínio tutelados enquanto os seus atos aquisitivos não forem desconstituídos. Não estou de acordo com a orientação de que a penhora, porque realizada em processo judicial, e mesmo não lançada no Registro Imobiliário, como manda o art. 167, I, n. 5, da Lei dos Registros Públicos, possa ainda assim se sobrepor à aquisição feita por pessoas que confiaram no que constava do Registro. Esta orientação põe de lado a consideração de que está a cargo do credor

providenciar no registro do arresto ou penhora (a cargo e a risco), prejudica o comércio jurídico e, a final, vai em detrimento da boa-fé dos contratantes e da confiabilidade nos registros públicos’.

“Nesse aresto, o saudoso Desembargador Túlio Medina Martins, que foi um dos maiores Juízes com que já contou o Tribunal de Justiça e a Magistratura Gaúcha, acompanhou tal orientação, entendendo que ‘a prevalecer o entendimento do Estado, pareceu-me que perde o sentido toda a sistemática dos registros públicos’.

“Seria, quiçá interessante, também, trazer à baila o posicionamento do ilustre Desembargador Décio Antônio Erpen, em obra de doutrina intitulada ‘Registro da penhora e eficácia frente a terceiros’, publicada na revista ‘Ajuris’, vol. 27/74.

“O eminente Desembargador Erpen faz remissão no art. 240 da Lei dos Registros Públicos, dizendo:

‘Efetivamente, o preceito contido no art. 240 da Lei n. 6.015/73, posterior ao CPC (de 11/1/73) possui caráter substantivo ao assegurar que ‘o registro da penhora faz prova quanto à fraude de qualquer transação posterior.’ Ora, a exegese de tal preceito deixa claro que, registrada a penhora, eventual ato de disponibilidade é afetado pela cominação de lei; do contrário, a prova de fraude deve ser feita por quem a alega.

‘Essa interpretação, além de ser harmoniosa com a atual sistemática, advém de preceito de ordem material, inserido na Lei dos Registros Públicos e posterior à lei adjetiva, exatamente a que tanto serve de cavalo-de-batalha, para os que sustentam

a dispensabilidade do registro da penhora’.

“Aliás, vale assinar que a Lei dos Registros Públicos entrou em vigor, apenas, em 1º de janeiro de 1976, consoante seu art. 298, sendo, portanto, posterior ao Código de Processo Civil.

“E o artigo citado termina com o seguinte asserto: ‘Não hesitamos em afirmar que a penhora não levada a registro é inoponível, por si só, frente a outro ato judicial ou extrajudicial que tenha logrado êxito junto ao Registro Imobiliário, salvo se, em ação própria, for demonstrada a má-fé do adquirente, o que não se presume.

“Pelo exposto, acompanho os votos dos colegas Relator e Barros Monteiro”.

Com eles consoa o Ministro Eduardo Ribeiro:

“O Código de Processo Civil, cuidando de fraude de execução, não menciona a hipótese de alienação do bem penhorado. Não há como colocar em dúvida, entretanto, que a penhora faz indisponível o bem, vinculando-o ao processo de execução. Se eventualmente alienado, este ato será ineficaz, relativamente ao exequente e ao próprio Juízo. A questão que se coloca, entretanto, é a da oponibilidade dessa circunstância a terceiro de boa-fé que haja adquirido o bem, desconhecendo a penhora. Tenho entendido que se há de prestigiar o que consta dos registros públicos. Quem vai comprar um imóvel haverá de consultar o que consta do respectivo registro. Se nenhum ônus houver sido consignado, é de presumir-se que o bem esteja livre e desembaraçado, no domínio daquele que figura como pro-

prietário. E a lei prevê o registro da penhora como apto a fazer prova de fraude de transação posterior. A finalidade do registro está exatamente em fazer essa prova. Se a alienação do bem penhorado fosse sempre ineficaz, sendo irrelevante a ciência do adquirente, não haveria razão para o registro. Já foi observado que seria de exigir-se particular amor ao próximo por parte de quem se desse ao trabalho de efetuar o registro, arcando com as respectivas despesas, se, independentemente dele, o ato de constrição judicial já fosse oponível erga omnes” (REsp. n. 2.597, citado por Décio Antônio Erpen, RT 672-80/89).

Recentemente, a tese em foco foi afirmada no Recurso Especial n. 40.854. Do voto do relator, Ministro Cesar Asfor Rocha, transcrevo o ex-certo que segue:

“2. Esta Quarta Turma, ao apreciar questão assemelhada no REsp. n. 113.871/DF, de minha relatoria, decidiu pela negativa. Naquela oportunidade, proferi o seguinte voto, no que interessa:

‘Passo a apreciar a questão de fundo, referente à inexistência de fraude à execução, antes, porém, pedindo licença para fazer uma pequena digressão sobre o tema, mas sem me ater aos vícios de propriedade de sua redação e à inadequada inserção no capítulo em que se encontra.

‘3. O art. 593 do Código de Processo Civil, por seus três incisos, prevê três situações de constituição da fraude à execução, por alienação ou oneração de bens.

‘4. Pelo inciso I, quando sobre os bens alienados ou onerados pendere ação fundada em direito real.

‘Para que ocorra a fraude, com base nesse inciso I, é bastante que o adquirente tenha conhecimento da existência da ação, seja por tal já constar no registro imobiliário, seja por ter o exequente conseguido provar que da existência dessa ação o adquirente já sabia.

‘Não há, aqui, que se cogitar que o vendedor-executado ser solvente ou insolvente. Exige-se, apenas, o registro da citação, ou, na sua ausência (do registro), da comprovação de que o comprador tinha conhecimento da ação, hipótese em que o ônus da prova desse conhecimento recai sobre o credor.

‘5. Pelo inciso III, em todos os casos expressos em lei. Nessas hipóteses a configuração da fraude estará condicionada ao que dispuser a lei que a disciplinar.

‘O art. 185 da Lei das Execuções Fiscais, por exemplo, ‘presume fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução’, excepcionando a ‘hipótese de terem sido reservados pelo devedor bens ou rendas suficientes ao total do pagamento da dívida em fase de execução’.

‘Aqui, a jurisprudência firmou-se no sentido de que uma vez aforada a execução fiscal, mesmo sem ter sido precedida a citação, a alienação de bens importa em fraude, pois a sua presunção é juris et de jure (REsp. n. 2.250, 1ª Turma, j. 4/10/93, RSTJ 57/175, de que fui relator).

‘6. Pelo inciso II, considera-se em fraude de execução a alienação ou

oneração de bens quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência.

‘Esta situação muito se aproxima da fraude contra credores, embora com ela não se confunda basicamente porque a fraude à execução importa na ineficácia da alienação, podendo ser provocada pelo exeqüente — nunca por outro credor — no próprio processo executivo (e, excepcionalmente, já depois de iniciado o processo de conhecimento — 3ª T., Ag. Rg. 11.981/RJ, relator Ministro Eduardo Ribeiro), sem necessidade de promover a ação pauliana.

‘Aqui, a questão se desdobra em várias outras.

‘A primeira que se coloca é saber o momento processual a partir do qual pode, em tese, configurar-se, a fraude: a) se já a partir do só ajuizamento da ação; b) se somente depois da citação; c) se só depois da penhora; ou, d) se só depois da penhora registrada.

‘Tenho para mim que, em tese, a fraude à execução pode configurar-se já a partir do momento mesmo em que a ação é aforada, pois desse instante pode-se dizer que já teve início o processo judicial.

‘Assim é absolutamente irrelevante, para definição do momento a partir do qual se pode configurar a fraude à execução, perquirir-se se houve ou não a citação, a penhora ou o seu registro.

‘A segunda questão que se coloca é saber se no cartório imobiliário consta algum registro dando conta da existência da ação.

‘Em caso afirmativo, há a presunção juris et de jure de que o adquirente sabia da pendência da ação.

‘Na hipótese contrária, milita em favor do adquirente a presunção de que ele desconhecia, quando da aquisição, a existência da ação, razão pela qual deve o exeqüente arrostar com o ônus de provar o contrário.

‘É que não havendo, no cartório imobiliário, nenhum registro da existência da ação, não se pode imputar ao adquirente nenhuma obrigação de ter ciência desse fato, sendo até impossível disso com segurança ele saber (salvo se obtivesse certidões negativas de todos os cartórios de distribuição por esse Brasil afora), por isso mesmo que não lhe cabe provar a sua ignorância quanto a tanto, pois a sua boa-fé, que é presumida, há de ser preservada, até prova em contrário.

‘Não estou dizendo aqui que a má-fé do comprador seja elemento indispensável para a caracterização da fraude à execução. Apenas estou afirmando que, não tendo o registro imobiliário recebido a notícia da existência da ação, a presunção de licitude da alienação milita em favor do comprador. Entendimento contrário geraria intranqüilidade nos atos negociais, conspiraria contra o comércio jurídico, e atingiria a mais não poder a confiabilidade nos registros públicos.

‘A par disso, a fraude à execução só se configura se a alienação ou oneração do imóvel for capaz de reduzi-lo à insolvência.

‘Aqui, a presunção milita em favor do exeqüente e é juris tantum pois é de lógica intuitiva que o desfazimento de um bem importa na diminuição

do patrimônio do alienante e, como decorrência, na sua debilitação para solver os compromissos assumidos.

‘Em resumo, para que se tenha como de fraude à execução a alienação ou oneração de bens, é necessária a conjugação dos seguintes elementos:

‘a) que a ação já tenha sido aforada;

‘b) que o adquirente saiba da existência da ação, ou por já constar no cartório imobiliário algum registro dando conta da existência da ação (presunção *juris et de jure* contra o adquirente), ou porque disso o exequente cuidou de provar, sendo seu ônus para tanto; e,

‘c) que a alienação ou oneração dos bens seja capaz de reduzir o devedor à insolvência, militando em favor do exequente a *presunção juris tantum*’ (RSTJ 111/216).

O acórdão está assim ementado:

“Para que se tenha como de fraude à execução a alienação de bens, de que trata o inciso II do art. 593 do Código de Processo Civil, é necessária a presença concomitante dos seguintes elementos: a) que a ação já tenha sido aforada; b) que o adquirente saiba de existência da ação — ou por já constar no cartório imobiliário algum registro dando conta de sua existência (*presunção juris et de jure* contra o adquirente) — ou porque o exequente, por outros meios, provou que do aforamento da ação o adquirente tinha ciência; e, c) que a alienação ou a oneração dos bens seja capaz de reduzir o devedor à insolvência, militando em favor do exequente a *presunção juris tantum*”.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está sedimentada no sentido de que, “inexistindo o registro da penhora, não há falar em fraude à execução, salvo se aquele que alegar a fraude provar que o terceiro adquiriu o imóvel, sabendo, comprovadamente, que estava penhorado” (REsp. ns. 113.666 e 110.024, Min. Carlos Alberto Menezes Direito; REsp. n. 105.158, Min. José Delgado).

A respeito dessa particularidade da matéria analisada, prelecionam Mendonça Lima e Theodoro Júnior:

“A formalidade da inscrição no caso gera apenas um dos efeitos que da mesma decorrem: a transferência de direitos reais e a publicidade, ou seja, apenas este último, como bem nota Amílcar Castro.

“Com tal inscrição, que passa a acompanhar o bem imóvel sempre que for solicitado seu ‘histórico’, nenhum terceiro poderá ignorar a situação, ante a possibilidade de o autor vencer a ação e, portanto, ter assegurado seu direito sobre o bem, onde quer que o mesmo esteja. A fraude decorrerá, assim, de *presunção juris et de jure*. Se, porém, a inscrição não for feita, a posição se alterará completamente em detrimento do autor-credor: a ele caberá provar, então, pelos meios admitidos, que houve fraude, que o terceiro tinha ciência da ação etc. (...) O Código, aliás, ao tratar da ‘fraude de execução’ deveria referir-se à exigência da inscrição, porque, pela redação já tradicional, a impressão que dá é que basta a propositura da ação, como única prova que o credor deverá fazer, para tornar ineficaz o ato entre o devedor e o terceiro. Somente o Regulamento dos

Registros Públicos é que menciona a formalidade. O intérprete menos avisado, porém, poderá ater-se aos termos apenas do Código, cuja omissão é injustificável, dado o valor de que a formalidade se reveste em benefício do credor” (obra citada, págs. 550/551).

“Discute-se sobre a necessidade ou não da inscrição no Registro Imobiliário, da citação da ação real para ensejar a configuração da fraude de execução (art. 168, n. I, t, da Lei n. 6.015, de 31/12/73).

“Na verdade, a falta de inscrição ‘não impede a alegação de fraude contra a execução, e, sim, somente, tem a significação de ficar o exeqüente no ônus de provar que o adquirente tinha conhecimento, ou de que sobre os bens estava sendo movido litígio fundado em direito real, ou de que pendia contra o alienante demanda capaz de lhe alterar o patrimônio, de tal sorte que ficaria reduzido à insolvência’.

“Duas são, portanto, as situações a considerar:

“a) se a citação estiver inscrita no Registro Imobiliário, ‘a fraude independe de prova, porque se presume do fato do registro, pelo qual se tem o fato registrado como do conhecimento de todos e portanto do adquirente’;

“b) não havendo inscrição, incumbirá ao credor o ônus de provar ‘as condições legais da fraude à execução’, isto é, deverá demonstrar que o terceiro adquirente conhecia a existência da ação pendente contra o alienante” (obra citada, págs. 165/166).

Perfilham o mesmo entender Serpa Lopes (Tratado dos Registros Públicos, Freitas Bastos, 1957, 4/121)

e Walter Ceneviva (Lei dos Registros Públicos Comentada, Saraiva, 1983, pág. 523). Dos comentários do último, destaco o trecho que segue:

“A cognoscibilidade que decorre das certidões forenses pedidas ao alienante é relevante, mas com feição secundária. Através do registro de imóvel, a realidade se torna oponível ao terceiro, como fim precípua desse tipo de assentamento”.

Contrariando outros julgados seus e até então “pacífica jurisprudência da Corte”, o colendo Supremo Tribunal Federal, nos Embargos na Ação Rescisória n. 732—RJ, deixou registrado:

“A orientação dominante, na doutrina e na jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, é a de que a venda de bens sujeitos, eventualmente, aos efeitos da sentença a ser proferida em ação real ou reipersecutória, só é presumida, em caráter absoluto, como feita em fraude à execução quando a citação para a demanda tiver sido inscrita no Registro de Imóveis” (RTJ 116/870).

1.6. Provavelmente em razão do disposto no inciso LX do art. 5º da Constituição Federal e no art. 155 do Código de Processo Civil, que expressamente dispõem que são públicos todos os atos processuais, salvo os que correrem em segredo de Justiça, tem sido sustentado que o registro da ação na distribuição, por si só, é suficiente para que terceiros não possam invocar ignorância quanto a existência da demanda.

O Juiz José Osório, do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, em acórdão de que foi relator, consignou:

“Acrescente-se, por fim, que a boa-fé que o Direito sempre quer salvaguardar, quando possível, é a do adquirente comum, ordinário, que toma as cautelas de praxe nas aquisições de imóveis. Não a do adquirente insensato, que sequer examina as certidões do Distribuidor para saber da existência de ações contra o transmitente” (RT 565/121).

Não me parece correta a assertiva. A Lei n. 7.433/85, interpretada em conjunto com as disposições do Decreto n. 93.240/86, reforça a convicção de que, sem o registro da penhora, ao credor compete o ônus de provar que o terceiro adquirente do bem constritado tinha conhecimento da demanda aforada contra o alienante. A Lei, no § 2º do art. 1º, dispõe:

“O Tabelião consignará no ato notarial a apresentação do documento comprobatório do pagamento do imposto de transmissão inter vivos, as certidões fiscais, feitos ajuizados, e ônus reais, ficando dispensada sua transcrição” (os grifos não constam do original).

O intérprete menos atento concluirá que “certidões dos feitos ajuizados” são aquelas expedidas pelo distribuidor judicial. O decreto referido dirime a dúvida, afasta a controvérsia. Estabelece que, para a lavratura de atos notariais relativamente a imóveis, deverá ser apresentada, entre outros documentos, “certidão de ações reais e pessoais reipersecutórias, relativas ao imóvel, e a de ônus reais, expedidas pelo Registro de Imóveis competente, cujo prazo de validade, para este fim, será de 30 (trinta) dias” (art. 1º, IV). Daí emerge que “certidão dos fei-

tos ajuizados” não é aquela passada pela Distribuição.

“O Desembargador Décio Antônio Erpen, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tem publicado diversos artigos versando sobre fraude de execução (RT 624-35/42; 675-17/20, 672-80/89). No tocante ao tema especificado, assinala:

“Resta perquirir do porquê de haver o legislador se posicionado dessa maneira.

“Não temos a menor dúvida de que, se exigível algum documento, só poderia ser precisado em lei.

“Objetivou o legislador que o adquirente tivesse inequivocamente cientificado de eventual demanda ou ônus real, com isso outorgando a segurança jurídica. Quis evitar demandas. Deferir a paz social. Os riscos, se noticiada alguma demanda, correrão por conta do adquirente cientificado.

“O mesmo se diz se existe algum ato construtivo, cuja inscrição se dá a título, segundo Afrânio de Carvalho, de premonição de riscos.

“Ora, ao impor a lei a busca da notícia no ofício imobiliário, implica que no mesmo órgão se devem levar as mesmas — aliás, tudo em sintonia com o sistema que prevê o registro das citações nas ações reais ou reipersecutórias (art. 167, I, n. 21) e penhoras, arrestos e seqüestros (art. 167, I, n. 5).

“O que não for levado a registro no ofício competente inexistente frente a terceiros, porque o litigante desidioso não pode tirar proveito da própria inércia.

“Cuidando-se de norma de ordem pública e que objetiva outorgar a

paz social, e considerando os termos incisivos do legislador, pensamos que nem o tabelião, nem a parte podem dispensar essas certidões, porque integrantes do ato jurídico. A falta funcional será grave e pode redundar na responsabilidade civil do tabelião omissor.

“Tem a lei grande razão de ser, e os que admitiam a fraude à execução, mesmo sem o registro do ato constitutivo ou das citações nas ações reais, terão que revisar seus pontos de vista, isso porque ficou evidenciado que é ônus do interessado (exequente ou demandante) levar a notícia para conhecimento de terceiros” (RT 624/40).

Em outro artigo, aduz:

“Daí se deduz que havendo o dever legal de o credor levar a registro a existência de uma demanda ou de algum ato constitutivo, e ele não o promovendo, cria-se a falsa idéia de que nada há de litigioso em relação ao imóvel. E não se diga que isso seria supérfluo com uma singela notícia trazida através de negativa forense. Não é correta essa assertiva, porque o imóvel pode estar penhorado junto à Justiça do Trabalho ou noutra comarca, ou junto à Justiça Federal, com sede na Capital, ou mesmo haver rescisória em ação real na Capital do Estado ou até na capital Federal, junto a um dos Tribunais Superiores.

“A verdade é que a lei impõe ao credor o ônus de registrar eventual direito ou cautela, adjetivando de obrigatório o registro (art. 168 da Lei 6.015), enquanto que dispensa o adquirente de maiores perquirições. Bastam as certidões fiscais e as duas

emanadas do álbum imobiliário” (RT 672-80/89).

Comentando recente decisão do Supremo Tribunal Federal (RE n. 108911-3), Sua Excelência registra:

“Inicialmente, observo que a r. decisão desconsiderou o art. 167, I, n. 5, da Lei n. 6.015/73, que prevê o registro dos atos constitutivos (penhoras, arrestos e seqüestros de imóveis), cujo ônus era do exequente.

“Da mesma forma, não levou em consideração o disposto no art. 240 da Lei 6.015/73, que preceitua: ‘O registro da penhora faz prova quanto à fraude de qualquer transação posterior’.

“A contrario sensu, se não registrada, a boa-fé se presume. O registro da penhora constitui-se em prova pré-constituída, quando a fraude se presume. Não registrada a penhora, a fraude deve ser demonstrada.

“O julgado sub examine, vênios dos que pensam em contrário, prestigiou o exequente desidioso, que deixou de praticar ato previsto em lei, e corre risco de haver penalizado um inocente.

“Ademais, se for admitido que existe um sistema publicitário, ele foi subestimado, para não dizer ignorado.

“Em confronto à tese que ostentamos trago um exemplo prático. Um gaúcho se desloca a São Paulo, onde se envolve em acidente de trânsito. Sem delongas, é acionado e é citado lá mesmo. Quando do retorno aos pagos, no curso do processo de conhecimento, aliena o único bem que possui aqui em Porto Alegre, onde o adquirente se munuiu de todas as negativas forenses emitidas por todas as

Justiças. Indago: Haverá algum juiz neste País que declarará ineficaz a alienação porque alhures o vendedor está sendo demandado e cuja alienação o reduz à insolvência?

“O mesmo se diz para um processo de execução onde o devedor é demandado noutro foro que não de seu domicílio, para onde ocorre e oferece bem à penhora. O exeqüente não registra a penhora no ofício da localização da coisa, que é diverso do foro da execução. Como penalizar o adquirente, salvo prova de má-fé?

“A persistir a exegese dada aos preceitos que regem a fraude à execução, pode-se criar também espaço para conluíarem-se demandante e demandado e prejudicar um terceiro de boa-fé” (RT 624-36/42).

De fato, não há confundir a publicidade dos registros públicos com aquela dos atos do processo. Na monografia já referida, o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira põe em relevo essa distinção:

“Apresenta-se inadmissível o entendimento de que seria dispensável o registro nos apontados casos de citação e gravame judicial em face de ser o processo regido pela publicidade.

“Há, aí, evidente distorção ótica.

“A publicidade que orna o processo, um dos princípios legados à Ciência Processual pela Revolução Francesa de 1789, destina-se a tornar viável, com as ressalvas legais, o acesso dos interessados às peças da causa, não tendo o condão de gerar presunção de ciência, por terceiros, do que nele se contém” (RT 609/11).

No Recurso Especial n. 2.597, já anteriormente citado, o Ministro Eduardo Ribeiro manifestou-se no mesmo sentido:

“Desvalioso se me afigura, de outra parte, o argumento de que o ato da penhora, sendo processual, é público. Os atos processuais são públicos no sentido de que, em regra, todos podem a eles ter acesso; não que se devam presumir conhecidos de todos”.

Conforme afirma Milton Flaks, Procurador do Estado do Rio de Janeiro, se a penhora, em si mesma, tivesse o condão de fazer prova da fraude de qualquer transação posterior a ela, seria inócua a exigência contida naquele dispositivo. No seu dizer, “não se pode admitir que a lei tivesse a ingenuidade de supor que os credores, por simples amor ao próximo, promovessem o registro, arcando com os ônus financeiros, apenas para resguardar possível boa-fé de terceiros desconhecidos”. Adiante, acrescenta: “Exatamente para impedir que terceiro adquirente do bem penhorado possa subtrai-lo à constrição judicial, provando sua boa-fé e que, na data do ato de disposição, o devedor possuía meios de satisfazer o crédito, é que a lei concede ao credor a faculdade: a) de promover o registro quando se tratar de imóvel; b) de exigir que a sua guarda esteja confiada a depositário judicial, nos demais casos (CPC, art. 666; LEF, art. 11, § 3º). Esta a razão pela qual, inclusive, o juiz não pode se opor à remoção do bem penhorado, salvo em situações particulares e das quais não resultem riscos para o credor” (Revista Brasileira de Direito Processual, 34-71/79).

Impõe-se destacar que a Lei n. 6.830/80, que trata das execuções fiscais, expressamente estatui que o despacho deferitório da inicial importa em ordem para o “registro de penhora ou de arresto” (art. 7º, IV). Tivessem os registros da distribuição o efeito que muitos lhe pretendem emprestar, seria inócua, como visto acima, tal providência acatelaatória.

Concordo com Milton Flaks também no que se refere à penhora de bens móveis. Acrescento que o Conselho Disciplinar da Magistratura do Estado de São Paulo há muito decidiu que “o depósito com o executado só pode ter lugar, se nele convier o exeqüente” (RT 246/290). Idêntica posição foi firmada pelo Conselho de Justiça do Distrito Federal: “Não é permitido ao juiz determinar que os bens penhorados fiquem em poder do próprio executado quando com isso não concorda o exeqüente, em tal caso cabe-lhe nomear depositário judicial” (RF 100/289).

1.7. Concluindo: tenho não ser necessário o registro da constrição judicial para caracterização da fraude de execução. No entanto, se não realizado, ao credor compete provar que o adquirente tinha ciência da demanda proposta contra o alienante.

2. Na Súmula 84, disse o Superior Tribunal de Justiça:

“É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda de compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro”.

A jurisprudência desta Corte segue essa orientação:

“Admissível embargos de terceiro com o fito de livrar de constrição

judicial imóvel objeto de compromisso de compra e venda não registrado, porém comprovadamente na posse do embargante antes da execução. Inaplicável a Súmula 621 do STF ante o texto expresso do art. 1.046, § 1º, do CPC, que admite a tutela simplesmente possessória’ (RT — 667/114)” (AC n. 97.002725-7, Des. Eder Graf; AI n. 97.002376-6, Des. Orli Rodrigues; AC n. 97.001262-4, Des. Pedro Manoel Abreu; AC n. 51.688, Des. Carlos Prudêncio).

Na Apelação Cível n. 97.012648-4, decidiu a Primeira Câmara deste Sodalício:

“1. ‘Na linha de precedentes da Corte, inexistindo o registro da penhora, não há falar em fraude à execução, salvo se aquele que alegar a fraude provar que o terceiro adquiriu o imóvel, sabendo, comprovadamente, que estava penhorado’ (REsp. n. 113.666, Min. Carlos Alberto Menezes Direito).

“2. ‘A alteração efetivada em contrato social somente terá eficácia contra terceiros, após a sua publicidade que se dará com o registro junto a Junta Comercial. Por conseguinte, o representante legal da empresa é aquele sócio-gerente que consta do contrato devidamente arquivado no Registro do Comércio’ (TARS, Juiz Carlos Bencke)”.

À luz das lições doutrinárias e dos precedentes citados no voto reproduzido, pode-se concluir que duas razões justificam a manutenção da sentença: a) quando levado a registro o imóvel (27/11/95), os alienantes sequer haviam sido citados da execução (o que veio a ocorrer somente em 28/6/96); b) não foi registrada a penhora e não há prova de que os adqui-

rentes tinham ciência da demanda aforada contra os alienantes.

3. Impende registrar que os embargantes/apelados juntaram fotocópias de declarações à Receita Federal e à Câmara de Vereadores provando a alegação de que residem no imóvel desde o ano de 1993.

Na impugnação aos embargos o exequente não questiona a autenticidade daqueles documentos.

4. A decisão de fls. 33/34 dos autos da ação principal não possui qualquer relevância no julgamento dos embargos, pois que a tese acolhida pela sentença foi a de que somente estaria evidenciada fraude de execução se a venda do imóvel fosse posterior à citação válida dos executados.

5. Os honorários advocatícios (R\$ 500,00) foram arbitrados com mo-

deração, observados os parâmetros fixados no Código de Processo Civil (art. 20, § 3º).

6. Em face do exposto, voto pelo desprovimento do recurso.

III — Decisão

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

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

Florianópolis, 11 de agosto de 1998.

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

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.014376-4, DE SÃO JOSÉ

Relator: Des. Newton Trisotto

Execução hipotecária — Lei n. 5.741/71 — Sistema Financeiro da Habitação — SFH — Avisos regulamentares — Entrega no endereço residencial do mutuário — Financiamento imobiliário — Mora — Licitantes — Credor — Adjudicação — Audiência — Julgamento antecipado — Cerceamento de defesa.

1. “A simples remessa dos avisos regulamentares apontando o débito do mutuário ao endereço do imóvel financiado e ao endereço residencial do mesmo, supre a exigência a propósito contida na Lei n. 5.741/71. É de admitir-se, outrossim, que tratando-se de débito relativo a longo período, o envio de apenas um aviso enquadra as condições legais para a procedibilidade da execução hipotecária, afastando a invocada carência da ação.

“Aliás, admitir-se que, tratando-se de inadimplência sistemática e que data de expressivo tempo, a execucional seja extinta, quando inequívoca é a ciência do débito pelo mutuário, equivalerá a aplaudir-se o inadimplemento absoluto daqueles que, refugindo dos propósitos do Sistema Financeiro da Habitação, financiam imóveis de veraneio, como se residenciais fossem, e prossigam, sem nada pagarem, a utilizar-se plenamente do bem, sem ao menos envidarem qualquer esforço para cumprirem suas obrigações contratuais, depositando ou manifestando sequer a intenção de depositarem em juízo os valores que entendem devidos” (AC n. 51.849, Des. Trindade dos Santos).

2. *Nos contratos de financiamento imobiliário, a mora se constitui ex re. Os avisos regulamentares servem tão-somente para alertar o devedor da iminente propositura da execucional e das graves conseqüências que dela resultarão, inclusive a imediata desocupação do imóvel (Lei n. 5.741/71, art. 4º, §§ 1º e 2º). Se o mutuário limitar a defesa à alegação de não tê-los recebido e se dispuser a depositar a importância devida, purgando a mora, extinguir-se-á a execução, sem quaisquer ônus. Por isso justifica-se seja atenuado o rigor da lei, admitindo-se como atendido o pressuposto do inc. IV do art. 2º da Lei n. 5.741/71 quando houver prova de que os avisos regulamentares foram expedidos para o endereço do mutuário, dispensando-se a do recebimento.*

Impõe-se essa solução pois, no expressivo dizer de Dinamarco, “as exigências legais não de ser interpretadas por critérios presididos pela razoabilidade e não se pode perder de mente que a lei é feita com vistas a situações típicas que prevê, merecendo ser modelada, conforme o caso, segundo as peculiaridades de casos atípicos” (RJTJESP 102/27).

3. *Nas execuções hipotecárias, não havendo licitantes e não purgada a mora, o imóvel será adjudicado ao credor, “ficando exonerado o executado da obrigação de pagar o restante da dívida” (Lei n. 5.741/71, art. 7º). Assim sendo, é despiciendo perquirir a respeito do montante do saldo devedor da dívida se manifesto o desinteresse do mutuário em liquidá-lo.*

4. *“Inexiste cerceamento de defesa se os fatos alegados haviam 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. 98.014376-4, da comarca de São José (1ª Vara), em que é apelante Rosa Dutra, sendo apelado Banestado S/A Crédito Imobiliário:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Banestado S/A Crédito Imobiliário ajuizou “ação de execução hipotecária” (Lei n. 5.741/71) contra Rosa Dutra.

Inconformada com a sentença que julgou improcedentes os embargos ofertados, a embargante interpôs recurso de apelação, sustentando, preliminarmente, que é nulo o processo por cerceamento de defesa, resultante do julgamento antecipado da lide, e que o apelado é carecedor da executiva, por não ter expedido os dois avisos de que trata o inciso IV do art. 2º da Lei n. 5.741/71, além de ser ilíquida a dívida. Também afirma que não é lícita a utilização da TR como coeficiente de atualização monetária e que as prestações deveriam ser reajustadas de acordo com a evolução do seu salário.

O apelado propugna a confirmação do decisum.

II — Voto

1. Em torno da quaestio posta no recurso, grassa forte controvérsia jurisprudencial. Há julgados no sentido de ser imprescindível prova de ter

o mutuário recebido os avisos de que trata o inciso IV do art. 2º da Lei n. 5.741/71 para que a execução prossiga validamente (AC n. 50.969, Des. Eládio Torret Rocha; RT 647/114 e 690/152). Data venia, deles divirjo.

Nos contratos de financiamento imobiliário, como em tantos outros, a mora resulta do vencimento da prestação. Discorrendo acerca do tema, anotam Orlando Gomes e Moreira Alves:

“Nas dívidas garantidas por alienação fiduciária, a mora constitui-se ex re.

“Reza, com efeito, a lei que decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento.

“Aplica-se, por conseguinte, a regra dies interpellat pro homine. Desnecessária, desse modo, a interpelação. Procedeu o legislador corretamente ao dispensá-la, por se não justificar a exigência da reclamação do cumprimento nas dívidas líquidas com termo certo. Deve, assim, ser a prestação espontaneamente oferecida pelo devedor, no vencimento, sob pena de incorrer na mora.

“Contudo, exige a lei, para a sua comprovação, que o credor se documente, praticando ato que torne inequívoco o comportamento do devedor.

“Esse ato poderá ser, à escolha do credor:

“a) comunicação ao devedor mediante carta registrada expedida pelo oficial do cartório do registro de títulos e documentos;

“b) protesto do título.

“A comunicação destina-se unicamente à comprovação da mora, não

devendo ser esquecido que ela se constitui com o simples vencimento do prazo para o pagamento. Segue-se, pois, que o devedor não incorre em mora no dia da expedição da carta, mas, sim, se não paga a dívida no vencimento” (Alienação Fiduciária em Garantia, Revista dos Tribunais, 4ª ed., 1975, pág. 100).

“Tendo em vista que os débitos garantidos pela propriedade fiduciária são a termo a parte final desse dispositivo, na esteira do princípio consignado no art. 960, início, do Código Civil, declara que, no caso, a mora é ex re, ou seja, ocorre independentemente de qualquer interpelação judicial ou extrajudicial pelo credor (dies interpellat pro homine).

“Entretanto, em continuação, o citado § 2º estabelece que a mora poderá ser comprovada por carta registrada expedida por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos ou pelo protesto do título. Qual o sentido dessa norma? Em outras palavras: se o credor, ocorrida a mora do devedor (e ela, por ser ex re, verifica-se independentemente de interpelação judicial ou extrajudicial), não a comprovar por carta registrada expedida por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos ou por protesto de título, qual a consequência jurídica dessa omissão? Orlando Gomes, ao examinar essa matéria, acentua que, não obstante a mora resulte do simples inadimplemento da obrigação pelo devedor, e, portanto, sem que se faça necessária qualquer interpelação, a expedição da carta registrada por meio do Cartório de Títulos e Documentos ou o protesto do título fornecem ao credor o documento hábil para que ele possa propor a ação de busca

e apreensão da coisa alienada fiduciariamente, embora seja certo que, a utilização de outros meios pelos quais poderá alcançar a satisfação do crédito, não se exija tal comprovação. Por essa tese, o § 2º do art. 2º do Decreto-Lei n. 911 se vincula à parte final do art. 3º do mesmo Diploma, o qual reza:

‘O proprietário fiduciário ou credor poderá requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, desde que comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor’.

“A nosso ver, é correta essa interpretação, apesar de, à primeira vista, poder parecer demasiado rígida, não só em face da expressão poderá ser comprovada que se encontra no § 2º do Decreto-Lei n. 911, como também no fato de que outras provas há — como a confissão, por escrito, da mora debitoris — de valor pelo menos igual ao da expedição da carta registrada por intermédio do Cartório de Títulos e Documentos. A restrição, porém, se explica, porque, dessa prova, dependerá a concessão liminar da busca e apreensão, à semelhança do que sucede, em se tratando de compra e venda com reserva de domínio, como se vê do caput do art. 344 do Código de Processo Civil: ‘Em caso de mora de pagamento imputável ao comprador e desde logo provada com o título e respectivo instrumento de protesto, o vendedor poderá requerer previamente a apreensão e depósito judicial da coisa vendida, independentemente de audiência do comprador’.

“Para todos os outros efeitos, mora do devedor — que é ex re —

pode ser demonstrada por qualquer meio probatório, sendo que o credor, exceção feita à busca e apreensão disciplinada no Decreto-Lei n. 911, pode intentar outra ação, com a simples alegação da ocorrência da mora" (Da Alienação Fiduciária em Garantia, Saraiva, 1973, págs. 182/183).

Conquanto essas lições se refiram a contratos de mútuo com cláusula de alienação fiduciária, são igualmente aplicáveis aos demais da espécie, por analogia.

Se o aviso não é necessário à constituição do devedor em mora, qual a razão da exigência? Penso que serve apenas de alerta, de advertência ao devedor da iminência da propositura da demanda, da qual graves consequências advirão. Na lição de Moreira Alves, antes reproduzida, a comprovação da mora "se explica, porque, dessa prova, dependerá a concessão liminar da busca e apreensão". Na execução fulcrada na Lei n. 5.741/71, justifica-se esse mesmo rigor porque poderá o juiz deferir, liminarmente, pedido de desocupação do imóvel (§§ 1º e 2º do art. 4º).

Há outra razão, assim exposta pelo Juiz Roberto Stucchi, do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo:

"Na petição inicial deve constar a indicação do valor das prestações não pagas e encargos (art. 2º, II), assim como o saldo devedor (inc. III).

"O devedor será citado para pagar o valor do crédito reclamado (art. 3º), considerado este como sendo o correspondente às prestações em atraso e acréscimos apenas incidentes sobre tal montante. Tanto é assim que, no art. 4º, claramente diz a lei que prosseguir-se-á com a penhora

'se o executado não pagar a dívida indicada no inc. II do art. 2º...', ou seja, o valor das prestações e encargos cujo não pagamento deu lugar ao vencimento do contrato.

"Logo, e necessariamente, esta execução especial exige dois cálculos: o das prestações não quitadas e o saldo devedor ante o vencimento antecipado da obrigação, coerentemente com os demais comandos dessa sistemática.

Atende-se, na seqüência, que a eventual venda do imóvel hipotecado, em praça pública, precedida de edital, será 'por preço não inferior ao saldo devedor' (art. 6º). Inexistindo licitante, o imóvel será adjudicado ao exequente, ficando exonerado o executado da obrigação de pagar o restante da dívida (art. 7º).

"Daí a razão de ser da menção ao saldo devedor. Apenas útil para o caso de terceiros se interessarem pelo imóvel, mediante licitação.

"E qual a razão da especificação das prestações vencidas e não pagas? Primeiro, a possibilitar a respectiva quitação ao ensejo do chamamento a Juízo. Segundo, a ensejar a derradeira oportunidade de salvar a decantada casa própria, escopo maior do sistema.

"É que poderá o mutuário 'remir o imóvel hipotecando, desde que deposite em Juízo, até a assinatura do auto de arrematação, a importância que baste ao pagamento da dívida reclamada mais custas e honorários advocatícios; caso em que convalerá o contrato hipotecário' (art. 8º).

"Se o contrato convaler, é intuitivo que, mesmo naquela fase processual, ao devedor seja reconhecido

o direito de colocar em dia sua obrigação, vale dizer, de emendar a mora, até então" (JB 136/93).

Admitindo-se que sejam essas as razões justificadoras da exigência aludida, os efeitos da sua não-observância devem ser considerados à vista do comportamento do devedor.

Decidiu o 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo:

"Não se exige a interpelação judicial prevista no art. 205 do Código Comercial quando, tratando-se de obrigação mercantil positiva e líquida, tiver o réu sido citado para a cobrança do débito e, pelo teor da sua resposta, deixar inequívoca a intenção de não pagar" (RT 568 — 88/93).

Desse acórdão, extraio o ex-certo que segue:

"Constituir em mora significa, para os fins de cobrança do valor já devido, apenas criar o requisito da exigibilidade do crédito, sem o qual a celebração do processo não é necessária e, portanto, carece de ação o credor (falta-lhe interesse processual legítimo). Sem a mora, não é que o crédito inexistia: o que se vê é que, não caracterizada aquela, poderá o devedor, no processo, questionar a necessidade do acesso a este e, demonstrada inequivocamente sua intenção de pagar, obter que à parte contrária se debitem os encargos da sucumbência (quem veio a juízo postular o que bem poderia obter sem a tutela judicial é causador dessas despesas e com elas deve arcar).

"(...)

"Do confronto das diferentes situações encaradas e solucionadas pelo STF pode-se extrair a máxima

segundo a qual não se exige interpelação judicial prevista no art. 205 do Código Comercial quando, tratando-se de obrigação mercantil positiva e líquida, tiver o réu sido citado para a cobrança de débito e, pelo teor da sua resposta, deixar inequívoca a intenção de não pagar. No presente caso concreto, além de inequívoco teor da contestação oferecida e do oferecimento de reconvenção do pedido da autora, existe a circunstância de ter sido inequivocamente formulada a exigência de pagamento: trata-se do telex reproduzido a fls. e que fora expedido antes da propositura da demanda inicial, não sendo atendido o convite pela destinatária.

"Eis por que, não obstante omitida a interpelação judicial a que alude o art. 205 do Código Comercial, carente de ação não era a vendedora para obter a condenação da compradora pelo valor estipulado".

A mesma solução é proposta por Silvio Rodrigues:

"Note-se, entretanto, que não são poucos os julgados que entendem não haver interpelação mais incisiva do que a citação inicial para a ação de cobrança. Parece-me justa tal orientação, visto que, citado para o feito, o réu poderá, em vez de contestá-lo, cumprir a obrigação demandada, assim fugindo aos efeitos da condenação" (Direito Civil, Saraiva, 16ª ed., pág. 168).

No expressivo dizer de Rangel Dinamarco, "as exigências legais hão de ser interpretadas por critérios presididos pela razoabilidade e não se pode perder de mente que a lei é feita com vistas a situações típicas que prevê, merecendo ser modelada, confor-

me o caso, segundo as peculiaridades de casos atípicos” (RJTJESP, 102/27). O princípio da instrumentalidade do processo autoriza essa solução, mesmo se admitindo como irregular o protesto, a notificação ou o aviso.

Repito: não manifestando o mutuário intenção de liquidar o débito vencido e não havendo pedido de desocupação do imóvel financiado, não há razão para se exigir que a mora seja rigorosamente provada. A simples expedição dos avisos para o endereço do mutuário satisfaz a exigência legal.

Diversos precedentes, inclusive do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte, apóiam a tese adotada:

“Os avisos previstos no artigo 20, IV, da Lei n. 5.741, de 1971, produzem todos os seus efeitos, se remetidos ao endereço do imóvel hipotecado, no qual, por força de obrigação contratual, o mutuário está obrigado a residir; dispensam a notificação pessoal, porque não tem a natureza da citação constituindo apenas condição de procedibilidade, sem a qual a execução não pode ser proposta. Recurso especial conhecido e provido” (REsp. n. 56.111, Min. Ari Pargendler).

“Execução hipotecária — Banco Nacional de Habitação — Lei n. 5.741/71, artigo 2º, inciso IV — Mutuário inadimplente — Expedição de dois avisos regulamentares — Validade e suficiência — Resolução n. 11/72 do Banco Nacional da Habitação e Súmula 18 desta Corte — Desnecessidade da demonstração da efetiva entrega aos destinatários, por presumir a lei serem ocupantes do imóvel, os financiados ou alguém que ali resida

sob sua dependência, o que não ocorre in casu — Recurso provido para determinar o prosseguimento do feito” (TACivSP, AC n. 00643600-5/006, Juiz Campos Mello).

“Embargos do devedor — Execução hipotecária. Os avisos a que se refere a Lei n. 5.741/71 não se constituem em condição de ação. Não se impõe prova de recebimento, e tão-só de remessa do referido aviso para o endereço do mutuário devedor. A Resolução n. 11/72 do BNH ao permitir, em determinadas circunstâncias, somente um aviso, não se conflita com o diploma legal que previu tal regulamentação” (TARS, AC n. 24.795, Juiz Décio Antônio Erpen).

“A simples remessa dos avisos regulamentares apontando o débito do mutuário ao endereço do imóvel financiado e ao endereço residencial do mesmo, supre a exigência a propósito contida na Lei n. 5.741/71. É de admitir-se, outrossim, que tratando-se de débito relativo a longo período, o envio de apenas um aviso enquadra as condições legais para a procedibilidade da execução hipotecária, afastando a invocada carência da ação.

“Aliás, admitir-se que, tratando-se de inadimplência sistemática e que data de expressivo tempo, a executonal seja extinta, quando inequívoca é a ciência do débito pelo mutuário, equivalerá a aplaudir-se o inadimplemento absoluto daqueles que, refugindo dos propósitos do Sistema Financeiro da Habitação, financiam imóveis de veraneio, como se residenciais fossem, e prossigam, sem nada pagarem, a utilizar-se plenamente do bem, sem ao menos envidarem qualquer esforço para cumprirem suas obriga-

ções contratuais, depositando ou manifestando sequer a intenção de depositarem em juízo os valores que entendem devidos" (AC n. 51.849, Des. Trindade dos Santos).

"Se o agente financeiro comprova que remeteu avisos regulamentares, reclamando a dívida do mutuário inadimplente ao endereço do imóvel mutuado e à residência do mesmo, resta cumprida a exigência contida no art. 2º, IV, da Lei n. 5.741/71" (AC n. 96.002564-2, Des. Nilton Macedo Machado).

No caso sub judice, requereu o exequente a desocupação do apartamento, mas o pleito sequer foi examinado. Pelos termos da petição dos embargos se infere que a mutuária, ainda que tivesse recebido pessoalmente os avisos, não teria purgado a mora.

Impõe-se acrescentar que a última prestação foi paga em outubro de 1984. A mutuária interessa protelar a tramitação do processo, pois, ao final, o imóvel será adjudicado ao agente financeiro pelo saldo devedor, "ficando exonerado o executado da obrigação de pagar o restante da dívida" (Lei n. 5.741/71, art. 7º). Nesse interregno, dele desfruta sem qualquer contraprestação. Para evitar esses abusos, a lei faculta ao credor requerer a desocupação do imóvel (art. 4º, §§ 1º e 2º), medida que os magistrados relutam em deferir. O inadimplemento compromete todo o Sistema Financeiro da Habitação. O custo será, como sempre, suportado pela sociedade. Como a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, também entendo que "os mútuos vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação são contratos

de natureza peculiar em que, paralelamente ao interesse das partes, está presente o interesse público, desde logo caracterizado pelo fato que dita as cláusulas tanto ao mutuante quanto ao mutuário" (REsp. n. 70.684, Min. Ari Pargendler).

2. O reajuste das prestações está subordinado ao Plano de Equivalência Salarial. Nenhum documento apresentou a embargante comprovando que houve descompasso entre o valor da prestação e o da sua pensão.

3. O saldo devedor do financiamento é corrigido na mesma proporção do rendimento das contas de poupança. Não há ilegalidade nessa avença, conforme remansosa jurisprudência:

"O mesmo índice que serviu para remunerar os saldos bloqueados das cadernetas de poupança deve ser utilizado para a correção dos contratos que estabeleceram a vinculação entre os índices de atualização" (STJ, EDREsp. n. 82.532, Min. Ruy Rosado de Aguiar).

Se a adjudicação do imóvel pelo credor importa na desoneração da obrigação de pagar o restante da dívida, torna-se despiciendo perquirir a respeito do montante do saldo devedor quando manifesto o desinteresse da mutuária em liquidá-lo.

4. 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).

Para a solução da lide são dispensáveis quaisquer outras provas além dos documentos já produzidos pelas partes.

5. Eventual excesso de execução não nulificaria o processo.

Sobre o tema, colaciono os julgados abaixo:

“Se o devedor alega haver excesso de execução, sobretudo quando a dívida decorre de mútuo bancário, deve explicitar, desde logo, a que parcela ou parcelas se refere e a razão pela qual sucede a exigência indevida do valor, de modo a propiciar o minudente exame judicial a respeito. Porém, se assim não age, limitando-se a apenas alegar perfunctoriamente a respeito, nada há que modificar na sentença que, conhecendo diretamente do pedido, rejeita a peça

embargatória respectiva” (AC n. 50.689, Des. Eládio Torret Rocha, DJSC n. 9.370, de 4/12/95, pág. 11).

“A eventual desconformidade entre o valor da dívida e a estimativa apresentada pelo credor ao ajuizar a execução poderá ser resolvida, a qualquer tempo, até a liquidação do débito, por simples impugnação ao cálculo do contador, não precisando tal matéria ser discutida necessariamente no âmbito dos embargos do devedor” (AC n. 38.726, Des. Pedro Manoel Abreu, DJSC n. 9.184, de 24/2/96, pág. 8).

“A liquidez dos títulos não fica prejudicada pela alegação de cobrança excessiva de comissão de permanência ou de encargos contratuais, devendo eventuais excessos serem abatidos do montante exequendo” (REsp. n. 4.912/MG, Min. Athos Gusmão Carneiro, RSTJ 24/375).

“Ademais, o excesso de execução não acarreta o trancamento desta, mas o seu prosseguimento pelo que seja devido” (AC n. 43.942, Des. Francisco Borges, DJSC n. 8.981, de 5/5/94, pág. 14).

“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).

“Se o devedor apenas pondera a inexistência do débito sem, entretanto, demonstrar o excesso de execução, tal alegação não pode prosperar” (1º TACívSP, JB 136/103).

6. Coaduno com entendimento do Desembargador Olavo Silveira, do Estado de São Paulo, em que asseve-

ra: "É tempo de se afastar sutilezas de teses jurídicas ou de interpretações de lei, para se acobertar maus pagadores e fraudadores conciliados na prática de lesões ao patrimônio alheio. É já ocasião de se afirmar que quem deve, e não paga e nem tem como satisfazer obrigações assumidas, é insolvente, porque a insolvência é um fato e, por isso, provado o fato, não há como negá-la, em benefício dos que agem contra a lei e ainda buscam a impunidade junto ao judiciário" (JB 113 — 242/244).

7. Em face do exposto, nego provimento ao recurso.

III — Decisão

Nos termos do voto do relator, por maioria, vencido o Exmo. Sr. Des. Carlos Prudêncio, negaram provimento ao recurso.

Presidiu o julgamento, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Carlos Prudêncio, e dele participou, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues.

Florianópolis, 1º de dezembro de 1998.

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

APELAÇÃO CÍVEL N. 40.808 (96.006465-6), DE FRAIBURGO

Relator: Des. Sérgio Paladino

Apelação cível. Ação declaratória. Pendência de recurso nos autos da ação anulatória de escritura de rerratificação e atos subsequentes, inclusive dos respectivos registros, cuja decisão selará o destino desta. Conexão por prejudicialidade. Não conhecimento do recurso, determinando-se a remessa dos autos à egrégia Câmara Cível Especial, a teor do estatuído nos Atos Regimentais ns. 29/95 e 33/97.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 40.808 (96.006465-6), da comarca de Fraiburgo, em que é apelante Agrolak Laksmi Agropecuária Ltda. e apelados Zenildes Salete Zanotto e outros:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, à unanimidade, não conhecer do recurso e determinar a remessa

dos autos à egrégia Câmara Cível Especial.

Sem custas.

Irresignada com a prestação jurisdicional entregue nos autos da ação declaratória que intentou contra Nair Mello Zanotto, Zenildes Salete Zanotto, Flávio José Zanotto, Maria Ely Mello Zanotto, Renildes Zanotto Tramontini e Waldir Tramontini, que decretou

a carência da ação, ao entendimento de que ausente o interesse de agir e, como consectário, extinguiu a medida cautelar incidental de seqüestro, processada em apenso, Agrolak Laksmi Agropecuária Ltda. interpôs apelação, objetivando, em preliminar, a apreciação do "agravo de instrumento retido" (sic, fls. 684), postulando expressamente que esta Corte aprecie o mérito do recurso ou, alternativamente, reforme o veredicto, a fim de que se enseje às partes a produção de provas.

A esse recurso aderiram os sucessores da primeira requerida, pretendendo a decretação da carência, ao argumento de que a ação declaratória não se presta para o fim perseguido.

Com as contra-razões, contados, preparados, e o parecer da representante do Ministério Público de Primeiro Grau, que se pronunciou pela reforma da sentença, ascenderam os autos a este grau de jurisdição.

É o relatório.

Não se conhece do recurso, porque compete à egrégia Câmara Cível Especial seu julgamento, por força da conexão com a ação ordinária, intentada pelos antecessores dos requeridos contra os da requerente, por intermédio da qual buscam a anulação da escritura pública de rerratificação, averbada, em 3 de janeiro de 1980, sob n. 6/3246, no Ofício do Registro de Imóveis da comarca de Videira, e dos atos jurídicos que lhe seguiram, inclusive os registros imobiliários [ACV n. 88.067244-8 (43.640)].

Esclareça-se, inicialmente, que "a conexão disciplinada no estatuto processual civil não esgota a possibilidade de sua ocorrência com as hipó-

teses apontadas no art. 103. Há conexão entre duas causas quando uma é prejudicial em relação à outra" (JTACSP, RT 96/234).

Por outro vértice, a conexão por prejudicialidade ocorre "quando o autor põe uma das ações como quaestio praeiudicialis, ou o réu levanta questão que é prejudicial à ação proposta..." — di-lo Pontes de Miranda (Comentários ao Código de Processo Civil, Rio de Janeiro, Forense, Brasília, 1973, tomo II, pág. 263).

Mas, para afirmá-la, é preciso observar alguns requisitos, a saber, "o de que a causa prejudicial seja anterior à causa dita prejudicada e de que a solução daquela seja, por assim dizer, relevante para a decisão da última" (JTACSP, RT 96/235).

No caso concreto constata-se que a ação ordinária por meio da qual buscam os requeridos desta ação declaratória a anulação de escritura de rerratificação e dos atos jurídicos subsequentes, inclusive dos respectivos registros imobiliários, foi autuada em 13 de dezembro de 1982, enquanto que a autuação desta ocorreu em 9 de outubro de 1987. Logo, quanto ao primeiro requisito verifica-se que aquela é prejudicial em relação a esta.

Impende, outrossim, averiguar se a procedência do pedido formulado naquela repercutirá no julgamento desta. Ora, na hipótese de vir a ser decretada a anulação da escritura e dos atos jurídicos posteriores, inclusive dos registros, desaparecerá o litígio em torno da propriedade, cuja declaração é objeto desta. Avulta, portanto, a prejudicialidade.

Nesse passo, reconhecida a conexão por prejudicialidade, im-

põe-se a reunião dos processos, para prevenir possível conflito de decisões, que traria enorme prejuízo às partes e descrédito à atividade jurisdicional.

Com efeito, assentou o Superior Tribunal de Justiça ao ditar a exegese da norma da lei processual que trata da conexão:

“O objetivo da norma inserta no art. 103, bem como no disposto no art. 106, ambos do CPC, é evitar decisões contraditórias; por isso, a indagação sobre o objeto ou a causa de pedir, que o artigo por primeiro quer que seja comum, deve ser entendido em termos, não se exigindo a perfeita identidade, senão que haja um liame que os faça passíveis de decisão unificada (STJ — 3ª Turma, REsp. 3.511-RJ, rel. para o acórdão Min. Waldemar Zveiter, j. 10/12/90, deram provimento, maioria, DJU 11/3/91, pág. 2.391, 2ª col., em.)” (Theotonio Negrão, Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 29ª edição, São Paulo, Saraiva, 1998, pág. 158, art. 103, nota 2b).

A causa prejudicial — Ap. Cív. n. 88.067244-8 (43.640) — foi, por for-

ça do estatuído no Ato Regimental n. 29/95, distribuída à Câmara Cível Especial, para a qual, aliás, esta também deveria ter sido remetida, em face da data de sua distribuição — 15/9/93. Entretanto, tal não ocorreu em virtude da suscitação de conflito de competência entre as egrégias Segunda e Terceira Câmaras Cíveis, cuja tramitação e julgamento obstaram a constatação de que se alterara a competência, a teor do estabelecido nos Atos Regimentais n. 29/95 e n. 33/97.

Ante o exposto, não se conheceu do recurso, determinando-se a remessa dos autos à egrégia Câmara Cível Especial — *rectius*, Des. Solon d’Eça Neves.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Anselmo Cerello.

Florianópolis, 26 de novembro de 1998.

Xavier Vieira,
Presidente, com voto;
Sérgio Paladino,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 97.010358-1, DA CAPITAL

Relator: Des. Sérgio Paladino

Condomínio. Ação cominatória. Colocação de porta maciça de madeira e de grade de ferro. Pretendida remoção de ambas, ao argumento de que efetuadas sem o conhecimento da síndica e demais condôminos. Pedido acolhido no tocante à primeira, mas rejeitado quanto à segunda, à consideração de que visava à segurança do prédio, a qual, por seu turno, não introduziu alteração significativa da fachada, afetando muito pouco ou quase nada a aparência externa

do edifício. Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.010358-1, da comarca da Capital (Vara de Exceção Cível do Estreito), em que é apelante Condomínio do Conjunto Habitacional Argus e apelados Vânia Rachele, Márcia Regina da Silva Hermes, Silvana Pires Mancuso da Silva Nunes, Rafaela da Silva, Cláudia de Souza do Amaral, João Carlos Campos, Jonas Tadeu Machado, Norma de Menezes Suchorecki, Maria Meyer, Pedro Carlos Poeta, Mônica Duro, Zuleide Brunel Alves, Márcia Cristina Adriano e Denise Neme Brisolla:

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

Custas ex lege.

O Condomínio do Conjunto Habitacional Argus intentou ação cominatória, com pedido de tutela antecipada, contra Vânia Rachele, Márcia Regina da Silva Hermes, Silvana Pires Mancuso da Silva Nunes, Rafaela da Silva, Cláudia de Souza do Amaral, João Carlos Campos, Jonas Tadeu Machado, Norma de Menezes Suchorecki, Maria Meyer, Pedro Carlos Poeta, Mônica Duro, Zuleide Brunel Alves, Márcia Cristina Adriano e Denise Neme Brisolla, com o objetivo de ver desfeitas as modificações realizadas — colocação de grades — e impedir outras — troca de uma porta de alumínio por uma de madeira maciça — no bloco em que residem os apelados, ale-

gando, em síntese, que as modificações alteram a fachada e, para tanto, não possuem autorização dos demais condôminos, ferindo tal procedimento o disposto nos artigos 10, I, da Lei 4.591/64, 628 do CPC e 32, a, da Convenção do Condomínio.

O MM. Juiz a quo indeferiu o pedido de tutela antecipada (fls. 44).

Contestando, os réus sustentaram que as providências tomadas de comum acordo entre si visam unicamente a garantir a segurança no bloco, haja vista os inúmeros furtos e arrombamentos ocorridos — conforme boletins de ocorrência acostados —, e não alterar a fachada do bloco, o que efetivamente não ocorre por ser insignificante e existirem muitos outros blocos modificados pelo mesmo motivo, contra os quais nada fez a síndica.

Concluíram postulando a improcedência dos pedidos, com todos os seus consectários.

Réplica às fls. 86/90.

Na audiência realizada em 21/11/96, sem êxito a tentativa de conciliação, foi tomado o depoimento pessoal do requerido João Carlos Campos e ouvidas cinco testemunhas (fls. 101/107 e 112/113).

Apresentadas as alegações finais na forma de memoriais (fls. 114/125), nos quais reeditaram as partes os argumentos deduzidos na inicial e na resposta, entregou o Magistrado a prestação jurisdicional, por intermédio da qual julgou procedente o pedido no tocante à substituição da

porta de alumínio por uma de madeira, ordenando o desfazimento, e im procedente quanto à colocação das grades, ao argumento de que insignificante a mudança na fachada do condomínio. Rateou recíproca e proporcionalmente os ônus da sucumbência.

Irresignado, apelou o Condomínio do Conjunto Habitacional Argus, objetivando a reforma do veredicto na parte em que restou vencido.

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

É o relatório.

O recurso não merece provimento. Com efeito, exsurge da prova que a colocação das grades não trouxe modificação significativa que interferisse na estética do bloco de apartamentos, avultando, por outro lado, o motivo que levou os requeridos à colocação das grades, qual seja, segurança.

Colhe-se do depoimento da testemunha Roseni Regina Alves, ver-bis:

"...Omissis... é comum a entrada e saída de pessoas que não moram no condomínio, como pedintes, vendedores, crianças, e, inclusive, no Bloco onde a depoente mora, já ocorreram furtos, tendo sido esvaziados dois apartamentos, um deles antes da depoente morar no local. ...Não sabe se, recentemente, houve algum outro furto em apartamento, mas sabe que, há pouco tempo, foi furtado um automóvel de dentro da área do condomínio..." (fls. 112).

No que tange à estética, refere ainda a mesma testemunha:

"...Omissis... As mudanças realizadas no Bloco 15 somente são percebidas por quem está à frente do referido Bloco, da rua não se pode perceber. ...Omissis... o que chama bastante a atenção para quem passa pela rua interna do condomínio são as modificações nas janelas de alumínio, mais do que as modificações realizadas no Bloco 15..."

As fotos acostadas aos autos, por seu turno, revelam que a grade colocada no hall de entrada não destoa do conjunto, posto que a maioria das janelas dos apartamentos térreos dos diversos blocos as têm, afetando muito pouco ou quase nada a aparência externa do edifício. Além disso, considere-se que foram colocadas visando à proteção dos condôminos e que "as razões de segurança sobrepujam as de ordem estética, mormente nos dias de hoje, em que até mesmo os adultos se sentem inseguros, transformando-se mesmo os edifícios de apartamentos em verdadeiras fortalezas, enfeando-se com grades e sistemas de alarme" (RT 668/142).

Ante o exposto, porque corretamente enfrentou a controvérsia, dando-lhe a solução adequada, negou-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Anselmo Cerello.

Florianópolis, 27 de agosto de 1998.

Xavier Vieira,
Presidente com voto;
Sérgio Paladino,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 97.012655-7, DA CAPITAL**Relator: Des. Sérgio Paladino**

Apelação cível. Alimentos. Acordo efetuado na ação de separação judicial. Descumprimento posterior do ajuste pelo alimentante, sob a alegação de haver perdido o emprego e constituído nova família. Sentença que manteve a obrigação. Provisamento parcial do recurso a fim de desobrigar o apelante de pensionar a filha maior, que não demonstrou interesse e necessidade de manter a pensão. Manutenção da sentença no tocante aos alimentos devidos à ex-mulher e ao filho menor, de dezesseis anos, que cursa, em tempo integral, a escola.

A perda do emprego, pelo devedor de alimentos, em face de demissão voluntária, incentivada, que lhe ensajou o recebimento de indenização, permitindo-lhe a instalação de uma empresa, não o desobriga da obrigação alimentar ajustada na separação, em favor da ex-mulher e do filho menor, se estes, comprovadamente, necessitam dos alimentos para sua sobrevivência. Exoneração, contudo, em relação à filha maior que, não freqüentando a escola, mostrou desinteresse pela causa, sugerindo não precisar dos alimentos. Recurso provido, em parte.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.012655-7, da comarca da Capital (2ª Vara da Família, Órfãos e Sucessões), em que é apelante H. N. C. e apelado M. de O. C.:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, à unanimidade, dar provimento parcial ao recurso.

Custas na forma da lei.

M. de O. C., por si e representando e assistindo, respectivamente, seus filhos A. de O. C. e S. de O. C., aforou a presente ação de revisão de alimentos contra seu ex-marido H. N. C., alegando que este, obrigado a lhes prestar alimentos em face de

acordo judicial, interrompeu os pagamentos, quebrando o compromisso.

Pretendem os autores o restabelecimento da obrigação, aduzindo que necessitam dos alimentos convencionados para sua subsistência.

O Dr. Juiz de Direito fixou em três salários mínimos, um para cada autor, os alimentos provisórios.

Na contestação, o requerido alegou que, estando desempregado, não possui condições de arcar com a obrigação assumida com os autores por ocasião da sua separação, mantida por ocasião do divórcio, aduzindo que ao assumi-la era funcionário do Banco do Brasil, vindo a perder, posteriormente, essa condição quando foi demitido sem justa causa.

Na impugnação à peça defensiva os autores rebatem a alegação de que o requerido foi demitido do emprego, sustentando que ele rompeu voluntariamente o vínculo empregatício, em face do programa de “demissão incentivada”, adotado inclusive pela administração pública, e que lhe rendeu uma alta indenização, que utilizou, em parte, na abertura de um moderno estabelecimento voltado ao ensino de computação.

Manifestou-se, a seguir, o representante do Ministério Público no sentido da realização da audiência de conciliação, instrução e julgamento.

Instalada a mencionada audiência, suspendeu-a o Dr. Juiz de Direito por vislumbrar a possibilidade de acordo entre as partes, o que acabou não ocorrendo, obrigando-se então o Magistrado a retomá-la, oportunidade em que foram colhidos os depoimentos pessoais das partes.

Na seqüência, foram oferecidas as alegações finais por meio de memoriais, com repetição, pelas partes, dos argumentos anteriores, tendo o Dr. Promotor de Justiça se manifestado pela fixação da pensão alimentícia em cinco salários mínimos, sendo três para a autora e dois para o filho menor, exonerado o requerido da obrigação em relação à filha maior, por não ter provado esta necessidade do pensionamento.

Na sentença que, a seguir, proferiu, o Dr. Juiz de Direito julgou procedente, em parte, o pedido, para condenar o réu a pagar dois salários mínimos ao filho menor, um salário mínimo e meio à sua ex-esposa e um salário mínimo à sua filha S.

Condenou o réu, ainda, ao pagamento das custas do processo, bem assim dos honorários advocatícios, arbitrados em 10% (dez por cento) de uma pensão anual.

Inconformado, o vencido apelou, pretendendo, em síntese, pelas razões apresentadas, a reforma da sentença, a fim de que seja desobrigado de prestar alimentos à ex-esposa e à filha, e pedindo a redução, para um salário mínimo, da obrigação alimentar que lhe foi imposta em relação ao filho.

Os autores apresentaram contra-razões e recurso adesivo, que foram desentranhados dos autos por determinação da Dra. Juíza de Direito, por intempestivos, pesando, ainda, contra o recurso, a ausência de preparo.

Manifestou-se, na seqüência, o Dr. Promotor de Justiça, aderindo à ir-resignação no tocante ao pedido de exoneração em relação à filha maior, mantendo, quanto ao resto, o que dissera nas alegações finais.

É o relatório.

A excelente manifestação do ilustre Procurador de Justiça, que se lastreou, também, no fecundo pronunciamento do Dr. Narcísio Geraldino Rodrigues, seu colega de Primeiro Grau, faz justiça à reportagem contida nos autos.

Alega o recorrente, sustentando a impossibilidade de fazer frente à condenação, que, ao contrário da fundamentação constante da sentença, a sua demissão do quadro de funcionários do Banco do Brasil não foi voluntária, tendo sido demitido sem justa causa conforme já alegara. Confirma que instalou, em Brasília, para onde

se mudou após a demissão, uma escola voltada ao ensino da informática, que tem mais três sócios, e que, embora se sustente, até agora, no entanto, não apresentou lucros. Alega, ainda, que voltou a constituir família, tendo uma filha de seis anos, nascida da nova união.

O documento de fls. 36 dos autos, de clareza solar, como definiu o Dr. Promotor de Justiça, demonstra, sem necessidade de lente de aumento, que a demissão do apelante, na verdade, foi voluntária, tendo ele recebido, além das verbas salariais, outras tantas, a título de incentivo, que tiram qualquer dúvida a respeito da controvérsia.

A simples referência, no recurso, a outros documentos, não estando eles nos autos, e que comprovariam a demissão sem justa causa, não se presta, pela ausência, ao fim desejado, até porque não teriam força para erodir o de fls. 36, já referido, fornecido, aliás, pelo próprio Banco do Brasil.

Assim, há que se ter, sem dúvida, que a demissão foi, de fato, voluntária, entendendo-se, por ilação lógica, que o apelante, com diversos anos de serviços prestados ao Banco, não iria, certamente, deixá-lo, não tivesse a expectativa de auferir uma melhor situação patrimonial.

No mínimo, pois, após a demissão, há que se convir que o apelante manteve a mesma situação anterior, quando tinha, em sua folha de pagamento, o desconto compulsório dos alimentos que convencionou, espontânea e voluntariamente, com sua ex-mulher. Quanto a esta, desempregada desde o casamento para poder dedicar-se com exclusividade à famí-

lia, tem apenas uma bolsa como estagiária da Telesc, em valor irrisório, com que se mantém e ao filho menor que vive em sua companhia, tendo com os valores recebidos, por ordem judicial, da indenização, que coube ao apelante em face de sua demissão, saldado as prestações em atraso, de responsabilidade dele, do imóvel em que reside. Demonstrando empenho por superar a situação em que se encontra, embora já tenha completado cinqüenta e cinco anos, dedica-se, ainda, aos estudos, para credenciar-se a um emprego, difícil, como se sabe, na sua idade, e no atual momento, em que diversas empresas, de porte, até, vêm fechando suas portas, gerando desemprego em massa.

Nesse contexto, não há como ser atendida a pretensão recursal no tocante ao pensionamento da ex-mulher e do filho menor, este com dezesseis anos, e que apenas estuda.

Atende-se, contudo, o recurso em relação à filha do apelante, com vinte e dois anos de idade, que não estuda, e não demonstrou a necessidade de ter os alimentos.

Assim, a condenação restringe-se a três salários mínimos e meio, para mãe e filho, que permite, certamente, ao obrigado responder pelo sustento da nova família, e que embora não pareça suficiente à subsistência daqueles, não pode ser majorado à míngua de recurso válido que reclame a medida.

Ante o exposto, dá-se provimento parcial ao recurso para exonerar o apelante da obrigação alimentar em relação à filha maior.

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

Anselmo Cerello, emitindo parecer pela douda Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Luiz Carlos Freyesleben.

Florianópolis, 22 de outubro de 1998.

Xavier Vieira,
Presidente, com voto;
Sérgio Paladino,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.011792-5, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

Relator: Des. Sérgio Paladino

Busca e apreensão convertida em ação de depósito. Alienação fiduciária. Inadimplemento e mora do devedor comprovados. Contestação intempestiva. Revelia. Procedência do pedido. Apelação. Controvérsia que se circunscreve à exegese da expressão “equivalente em dinheiro”. Apelo parcialmente provido.

“Frustrada a busca e apreensão e convertida em ação de depósito, o equivalente em dinheiro de que falam os arts. 902 e 904, CPC, corresponde ao valor do saldo devedor em aberto” (Justino Magno Araújo e Renato Sartorelli, Alienação Fiduciária e sua Interpretação Jurisprudencial, São Paulo, Saraiva, 1999, pág. 297).

Sucumbência. Princípio da causalidade. Teoria do risco.

“O devedor inadimplente, que força o credor a vir a juízo, é quem deve substancialmente responder pelas despesas” (REsp. n. 31.550-9—SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 31/5/94).

“Quem litiga, o faz a seu risco, expondo-se, pelo só fato de sucumbir, ao pagamento das despesas” (Yussef Said Cahali, Honorários Advocatícios, 3ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1997, pág. 50).

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por maioria de votos, dar parcial provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Amauri Administradora de Consórcios S/C Ltda. intentou ação de busca e apreensão, fundada no Decreto-Lei n. 911/69, contra Paulo Sér-

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.011792-5, da comarca de Balneário Camboriú (2ª Vara), em que é apelante Paulo Sérgio Teixeira Brandão e apelada Amauri Administradora de Consórcios S/C Ltda.:

gio Teixeira Brandão, alegando, em suma, que é credora do requerido do valor de R\$ 7.545,86 (sete mil, quinhentos e quarenta e cinco reais e oitenta e seis centavos), crédito originário de aquisição, por transferência, de cota de consórcio, garantido por alienação fiduciária; que o réu deu em garantia o bem consorciado, ou seja, uma motocicleta marca Yamaha, modelo RD 135 Z, ano de fabricação e modelo 1989, cor preta, chassi n. 9C62MX000K0007880.

Diante da inadimplência do devedor, concluiu postulando a concessão de medida in initio litis, ou, na hipótese de não se concretizar a apreensão do bem, a conversão do pedido em ação de depósito.

Conclusos, o Dr. Juiz de Direito, com fulcro no § 2º do art. 2º do Decreto-Lei n. 911/69, determinou que o autor providenciasse a comprovação da mora do devedor, sob pena de indeferimento da inicial.

Atendida a determinação e deferida a liminar, mas frustrado o cumprimento do mandado em virtude de o bem não haver sido encontrado, pleiteou a pessoa jurídica autora a conversão da ação de busca e apreensão em ação de depósito.

Citado, respondeu o réu, sustentando que em 1990 vendeu a motocicleta, mediante o compromisso do comprador de proceder à transferência do consórcio e continuar efetuando o pagamento das parcelas. Porém, o adquirente desapareceu, e com ele o bem adquirido pelo consórcio, não tendo como entregá-lo.

Insurgiu-se, outrossim, contra o montante apresentado pelo credor, asseverando que o bem alcança atual-

mente no mercado o valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), enfatizando que foram pagas 14 parcelas do plano de 50 meses; logo, o quantum debeatur deveria corresponder ao equivalente às 36 parcelas que não foram pagas. Enfatizou, ainda, que atualizado o valor constante da promissória até a data da contestação obter-se-ia o valor de R\$ 5.019,42 (cinco mil, dezenove reais e quarenta e dois centavos) e não o indicado pelo credor.

Juntou os documentos de fls. 36/37.

Replicou a pessoa jurídica autora (fls. 41/47), argüindo, preliminarmente, a intempestividade da contestação, impugnando, no mérito, todos os argumentos do réu.

A Dra. Juíza a quo determinou à escritã que certificasse a data da juntada aos autos do mandado de citação de fls. 31, constatou a extemporaneidade da contestação e, diante disso, decretou a revelia do réu. Ato contínuo, atendendo ao disposto no art. 319 do Código de Processo Civil, julgou procedente o pedido.

Inconformado, apelou o vencido, reiterando os argumentos deduzidos na resposta e pleiteando, outrossim, a imposição à apelada dos honorários de advogado sobre a diferença do valor efetivamente devido e o que foi por ela informado.

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

É o relatório.

O apelo merece parcial provimento.

O dispositivo da sentença foi lançado nos seguintes termos:

“Face ao exposto, julgo procedente a presente ação de depósito, com fulcro no artigo 4º do Decreto-Lei nº 911/69 e artigo 902 do CPC, para condenar o réu, como devedor fiduciário equiparado a depositário, a restituir ao autor o veículo descrito na inicial em 24 horas, ou a importância equivalente ao valor do bem, segundo estipulação ao autor, sob pena de ser considerado depositário infiel, nos termos dos artigos 901 e 904 e seu parágrafo único, do Código de Processo Civil” (fls. 51/52).

Alega o apelante que não possui mais o veículo, restando-lhe somente a alternativa de pagar o equivalente em dinheiro. Entretanto, enfatiza que a importância a ser restituída deve corresponder ao valor do saldo devedor — a soma das 36 parcelas vendidas, devidamente atualizadas, mais a multa contratual de 10% — e não ao do bem como consta da sentença.

A pretensão recursal encontra amparo na jurisprudência.

Com efeito, assentou o 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, verbis:

“Alienação fiduciária. Ação de depósito. Alcance da expressão ‘equivalente em dinheiro’. O equivalente em dinheiro a ser depositado pelo devedor fiduciante corresponde ao saldo do financiamento corrigido monetariamente, acrescido de multa contratual, ex vi dos arts. 902, I, e 904” (Justino Magno Araújo e Renato Sartorelli, *Alienação Fiduciária e sua Interpretação Jurisprudencial*, São Paulo, Saraiva, 1999, pág. 303).

Nesse rumo, firmou-se no Superior Tribunal de Justiça o seguinte entendimento:

“Ação de depósito. Alienação fiduciária. Valor do saldo devedor em aberto.

“Nas ações derivadas de alienação fiduciária, o valor da coisa é o correspondente ao do débito contratual. Precedentes do STJ.

“Recurso especial não conhecido” (Justino Magno Araújo e Renato Sartorelli, *Alienação Fiduciária e sua Interpretação Jurisprudencial*, São Paulo, Saraiva, 1999, pág. 300).

Ora, na esteira dos precedentes colacionados verifica-se que a expressão equivalente em dinheiro a que se referem os arts. 902 e 904 do Código de Processo Civil significa o valor do saldo devedor em aberto, atualizado, acrescido dos encargos contratuais.

No que tange ao pedido de compensação dos honorários de advogado, na ausência de elementos que permitam a verificação da diferença entre o efetivo valor do débito e o informado pela apelada, não se sabendo se a autora decaiu de parte mínima ou significativa do pedido, impende considerar-se, no rastro de precedente do Superior Tribunal de Justiça, que “o devedor inadimplente, que força o credor a vir a juízo, é quem deve substancialmente responder pelas despesas” (REsp. n. 31.550-9—SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 31/5/94), sem se olvidar que informam o direito processual brasileiro, no tocante aos encargos do processo, o princípio da causalidade e a teoria do risco, consoante os quais “quem litiga, o faz a seu risco, expondo-se, pelo só fato de sucumbir, ao pagamento das despesas” (Yussef Said Cahali, *Honorários Advocaticios*, 3ª ed. rev.,

atual. e ampl., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1997, pág. 50).

Não procede, portanto, a irrisignação nessa parte.

Ante o exposto, por maioria de votos, deu-se parcial provimento ao apelo.

Participou do julgamento, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Vanderlei Romer.

Florianópolis, 13 de maio de 1999.

Anselmo Cerello,

Presidente, com voto vencedor;

Sérgio Paladino,

Relator.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Vanderlei Romer:

Ementa aditiva.

“Prisão civil — Ação de depósito derivada de alienação fiduciária — Depositário infiel — Valor do bem ou seu equivalente em dinheiro — Inteligência.

“Nada obstante o entendimento jurisprudencial, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, de que nas ações de depósito derivado da alienação fiduciária o valor da coisa, para efeito da mais adequada estimação do equivalente em dinheiro, é o correspondente ao débito contratual em aberto, e isso porque o autor não tem interesse de exigir mais do que o seu crédito (STJ — 3ª Turma, REsp. n. 6.380—PR, DJU de 4/2/91, pág. 578 e STJ — 4ª Turma, REsp. n. 49.649-7—MG, DJU de 26/9/94, pág. 25.656), esta solução só tem cabimento quando o valor da dívida, com

seus encargos contratuais, seja inferior ao do valor do bem. Sempre que se verificar o contrário (dívida superior ao valor do bem), não se pode exigir o depósito daquela sob a ameaça de prisão, pois relativamente à diferença ter-se-ia prisão por dívida comum, vedada constitucionalmente (art. 5º, LXVII, CF).

“Quando necessário, ‘a ordem de prisão decretada contra depositário infiel que aliena a coisa depositada deve ser suspensa até ser feita a avaliação indireta do bem, para possível depósito do equivalente em dinheiro’ (RT 604/109)” (Ap. Cív. n. 98.017434-1, da comarca de Laguna).

Divergi do ilustre relator tão somente em relação ao entendimento de que, em ação de busca e apreensão convertida em ação de depósito derivada de alienação fiduciária, deva o “equivalente em dinheiro”, ali tratado, corresponder, sempre, ao valor do saldo devedor em aberto.

As razões desse meu convencimento, aqui não acolhido pela douta maioria, já haviam sido expostas no acórdão do Agravo de Instrumento n. 98.017434-1, da comarca de Laguna, onde fui relator e quando esta mesma Câmara decidiu, por unanimidade, em sentido oposto:

“Não se desconhece o entendimento jurisprudencial, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, de que nas ações de depósito derivadas da alienação fiduciária, o valor da coisa, para efeito da mais adequada estimação do equivalente em dinheiro, é o correspondente ao débito contratual em aberto, e isso porque o autor não tem interesse de exigir mais do que o seu crédito (STJ — 3ª Turma, REsp. n.

6.380—PR, DJU 4/2/91, pág. 578 e STJ — 4ª Turma, REsp. n. 49.649-7—MG, DJU 26/9/94, pág. 25.656).

“Esse entendimento se justifica sempre que o valor residual do débito contratual, com sua atualização, seja inferior ao valor do bem confiado em depósito. Pagando a dívida, não se justificaria, então, o prosseguimento na execução da sentença de depósito, embrionária daquela.

“Agora, adotar-se como regra que, nas ações de depósito derivadas da alienação fiduciária, o equivalente em dinheiro a que se refere o art. 904 do Código de Processo Civil corresponda, sempre, ao valor do débito, é solução que, dependendo do caso concreto, não pode prevalecer.

“Basta que o valor do bem seja inferior ao do saldo devedor. Nesta hipótese, depositando a quantia correspondente ao bem objeto do depósito, segundo avaliação direta ou indireta, o depositário se livrará da ameaça de

prisão, nada obstante fique responsável pelo remanescente, agora como dívida comum.

“Pretender-se de forma diversa (a exigência do débito contratual se superior ao efetivo valor do bem depositado), sob ameaça de prisão, é ferir frontalmente o dispositivo constitucional que veda a prisão por dívida (art. 5º, LXVII, CF), pois esta estaria ocorrendo em relação à diferença entre o valor daquele e o deste.

“Como in casu não é possível estabelecer o cotejo desses valores, adota-se o entendimento de ‘a ordem de prisão decretada contra depositário infiel que aliena a coisa depositada deve ser suspensa até ser feita a avaliação indireta do bem, para possível depósito do equivalente em dinheiro’ (RT 604/109)”.

Florianópolis, 11 de outubro de 1999.

Vanderlei Romer.

APELAÇÃO CÍVEL N. 96.001487-0, DA CAPITAL

Relator: Des. Vanderlei Romer

Ação cautelar de cunho satisfatório. Reserva de valor correspondente à meação de bem desapropriado. Reconhecimento do pedido. Acolhimento, por meio de alvará judicial. Natureza da causa compatível com procedimento especial de jurisdição voluntária. Nomen juris da ação. Irrelevância. Ação principal. Desnecessidade. Inteligência do art. 1.109 do CPC. Recurso desprovido.

em que é apelante J. D. T., sendo apelado T. B. T.:

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 96.001487-0, da comarca da Capital,

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

Custas legais.

I — Relatório

Trata-se de ação cautelar inominada satisfativa ajuizada por T. B. T. contra J. D. T., constando da inicial que os litigantes estão separados de fato há mais de 20 (vinte) anos (considerando-se a data do ajuizamento da ação), período este em que o varão dilapidou consideravelmente o patrimônio familiar.

Diz, ainda, a prefacial, que a Prefeitura Municipal desapropriou imóvel pertencente ao casal, sendo que na requisição de pagamento de precatório, formalizada no Precatório n. 1.776/93, figura apenas o nome do requerido, sem qualquer menção à autora.

Ante a recusa do acionado em partilhar as verbas provenientes do referido processo desapropriatório, ingressou a postulante em Juízo, a fim de receber o que lhe é de direito.

Concedida a liminar, o réu veio aos autos para contestar o pedido.

Aduziu que, a teor do art. 806 do Digesto Processual, o prazo para ajuizar a ação principal é de 30 (trinta) dias, a partir da efetivação da medida, o que, nos autos, deu-se por ocasião da juntada do ofício dirigido ao Exmo. Sr. Des. Presidente do TJSC, em que foi solicitado o bloqueio de 50% do quantum postulado, prazo este já esgotado, impondo então a cessação da eficácia da liminar e a extinção do processo cautelar.

No mérito, argumentou que não opôs nenhuma resistência à pretensão da requerente, sendo que no documento mencionado na inicial não constou seu nome por lapso único e exclusivo do Cartório.

Voltou-se, ainda, contra a afirmação de que teria dilapidado o patrimônio familiar.

Houve réplica.

Às fls. 130, voltou o réu a requerer a cassação da liminar, porque não proposta a actio principal, restando a pretensão indeferida pela decisão irrecorrida de fls. 133, ao fundamento de que o art. 806 do CPC não tem aplicação na espécie, onde a cautelar tem caráter nitidamente satisfatório.

O Ministério Público opinou pelo indeferimento.

Sentenciando, o Dr. Juiz de Direito julgou procedente a pretensão inicial, para determinar a expedição do competente alvará para o saque da importância devida no Precatório n. 1.776/93, bloqueada por ofício expedido pelo Juízo.

Irresignado, J. D. T. recorreu, principiando por dizer que a sentença é nula, por não haver “sumário” da sua resposta, não havendo sido analisada questão relevante ali deduzida, qual seja, o fato de ter requerido a inclusão do nome da autora na requisição de pagamento.

Ainda assinalou que, por ocasião da concessão da liminar, o Magistrado afastou a assertiva de que a cautelar revestia-se de caráter satisfativo, tendo decidido em sentido contrário no decisum, o que lhe era vedado, ex vi do art. 471 do CPC.

Culminou por afirmar que jamais deixou de reconhecer o direito da apelada à metade da indenização recebida pelo bem desapropriado, o que é absolutamente distinto de reconhecer a procedência do pedido inaugural, ressaltando que “a admitir-se a validade da sentença recorrida, estaria aberta a porta do judiciário, em perigoso precedente, para decidir conflito entre A e B, marido e mulher, sobre o destino a ser dado a montante recebido por A a título de décimo terceiro salário, por exemplo”, concluindo que o ajuizamento da ação principal — separação judicial litigiosa — era condição sine qua non para legitimar a pretensão cautelar.

Insistiu, por fim, que nunca pretendeu apossar-se do valor integral.

Em contra-razões, a apelada, preliminarmente, opinou pelo não conhecimento do reclamo, ante a ausência de requerimento de remessa das razões recursais para o Tribunal competente “e mesmo, sequer foram referidas razões de recurso dirigidas ao Juiz de Segundo Grau”.

In meritis, pugnou pela manutenção da sentença a quo.

Promotoria pelo desprovimento, tendo igual teor o parecer exarado pelo representante ministerial ad quem.

É, na concisão necessária, o relatório.

II — Voto

A prefacial suscitada na resposta ao apelo deve ser afastada.

Ocorre que a apelação interposta foi dirigida, corretamente, ao Juiz,

atendendo, na íntegra, os requisitos enumerados no art. 514 do CPC.

A falta de requerimento no sentido de que sejam os autos remetidos ao Tribunal constitui-se em mera irregularidade, sendo que seu não conhecimento por tal motivo seria medida excessivamente rigorosa.

Melhor sorte não assiste ao recorrente.

Não há falar em nulidade da decisão porque não relatado o conteúdo da contestação.

Já se decidiu alhures que “não é nula a sentença que contém relatório, apesar de conciso, e que nenhum prejuízo causou ao apelante...” (TJMS, ACV n. 55.876-9, rel. Des. Nelson Mendes Fontoura).

Efetivamente, não houve demonstração clara e explícita de prejuízo ao litigante, valendo ressaltar, no tocante à arguição de que o Magistrado não teria examinado a questão referente à requisição para que o nome da ora apelada fosse incluído no precatório, que “o exame imperfeito ou incompleto de uma questão não induz à nulidade da sentença, porque o Tribunal tem o poder de, no julgamento da apelação, completar tal exame, em face do efeito devolutivo assegurado pelo art. 515, § 1º, do CPC” (in Curso de Direito Processual Civil, 19ª ed., Rio de Janeiro, Forense, pág. 515).

De outra parte, gizou que, quando do deferimento da liminar, o Togado consignou, expressamente, que não se tratava de cautelar satisfativa, para depois, na sentença, entendê-la como tal, o que lhe era vedado, a teor do art. 471 do CPC.

Noutras palavras, assevera que houve reexame, no decisório, de quaestio já decidida.

Ora, a rediscussão do tema foi provocada pelo próprio réu, ora apelante, em seu requerimento de fls. 130/132, que recebeu o pronunciamento judicial correspondente às fls. 133, no sentido de que se trata de medida cautelar satisfativa em si mesma, não lhe sendo aplicável, então, a exigência contida no art. 806 do Código de Processo Civil.

Decidida na questão, bem ou mal, restou ela irrecorrida e a matéria tornou-se preclusa à parte que a suscitou, antes mesmo da sentença, sendo inadmissível nova reapreciação do tema em sede de apelação.

À guisa de ilustração, anota-se que vige em nosso direito o princípio *jura novit curia*, segundo o qual cabe ao Juiz dar o direito correspondente ao fato.

Importa dizer que não se deve sacrificar o direito por simples amor à forma, cabendo a adaptação do pedido ao tipo de procedimento legal, sempre que assim o comportar a natureza da causa (art. 295, n. V, do CPC).

Noutras palavras: o *nomen juris* dado à ação não impede o seu conhecimento, desde que não inepto o pedido.

No caso, quis a autora que lhe fosse assegurada a percepção de 50% do valor creditado pelo Poder Público por força de requisição de pagamento de precatório, decorrente de expropriação de bem comum ao casal litigante. E diante do expreso reconhecimento do direito, a sentença compôs a lide mediante a determina-

ção de expedição de alvará em favor da apelada.

O levantamento de dinheiro obtido por alienação de coisa comum (= expropriação do imóvel do casal), por via judicial, faz-se, segundo a doutrina e jurisprudência, em procedimento de jurisdição voluntária, no qual o Juiz não é obrigado a observar o critério da legalidade estrita, podendo em cada caso adotar a solução que reputar mais conveniente ou oportuna (art. 1.109, CPC).

De todo dispensável, assim, ação principal, por evidente inutilidade.

Não bastasse, faz a sentença a exposição dos fundamentos que motivaram o convencimento do seu prolator, inexistindo a alegada afronta ao art. 458 da Lei Processual.

Em verdade, não se vislumbra qual o interesse do réu em recorrer da sentença quando, com todas as letras, reconheceu expressamente o direito da apelada à percepção de 50% do valor creditado no precatório.

Não teve ônus com a sucumbência, porque amparado na Justiça gratuita.

Outras referências que hajam sido assacadas na inicial, não se constituem em fundamentos jurídicos pertinentes ao pedido.

São as razões pelas quais voto pela rejeição das preliminares e pelo desprovimento do recurso da apelação.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara decidiu, por votação unânime, desprover o recurso.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Anselmo Cerello, e dele participou, também com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino, lavrando parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Jus-

tiça, o Exmo. Sr. Dr. Antônio César P. da Costa.

Florianópolis, 27 de maio de 1999.

Xavier Vieira,
Presidente para o acórdão;
Vanderlei Romer,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.003559-0, DE LAGES

Relator: Des. Vanderlei Romer

Responsabilidade civil. Solidariedade. Acidente de circulação. Condenação criminal. Danos materiais e dano moral. Denúnciação da lide. Seguradora. Dano moral. Cobertura pelo contrato de seguro.

Reconhecida na justiça criminal a natureza culposa do evento, não há mais que se discutir da responsabilidade daí decorrente, incumbindo ao julgador tão-somente fixar o valor da indenização. O proprietário responde solidariamente, na esfera civil, pelos atos culposos praticados pelo terceiro a quem entregou o veículo causador do sinistro, mesmo que o condutor não esteja subordinado àquele.

Não havendo exclusão expressa na apólice de seguro, insere-se na indenização por danos pessoais o dano moral sofrido por terceiros, desde que devidamente demonstrado. “O contrato de seguro por danos pessoais compreende o dano moral” (STJ, REsp. n. 106326/PR, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU de 12/5/97, pág. 18.813).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.003559-0, da comarca de Lages, em que são apelantes Gilnei Aguiar Pucci e outro, sendo apelada Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, não conhecer do agravo retido, prover parcialmente o recurso dos réus, somente em relação à verba honorária e desprover o apelo da seguradora.

Custas legais.

I — Relatório

Pedro Wolinger Madruga promoveu demanda que nominou de ação de indenização por ato ilícito cumulada com dano moral contra Gilnei Aguiar Pucci e Lures Maria Bonfa Zanotto, alegando, em síntese, que em data de 26 de janeiro de 1991, aproximadamente às 20 horas, quando conduzia o automóvel Volkswagen, modelo Fusca, placa LK 2516, na Rua Fausta Rath, em Lages, foi violentamente abalroado pelo automóvel Monza SL/E placa LV 3505, guiado por Gilnei e de propriedade da segunda ré.

Do sinistro advieram prejuízos materiais e lesões corporais graves (fratura dos tornozelos esquerdo e direito). Sofreu, ainda, dano moral, uma vez que desde a ocorrência do acidente vem sofrendo física e mentalmente, não podendo mais exercer suas atividades habituais, tendo inclusive sido aposentado por invalidez, em face da debilidade causada pelas lesões corporais sofridas no evento.

Expôs que já houve condenação do primeiro réu na esfera criminal, com trânsito em julgado, reconhecendo sua culpa.

Estipulou os prejuízos materiais, consistentes na reparação do veículo, despesas médico-hospitalares e outras, necessárias ao tratamento a que se submeteu, em R\$ 4.931,89 (quatro mil, novecentos e trinta e um reais e oitenta e nove centavos) e pleiteou o valor equivalente a 400 (quatrocentos) salários mínimos, a título de indenização pelo dano moral.

Os réus apresentaram contestação, na qual, em preliminar, Lures Maria Bonfa Zanotto apresentou denúncia da lide à Seguradora Porto Seguro Cia. de Seguros Gerais, requerendo, ainda em preliminar, sua exclusão do pólo passivo em relação ao pedido do dano moral, por considerar-se ilegítima para tanto.

No mérito, os demandados alegaram ter havido concorrência de culpa do autor como causador do evento, impugnando, ato contínuo, determinados valores pretendidos a título de danos materiais, bem como o incabimento da verba postulada para indenização do dano moral.

O Magistrado determinou a suspensão do processo para citação da seguradora que, comparecendo aos autos, disse aceitar a denúncia em relação à segunda ré, com a qual contratou o seguro. Acrescentou que não houve comprovação da culpa da sua seguradora e que, relativamente ao dano moral, inexistia responsabilidade da denunciada, porque a cobertura securitária não inclui esse tipo de indenização. Requereu a compensação com o seguro obrigatório — DPVAT e clamou pelo seu direito de regresso.

Esgotadas as manifestações acerca das contestações e especificadas as provas, o Togado, em saneador, afastou a alegação de ilegitimidade passiva de Lures, quer em relação aos danos materiais, quer em relação ao dano moral e deferiu a produção das provas requeridas.

Da decisão que não acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva houve interposição de agravo retido.

Na audiência, as partes acenaram com possibilidade de acordo, suspendendo-se o processo.

Inexitosa a tratativa conciliatória, seguiu-se o feito, com a inquirição das testemunhas arroladas pelo autor e a dispensa daquelas arroladas pelos réus, vindo após as alegações finais.

O Juiz julgou a ação parcialmente procedente, acolhendo o pedido de indenização por danos materiais, excluindo alguns valores representados por documentos os quais enumerou na sentença e acolhendo também o pedido de dano moral, que fixou em 250 (duzentos e cinquenta) salários mínimos. Impôs aos réus as despesas processuais e honorários advocatícios de 15% sobre o valor da condenação, deixando de condenar o autor a este título por considerar que ele decaiu de parte mínima do pedido.

Houve embargos de declaração, acolhidos para, na forma do art. 70, III, do Código de Processo Civil, declarar o direito de regresso da ré denunciante em relação à seguradora no montante da condenação, compreendendo danos materiais com observância de valores e particularizações dos demais riscos e danos pessoais, nestes incluído o dano moral, por ausência da expressão exclusão, até o limite de cobertura do contrato de seguro, acrescidos de juros de mora a contar da citação e correção monetária a partir da data do ajuizamento da ação, mais a verba honorária de 15% sobre este valor a final apurado, acrescida das despesas processuais e custas de lei.

Gilnei Aguiar Pucci e Lures Maria Bonfa Zanotto interpuseram recur-

so de apelação, pugnando pela reforma da decisão no atinente à culpa do primeiro apelante ou, quando não, que seja reconhecida a concorrência culposa do apelado pelo fato danoso.

Pedem a exclusão de determinados valores que teriam sido incluídos nos danos materiais em duplicidade e também a redução do quantum arbitrado para o dano moral, que consideraram excessivo ante a condição social e econômica das partes. Citam jurisprudência e pedem que o dano moral seja estipulado entre 10 (dez) e 20 (vinte) salários mínimos. Insurgem-se, ainda, contra a não condenação do autor nos ônus de sucumbência, já que não é mínima a parte do pedido do qual decaiu.

A Porto Seguro Cia. de Seguros Gerais também interpôs recurso apelatório para que se excluam dos danos materiais os valores referentes aos documentos de fls. 45 e 47 dos autos, que disse ser repetidos; para a redução do dano moral ao patamar de 30 (trinta) salários mínimos e para a improcedência parcial da denunciação, com a finalidade de excluir o dano moral da cobertura securitária e de afastar a verba honorária de 15% em favor da denunciante, porque aceitou a denunciação, não se justificando a sucumbência imposta na sentença.

Foram apresentadas as contra-razões e, com o preparo regular, os autos subiram a esta Instância.

II — Voto

Houve agravo retido interposto contra o saneador que afastou a ilegitimidade passiva de Lures Maria Bon-

fa Zanotto. Ocorre que não há requerimento dos agravantes para que o Tribunal dele conheça, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação. Sua apreciação resta, pois, prejudicada (art. 523, § 1º, do CPC).

Ao demais, embora fosse o Tribunal o destinatário do agravo retido, este acabou sendo julgado e improvido na própria sentença, inoportunamente, diga-se, mas isto também não foi objeto de impugnação na apelação.

No apelo interposto por Gilnei Aguiar Pucci e Lures Bonfa Zanotto, estes pugnam pela ausência de culpa ou, ao menos, pelo reconhecimento da existência de concorrência culposa.

Ora, a culpa do primeiro foi reconhecida em condenação criminal tornada imutável e não mais se questiona. A responsabilidade da segunda ré, bem o disse o prolator da sentença, emerge da exegese do art. 1.521, n. III, do Código Civil e da construção jurisprudencial acerca da matéria, segundo a qual o proprietário responde civilmente pelos atos culposos praticados pelo terceiro a quem entregou o veículo causador do acidente, mesmo que o condutor não esteja subordinado àquele. Trata-se, ademais, de questão preclusa porque já decidida na decisão interlocutória.

No tocante à concorrência de culpas, nenhuma prova foi feita na instrução, que autorizasse o seu reconhecimento. As testemunhas de defesa, que talvez pudessem informar algo a respeito, foram dispensadas pela parte que as arrolou (fls. 134). O que se apurou, isto sim, é que todo o desenrolar dos fatos aconteceu porque o

condutor Gilnei, para desviar de uma poça d'água, desviou para contramão de direção criando a situação de risco que redundou no evento.

Os danos materiais acolhidos na sentença estão comprovados por prova documental. A pretendida exclusão dos valores referentes aos documentos de fls. 45 e 46, para que prevaleça apenas o de fls. 47, ao argumento de repetição, não vinga. Primeiro, porque os réus admitem expressamente que não os impugnaram especificamente na contestação, o que importaria na presunção de sua veracidade (art. 302, CPC), pouco importando se a seguradora os impugnou, posto que não contende diretamente com o autor e sim com a ré que a denunciou, sendo distintas as relações processuais. Segundo, porque a alegada repetição de valores inexistente. Às fls. 47 há um orçamento para os reparos do veículo Volkswagen placa LK 2516, de Cr\$ 155.300,00; às fls. 46 a nota de serviços, de Cr\$ 149.000,00 e às fls. 45 o respectivo recibo, no exato valor da nota. Ora, a inicial é bastante clara quando pede, pela reparação material do veículo, a importância única de Cr\$ 149.000,00, devidamente atualizada.

A redução da indenização deferida a título de dano moral, para valores entre 10 (dez) e 20 (vinte) salários mínimos. É inegável o acerto que a arbitrou em 250 (duzentos e cinquenta) salários mínimos, levando-se em conta, sobretudo, o verdadeiro calvário por que passou — e ainda passa, o apelado, como resultado das lesões que sofreu no acidente. A inicial, sequer contrariada nesse ponto, bem o mostra.

“Com o acidente, o autor ficou hospitalizado e impossibilitado de exercer sua atividade profissional junto à Prefeitura de Lages, onde exercia a função de encarregado de serviço, obrigando-se a aposentar-se por invalidez (doc. anexo), persistindo até hoje as seqüelas em ambos os tornozelos, que foram fraturados por ocasião do fato referido.

“Convém ser salientado, que teve que sofrer cirurgia no tornozelo, em data de 28 de janeiro de 1991, o que foi tornando sua vida repleta de dor e sofrimento.

“Permaneceu por diversos dias na cidade de Curitiba/PR, tratando dos ferimentos em hospitais e clínicas de fisioterapia, enfrentando a situação apenas em companhia da esposa, que largou seus afazeres para acompanhar o marido.

“Após o acidente, foi submetido a todos os exames e operações já citados, permanecendo acamado por mais de 3 (três) meses. Como os problemas persistiam, foi o autor obrigado a utilizar-se de uma cadeira de rodas por mais de um ano. Somente após este período, pode se locomover apenas de muletas, o que resultou em mais 3 (três) anos de sua vida, vindo alcançar o final do ano de 1995, ocasião em que começou a se movimentar pelas próprias forças, em que pese estar até hoje com dores e problemas para caminhar e dormir.

“Até para ir ao banheiro o autor necessitava da esposa para auxiliá-lo, inclusive para tomar banho. No começo, tomava banho deitado, ajudado por familiares, principalmente pela esposa, pois não conseguia manter-se em pé.

“Registre-se ainda, que com o acidente, o autor deixou sua família no completo abandono, principalmente no lado afetivo, já que permanecia o dia todo deitado, ou fazendo exames e fisioterapia, tendo um reflexo bastante negativo em seu lado psicológico, não podendo dar a atenção que sua família merecia. Tais fatos, aliado à demora do pleno restabelecimento, foi lhe levando a uma depressão profunda, faltando-lhe forças inclusive para continuar vivendo, já que não via a luz no fim do túnel, tornando-se tudo isso uma profunda dor moral” (sic, fls. 4/5).

A intensidade da dor suportada pela vítima, aliada aos demais critérios usualmente utilizados em tais casos, justifica o valor acolhido pela sentença.

Ainda pede-se, no recurso interposto pelos réus, a reforma do julgado recorrido porque não impôs ao autor os ônus da sucumbência recíproca porque não foi mínima a parte do pedido que não se lhe deferiu. Há procedência nesta alegação, porque além de valores de pequena monta, referentes aos danos materiais, a decisão reduziu sensivelmente o valor pretendido a título de dano moral, de 400 (quatrocentos) para 250 (duzentos e cinquenta) salários mínimos.

Dou, pois, provimento parcial ao apelo dos réus, tão-somente para condenar o apelado em honorários advocatícios de 15% sobre o montante do pedido excluído, ficando a respectiva cobrança suspensa por cinco anos, em face da assistência judiciária de que goza, ressalvada a hipótese do art. 12 da Lei n. 1.060/50.

Apelação interposta pela denunciada Porto Seguro Cia. de Seguros Gerais.

Pede-se igualmente a exclusão, nos danos materiais, dos valores consignados nos documentos de fls. 45 e 47, para que prevaleça somente o de fls. 46, que é de Cr\$ 149.000,00, e também a redução do dano moral, agora para 30 (trinta) salários mínimos.

A irrisignação improcede. A uma, porque a fixação do quantum está correta, quer relativamente às parcelas componentes dos danos materiais, quer no que se refere ao dano moral, conforme já exposto no recurso anterior. A duas, porque a seguradora, denunciada que foi pela segunda ré apenas para garantia regressiva decorrente do contrato de seguro, em caso de procedência da ação, sequer está legitimada a impugnar o pedido do autor, cuja pretensão se volta exclusivamente contra os réus. Há no processo duas relações: uma decorrente da lide principal, entre o autor e os réus, e a outra, secundária, entre denunciante e denunciada.

Convém anotar que a inexistência de relação direta entre o autor principal e a denunciada só se daria se esta figurasse no pólo passivo como assistente litisconsorcial, o que não é o caso, até porque não poderia assumir duas figuras de intervenção simultaneamente.

Pede a seguradora, ainda, seja a sentença reformada quando, dando pela procedência da denúncia, condenou-a regressivamente, incluindo aí o dano moral que, entende, não está expressamente incluído na cobertura securitária.

Se é certo que não está literalmente incluído, não menos certo é que também não se previu expressamente sua exclusão. Daí novamente o acerto da sentença ao fundamento, calcado em precedente jurisprudencial catarinense, que o dano moral é espécie de dano pessoal, abrangido pela cobertura do seguro, a não ser que este expressamente o exclua (fls. 160).

A matéria já foi objeto de análise no Superior Tribunal de Justiça:

“O contrato de seguro por danos pessoais compreende o dano moral” (REsp. n. 106326/PR, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU de 12/5/97, pág.18.813).

De observar que a sentença limitou o direito de regresso ao valor da apólice, com sua devida atualização.

Resta o inconformismo da seguradora pela sua condenação em honorários advocatícios, fixados em 15% sobre este valor, porque não se opôs à denúncia da sua segurada, não se estabelecendo entre eles o contraditório.

Como afirma a denunciante, nas contra-razões, teve que chamar a denunciada a Juízo porque esta não cumpriu o contrato extrajudicialmente. E houve, sim, clara resistência à pretensão regressiva, inclusive na fase recursal, como a pretendida exclusão do dano moral na cobertura securitária.

Nesse diapasão, nego provimento à apelação interposta pela seguradora.

III — Decisão

Ante o exposto, decide a Câmara, nos termos do voto do relator, não conhecer do agravo retido, prover parcialmente o recurso dos réus, somente em relação à verba honorária e desprover o apelo da seguradora.

Participou do julgamento com voto vencedor o Exmo. Sr. Des. Gaspar Rubik.

Florianópolis, 27 de maio de 1999.

Anselmo Cerello,
Presidente com voto;
Vanderlei Romer,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 46.462 (88.075365-2), DE RIO DO SUL

Relator: Des. Eládio Torret Rocha

Repetição de indébito. Mensalidades escolares. Artigo 24 do Decreto-Lei n. 3.200/41. Redução pecuniária dos encargos educacionais à família que tem mais de um filho matriculado em estabelecimento de ensino privado. Viabilidade. Preceptivo não revogado expressa ou tacitamente pela legislação ordinária, e recepcionado pela Carta Magna de 1988. Pedido deferido. Recurso provido.

Mereceu acolhimento e recepção pela Carta Política de 1988, porque de larga e reconhecida relevância social, o preceito a que se refere o artigo 24 do Decreto-Lei n. 3.200/41, que concede aos usuários do sistema educacional privado a redução das mensalidades escolares de acordo com o número de filhos matriculados no mesmo estabelecimento de ensino, posto que a livre iniciativa, pela sua conceituação notoriamente relativa, há que se adequar aos interesses maiores da coletividade nacional, não podendo, o Estado, de conseqüente, prescindir, no caso, de sua função delegada e por isso mesmo

ACORDAM, em Câmara Cível Especial, à unanimidade de votos, prover o apelo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 46.462 (88.075365-2), da comarca de Rio do Sul (2ª Vara), em que é apelante Nilo Marcos Andrade, sendo apelado Colégio Dom Bosco:

Custas de lei.

I — Relatório

No Juízo de Direito da comarca de Rio do Sul (2ª Vara), Nilo Marcos Andrade aforou ação de repetição de indébito contra Colégio Dom Bosco, objetivando o ressarcimento da importância paga a maior, a título de mensalidade escolar, porquanto o requerido não determinou os descontos fixados pelo Decreto-Lei n. 3.200/41.

Aduziu, em suma, o requerente que, pela determinação legal, como possui três filhos em idade escolar, teria direito a desconto na mensalidade e, como tal não estava sendo cumprido, deixou de efetuar os pagamentos em julho daquele ano.

Por fim, requereu a procedência do pedido com a condenação do requerido ao pagamento em dobro do que foi pago a maior, corrigido monetariamente, bem como ao pagamento de custas e honorários advocatícios.

Juntou documentos (fls. 5/17).

Anteriormente, já havia proposto medida cautelar inominada, com pedido de liminar, a qual foi deferida, para ter direito a receber os boletins dos filhos, bem como demais documentos para efetuação de matrícula em outro estabelecimento de ensino. Para tanto prestou caução (processo em apenso).

Citado, o requerido ofereceu resposta, alegando, preliminarmente, carência de ação por ilegitimidade ativa. No tocante ao mérito, alega que o citado Decreto-Lei já foi revogado por legislação posterior. Afinal, requereu a improcedência do pedido e a condenação do autor por litigância de má-fé e demais consectários legais.

Colacionou documentos (fls. 29/45).

Houve reconvenção, na qual o requerido/reconvinte alega que, se não há compensação de dívidas, porquanto não se aplica mais a benesse contida no Decreto-Lei n. 3.200/41, o requerente/reconvindo é que lhe deve os valores referentes às mensalidades dos meses de julho a dezembro de 1991.

Embora devidamente intimado, o autor deixou de se manifestar a respeito da reconvenção.

Entregando antecipadamente a prestação jurisdicional, o Togado monocrático julgou improcedente o pedido contido na cautelar, cassando, em consequência, a liminar e julgou procedente a reconvenção, para condenar o autor/reconvindo ao pagamento da importância consignada às fls. 38/39, acrescidos dos juros de mora e correção monetária, além das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Irresignado com o teor do decisório adverso, a tempo e modo apela o vencido, buscando a reforma do decisum, alegando, preliminarmente, a nulidade do processo por se tratar de interesse de menores e não ter tido a participação do Ministério Público, no mérito, reedita basicamente os argumentos esposados anteriormente.

Colhidas as contra-razões, em que o apelado propugna pela manutenção do decisório monocrático, contados e preparados, alçaram os autos a esta Corte de Justiça.

É o breve relatório.

II — Voto

Inicialmente, consigno que considero desnecessária a intervenção do Representante ministerial, por não caracterizar nenhuma das hipóteses previstas no art. 82 da Lei Adjetiva Civil.

Ademais, como bem salienta o Magistrado prolator da sentença hostilizada, "...no caso em apreço, sem dúvida alguma, o autor, na condição de representante dos menores, sendo ele quem efetua a matrícula dos filhos e elege o Colégio onde devem estudar, realizando os pagamentos, possui o interesse econômico para figurar no pólo ativo da lide" (fls. 67).

No tocante à prefacial que colima a nulidade do processo por cerceamento de defesa, melhor sorte não encontra o reclamo.

É que a pretensa realização do exame pericial, como realçado no recurso, em nada contribuiria à sorte da matéria de fundo, que, por evidente, ante os seus contornos, não comportava mesmo a dilação probatória desejada.

Passo, pois, ao exame do mérito.

O núcleo do apelo é um só e gira, fundamentalmente, a respeito da aplicabilidade ou não das regras emanadas do artigo 24 do Decreto-Lei n. 3.200, de 19 de abril de 1941, que, na hipótese, tratam da redução percentual das taxas de matrícula e das mensalidades escolares às famílias com mais de um filho matriculados em um mesmo estabelecimento de ensino.

A sentença, entendendo revogado, pela atual Carta Magna, o aludi-

do Decreto-Lei n. 3.200/41, acabou por inacolher a pretensão vestibular.

Inobstante reconheça pender da matéria divergentes interpretações jurisprudenciais, inclino-me pela corrente que entende que a nova ordem constitucional não negou, como não nega, vigência ao aludido dispositivo legal, que estatuiu o benefício enfocado.

O sobredito diploma, de efeito, dispondo "...sobre a organização e proteção da família, traz, no artigo 24, a seguinte redação:

"Art. 24. As taxas de matrícula, de exame e quaisquer outras relativas ao ensino nos estabelecimentos de educação secundária, normal e profissional, oficiais ou fiscalizados e bem assim quaisquer impostos federais que recaiam em atos da vida escolar discente, nesses estabelecimentos, serão cobrados com as seguintes reduções, para as famílias com mais de um filho: para o segundo filho, redução de vinte por cento; para o terceiro, de quarenta por cento; para o quarto e seguintes, de sessenta por cento.

"Parágrafo único. Para gozar dessas reduções, demonstrará o interessado que dois ou mais filhos seus estão sujeitos ao pagamento das citadas taxas, no mesmo estabelecimento".

Ora, de olhos postos na carência educacional deste País, considero que o legislador ordinário quis, neste caso, não só instituir uma benesse, dirigida às famílias numerosas, como, bem assim, contemplar irrecusável estímulo aos pais no encaminhamento de seus filhos às escolas, sejam as da rede pública, sejam as pertencentes aos educandários da rede privada.

Impende assinalar, a propósito, que, em se examinando o Título VIII, da Carta Federal, ao dispor sobre a ordem social, o legislador constitucional deu, no artigo 205, como devido, especial relevo à educação, tendo-a "...direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho" (dei destaque).

Sendo, pois, de responsabilidade de toda a sociedade a promoção e o incentivo à educação, de se indagar: como poderia a escola particular ficar isenta dessa contribuição, sobretudo num País pobre e de rede pública insuficiente como o nosso?

Por isso mesmo que apesar de o ensino estar liberado à iniciativa privada, como di-lo o artigo 209 da Carta Política, ainda assim não estão as escolas particulares livres do cumprimento das diretrizes legais e governamentais, segundo os regramentos derivados da Constituição, a respeito da educação e da família.

Assim é que, segundo o disposto no artigo 226 da CF, tem o legislador constitucional a família como base da sociedade, gozando, por isto mesmo, de especial proteção do Estado, que assegurará assistência integral a todos os seus membros (caput e § 8º).

Demais disso, dimana do artigo 227 diretriz no sentido de ser "...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" (destaquei).

Diante disso, de perguntar-se uma vez mais: acaso a redução pecuniária prevista no referido artigo 24 do Decreto-Lei n. 3.200/41 discrepa, viola, ofende, arranha as diretrizes suso explicitadas?

A resposta é evidentemente negativa.

Nem se diga que o dispositivo dimanado do artigo 209 da Carta da República exclui o benefício focalizado, posto que, por ser o ensino público gratuito por definição legal (inciso IV do artigo 205 da CF), a redução instituída visa exatamente aos educandos vinculados às escolas particulares.

Não sucedeu, de outro lado, como se poderia objetar, a revogação expressa ou sequer tácita do sobredito artigo 24 do DL n. 3.200/41.

De fato, no que pertine ao Decreto-Lei n. 532, de 16/4/69, que dispôs sobre a fixação e o reajustamento de anuidades, taxas e demais contribuições do serviço educacional, não há qualquer referência ao dispositivo em comento, nem, muito menos, preceituação dispondo a matéria de forma diversa.

Também não ocorreu alteração, ao depois, com a entrada em vigor, em 18/1/91, da Lei n. 8.170, o mesmo sucedendo com a recente Medida Provisória n. 1.733, de 9/4/99.

Sendo assim, porque o dispositivo legal focalizado não restou revogado ou alterado, não tendo havido,

de outra parte, ab-rogação expressa do refalado DL n. 3.200/41, e, ainda, considerando que a disposição analisada não colide antes se amolda perfeitamente às disposições pertinentes da Carta Magna, havendo, de conseguinte, recepção plena do preceptivo focalizado, tenho para mim que o pedido vestibular merece acolhida.

Há, a respeito, aliás, precedente promanado da colenda Primeira Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, de ementa seguinte:

“Foi recepcionada pela Carta Política de 1988 a norma prevista no art. 24 do Decreto-Lei n. 3.200/41, que concede aos usuários do sistema educacional privado a redução das mensalidades escolares, de acordo com o número de filhos matriculados no mesmo estabelecimento de ensino, hipótese em que a livre iniciativa, por ser relativa, cede aos interesses da coletividade, não podendo prescindir da função delegada pelo Poder Público” (Ap. Cív. n. 135.301-3/02, de Belo Horizonte, DJMG de 2/8/94, pág. 22).

Colhe-se, ainda, do corpo do venerando aresto que “...a redução, com os percentuais previstos no referido decreto de 1941, das taxas de matrícula e mensalidades escolares em estabelecimentos oficiais ou fiscalizados, para família com mais de um filho matriculado, não foi revogada por normas legais ou constitucionais subsequentes. Ao contrário, o benefício contido naquele Estatuto da Família, pelo seu elevado fim de amparo à família, através de maior facilidade para o direito de acesso à educação obrigatória, não se apagou, nem pela der-

rogação direta e expressa, nem pela adoção de sistemas outros complementares, como a concessão de bolsas de estudo e o chamado crédito educativo”.

E, adiante, arremata o acórdão:

“Ultimamente, tal como as anteriores, a Constituição Federal de 1988 recepcionou a disciplina desta matéria que, em essência, permanece infraconstitucional e também intocada pela legislação ordinária, a despeito de posicionamentos contrários adotados em pareceres e até em projeto de lei, o qual, aliás, por visar a uma revogação específica e expressa, já indica, por si só, no adequado realce do Relator, o reconhecimento da vigência da norma questionada. Ademais, embora veja que a matéria possa merecer mais discussão e enfoque capaz de ser predominante, reconheço, como com precisão o fez o eminente Juiz Vogal Paria Pena: a livre iniciativa dos estabelecimentos de ensino particular é relativa, pois cede aos interesses da coletividade, através da submissão, por imperativo constitucional, às normas gerais de educação nacional”.

Por todos esses argumentos entendo de prover o apelo, a fim de julgar procedente o pedido proemial, declarando o direito de os filhos do apelante obterem os benefícios de redução a que se refere o artigo 24 do Decreto-Lei n. 3.200/41, condenando o apelado, de conseguinte, a proceder a repetição e/ou compensação (caso ainda estejam vinculados ao Colégio Dom Bosco), após devidamente corrigidas, das verbas pecuniárias pertinentes a partir da citação (4/2/92), sujeitando o apelando, bem assim, ao pagamento de custas judiciais e hono-

rários advocatícios, estes arbitrados à razão de vinte por cento (20%) a incidir sobre o valor atribuído à ação, na conformidade da Súmula 14 do colendo Superior Tribunal de Justiça. Julgo improcedente, por consequência, a reconvenção.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara, por votação unânime, deu provimento ao apelo.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 14 de abril de 1999.

Solon d'Eça Neves,
Presidente com voto;
Eládio Torret Rocha,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 47.699 (88.078871-1), DE BLUMENAU

Relator: Des. Eládio Torret Rocha

Responsabilidade civil. Reparação de danos causados por falhas na fundação de prédio em construção. Erros concebidos exclusivamente a partir do projeto fornecido pela empresa dona da obra. Contrato de empreitada de materiais e mão-de-obra que isenta a construtora de responsabilidade reparatória. Inteligência dos artigos 159 e 1.245, ambos do Código Civil. Pedido indenizatório inacolinado. Apelo provido.

1 — Segundo a abalizada doutrina de Hely Lopes Meirelles, os erros de concepção ou de cálculo de cargas e resistências do projeto de engenharia tornam o seu autor, por dolo ou culpa, responsável pelos danos à obra que deles decorrerem.

2 — Sendo assim, se a dona do prédio aciona apenas a construtora, responsável pela execução do projeto que previamente encomendara com terceiro, e, bem assim, o contrato entre ambas é de empreitada de materiais e mão-de-obra, o pedido indenizatório é de ser negado, tanto mais porque, na hipótese, a construtora optou pelo não chamamento do projetista a intervir no feito.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 47.699 (88.078871-1), da comarca de Blumenau (2ª Vara), em que é apelante

Batestal Estaqueamento Catarinense Ltda., sendo apelados o Serviço Social da Indústria Sesi e outros:

ACORDAM, em Câmara Cível Especial, à unanimidade de votos, dar provimento ao apelo.

Custas de lei.

I — Relatório

Trata-se de ação ordinária de indenização por perdas e danos ajuizada pela Federação das Indústrias do Estado de Santa Catarina — Fiesc, Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial — Senai e Serviço Social da Indústria — Sesi, alegando, em suma, que a requerida, Batestal Estaqueamento Catarinense Ltda., atuou com imperícia e imprudência na avaliação e sondagem de um terreno, e, bem assim, na execução das fundações de um prédio que as autoras colimavam construir.

Sustentaram, em suma, que se tratava de um contrato de empreitada de materiais e execução e que, terminadas as fundações e iniciada a construção do 3º pavimento do edifício, verificou-se que havia ocorrido defeito na estrutura de concreto, com recalques em vários pilares.

Ao ser constatado tal defeito, a ré propôs-se a executar um serviço de controle de recalques, mas os defeitos continuaram e até pioraram, o que determinou a subcontratação de outra empresa, às custas das autoras, a qual detectou um recalque nas fundações.

Diante da gravidade do problema, uma terceira empresa foi contratada pelas autoras para que apontasse as soluções cabíveis, ocasião em que foi constatada a necessidade de ser realizado um processo de sondagem mista, porquanto só assim se po-

deria detectar as especificidades do solo em que se pretendia construir o sobrecitado prédio.

Daí deriva a culpa da ré, em face da baixa qualidade técnica do serviço realizado e, ainda, da alteração do projeto na fase de execução, o que aumentou a tensão sobre o terreno.

Por fim, pugnaram pela condenação da ré à reparação dos danos causados e aos consectários legais.

Colacionaram documentos (fls. 14/190).

Regularmente citada, em resposta, a ré apresentou sua versão dos fatos, argüiu incidente de falsidade e juntou documentos (fls. 208/242).

O Magistrado suspendeu o curso do processo principal em razão do incidente, determinando que os autores juntassem aos autos os documentos originais e nomeou perito (fls. 246).

Após, a perícia foi realizada (fls. 314/320), sobre a qual as partes lançaram manifestação.

Realizou-se, a final, audiência de instrução e julgamento, após o que foi entregue a prestação jurisdicional monocrática, cujo relatório fica adotado, no qual o Magistrado sentenciante declarou a falsidade ideológica dos registros contidos nas fls. 10,12,16 e 35 do diário de obras, impondo às autoras o ônus da remuneração de perito e julgou procedente o pedido, condenando a ré ao pagamento de Cr\$ 23.766.922,72, (vinte e três milhões, setecentos e sessenta e seis mil, novecentos e vinte e dois cruzeiros e setenta e dois centavos) atualizado monetariamente e acrescido de juros de mora a partir da citação.

Sujeitou, ainda, a demandada ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 15% sobre o valor da condenação.

Inconformada com o teor do decisório adverso, a tempo e modo apela a vencida, pleiteando a reforma do decisório monocrático ao argumento de que não há prova contundente acerca das alterações ocorridas na obra, e, ainda, de que disso derivaram de culpa sua, o que, assim, a eximiria de responsabilidade quanto aos danos causados.

Colacionou mais documentos (fls. 409/460).

Em resposta, as apeladas aplaudem a sentença, e, demonstrando o acerto do decisório, pedem a sua confirmação.

Contados e preparados, ascenderam os autos a esta Corte.

Tendo tomado conhecimento a respeito de reclamatória trabalhista promovida pelo engenheiro Júlio César Rodacki, engenheiro responsável, à época, pela obra objeto do litígio contra o Serviço Social da Indústria Sesi, a apelante juntou a resposta formulada naquele feito, para corroborar suas alegações (fls. 506/520), da qual foi intimada a parte adversa, que, a respeito, lançou manifestação.

É, em apertada síntese, o relatório.

II — Voto

Inexistentes prefaciais a deslindar, cumpre adentrar no exame da matéria de fundo.

Assim é que, pretendendo construir o edifício para sediar as suas atividades principais, localizado em Itacorubi, nesta Capital, as apeladas, em 7/2/79, contrataram, com a empresa Linder Herwig Shimizu Arquitetos S/C, de Blumenau, a feitura de todos os projetos pertinentes à obra, inclusive assessoria e sua fiscalização posterior (fls. 15/17).

Nessa fase, a aludida empresa de Blumenau subcontratou a apelante, que, na forma avençada, elaborou a sondagem geológica do terreno, utilizando-se, na oportunidade, do método denominado “percussão e lavagem a jato d’água.

Ao depois, por razões não esclarecidas, o contrato entre as apeladas e Linder Herwig Shimizu Arquitetos S/C foi rescindido (fls. 69), pelo que, na seqüência, foi celebrado contrato com a empresa de engenharia, também blumenauense, denominada S/C Rodacki Ltda., tendo como engenheiro responsável Júlio César Rodacki, a fim de elaboração do projeto das fundações do prédio (fls. 66/68).

Concluído o aludido projeto das fundações da obra, as apeladas firmaram com a apelante “contrato de mão-de-obra e serviços técnicos para a execução de estaqueamento e tubulões...” (fls. 70/72), com o que cumpriu adequadamente a apelante, iniciando-se as obras em janeiro de 1981.

Todavia, concluída a fase das fundações e iniciada a da construção propriamente dita, quando já se realizavam obras no terceiro pavimento, apareceram graves recalques nas referidas fundações, circunstância essa que, de forma importante, abalou a se-

gurança da edificação, pondo em risco a sua necessária continuidade.

Em face disso, foi, às expensas das apeladas, contratada a empresa Tecnosolo Engenharia e Tecnologia de Solos e Materiais S/A, de Porto Alegre, que executou vistorias e exames apropriados, concluindo positivamente, em data de 9/7/82, acerca dos recalques e de sua gravidade (fls. 82/83).

Posteriormente, sempre às custas das apeladas, a empresa Consultrix Engenheiros Consultores Associados, de São Paulo, tendo à frente o engenheiro Sigmundo Golombek, forneceu laudo apontando as soluções para os recalques, recomendando, inclusive, a realização, entre outras providências, de uma nova sondagem geológica, desta vez utilizando-se do método chamado "sondagem mista", que principia pela percussão e lavagem a jato d'água até atingir a camada de solo denominada "impenetrável", e, ao depois, até atingir, com sonda rotativa, camada de rocha suficientemente segura.

Cumprido salientar, por relevante, que tanto esse novo estudo geológico do terreno onde hoje se situa o prédio, quanto as obras de correção e reforço nas fundações dos pilares atingidos, necessários à continuidade da construção, foram confiadas à própria apelante, como se vê de um segundo contrato assinado entre ambas em 9/7/82 (fls. 106/108), após concordarem com o orçamento apresentado previamente pela apelante (fls. 104/105).

Concluída a obra pela apelante, segundo os termos da avença original, as apeladas, com arrimo nos

preceitos contidos nos artigos 159 e 1.245, ambos do Código Civil, ajuizaram e obtiveram êxito, em Primeiro Grau, em indenizarem-se do valor despendido nas obras excedentes.

Sendo assim, como bem apanhado na sentença, as apeladas buscam essa reparação fulcradas em duas distintas motivações, a saber: a) por haver a apelante, no primeiro trabalho encomendado pela empresa Lindner Herwig Shimizu Arquitetos S/C, realizado uma sondagem inadequada em face do terreno de constituição geológica assaz irregular; e, b) por haver executado as fundações em desacordo com o projeto, ou seja, por implantar alguns pilares sem a base alargada, no que resultou na elevação da tensão sobre o terreno, advindo, então, os sobreditos recalques.

A sentença, acolhendo o segundo fundamento, rejeitou o primeiro e o fez, nessa parte, com inegável correção.

É que inexistente, neste aspecto, relação contratual entre as apeladas e a apelante, dado que a primitiva sondagem geológica foi contratada entre esta e a referida empresa Lindner Herwig Shimizu Arquitetos S/C, e como tal executada, tendo sido procedida por processo conhecido como "percussão e lavagem a jato d'água". Esse trabalho técnico, de custo inegavelmente mais reduzido, efetivamente não rendeu ensejo como ocorreu, no passo seguinte, com a utilização do método de sondagem rotativa a um estudo seguro acerca das camadas geológicas existentes no local, de modo a embasar o projeto das fundações.

Cooneste-se, nesta parte, ainda uma vez mais, a conclusão do decisório vergastado, no sentido de que à apelante, nessa primeira fase, não foi exigida a feitura da sondagem por este último método, "...até porque, na fase de anteprojeto, quando não existiam definições precisas sobre o volume e a magnitude da obra, não se mostrava imperativa a escolha por esta opção mas sofisticada de estudo geológico".

Ainda segundo a sentença, "Quem deveria ter exigido a realização da sondagem rotativa era a firma responsável pelo projeto de construção e pelos cálculos estruturais. Com efeito, tal providência se impunha diante da magnitude da obra e frente ao perfil geológico errático e inconstante acusado na sondagem feita à percussão".

E, adiante, conclui o decisório hostilizado:

"Destarte, se os defeitos supervenientes decorreram também em razão de não ter sido feita a sondagem geológica apropriada, a responsabilidade, neste particular, seria do projetista da obra..." (fls. 381).

A sentença, ao depois, para acolher a pretensão reparatória, entendeu, em suma, haver a apelante alterado o projeto original pois executou alguns pilares sem alargamento em suas bases, e essa alteração "...se não foi causa do projeto pode ter contribuído para a superveniência dos defeitos e danos" (fls. 385, dei destaque). Refere, ainda, de forma conclusiva, que "...a ré, para ser fiel à sua responsabilidade contratual frente a proprietária da obra, não estava obrigada a acatar

ou a se vergar diante dessas determinações" (fls. 383).

Está-se, inarredavelmente, diante de típica hipótese regida pelo artigo 1.245 do Código Civil, segundo o qual, "Nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo, exceto, quanto a este, se, não o achando firme, preveniu em tempo o dono da obra".

Esta relação contratual, de efeito, celebrada entre as apeladas e a apelante, encontra-se formalizada no documento capeado às fls. 70/72, lendo-se, a propósito, no seu cabeçalho, tratar-se de "contrato de mão-de-obra e serviços técnicos especializados para a execução de estaqueamento e tubulões destinados às fundações para a obra...", levando a crer ser responsabilidade das apeladas o fornecimento do projeto de fundação.

Tanto isso é verdadeiro, e, no caso, cuido ser absolutamente relevante à sorte do apelo, que no parágrafo único da cláusula primeira consta que "O projeto de estaqueamento será fornecido pela proprietária, cabendo à construtora apenas executá-lo" (fls. 70, destaquei).

Esse projeto relativo às fundações do prédio, como expressamente admite, é bem de notar, a própria petição inicial, ficou (sic) "...sob a responsabilidade de S/C Rodacki Ltda., que previa sua execução através de pré-moldados e tubulões, conforme planta e descrição anexos..." (fls. 3, item 3), a mesma empresa que, segundo acertadamente enfatizou a sen-

tença, "...deveria ter exigido a realização da sondagem rotativa...", antes da entrega do refalado projeto.

Em suma: no projeto, como se verá deficientemente elaborado, já se descrevia, com todos os detalhes, o método de implantação das refaladas fundações da obra, ou seja, por meio dos denominados pré-moldados e tubulões, restando à apelante "apenas executá-lo", para utilizar-se da expressão constante da sobredita avença.

E foi isso exatamente o que restou à apelante: executar o projeto, encomendado à refalada empresa S/C Rodacki Ltda., com sede em Blumenau, de propriedade de Júlio Rodacki (ou Rodack, como consta do termo de sua qualificação, fls. 338), que, a bem da verdade, como se apurou mais tarde (fls. 519), era empregado do Sesi, um dos autores, ora apelado, do pedido reparatório enfocado.

Logo, além de haver sido o autor do projeto da obra, o engenheiro Júlio Rodacki era inegavelmente preposto das entidades autoras, daí a importância de suas ações em face dos problemas gerados na obra, e, decorrentemente, da reparação aqui focalizada.

Afirmo, em parágrafo acima, a deficiência e inadequação do projeto fundacional, na medida em que, após o aparecimento dos recalques, e em razão dos estudos realizados pelos técnicos da Tecnosolo Engenharia e Tecnologia de Solos e Materiais S/A e depois da Consultrix Engenheiros Consultores Associados, ficou constatada necessidade de realizar-se uma outra sondagem geológica, agora sob "sonda rotativa".

Realizado este trabalho geológico, ficou constatada a existência, no terreno, do fenômeno conhecido como "impenetrável falso", ou seja, uma camada muito pouco espessa de areia compacta ou matacão, levando a falsa impressão de ser solo apto ao tipo de fundação escolhida, quando, na verdade, sob a aludida camada, outra havia, de areia fofa, de seis metros de espessura.

Sendo assim, não se apresentava seguro e por isso mesmo confiável o projeto das fundações da obra apresentado pela S/C Rodacki, dado que, como se verá, o método por tubulões a céu aberto, como optara o projeto, não era adequado e seguro em face do solo irregular e errático, tudo levando a crer que a solução, desde o início, seria a opção pelas estacas metálicas, método este utilizado, em verdade, a final, quando dos reparos sugeridos pelos técnicos da Tecnosolo Engenharia e Tecnologia de Solos e Materiais S/A e depois da Consultrix Engenheiros Consultores Associados.

Tanto isso é verdade que no depoimento prestado por Ronaldo da Silva Ferreira, doutor em geotecnia e professor da Universidade Federal de Santa Catarina, consta, daquilo que verdadeiramente é relevante e interesse à sorte do processo, o seguinte:

"Esclarece o depoente que pode ocorrer que, sob a camada mais resistente e impenetrável do terreno, exista uma camada de terreno mole, situação que caracteriza a existência de um impenetrável falso; quando tal acontece, pode suceder que o pilar possa sofrer um recalque, mesmo ainda que tenha sido executado confor-

me as especificações projetadas” (pág. 350v.).

E, adiante, arremata o mesmo ilustrado profissional:

“Na sondagem rotativa realizada em julho de 1982, após já ter havido o problema na obra, constatou-se que a camada de terreno impenetrável tinha uma espessura de vinte centímetros de areia compacta ou matação (camada de pedras fracionadas), sendo que a partir daí constatou-se a existência de uma camada de areia de seis metros de espessura; diante desse quadro, o depoente considera que o recalque nesse pilar poderia ter ocorrido ainda que ele tivesse sido executado com base alargada, conforme projetado; em tal caso a responsabilidade pela ocorrência do recalque seria única e exclusiva do projetista das fundações” (pág. 350v.).

Na mesma linha de entendimento, colhe-se do depoimento testemunhal do engenheiro civil Luthero Londero, outro especialista na área de geologia, técnico da Tecnosolo Engenharia e Tecnologia de Solos e Materiais S/A e depois da Consultrix Engenheiros Consultores Associados, verbis:

“O depoente endossa inteiramente a conclusão externada nos documentos de fls. 82/83 no sentido de que a solução de tubulões a céu aberto, escolhida para a execução das fundações, foi inadequada em face do perfil problemático do terreno, com a presença de argila mole, areia fofa etc.; na avaliação do depoente a solução mais adequada para aquele tipo de terreno seria o emprego de estacas metálicas, as quais, por sinal, foram

empregadas na fase de recuperação dos recalques...” (pág. 352).

E, adiante, enfatiza aquele profissional:

“(…) Verificou-se, após o surgimento do problema, que pilares que foram executados com a base alargada e conforme projeto sofreram recalque, enquanto outros que não foram implantados com o alargamento de base não tiveram qualquer recalque, o que indica que em determinados pontos, inobstante o tubulão tivesse sido construído com uma determinada previsão de carga, o terreno ou a rocha ali existente não suportava essa carga projetada”.

Adiante, afiança:

“Por outro lado, o projetista das fundações, se, no decorrer da execução, verificar que a solução escolhida não é mais adequada, pode e deve mesmo procurar outra opção; no caso em exame, o projeto deveria necessariamente ser modificado diante do grau da dificuldade que o réu encontrou para a execução do projeto (...). O depoente, a exemplo do professor Dolombec, considera que o emprego de tubulões não era aconselhável para a obra. Na avaliação do depoente, como a fiscalização da obra tinha conhecimento que alguns pilares estavam fora da especificação do projeto, caberia aos donos da obra providenciarem um teste ou uma prova de carga, que é uma tarefa cara, sendo que, no caso, o contrato entre as partes não obrigava a ré a fazer semelhante tipo de ensaio” (págs. 352v. e 353).

Cumpra assinalar, pois, que, por deficiência do projeto, é que, na execução, ocorreram os recalques, sobretudo porque, conforme ficou irre-

cusavelmente constatado, o método escolhido pela sua autora, S/C Rodacki Ltda., por meio de tubulações a céu aberto, era mesmo impraticável, dado que os pilares de bases alargadas eram, em alguns pontos do terreno, impossíveis de implantação, dado que desmoronava facilmente, em face da facilidade de infiltração d'água.

É relevante compreender, pois, segundo estes dois expertos, que em face das falhas do projeto pouco importava terem sido os pilares edificados com ou sem base alargada, considerando, como visto, a constituição físico-geológica por demais irregular do terreno escolhido para a construção.

É o que se constata, em verdade, do depoimento do mestre de obras Nivaldo João de Souza, quando afirma que "...alguns tubulões foram executados com a base alargada conforme constava na planta, outros, entretanto, não puderam ser feitos com a base alargada porque havia muita infiltração de água que fazia desmoronar as paredes laterais, bem como no final da escavação, onde quanto mais se cavava, mais caía; (...) quando o engenheiro Rodacki estava em Florianópolis ele logo vinha até a obra; quando ele se encontrava em Blumenau, os operários da ré iam trabalhar em outros tubulões; em todos os casos em que havia desmoronamento do terreno o engenheiro Rodacki compareceu ao local e, depois de trocar idéias com o seu fiscal, olhava as medidas e as profundidades, autorizava verbalmente ao depoente dar início à concretagem do tubulão sem a execução da base alargada; o depoente garante que, por instrução do engenheiro da firma ré, nunca qualquer tipo de serviço executado na

obra realizou-se sem que tivesse sido previamente autorizado pelo engenheiro Rodacki ou pelo fiscal Charles" (pág. 354, dei destaque).

No mesmo sentido o depoimento do operador de máquina Amilton Lauro Garcia:

"Nessas escavações, enfrentaram muitos problemas com a infiltração de água nas paredes do buraco que provocava constantes desmoronamentos do terreno; a água que se acumulava para o interior era expelida com o emprego de moto-bomba; antes de ser feita a concretagem de qualquer tubulão, fosse ele com base alargada ou sem base alargada, os operários da ré aguardavam autorização dos encarregados da Fiesc, Srs. Júlio Rodacki e Charles; assim que a água tinha sido extraída da escavação, tais pessoas eram chamadas ao local para autorizar o início da concretagem; o engenheiro da ré, Carlos Taliba, praticamente sempre se encontrava presente no local dos trabalhos, sendo que ele presenciava as ordens autorização (sic) pelos prepostos da Fiesc; esclarece que vários tubulões puderam ser executados com a base alargada, porque nesses casos a situação do terreno assim o permitiu, não ocorreram grandes problemas de infiltração de água e desmoronamento de terra; (...) garante e reitera que nunca receberam uma ordem de concretagem do engenheiro da ré, já que o projeto era feito pelo pessoal da Fiesc; (...) nunca ouviu o engenheiro da ré, Carlos Taliba, questionar o acerto das decisões ou ordens proferidas pelo engenheiro Rodacki" (págs. 355 e v.).

É irrecusável constatar, pois, desses longos e substanciosos depoi-

mentos, como de certa forma o admitiu, aliás, a sentença, que: 1) o engenheiro Rodacki, por ser empregado do apelado Sesi era seu preposto e como tal responsável pela fiscalização da obra; 2) investido de tal condição, cumpria-lhe tomar todas as providências técnicas, no momento apropriado, a fim de contornar os defeitos do projeto por ele mesmo executado; 3) era, em tal condição, sujeito próprio para a ciência a que se refere o artigo 1.245 do CC, ou seja, aquele a quem devia ser e foi alertado para a situação problemática do terreno.

Sendo assim, parece-me indesmentível que o aludido Engenheiro Rodacki, pois, de tudo sempre esteve ciente, desde a feitura do projeto estrutural até a conclusão da obra, pelo que as eventuais alterações ocorridas na sua execução não podem ser destinadas à culpa da apelante, que, como se viu, era, pelo contrato, apenas responsável pela execução do edifício.

O inolvidável Pontes de Miranda ensina que “O chamado fiscal da obra é outorgado do empreitante. Não se pode, a priori, dizer qual a sua situação jurídica. Pode ser sócio da empresa empreitante, ou empregado, ou contratante do serviço de fiscalização ou empregado da empresa fiscalizadora. Os poderes do fiscal são os mesmos que teria o empreitante, se ele exercesse pessoalmente a fiscalização...” (Tratado de Direito Civil, tomo 44, pág. 398, dei destaque).

É precisamente a hipótese dos autos, em que o engenheiro Júlio César Rodacki, além de, como visto, ser o autor do projeto, era empregado de um dos apelados, como se denota dos

documentos derradeiramente capeados (fls. 509/517), contrato de trabalho esse a final rescindido (fls. 519).

Bem verdade que a apelante, em razão desse liame de responsabilidade que prendia o refalado Engenheiro Rodacki, ou a sua empresa, às apeladas e à própria recorrente, poderia ter operado a sua integração ao feito com terceiro. Todavia, como tal inocorreu, não pode a apelante, por si só, ausente a culpabilidade decorrente do contrato estabelecido, ser levada à responsabilização, se, como visto, não há como sujeitá-la à reparação pretendida.

Saliento, ainda, por relevante, a conclusão da sentença (fls. 379) que a tal respeito não é objeto de ataque das partes entendendo de acolher o incidente de alguns documentos capeados à inicial tirados do “relatório da obra das apeladas, e, a final, tidos por ideologicamente falsos, e pertinentes exatamente à tentativa de se imputar inteiramente à apelante a responsabilidade pela edificação dos pilares P5, P8, Par4 e P9, exatamente aqueles que a petição inicial, no seu item 11, menciona como aqueles que apresentaram problema de recalque por modificação de dimensões” (fls. 7).

Assim é que, inobstante não se tenha apurado quem, entre aqueles funcionários das apeladas, manuseou falsamente o refalado relatório, a verdade é que isso depõe fortemente contra as intenções reparatórias das recorridas, pois que então já se antevia dificuldades em provar o improvável.

Chama deveras a atenção do julgador, na hipótese enfocada, o fato

segundo o qual, apesar dos problemas ocorridos na fase do estaqueamento, as apeladas, após a sua detecção e encaminhamento de solução via estudos desenvolvidos pelas empresas Tecnosolo e Consultrix, confiaram, uma vez mais, à apelante a sua execução, como denota o segundo contrato a que aludi acima (fls. 106/ 108).

Indaga-se, pois: se tivessem alguma dúvida acerca da competência e correção profissional da apelante o que seria mais do que aceitável naquelas circunstâncias por que então não escolheram outra construtora? Ou será que, no calor dos fatos, ainda recém-ocorridos, não concluíram que a culpa pelos defeitos de estrutura era do projeto, cuja elaboração coube à empresa de um de seus engenheiros? Esse ato não poderia, naquele ensejo, também, representar, à parte de isenção de culpa da apelante, uma velada proteção ao seu empregado?

Pelo sim, pelo não, a verdade é que o sempre acatado Hely Lopes Meirelles, acerca da matéria assinalada, leciona:

“Embora o Código Civil não se refira expressamente aos vícios de concepção da obra, nem por isso ficam liberados de responsabilidade os que a projetaram e calcularam as cargas e resistências. E nunca se entendeu de outro modo, pois, se a lei civil é omissa a respeito, tal responsabilidade é imanente ao exercício profissional e deflui das normas regulamentadoras da Engenharia e da Arquitetura como atividades técnicas vinculadas à construção, motivo pelo qual é uma responsabilidade legal, e não contratual, como supõem alguns autores

menos familiarizados com as normas administrativas e com os preceitos ético-profissionais que regem a matéria (arts. 17 a 23 da Lei n. 5.194/66; arts. 12 a 25 do Código do Consumidor)”.

E continua:

“Projetando ou construindo, o arquiteto, o engenheiro ou a empresa habilitada, cada um é autônomo no desempenho de suas atribuições profissionais e responde técnica e civilmente por seus trabalhos, quer os execute pessoalmente, quer os faça executar por prepostos ou auxiliares. Em tema de construção, pode-se dizer que há uma cadeia de responsabilidades, que se inicia no autor do projeto e termina no seu executor, solidarizando todos os que participam do empreendimento”.

Finaliza o saudoso publicista:

“Se, além do projetista e do construtor, houver, ainda, um fiscal ou consultor da obra, responderá também por seus defeitos e insegurança. Nem por outra razão que se confia o acompanhamento dos trabalhos a esses técnicos, para confronto do projeto com a sua execução. Se o fiscal ou o consultor falha no seu ofício, há que responder, como os outros profissionais vinculados à obra, pela sua perfeição, solidez e segurança” (in *Direito de Construir*, São Paulo, Malheiros, 1994, pág. 221).

Inegável, pois, a ausência da prova de responsabilidade culposa da apelante em face dos termos da avença, pelo que bem se aplica ao caso vertente o aresto proferido pelo Supremo Tribunal Federal, cuja ementa abaixo transcrevo:

“Empreitada. Construção civil. Defeitos não relacionados com a soli-

dez e segurança. Realização com observância do projeto. Inexistência de responsabilidade do empreiteiro. Imperfeições devidas a especificações do projeto, a cargo de empresa de escolha do dono da obra. Recurso extraordinário não conhecido. Inteligência do art. 1.245 do CC.

“Ementa oficial: Construção civil. Empreitada. Defeitos da obra. Observância do projeto. Art. 1.245 do CC. Imperfeições da obra que não sejam pertinentes à solidez e segurança da obra não estão sob a disciplina do art. 1.245 do CC, que é excepcional. Os demais defeitos se regem pelos princípios da responsabilidade, não se devendo carregar ao empreiteiro os que se devem a especificações do projeto a cargo de outrem, de escolha do dono da obra. Recurso extraordinário não conhecido” (in RT 614, pág. 240).

Voto, pois, pelo provimento do apelo, a fim de julgar improcedente o

pedido indenizatório vestibular, sujeitando os apelados ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em quinze 15% (quinze por cento) a incidir sobre o valor atribuído à causa (Súmula 14 do STJ).

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara, por votação unânime, proveu o recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 28 de abril de 1999.

Solon d'Eça Neves,
Presidente com voto;
Eládio Torret Rocha,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 49.527 (88.084267-9), DE JOINVILLE

Relator: Des. Eládio Torret Rocha

Responsabilidade civil. Incêndio de prédio. Liquidação da sentença condenatória. Cálculo do montante devido. Correção monetária. Resolução n. 12/94, Circular n. 52/94 e Provimento n. 13/95, todos da colenda Corregedoria-Geral de Justiça de Santa Catarina. Aplicabilidade. Duplicidade de imposição de honorários advocatícios. Incabimento. Parcial provimento dos recursos.

Não obstante se admita a autonomia do processo de execução em relação ao de conhecimento, inadmissível, no procedimento liquidatário de sentença, seja por arbitramento ou por artigos, a estipulação de novos honorários advocatícios, se esta verba, objetivamente adequada à remuneração do causídico, já foi fixada

na sentença que decidiu o mérito da ação, sobretudo quando a liquidação, sem solução de continuidade, sucedeu nos próprios autos da demanda indenizatória (Julgados do TACívSP 38/206; RJTJSP 37/151, 41/102; STJ, REsp. n. 39.371/RS).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 49.527 (88.084267-9), da comarca de Joinville (1ª Vara), em que são apelantes e apeladas Newasa Administradora de Bens Ltda. e Empresa de Cinema Arco-Iris Ltda.:

ACORDAM, em Câmara Cível Especial, à unanimidade de votos, dar parcial provimento aos apelos.

Custas de lei.

I — Relatório

No Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da comarca de Joinville, Newasa Administradora de Bens Ltda. e Comercial Newasa Ltda. propuseram ação de indenização contra Empresa de Cinema Arco-Iris Ltda., em razão do incêndio ocorrido no prédio de propriedade da primeira autora, onde funcionava o Cine Colon, locado à empresa ré, bem como no prédio vizinho pertencente ao Hotel Colon Palace, de propriedade da segunda autora.

Procedida a instrução, foi entregue a prestação jurisdicional, pela qual o pedido foi julgado procedente, condenando-se a requerida a pagar, à primeira autora, danos emergentes e lucros cessantes, tudo calculado em liquidação de sentença, deduzidos os valores já recebidos pelas autoras da seguradora. Condenou, ainda, ao pagamento de custas processuais e esti-

pêndios advocatícios, estes em 15% sobre o valor apurado (fls. 255/266).

Houve recurso e a decisão foi confirmada nesta Corte, pelo acórdão da lavra do hoje Ministro Hélio Mosimann (fls. 340/359).

Após o trânsito em julgado, as autoras requereram a liquidação por artigos e arbitramento (fls. 383/385).

Regularmente citada, a ré manifestou-se (406/409).

Apresentados os laudos pelos peritos e assistentes técnicos e proporcionado às partes prazo para manifestação, houve impugnação do exame, tendo o Magistrado condutor do processo, por isso mesmo, determinado a realização de nova perícia (fls. 423/428, 431/442 e 447/461).

Diante da divergência entre os valores encontrados pelo perito judicial e pelo assistente da ré, por meio despacho (fls. 545/546), o Togado determinou a realização de um novo exame, cujos laudos encontram-se às fls. 614/674.

Na seqüência, foi proferida sentença (fls. 746/763), restando ela anulada por este egrégio Tribunal (fls. 848/850) por ausência de intimação regular para que a parte se manifestasse a respeito da perícia.

Os autos baixaram e, procedidas as intimações, sobreveio a prestação jurisdicional monocrática, que fixou em R\$ 75.618,83 (setenta e cinco mil seiscentos e dezoito reais e oitenta e três centavos) o quantum da inden-

zação devida pela Empresa de Cinema Arco-Íris Ltda. à empresa Newasa Administradora de Bens Ltda., acrescido de juros legais, contados da citação, e despesas processuais, incluindo os honorários do perito.

Neste ínterim, por execução parcial da sentença, a ré amortizou o valor referente aos lucros cessantes, pelo período em que a primeira autora deixou de receber os alugueres do Cine Colon e os danos emergentes à segunda autora, ocasionados pela reconstrução do prédio do Hotel Colon Palace (fls. 917).

Irresignadas, a tempo e modo ambas as litigantes apelaram.

A requerida, em longo petitório, busca, em suma, a reforma do decisório no tocante aos valores fixados para indenização do prédio, poltronas e cabines, cortinas e equipamentos.

A autora Newasa Administradora de Bens Ltda. requer, por igual, a revisão da sentença, com o fito de sujeitar-se a ré, além das demais verbas, já consideradas, ao pagamento da indenização por danos emergentes (reconstrução do prédio e instalações do Cine Colon) sem qualquer depreciação nos custos apurados pelo perito ou, se assim não fosse, fixar como quantum indenizatório R\$ 95.008,12 (noventa e cinco mil, oito reais e doze centavos) e condenar a ré ao pagamento de estipêndio advocatício também na liquidação de sentença.

Contra-arrazoados, os autos ascenderam a esta Instância Recursal.

Pelo acórdão da lavra do Dr. Cesar Abreu, os autos foram convertidos em diligência a fim de que fosse certificado qual das apelantes efetuou

o preparo de fls. 966 e determinada a intimação da outra apelante para fazê-lo, sob pena de deserção.

Cumpridas as diligências, os autos subiram novamente a esta Corte.

É o relatório.

II — Voto

Cuido de ação indenizatória de cuja sentença de liquidação advieram apelos de ambas as contendoras.

Antes, porém, de examinar particularizadamente ambos os reclamos, cumpre evidenciar, por necessário, que não só a sentença liquidanda (fls. 756/763), a final anulada por esta Corte em razão de defeito intimatório, como a sob exame (fls. 925/932) partem do pressuposto segundo o qual o prédio onde funciona "...o cinema não mais será construído".

Sobreleva notar, por relevante, que a autora do pleito indenizatório, ora apelante, quando do recurso que decidiu pela anulação do decisório, a respeito desta particularidade não se insurgiu em absoluto, limitando-se a, em resposta ao recurso, pleitear a sua inteira confirmação (fls. 823).

Agora, no apelo que deflagra (fls. 950), diz desconhecer a "origem" dessa certeza, que, aliás, por razoável compreensão, acabou prevalecendo na sentença que ora se examina.

Pois agora já se descortina, de fato, a razão desse pressuposto abraçado pelo aludido decisório: a certeza de que a mesma autora, ao não recorrer, acabou por admitir, ainda que tacitamente, é verdade, a aludida deliberação judicial. Examine-se,

a propósito, o conteúdo do despacho de fls. 885.

Não que a demandante enfocada, em verdade, com a anulação daquela decisão, não possa reavivar a matéria. Isso não. O que chama a atenção, nesse passo, é a circunstância de ela, agora, de forma oportunista, estar inovando a respeito de um tema aparentemente deslindado.

Daí o prólogo a respeito, dando conta, a meu juízo, da inagasalhável irresignação da aludida autora a tal desiderato, a qual resta, por esses argumentos, rejeitada de plano, à míngua de fundamentos objetivamente consideráveis, e, sobretudo, em face dos contornos da lide posta a debate nesta quadra do processo.

Passo, na seqüência, a examinar, ponto a ponto, o apelo da requerida.

No tocante ao valor da cabine sinistrada, tem razão o reclamo.

É que do valor global encontrado, CR\$ 800.000,00 (oitocentos mil cruzeiros reais), não foi deduzido o percentual (50%) de depreciação, segundo o critério adotado pela sentença em face do laudo pericial (fls. 896), resultando, pois, quanto a esta verba, o montante igual a CR\$ 400.000,00 (quatrocentos mil cruzeiros reais).

Pertinentemente ao valor do prédio sinistrado, a requerida investe contra o quantum encontrado, CR\$ 3.571.200,76 (três milhões quinhentos e setenta e um mil duzentos cruzeiros reais e setenta e seis centavos), argumentando nele encontrarem-se embutidas duas verbas indevidas, quais sejam, os valores decorrentes da administração e/ou serviços preliminares à construção, e, ainda, aqueles inseridos a título de benefícios e

despesas indiretas — BDI, estes fixados no percentual de 30%.

Impende assinalar, por necessário, que o laudo adotado pelo decisório atacado, como forma de justificar as realçadas verbas, ofertou argumento segundo o qual as suas inserções na conta geral eram necessárias, apesar da não-reconstrução do prédio do sinistrado Cine Colon, posto que "...quando da construção a empresa proprietária pagou estes componentes orçamentários" (fls. 987, item 4).

Parece razoável a assertiva, na medida em que o critério encontra guarida na discriminação orçamentária da Norma n. P-NB-140, da ABNT, conforme os documentos de fls. 660 a 666, e tem aplicação em razão dos serviços mencionados nos itens 2.1 a 2.5 do laudo (fls. 624). No que tange ao percentual de 30%, quanto aos denominados benefícios e despesas indiretas — BDI, vejo-o como aceitável, na medida em que tomado com apoio técnico indesmentido, até porque a acionada/apelante não o contrariou com suporte em dado concreto, insuspeito, que o infirmasse de todo. É mera argumentação, desvestida do necessário substrato probatório.

Não há, de outro lado, como se acolher a tese do apelo segundo a qual do valor total encontrado como indenização do prédio deve ser abatido o percentual de 46,5936% a título de salvados.

É que, neste particular, como bem salientou a sentença hostilizada, com apoio, aliás, na própria perícia, "Visto que o prédio não será reconstruído, tese defendida também pela R., não há por que levar em conta os salvados. Conforme bem destacou o perito, o que restou do prédio só seria

proveitável para garagem, lojas, supermercados, depósitos etc.” (fls. 897, 5.2).

Demais disso, é só perpassar os olhos pela ilustração fotográfica de fls. 99 a 104 para se concluir, com segurança, que o referido percentual, a título de “salvados”, não é confiável, por distanciado da prova carreada aos autos, não sendo por isso mesmo admissível.

De outra parte, quanto às poltronas, o argumento do apelo não convence, na medida em que o documento que junta (fls. 944), por unilateral, não pode ser tomado como dado confiável, sobretudo porque ignorada a similitude entre as mercadorias objeto do cotejo pretendido, de sorte a traçar parâmetro entre uma e outra.

Por fim, o reclamo da demandada investe contra o cálculo de conversão, em reais, do total indenizatório encontrado. Ora, considerando a redução que se há de fazer no pertinente ao custo da cabine, o seu reflexo será evidente no aludido cálculo de conversão, que será encontrado, evidentemente, por simples operação aritmética como explicitarei na seqüência, ao examinar o apelo da autora Newasa Administradora de Bens Ltda.

É o que, doravante, passo a fazer.

Afastada, como acima mencionei, a pretensão da acionante no pertinente à reconstrução do Cine Colon, objeto da alínea a do item 6 do petitório recursal, adentro no exame do item b, cuja irresignação diz respeito à possível incorreção das fórmulas e respectivos cálculos do montante indenizatório que, segundo a sentença hostilizada, situa-se na quantia de R\$ 75.618,83 (setenta e cinco mil seiscentos e dezoito reais e oitenta e três centavos), já abatidas as verbas relativas à percepção do

seguro, R\$ 7.863,00 (sete mil oitocentos e sessenta e três reais), e aquela objeto do depósito quando da execução provisória da sentença, R\$ 51.127,34 (cinquenta e um mil cento e vinte e sete reais e trinta e quatro centavos).

Enfatizo, por relevante, à compreensão da matéria que deduzo na seqüência, que, no âmbito desta Corte, considerando as vicissitudes da economia nacional com seus complexos e sazonais indexadores, foi editada, a contar de 7/6/94, a Resolução n. 12, que, entre outras providências tendentes à uniformização dos cálculos de liquidação, adotou, como parâmetro indexatório, o denominado Índice Geral de Preços — IGPM, da Fundação Getúlio Vargas. Esta Resolução, ao depois, foi complementada pela Circular n. 52/94, desta mesma Corte.

Posteriormente, a partir de 24/11/95, a egrégia Corregedoria-Geral da Justiça editou o Provimento n. 13, este que, em face da declarada inconstitucionalidade da denominada Taxa Referencial — TR, pelo colendo Supremo Tribunal Federal, tomou o Índice Nacional de Preços ao Consumidor — INPC como indexador para fins de correção monetária.

É preciso ainda compreender, por relevante, em tal contexto, que os cálculos do contador (fls. 920/923) são datados de 2/8/94, ou seja, foram confeccionados alguns dias após a vigência da sobredita Resolução n. 12/94 e anteriormente à entrada em vigor do Provimento n. 13/95. Essas circunstâncias podem ter gerado os diferenciais pecuniários que, por providência que adotei, foram encontrados pela contadoria da egrégia Corregedoria-Geral da Justiça, consoante os cálculos que acompanham este voto.

De fato, partindo, desde logo, da retificação do valor da cabine em razão do provimento parcial do reclamo da requerida, ou seja, tomando-se como parâmetro neste item não os CR\$ 800.000,00 (oitocentos mil cruzeiros reais) e sim este valor pela metade, chega-se ao valor histórico da indenização, ou seja, CR\$ 7.349.650,56 (sete milhões trezentos e quarenta e nove mil seiscentos e cinquenta cruzeiros reais e cinquenta e seis centavos), o qual, convertido e atualizado para 30/7/94 segundo a sistemática prevista pela Resolução n. 12/94, Circular n. 52/94 e Provimento n. 13/95, suso mencionados, alcança a cifra de R\$ 136.932,08 (cento e trinta e seis mil novecentos e trinta e dois reais e oito centavos), cálculo 1.

Procedeu-se, por igual, em razão de expresso pedido formulado no recurso da autora, ao recálculo e atualização do valor pago pela requerida ao ensejo da execução provisória da sentença, encontrando-se expressão numérica diversa do da sentença, ou seja, R\$ 46.794,18 (quarenta e seis mil setecentos e noventa e quatro reais e dezoito centavos), cálculo 2. Nessa particularidade, pois, é de se prover o apelo da autora.

No tocante, de outra parte, ao quantum abatido em razão do seguro (R\$ 7.863,00 — sete mil oitocentos e sessenta e três reais), há com ele expressa concordância, como se denota do item 25 do recurso (fls. 956).

Em sendo assim, abatidas, de R\$ 136.932,08 (cento e trinta e seis mil novecentos e trinta e dois reais e oito centavos), as duas verbas acima mencionadas, chega-se ao montante indenizatório líquido igual a R\$ 82.274,89 (oitenta e dois mil duzentos e setenta e quatro reais e oitenta e no-

ve centavos), quadro resumo 3, valor este devido em 30/7/94.

Finalmente, no que tange aos honorários advocatícios, cuido, como fez a sentença, de sua inadmissibilidade na fase liquidatória. É que, não obstante admita a autonomia do processo de execução em relação ao de conhecimento, entendo que, no caso, como vem entendendo substancialmente corrente jurisprudencial (julgados do TACívSP 38/206; RJTJSP 37/151, 41/102), a liquidação da sentença sucedeu nos mesmos autos, sem solução de continuidade, pelo que incorre nova condenação neste estipêndio.

Também esta Corte tem perflhado idêntico entendimento, como se vê dos precedentes promanados das Apelações Cíveis ns. 29.595, 41.946 e 97.000061-8, entre outras.

Por fim registre-se o posicionamento do colendo Superior Tribunal de Justiça, para quem, "Na liquidação de sentença, onde já fixados honorários advocatícios, não têm cabimento novos honorários. Non bis in idem" (REsp. n. 39.371/RS).

Voto, pois, pelo parcial provimento de ambos os apelos, a fim de proceder, como acima mencionei, à retificação dos valores pecuniários devidos pela requerida, como explicitado nos cálculos realizados pela eminente Contadora da Corregedoria- Geral da Justiça desta Corte.

É como voto.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara, por votação unânime, deu parcial provimento aos recursos.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 24 de março de 1999.

Solon d'Eça Neves,
Presidente com voto;
Eládio Torret Rocha,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 96.005426-0, DE CAMPOS NOVOS

Relator: Des. Eládio Torret Rocha

Processo de execução. Embargos do devedor. Boleto bancário. Documento inviável à execução. Descumprimento do art. 614, II, do CPC. Embargos rejeitados. Apelo provido.

1 — O denominado “boleto bancário de cobrança”, não guardando equiparação, por sua emissão atípica, à duplicata ou a qualquer outro título de crédito, não é documento cambial que viabilize o ajuizamento do processo de execução, ainda que acompanhado de notas fiscais de serviço e protesto, este, aliás, tirado de modo indevido.

2 — “O demonstrativo do débito atualizado, a partir da vigência da Lei n. 8.953, de 13/12/94, sendo documento indispensável à propositura da execução, sob pena de indeferimento da inicial, deverá conter todos os elementos que permitam ao executado conhecer o método de cálculo, os índices utilizados, as capitalizações lançadas e o resultado final. À falta de tal documento, cumpre ao Juiz, nos termos do art. 616 do CPC, conceder ao credor o prazo de 10 (dez) dias para supri-la, sob pena de indeferimento da inicial” (Apelação Cível n. 96.005918-0, relator Des. Nilton Macedo Machado).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 96.005426-0, da comarca de Campos Novos (1ª Vara), em que é apelante Edilmar José Mecabô, sendo apelada Mecavel Veículos:

ACORDAM, em Câmara Cível Especial, à unanimidade de votos, prover o apelo.

Custas de lei.

I — Relatório

No Juízo de Direito da 1ª Vara da comarca de Campos Novos, Edilmar José Mecabô opôs embargos do devedor à execução contra si movida por Mecavel Veículos, colimando, em suma, desconstituir o título que embasa a Ação de Execução n. 6.833/95, em apenso.

Após operada a tempestiva resposta pela embargada, replicou o embargante.

Realizada a audiência de instrução e julgamento, sobreveio a prescrição jurisdicional monocrática, cujo relatório fica adotado, a qual julgou improcedentes os embargos, sujeitando o embargante ao pagamento das custas processuais e estipêndio advocatício, este fixado em 20% sobre o valor da execucional.

Irresignado com o teor do decisório adverso, a tempo e modo apela o vencido, postulando, em síntese, a reforma da sentença, sob o argumento de que a inicial deveria ter sido indeferida de plano, pois a apelada não juntou o demonstrativo do débito atualizado, como determina a nova redação do inciso II do artigo 614 do CPC.

Alega, ainda, o vencido, carência de ação, porquanto o borderô não é título apto a execução.

Postula, pois, o apelante o provimento do recurso, para que seja reformada a sentença, julgando-se procedentes os embargos, invertendo-se, em consequência, o ônus da sucumbência.

A apelada, em resposta, limita-se a aplaudir a sentença, pleiteando, em suma, a sua manutenção.

Contados e preparados, ascenderam os autos a esta Casa.

É o sucinto relatório.

II — Voto

A razão está com o apelante, não há negar.

De fato, a reforma processual ocorrida em 1994 alterou, como se sabe, diversos dispositivos da legislação codificada no intento de tornar mais céleres os procedimentos, passando a exigir do credor, para instruir a execução, o

demonstrativo do débito atualizado, a teor do disposto no art. 614, II, do CPC.

Discorrendo acerca dessa alteração, assevera o insigne Humberto Theodoro Júnior:

“Em se tratando de execução por quantia certa, o credor deverá instruir sua pretensão com demonstrativo do débito atualizado até a data da propositura da ação (...) Esse demonstrativo tanto pode ser incluído no texto da própria inicial como em documento a ela apensado. Dita providência, outrossim, será observada em execução de título seja extrajudicial, seja judicial, posto que se aboliu a liquidação por cálculo do contador para a última espécie (Lei n. 8.898, de 29/6/94)” (Curso de Direito Processual Civil, vol. II, 17ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1996, pág. 140).

Ainda sobre o mesmo tema, na Apelação Cível n. 96.005918-0, enfatizou o eminente relator Des. Nilton Macedo Machado, verbis:

“O demonstrativo do débito atualizado, a partir da vigência da Lei n. 8.953, de 13/12/94, sendo documento indispensável à propositura da execução, sob pena de indeferimento da inicial, deverá conter todos os elementos que permitam ao executado conhecer o método de cálculo, os índices utilizados, as capitalizações lançadas e o resultado final. À falta de tal documento, cumpre ao Juiz, nos termos do art. 616 do CPC, conceder ao credor o prazo de 10 (dez) dias para supri-la, sob pena de indeferimento da inicial.

No mesmo sentido, na Apelação Cível n. 96.010554-9, de São João Batista, acentuou o ilustre Des. Cláudio Barreto Dutra:

“O artigo 614, inciso II, do Código de Processo Civil, com nova reda-

ção dada pela Lei n. 8.953/94, expressamente dispõe que, na petição inicial da execução, ao ser pedida a citação do devedor, deve o credor instruí-la:

“II — com o demonstrativo do débito atualizado até a data da propositura da ação, quando se tratar de execução por quantia certa”.

Ora, não há, na hipótese, a forma pela qual a apelada valeu-se para chegar à dívida objeto da execucional, não se prestando, a tal desiderato, em absoluto, como aceite pela sentença, a explicitação do débito no petitório inicial. É que, no caso, não foram explicitados, com todos os detalhes, as parcelas e os índices de correção aplicáveis, a fim de que o apelante pudesse, com a amplitude necessária, defender-se em sede de embargos.

Ainda que assim não fosse, o que se admite apenas à guisa de mero exercício argumentativo, o segundo fundamento levantado no apelo também lhe socorre.

De efeito. Não é possível vislumbrar no documento de fls. 8, no qual se baseia a execucional, qualquer semelhança com duplicata ou outro título de crédito. O referido documento nada mais é do que boleto para cobrança bancária, restando evidente a irregularidade de seu protesto, cujo objetivo não parece outro que não a coação ilegal para o pagamento de crédito a que se atém o processo de execução.

Nas palavras do jurista e eminente colega Ermínio Amarildo Darol, os boletos bancários são “papéis legalmente atípicos, por não trazerem em seu bojo os mais elementares requisitos estabelecidos no ordenamento jurídico aos títulos de crédito” (Protesto cambial: duplicatas x boletos, Curitiba, Juruá, 1998, pág. 37).

O boleto bancário não pode ser aceite, por isso mesmo, como título de crédito, porque a lei assim não o reconhece e por não preencher qualquer dos requisitos básicos de título cambial, não contendo, em especial, sequer a assinatura do emitente, com vista a garantir a responsabilidade civil e criminal por eventual emissão simulada.

Nesse sentido segue também a orientação jurisprudencial:

“Execução — Título extrajudicial — Boleto bancário de cobrança — Equiparação a título de crédito — Inadmissibilidade — Extinção do processo — Recurso provido.

“O boleto bancário de cobrança, mesmo que protestado irregularmente e acompanhado de notas fiscais, não se equiparando à duplicata ou a qualquer título de crédito, não é título executivo extrajudicial embasador de execução” (Apelação Cível n. 88.070717-1, de Pinhalzinho, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

Dessarte, por não haver título hígido a embasar a execucional e pelo descumprimento do art. 614, II, do CPC, pelo meu voto dou provimento ao recurso, julgando procedentes os embargos para o fim de declarar nula a execução (art. 618, I, do CPC), decretando a extinção da execucional e dos respectivos embargos do devedor (art. 267, IV, do mesmo Digesto), invertidos os ônus de sucumbência.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara, à unanimidade de votos, proveu o apelo.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 26 de maio de 1999.

Solon d'Eça Neves,
Presidente com voto;
Eládio Torret Rocha,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 47.327 (88.077836-8), DE JOINVILLE

Relator: Des. Nelson Schaefer Martins

Ação civil pública. Empresa que conta com técnico ótico. Equipamento de uso exclusivo do médico oftalmologista. Prescrição de lentes de contato. Decretos ns. 20.931/32 e 24.492/34. Decreto n. 99.678 de 8/11/90. ADIn. STF n. 533—DF. Condenação em indenização. LACP, art. 13. Lei n. 8.078/90, art. 94. Honorários advocatícios. Recurso parcialmente provido.

Ótico, representante da demandada, que se utiliza de aparelho de uso exclusivo do médico oftalmologista e realiza exames nas pessoas para posterior prescrição de lentes de contato infringe as disposições dos arts. 39 do Decreto n. 20.931/32 e 13 do Decreto n. 24.492/34.

Agindo desse modo, põe em risco a saúde da população de sua área de atuação legitimando-se o Ministério Público na defesa dos interesses e direitos de consumidores por meio de ação civil pública.

O Decreto n. 99.678 de 8/11/90 encontra-se suspenso na parte que revoga o Decreto n. 24.492/34, por força de liminar deferida e confirmada pela sessão plenária do Supremo Tribunal Federal em ADIn. n. 533—DF, rel. Min. Carlos Velloso.

Não prevalece a condenação em indenização se a sentença não refere o fundo de que trata o art. 13 da Lei da Ação Civil Pública. Quanto aos prejuízos individuais deve ser cumprido o disposto no art. 94 da Lei n. 8.078/90, com publicação de edital no órgão oficial para que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, estabelecendo-se para efeitos processuais o litígio entre a demandada e as vítimas de seus atos.

A lei da ação civil pública não isenta a parte demandada do pagamento de honorários advocatícios mesmo que promovida pelo

Ministério Público e nesse caso a importância deve ser recolhida aos cofres do erário.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 47.327 (88.077836-8), da comarca de Joinville (4ª Vara), sendo apelante Ótica Confiança e apelado o Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Câmara Cível Especial, por votação unânime, dar parcial provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Perante o Juízo da 4ª Vara Cível da comarca de Joinville o Ministério Público do Estado de Santa Catarina, por seus Promotores de Justiça, interpôs ação civil pública em face da Ótica Confiança alegando que preposto da ré estaria realizando exames, receitando, aconselhando, escolhendo, aplicando e vendendo lentes de grau e de contato, sem a necessária prescrição médico-oftalmológica, em desacordo com os Decretos ns. 20.931/32 e 24.492/34.

Aduziu que a legislação se aplica também às lentes de contato pois pertencem ao mesmo gênero das lentes de grau, daí por que objetivando corrigir defeito de visão a decisão sobre a sua aplicação é ato médico privativo de profissional habilitado a fazer o diagnóstico da moléstia ou disfunção e a prescrever o tratamento adequado a curá-lo, sendo proibido aos óticos.

Invocou o Código de Defesa do Consumidor em amparo à pretensão e requereu a concessão de liminar para que fosse determinado à requerida

que se abstinhasse do exercício de qualquer prática não contemplada no art. 9º do Decreto n. 24.492/34 sem a correspondente e necessária prescrição médico-oftalmológica; a fixação de multa diária no valor de CR\$ 30.000,00 (trinta mil cruzeiros reais) para o caso de descumprimento da medida e a condenação da ré à indenização pelos prejuízos causados, cujo valor seria apurado em liquidação de sentença.

A liminar foi deferida.

A demandada contestou arguindo preliminar de cerceamento de defesa requerendo a reconsideração da decisão inicial, restituindo-se o prazo de contestação, se fosse o caso.

No mérito asseverou que jamais praticara qualquer ato ilícito, nem receitara, prescrevera, aconselhara, escolhera, indicara, aplicara ou vendera lentes de grau ou de contato sem a prescrição médico-oftalmológica necessária.

Atribuiu a denúncia à ação revanchista de médicos oftalmologistas, afirmando que o Decreto n. 99.678 de 8/11/90 teria revogado os Decretos ns. 20.931/32 e 24.492/34, e impugnou as declarações testemunhais prestadas no Centro das Promotorias da Coletividade (CPC) qualificando-as de inverídicas.

Impugnou o pedido de indenização por entendê-lo incompatível com a ação civil pública sendo possível tão-só e eventualmente sua condenação em obrigação de fazer ou não fazer.

Por saneador irrecorrido afastou-se a preliminar.

Em audiência de instrução e julgamento foram coletados os depoimentos pessoais do representante da ré e das testemunhas.

A sentença julgou procedente o pedido para a) tornar definitiva a liminar; b) condenar a demandada a abster-se do exercício de qualquer prática não contemplada no art. 9º do Decreto n. 24.492/34 — da realização de exames oftalmológicos, da escolha, aconselhamento, indicação, aplicação, venda ou prescrição de lentes de contato, com ou sem grau, e de óculos com grau, sem a correspondente e necessária prescrição de médico oftalmologista — sob pena de multa diária já fixada; c) condenar a ré ao pagamento de indenização pelos danos causados às vítimas a ser definida em liquidação por arbitramento (arts. 91 a 100 do CDC, c/c os arts. 607 e segs. do CPC).

A ré foi condenada ao pagamento das despesas processuais e de honorários advocatícios arbitrados em R\$ 500,00.

Irresignada, a vencida apelou tempestivamente argumentando que seu representante demonstrou sua habilitação como técnico ótico e que o ato de medir a curvatura da córnea obtido por ceratômetro é de uso comum a óticos e médicos pois aqueles profissionais estariam habilitados a realizar a adaptação de lentes de contato.

Afirmou que a empresa não realizava exames médicos mas produzia cópias de graus de lentes já usadas por seus clientes e que o Decreto

n. 99.678 de 8/11/90 teria revogado os Decretos ns. 20.931/32 e 24.492/34.

Acrescentou que desde o advento da Lei n. 6.360 de 23/9/76, regulamentada pelo Decreto n. 79.094 de 5/1/77, os óculos passaram a ser considerados como correlatos às lentes de contato e que inexistiria proibição legal para que se efetuasse teste de refração.

Advertiu que inexistiria prova de dano a consumidores e que no caso específico de Viviane Torrens o ferimento deu-se por culpa da vítima na retirada das lentes e por falta de assepsia.

Reclamou ainda da condenação em honorários advocatícios por tratar-se de ação proposta pelos Promotores de Justiça da comarca.

O Ministério Público em ambos os graus de jurisdição opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

I. No que tange à irresignação acerca do comando da sentença correspondente à obrigação de não fazer, o apelo não deve ser provido.

Observa-se que Elon Grendene, representante legal da empresa apelante, tem habilitação para o exercício da atividade de técnico em óptica conforme certificado emitido pelo Senac de Porto Alegre — RS (fls. 60/61).

Os oficiais de justiça encarregados do cumprimento da liminar apreenderam no estabelecimento da demandada os seguintes aparelhos: ceratômetro (que serve para medir a curvatura da córnea), lâmpada de fenda (utilizada na verificação do movimento das lentes de contato) e lensômetro (que mede o grau das lentes) (fls. 71 e verso).

Segundo o Secretário-Geral do Conselho Brasileiro de Oftalmologia, o ceratômetro é aparelho utilizado “para o diagnóstico e acompanhamento de moléstias oculares e portanto de uso exclusivo do médico oftalmologista” (fls. 95).

Grendene em seu depoimento pessoal a fls. 87 e verso admitiu que realizava testes (ou exames) nas pessoas que o procuravam com a intenção de passar do uso de óculos para a utilização de lentes de contato.

Para tanto realizava com o ceratômetro a medição da córnea, de sua curvatura e dos graus correspondentes esclarecendo que isso se fazia necessário pois “nem sempre o grau, em se tratando de lente de contato, é o mesmo da lente do óculos”.

Essa simples circunstância é suficiente para caracterizar a infração ao disposto nos arts. 39 do Decreto n. 20.931/32 e 13 do Decreto n. 24.492/34.

O digno Juiz de Direito Dr. Ricardo José Roesler anotou na sentença que as testemunhas de fls. 88, 158 e 159 confirmaram atendimentos pelo representante da ré sem a devida prescrição médica e destacou:

“É curial, lógico e evidente a toda prova que os ‘cursos específicos’ ministrados aos técnicos responsáveis (óticos), por si só, não têm o condão de afastar a exigibilidade de um diagnóstico médico (art. 39 do Dec. n. 20.931/32 e arts. 13 e 14 do Dec. n. 24.492/34). A medição de curvatura da córnea para aplicação de lentes de contato deve ser precedida de um minucioso exame com equipamento especializado, e a indicação das lentes somente se fará segura depois da prescrição médica, cujo diagnóstico

não dispensa o feeling e a experiência do profissional da área, só encontrado nas clínicas ou consultórios oftalmológicos.

“A finalidade da lei é a prevenção, e conseqüente segurança à saúde pública eis que a falta de esclarecimento ou melhores conhecimentos do técnico poderá trazer complicações insuperáveis e graves seqüelas aos clientes” (fls. 179).

A propósito colhe-se da jurisprudência deste Tribunal:

1) “Ação civil pública. Óptico prático que realiza exames oftalmológicos, indica e confecciona lentes de grau. Violação ao Decreto n. 24.492/34. Perigo à saúde pública evidenciado. Demanda acolhida. Recurso improvido.

“Entre os atos permitidos ao óptico prático pelo art. 9º do Decreto n. 24.492/34, não se insere o de realizar exames oftalmológicos, e, em razão disso, receitar ao paciente a lente de grau que entende cabível. É que o aviamento permitido a este comerciante é aquele decorrente da apresentação, pelo consumidor, de fórmula fornecida pelo médico oftalmologista devidamente credenciado.

“Assim sendo, se o óptico prático age ao arrepio da aludida legislação específica, põe em risco a saúde pública da população onde atua, sobretudo a incauta, legitimando-se, pois, a ação ministerial para coibir definitivamente essa prática indevida e mesmo ilegal” (in Apelação Cível n. 46.963, de Biguaçu, rel. Des. Eládio Torret Rocha, Terceira Câmara Civil, j. 7/11/95).

Trecho do v. acórdão:

(...) Quanto ao item b, é o próprio responsável pela apelante, que

se intitula óptico prático, quem confessa, quando da tomada, em Juízo, de seu depoimento pessoal, que, no que se refere a uma das pessoas por ele atendida, '...o depoente fez o teste de visão e colocou as lentes no grau baixo de 0,25; que não dava consultas, apenas realiza o teste de visão' (fls. 112).

"Ora, segundo a prescrição contida no art. 9º do Decreto n. 24.492, de 28/6/34, entre as atribuições permitidas ao óptico prático e às casas do ramo não está a de realizar estes 'testes', até porque, pelo art. 17 do mesmo Diploma, verbis:

"(...) 'É proibida a existência de câmara escura no estabelecimento de venda de lentes de grau, bem assim ter pleno funcionamento aparelhos próprios para o exame dos olhos, cartazes e anúncios com oferecimento de exames de vista'.

"(...) É que, como consabido, o estabelecimento de comercialização de lentes de grau só está autorizado a fornecê-las mediante a exibição da receita expedida pelo médico oftalmologista com diploma registrado na repartição pertinente (art. 14 do Decreto aludido) (...)".

2) "Processual — Ação civil pública — Ministério Público — Legitimidade ad causam — Recurso provido.

"A defesa dos interesses e direitos de consumidores pode ser exercida em juízo individualmente ou a título coletivo.

"Tratando-se de proteção à saúde do consumidor o Parquet está legitimado" (in Apelação Cível n. 46.963, de Biguaçu, rel. Des. Amaral e Silva, Terceira Câmara Civil, j. 14/2/95).

Trecho do v. acórdão:

"(...) 1— Ficou comprovado em inquérito policial que o Centro Ótico es-

tava procedendo a exames de visão e fornecendo óculos sem receita médica. Além disso, a Sociedade Catarinense de Oftalmologia encaminhou representação fundamentada, inclusive com documentos, o que levou o Ministério Público a ingressar, com base no Código do Consumidor, com ação civil pública, demandando a compelir a fornecedora a se abster dos exames e venda de lentes e óculos sem receita médica.

"Que o fornecimento de lentes e óculos, indiscriminadamente, sem receita, constitui ameaça à saúde pública, não resta a menor dúvida.

"O culto representante do Parquet articulou:

"É importante salientar que o oftalmologista, ao examinar o paciente, não tem sua ação restrita à medição do grau de deficiência visual e do tipo de deficiência, para fins de ministrar-lhe receita de lente corretiva, de contato ou não. Ao examinar, o médico especialista vai muito além. Pode ocorrer que o paciente esteja com uma inflamação de córnea, tendo com isso a visão prejudicada; pode que porte um tumor, etc. Enfim, a especialização em oftalmologia não visa à criação de simples médico operador de máquinas, é óbvio.

"Alguns casos envolvendo deficiência visual podem ser resolvidos tão-só com a utilização dessas máquinas, de onde se retira com facilidade as medições da lente de que necessita o paciente. Tais necessidades e/ou conveniências cabe ao profissional habilitado aferir. Os óticos, no entanto, passaram a adquirir tais artefatos e, eles próprios, sem a intervenção do oftalmologista, resolveram ministrar lentes, de contato ou não, corretivas ou estéticas, aos seus clientes. Como tal

procedimento sai mais barato, posto que abstrai o serviço mais importante, conseguiram os óticos, vendendo a baixo custo, criar uma idéia pública, mercê de sistemática publicidade, de que todo o problema de olhos pode ser solvido por singelos exames de alguns minutos nessas máquinas óticas.

‘É por isso que têm surgido casos de aumento surpreendente de deficiências oftalmológicas, de que são exemplos os documentos em anexo, extraídos de inquérito policial instaurado contra ação da aqui requerida. É que o ótico não tem como definir uma catarata, uma inflamação, um tumor, etc. e, sem saber da existência desses males, ministra lentes que só os agravam, levando às vezes à completa subtração da visão.

‘Assim é que a requerida vem realizando exames de vista em clientes, confeccionando-lhes óculos com lentes de grau, conforme ficou demonstrado no inquérito policial instaurado pela Delegacia de Crimes contra o Consumidor, que tramita nessa Comarca, sem que para tanto tenha profissional habilitado, e sem prescrição médica — cópia de peças do caderno policial em anexo’.

A assertiva de que o Decreto n. 99.678 de 8/11/90 teria revogado o Decreto n. 24.492/34 não deve prosperar pois o art. 4º daquele decreto foi suspenso por liminar deferida e confirmada por unanimidade pela sessão plenária do Supremo Tribunal Federal em ADIn. n. 533—DF, rel. Min. Carlos Velloso, in RTJ 139/473:

“Constitucional. Atos normativos primários. Impossibilidade de sua revogação por atos normativos secundários.

“I — Decreto com força de lei, assim ato normativo primário. Impossibilidade de sua revogação mediante decreto comum, ato normativo secundário.

“II — Ocorrência dos pressupostos da cautelar. Deferimento”.

Trecho do v. acórdão:

“Com a revogação dos referidos decretos, ‘já não se terá mais como, no âmbito interno dos Conselhos de Classe, fiscalizar-se o exercício ilegal de Medicina e das profissões correlatas, preocupação da sociedade e do Governo, pois, consoante se infere de parecer ainda recente do Conselho Federal de Medicina, aqueles diplomas legais é que balizam a atuação, em especial, dos profissionais da Medicina do País’.

“Decisão: Por votação unânime, o Tribunal referendou o despacho do Relator, que deferira a medida cautelar de suspensão do art. 4º do Decreto n. 99.678, de 8 de novembro de 1990, no ponto em que o mesmo revoga os Decretos ns. 20.931, de 11/1/1932, e 24.492, de 28/6/1934. Votou o Presidente”.

II. Quanto à condenação em indenização observa-se que o Ministério Público requerera que a empresa demandada fosse condenada ao ressarcimento dos prejuízos causados devendo o quantum ser encontrado em fase liquidatória observadas as disposições dos arts. 91 a 100 do Código de Defesa do Consumidor (fls. 12, item 5).

O CDC no art. 99 e seu parágrafo único prevê o concurso de créditos decorrentes de a) condenação prevista na Lei n. 7.347/85 (que trata da ação civil pública) e que no seu art. 13 faz referência a um fundo gerido pelo conselho federal ou conselhos estaduais e b) indenização pelos pre-

juízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, atribuindo a estes a preferência no pagamento.

A doutra sentença não menciona o fundo do art. 13 da LACP de modo que se presume que o Juízo pretendia condenar a ré apenas ao pagamento de prejuízos individuais.

Ocorre que o art. 94 da Lei n. 8.078/90 estabelece que proposta a ação deve ser publicado edital no órgão oficial “para que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes”.

Entretanto não foi providenciada a publicação deste edital e assim para efeitos processuais não se estabeleceu o litígio entre a Ótica Confiança e as vítimas de seus atos.

Por outro lado, a teor do disposto no art. 48 do CPC, os litisconsortes são considerados em suas relações com a parte adversa como litigantes distintos de modo que “os atos e omissões de um não prejudicam nem beneficiarão os outros”.

Logo, para que as pessoas prejudicadas pela prática oftalmológica irregular pudessem usufruir dos benefícios da condenação em desfavor da ótica teriam que integrar a lide e praticar atos processuais compatíveis com a exigência legal.

A disposição do art. 95 do CDC não beneficia as vítimas pois trata de condenação genérica mas não permite que se interprete que o alcance do dispositivo seja generalizado independentemente de litisconsórcio.

Portanto, neste ponto, dá-se provimento ao apelo.

III. Acerca do reclamo a propósito da condenação em honorários

advocáticos traz-se à colação precedente desta Corte Estadual de Justiça:

“(...) Ação civil pública. Sucumbência. Honorários de advogado.

“A lei que regula a ação Civil pública não isentou o réu dos ônus da sucumbência, quando vencido” (Apelação Cível n. 47.136, de São Francisco do Sul, rel. Des. Vanderlei Romer).

No mesmo sentido, Apelações Cíveis ns. 97.000456-7, de Porto União, rel. Des. Sérgio Paladino, Segunda Câmara Civil, j. 14/8/97; e 31.817, da Capital, rel. Des. Napoleão Amarante, Primeira Câmara Civil, j. 15/5/90, DJESC de 15/6/90, pág. 10.

Portanto, a demandada deve promover o pagamento de honorários advocatícios e neste caso, como a ação foi promovida pelo Ministério Público, a importância deve ser recolhida aos cofres do erário.

De tudo conclui-se que:

1) o ótico, representante da demandada, utilizava-se de aparelho de uso exclusivo do médico oftalmologista e realizava exames nas pessoas para posterior prescrição de lentes de contato infringindo desse modo as disposições dos arts. 39 do Decreto n. 20.931/32 e 13 do Decreto n. 24.492/34;

2) agindo desse modo, pôs em risco a saúde da população de sua área de atuação legitimando-se o Ministério Público na defesa dos interesses e direitos de consumidores por meio de ação civil pública;

3) o Decreto n. 99.678 de 8/11/90 encontra-se suspenso na parte que revoga o Decreto n. 24.492/34, por força de liminar deferida e confirmada pela sessão plenária do Supre-

mo Tribunal Federal em ADIn. n. 533 — DF, rel. Min. Carlos Velloso;

4) não prevalece no caso concreto a condenação em indenização pois a sentença não refere o fundo de que trata o art. 13 da Lei da Ação Civil Pública, e quanto aos prejuízos individuais teria de ser cumprido o disposto no art. 94 da Lei n. 8.078/90, com publicação de edital no órgão oficial para que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, o que todavia não ocorreu, não se estabelecendo para efeitos processuais o litígio entre a Ótica Confiança e as vítimas de seus atos;

5) A lei da ação civil pública não isentou a parte demandada do pagamento de honorários advocatícios mesmo que promovida pelo Ministério Público e nesse caso a importân-

cia deve ser recolhida aos cofres do erário.

Isto posto, dá-se parcial provimento ao recurso aplicando-se quanto aos ônus da sucumbência o disposto no art. 21, parágrafo único, do CPC.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cesar Abreu, convocado diante do impedimento justificado do Exmo. Sr. Des. Solon d'Eça Neves, e emitiu parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Sérgio Torres Paladino.

Florianópolis, 26 de maio de 1999.

Eládio Torret Rocha,

Presidente com voto;

Nelson Schaefer Martins,

Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 49.730 (88.084717-4), DA CAPITAL

Relator: Des. Nelson Schaefer Martins

Ação de indenização. Desapropriação indireta. Documentos novos. CPC, arts. 397 e 398. Juros moratórios e compensatórios. Súmulas do STJ ns. 70 e 114. Apelo desprovido. Remessa parcialmente provida.

A juntada de documentos novos encontra amparo no art. 397 do CPC. Parecer técnico do IpuF que ratifica a existência de plano de urbanização específico previsto pela Lei Municipal de Florianópolis n. 3.709/92 apenas confirma a evidência já colhida nos autos pelos depoimentos testemunhais e outros documentos, de que, instituído o plano indicado, a área alcançada passa a ser non aedificandi.

Se há a real integração do bem particular dos autores ao domínio público, tornando-se fora do comércio, sem a correspondente e justa indenização, admite-se que os donos do imóvel venham a pleitear o ressarcimento por meio de ação indenizatória.

A desapropriação indireta se configura mesmo que não haja o apossamento de fato, bastando que a limitação administrativa esvazie o conteúdo econômico da propriedade.

“Os juros moratórios, na desapropriação direta ou indireta, contam-se desde o trânsito em julgado da sentença” (Súmula 70 do STJ).

“Os juros compensatórios, na desapropriação indireta, incidem a partir da ocupação, calculados sobre o valor da indenização, corrigido monetariamente” (Súmula 114 do STJ).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 49.730 (88.084717-4), da comarca da Capital (Vara dos Feitos da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho), em que é apelante o município de Florianópolis e apelados Manoel Gregório Martins e Maria da Graça Martins:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, afastar a preliminar e no mérito negar provimento ao apelo e dar provimento parcial à remessa.

Custas de lei.

Perante o Juízo da Vara dos Feitos da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho da comarca da Capital Manoel Gregório Martins e sua mulher, Maria da Graça Martins, promoveram ação ordinária de indenização em face do município de Florianópolis apontando ao poder público a desapropriação indireta.

Esclareceram que imóveis de sua propriedade situados no distrito da Lagoa da Conceição, município de Florianópolis, foram tornados insusceptíveis de comercialização, utilização, reintegração ou reivindicação por força da Lei n. 3.709/92, instituidora do Plano de Urbanização Específica do Retiro da Lagoa, que contém o zonea-

mento e sistema viário do plano de urbanização específica.

Assim, integrados no domínio público, caracterizou-se o esbulho da propriedade particular, tipificador de ato ilícito passível de indenização.

O Município contestou asseverando que não houve o apossamento do bem pois apenas regulamentou-se o uso da propriedade.

A declaração de utilidade pública para fins de desapropriação não teria como consequência a obrigação de indenizar pois o poder público poderia desistir da desapropriação a qualquer tempo.

Logo, apenas com o desapossamento concreto, materializado e efetivo é que o proprietário poderia requerer em juízo a justa indenização.

Porém, o Município não teria ocupado o imóvel de modo que os proprietários poderiam prosseguir na utilização do bem, alienando-o e nele edificando.

Após audiência de instrução foram apresentados memoriais trazendo os autores documentos novos, dando-se vista ao procurador do demandado.

O Dr. Promotor de Justiça interveio e a sentença julgou procedente o pedido condenando o Município à indenização de

quantia a ser apurada em liquidação de sentença nos termos dos arts. 606/607 do CPC, acrescida de juros moratórios a partir do ajuizamento da ação e juros compensatórios de 12% ao ano, desde o efetivo desapossamento, ou seja, 28/1/92, data da publicação da Lei n. 3.709.

A correção monetária seria acrescida desde a elaboração do futuro laudo avaliatório.

Ao vencido foram impostos os ônus da sucumbência.

Irresignado, o Município apelou tempestivamente apontando em preliminar a juntada extemporânea da consulta de viabilidade formulada ao réu em 15/10/93, posteriormente ao ajuizamento da causa.

No mérito aduziu os seguintes argumentos: a) falta de demonstração da desapropriação parcial do bem imóvel e do desapossamento efetivo; b) continuação dos autores na posse do imóvel usufruindo da propriedade; c) cabimento de mandado de segurança contra ato administrativo que configurasse a ofensa ao direito de propriedade; d) inexistência de prova de prejuízo, tanto que a sentença remeteu à fase de liquidação, não prosperando o pedido de indenização; e) valorização das áreas remanescentes não atingidas pelo projeto e probabilidade de indenização das parcelas efetivamente atingidas pelo futuro desapossamento.

O recurso foi contra-arrazoado, dispensando-se do preparo a teor do disposto no art. 511, § 1º, do CPC.

Os autos ascenderam a esta Corte Estadual de Justiça e o Ministério Público em ambos os graus de jurisdição opinou pelo desprovimento do recurso voluntário e provimento parcial da remessa para que os termos iniciais

de imposição dos juros moratórios e compensatórios sejam adequados.

É o relatório.

1) O recurso voluntário não deve ser provido.

I. No que tange à juntada de documentos novos a fls. 84/86 observa-se que a providência, além de encontrar amparo no art. 397 do CPC, foi completada com a aplicação do disposto no art. 398 do mesmo estatuto, manifestando-se o Município sobre as peças.

Ademais, o parecer técnico do IpuF (fls. 85) apenas ratifica a existência de um plano de urbanização específico do Retiro da Lagoa previsto pela Lei Municipal n. 3.709/92, conforme reconhecido a fls. 32 da contestação.

De outro modo, não bastassem os depoimentos testemunhais de fls. 53/54/55, as anotações no dito parecer apenas confirmam a evidência, qual seja, a de que, instituído o plano indicado, as áreas alcançadas passaram a ser non aedificandi.

Afasta-se pois a prefacial.

II. No que tange ao mérito, adota-se como razão de decidir a motivação da douta sentença da lavra do eminente Juiz de Direito Dr. Volnei Ivo Carlin:

“Objetiva-se, como se disse, a busca de indenização correspondente ao valor do imóvel, vis-à-vis a sua transferência para o domínio público municipal, em virtude do desapossamento caracterizador da desapropriação indireta (ou de fato).

“A Lei Municipal Específica n. 3.709/92, ao instituir o Plano de Urbanização do Retiro da Lagoa, com vigência a partir de 28/1/92, transformou parte dos terrenos dos acionantes em estacionamentos públicos, ruas, e neles teria

uma unidade de Área Comunitária Institucional (ACI), consoante se verifica, também, no mapa de zoneamento, configurado no doc. n. 5, de fls. 16, com o que, sem dúvida, afetou os direitos substanciais de propriedade dos postulantes, sem qualquer obediência, contudo, aos princípios do procedimento expropriatório.

“Ademais, a juntada serôdia, mas autorizada por lei (arts. 397/398, CPC), de docs. novos, bem como caracterizadores da indisponibilidade dos direitos inerentes de propriedade dos autores (fls. 75/92), afasta dúvidas acerca do thema decidendum.

“Vejam os sobre a utilidade do imóvel:

‘Permitido ao que requer desde que obedeça à legislação pertinente e ao parecer do IpuF, em anexo’ (fls. 84 v.).

“E do parecer, subscrito por três engenheiros e um arquiteto (fls. 85), extraímos, em passant:

‘Informamos, de acordo com a Lei Municipal n. 3.709/92, que o imóvel, em referência, é abrangido pelas seguintes áreas: (planta 1);

‘1. Área Turística Residencial (ATR-3), não admite os usos solicitados pelo requerente.

‘2. Área Comunitária Institucional (ACI), é destinada a todos os equipamentos comunitários ou usos institucionais necessários à garantia do funcionamento satisfatório dos demais usos urbanos e o bem-estar da população. Não admite os usos pretendidos pelo requerente.

‘3. Área destinada para Estacionamento Público, é non aedificandi.

‘Quanto ao Sistema Viário, deverão ser obedecidos os alinhamen-

tos e cotas marcadas na planta 1, em anexo, pois estão previstas as implantações das seguintes vias:

‘Via Coletora Insular — 42 (CI-42), caixa mínima prevista de 29 (vinte e nove) metros;

‘Via Subcoletora Insular — 2 (SCI-2) e Via Subcoletora Insular — 3 (SCI-3), com caixas mínimas previstas de 16,00 (dezesseis) metros;

‘Via local — 2 (VLC-2), caixa mínima prevista de 12,00 (doze) metros.

‘As áreas destinadas ao sistema viário devem ficar livres de quaisquer obstáculos e construções.

‘É o parecer’.

“As declarações, sob juramento, das pessoas ouvidas em audiência, por outro lado, também confirmam, com sentida segurança, em prol da tese sustentada pelos demandantes, em seus depoimentos fáticos e com incursões nos documentos inseridos nos autos, que, efetivamente, houve desapropriação parcial dos imóveis sub judice (vide testemunhas de fls. 53, 54 e 55), tornando, para os acionantes, como se viu, os bens como se res nullius fossem.

“Ora, acerca da pretensão deduzida (fls. 2/12), resta, indubitavelmente, no plano jurídico, comprovado, assim, que aos aforantes foi obstaculizada a livre fruição de sua propriedade, o que contraria texto constitucional expresso (CF, art. 5º, XXII). A desapropriação, sabe-se isso, só é viável por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro (CF, art. 5º, XXIV).

“O nosso egrégio Areópago, em caso idêntico ao relatado nos autos, assim decidiu:

‘Mandado de segurança. Consulta de viabilidade para construção. Informação da Prefeitura Municipal de que o terreno é considerado ‘área comunitária institucional’, sendo proibida a construção dos usos solicitados.

‘Concessão do writ. Remessa ex officio. Manutenção da decisão. Recursos voluntários desprovidos.

— A resposta negativa à consulta de viabilidade por motivos estranhos ao poder de polícia do município configura ofensa ao direito de propriedade, passível de correção, via mandado de segurança, pois ‘enquanto não efetivada a desapropriação, é lícito, ao proprietário, aproveitar o seu terreno, podendo, inclusive, nele construir’ (in JC, 30/154)‘.

‘E no corpo do acórdão:

‘A proibição de construir equivale a uma desvalorização da propriedade, pois dificilmente encontrar-se-á alguém que compre essas terras por um preço justo, para depois litigar em Juízo.

‘Entendem os apelantes que a segurança somente poderá ser requerida se a autora, após o pedido de licença para construir, tiver sua pretensão indeferida, pois a resposta negativa da Prefeitura, na consulta de viabilidade, não atingiu qualquer direito da requerente.

‘Não é concebível que na consulta de viabilidade da área questionada esteja em zona onde é proibida a construção e após o ingresso do pedido de licença para construir, perante a mesma Prefeitura, o pedido possa ter parecer favorável.

‘A pretensão da impetrante não poderia deixar de ser acolhida.

‘Este Tribunal tem decidido que:

‘Mandado de segurança contra ato de autoridade municipal que respondeu negativamente à consulta de viabilidade para construção de prédio do requerente em terreno de sua propriedade, sob a alegação de que o imóvel foi atingido pelo sistema viário. Concessão do writ pelo Dr. Juiz de Direito. Recurso ex officio desprovido. ‘Verificados os pressupostos legais para o licenciamento da obra, não o impede a declaração de utilidade pública para desapropriação do imóvel, mas o valor da obra não se incluirá na indenização, quando a desapropriação for efetivada’ (Súmula 23 da Corte Máxima) (JC 40/75) (in JC 56/56, rel. Des. Wilson Guarany).

‘Provê-se, por tais razões, o recurso’.

‘E, por outro lado:

‘Para que se configure desapropriação indireta não se exige apossamento de fato. Basta que a limitação administrativa esvazie o conteúdo econômico da propriedade, tirando-lhe o valor patrimonial. — A desapropriação indireta é verdadeira ação de indenização por perdas e danos. Assim, ao autor incumbe prova do desapossamento e do prejuízo’ (JC, 69/307 e 308).

‘Importante, sobre o assunto, em caso de negativa de expedição de alvará de construção, conferir lições do STF, inseridas na JC 57/390 a 394.

‘Houve, sem reticência, in hypothesis, a real integração dos bens particulares dos autores ao domínio público, colocando-os fora do comércio, sem a correspondente indenização constitucional, daí ser justo, ao dono do prédio, pleitear o ressarcimento, através da indenizatória proposta. E tal indenização deve ser, além de justa, completa, incluindo-se, aí, as despe-

sas feitas pelo expropriado, juros legais, honorários e correção monetária.

“Acresça-se, ainda, ser certo que a limitação ao direito de propriedade, decorrente do art. 572 do Código Civil, que assegura ao dominus levantar, no terreno que lhe pertence, a construção que lhe aprouver, não pode ir ao ponto de privar o titular do domínio de parte do que é seu, mediante desapropriação parcial. Havendo diminuição da área útil ou da construção, ela deve ser previamente compensada, com o seu equivalente em dinheiro, através de uma indenização justa, certa e atual, em termos matematicamente proporcionais ao direito lesado.

“Para se concluir, ensina Garcez Neto, com apoio na melhor doutrina, que ‘qualquer restrição ao direito de propriedade, praticada sob pretexto de futura expropriação, é ilegal e autoriza o pedido de reparação’ (in Martinho Garcez Neto. Prática de Responsabilidade Civil. Saraiva, 4ª ed., 1989, págs. 14/15), como direito fundamental, que revoga toda e qualquer norma inferior que lhe anteponha, bem como, adiantamos, torna desarrazoada qualquer eventual motivação fática suscitada.

“A indenização, in specie, deverá ser calculada em liquidação de sentença, por perícia (arts. 606/607, CPC), quando será avaliado o metro quadrado da área expropriada de fato, a desvalorização do imóvel, sem conhecer-se, pela prova, se a área remanescente é inaproveitável para o fim a que, antes da desapropriação, destinava-se e qual o real valor econômico da coisa apossada pelo Poder Público, conferindo-se se a mesma tornou-se, efetivamente, em área non aedificandi.

“A prova do prejuízo, portanto, caberá aos autores” (fls. 100/104).

Destaque-se ainda que quando o Magistrado de Primeiro Grau anotou que “a prova do prejuízo caberá aos autores” não estava se referindo à falta de demonstração do dano, que é mais que presumido, mas tão-somente ao seu quantum que será apurado em perícia de avaliação.

Em complemento, traz-se à colação precedente desta Corte Estadual de Justiça em Apelação Cível n. 96.008943-8, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, Quarta Câmara Civil, j. 27/2/97:

“Desapropriação indireta. Decreto municipal que tomba imóvel particular em patrimônio natural e paisagístico do Município. Proibição de qualquer atividade ou edificação nas áreas tombadas. Impossibilidade de aproveitamento econômico. Afetação de direitos substanciais da propriedade. Direito indenizatório. Remessa parcialmente provida, para reduzir a verba honorária.

“Na desapropriação direta ou indireta, de rigor, não se busca o elemento preço, próprio do contrato de compra e venda, mas a reposição no patrimônio do expropriado do justo valor do bem de que ficou privado. Em síntese, objetiva-se o resguardo da integridade do patrimônio (STF, RE n. 72.014, rel. Min. Djaci Falcão, in RT 639/190).

“Para que se configure a desapropriação indireta não se exige o aposseamento de fato. Basta que a limitação administrativa esvazie o conteúdo econômico da propriedade. Passa o imóvel a ser ‘coisa fora do comércio’. Nele não se permite construir. Ninguém o comprará. O prédio, decorrência da limitação administrativa, perde todo o valor.

Tal prejuízo sofrido pelo proprietário decorre de verdadeira expropriação, dele resultando o direito subjetivo de invocar a tutela jurisdicional para que o Estado recomponha o patrimônio que desfalcou (Ap. Cív. n. 37.184, de Joinville, rel. Des. Amaral e Silva)".

Trecho do v. acórdão:

"(...)

"A jurisprudência tem consagrado essa posição.

"Do colendo Supremo Tribunal:

'Desapropriação indireta. Indenização. Alvará de construção.

'Embora a declaração de utilidade pública seja verdadeiro 'aviso prévio' de que determinado bem, por ser útil, necessário ou de interesse social, vai ser desapropriado pelo Poder Público, não importando, por si só, a desapropriação, nem gerando direito subjetivo em favor do expropriado, a fim de que a expropriação se concretize, não é menos certo que a referida declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação, não veda o proprietário de fazer construções sobre o imóvel.

"(...)

'Mesmo que o decreto de declaração de utilidade pública caduque em 5 anos, nos termos do Decreto-Lei n. 3.365/41, caso não se concretize a desapropriação, não pode o Poder Público, nesse período, impedir o uso legítimo da propriedade e, se o fizer, caracterizado estará o apossamento administrativo, que gera, para o proprietário, o direito a indenização.

'Reconhecido e provido' (Min. Célio Borja — JC 57/390).

"E ainda:

'Tal interesse público impõe o dever de desapropriar o imóvel e, não o fazendo, sua interferência no direito de propriedade alheia importa em autêntica desapropriação de fato, permitindo ao Judiciário reconhecer o desapossamento e sua transformação em direito real da edibilidade, com a conseqüente indenização justa e cabal (Ap. Cív. n. 23.359, da Capital, rel. Des. Ermani Ribeiro).

'Desapropriação indireta. Desapossamento administrativo pelo Poder Público sem prévia e justa indenização. Pedido julgado procedente.

'Com a integração de bens particulares ao domínio público, sem a correspectiva indenização, mesmo que não declarados de utilidade pública, é facilitado ao proprietário pleitear o justo ressarcimento através da denominada ação de desapropriação indireta. O ressarcimento, em tal caso, deve ser justo e completo, incluindo-se as despesas feitas pelo expropriado, juros legais, honorários advocatícios e correção monetária' (Ap. Cív. n. 22.662, de Balneário Camboriú, rel. Des. Napoleão Amarante).

"E como preleciona Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro, 7ª ed., pág. 604): 'Se o impedimento de construção atingir a maior parte da propriedade ou a sua totalidade, deixará de ser limitação para ser interdição de uso de propriedade e, nesse caso, o Poder Público ficará obrigado a indenizar a restrição que aniquilou o direito dominial e suprimiu o valor econômico do bem, pois ninguém adquire terreno urbano em que seja vedada a construção.

'Sempre que a administração não se limita a restringir o exercício das faculdades inerentes ao domínio, mas o atinja substancialmente aniquilando-o na sua ca-

racterística mais importante, o valor econômico, há apossamento administrativo, resultando para o particular o direito subjetivo à indenização' (CRT 69/307 a 309)".

III. No que se refere à remessa necessária, esta deve ser parcialmente provida.

A sentença definiu que os juros moratórios seriam devidos a partir do ajuizamento (24/11/92) enquanto que os juros compensatórios, a contar do desapossamento — 28/1/92 (data da publicação da Lei n. 3.709/92).

No entanto, a Súmula 70 do Superior Tribunal de Justiça é do seguinte teor: "Os juros moratórios, na desapropriação direta ou indireta, contam-se desde o trânsito em julgado da sentença".

Quanto aos juros compensatórios, é o seguinte o enunciado da Súmula 114 do STJ: "Os juros compensatórios, na desapropriação indireta, incidem a partir da ocupação, calculados sobre o valor da indenização, corrigido monetariamente".

Por outro lado, colhe-se da doutrina de Carlos Alberto Dabus Maluf, na sua obra Teoria e Prática da Desapropriação, Saraiva, São Paulo, 1995, pág. 171:

"Os juros compensatórios da desapropriação são calculados em

12% ao ano a partir da imissão de posse provisória do imóvel. Esses juros representam um aluguel pelo uso da propriedade. Realmente, nada mais justo, pois o expropriado fica privado de utilizar seu imóvel por longos anos".

Ora, apesar da afetação de direito substancial da propriedade e da proibição de construir no imóvel, constata-se que o Município ainda não se imitiu na posse.

Logo, apenas depois que a imissão na posse configurar-se é que se aplicam os juros compensatórios de 12% a. a.

Isto posto, nega-se provimento ao recurso voluntário e dá-se parcial provimento à remessa.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Pedro Manoel Abreu, e emitiu parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Kurt Ernesto Hammerschmidt.

Florianópolis, 10 de junho de 1999.

Alcides Aguiar,

Presidente com voto;

Nelson Schaefer Martins,

Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 50.053 (88.085715-6), DE BRAÇO DO NORTE

Relator: Des. Nelson Schaefer Martins

Ação civil pública. Aquisição de equipamento agrícola. Competência da Justiça Estadual. Legitimação ativa do Ministério Público. Proteção do patrimônio público e social e de interesses difusos e coletivos. Licitação. Poder público municipal. Encargos onerosos. Recurso e remessa desprovidos.

Afasta-se a preliminar de incompetência da Justiça Estadual se o contrato de abertura de crédito fixo é celebrado entre agricultores e o Banco do Brasil, não havendo participação direta do Finame no pacto.

Afirma-se a legitimação ativa do Ministério Público para promover a ação civil pública pois a pretensão está amparada nos arts. 129, inc. III, da Constituição Federal (proteção do patrimônio público e social e de outros interesses difusos e coletivos), e 1º, inc. IV, da Lei n. 7.347/85 (danos patrimoniais causados a direito difuso ou coletivo).

Os interesses difusos ou coletivos no caso concreto consistem no direito que os municípios têm de ver os recursos públicos adequadamente geridos em benefício de toda a comunidade e não apenas de um grupo privado, como também de ter a proteção do erário contra atos que possam infringir as regras de moralidade administrativa.

Os prejuízos decorrem da circunstância de que, assumindo o município o compromisso de suportar despesas sem precedência de licitação e em favor de um grupo de agricultores, estaria priorizando interesses particulares.

É indispensável a realização de licitação para que o poder público municipal possa assumir encargos onerosos, comprometendo-se a destinar recursos públicos na manutenção de equipamento agrícola e pagamento de combustível, operador e complementação financeira das prestações junto ao órgão financiador, em benefício de interesses privados.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 50.053 (88.085715-6), da comarca de Braço do Norte, em que são apelantes o município de São Ludgero, condomínio formado por grupo de agricultores de São Ludgero e representado por seu presidente Nilo Kesting, Donilo Della Giustina, Prefeito de São Ludgero, Tabita Poger Kesting, Valter Germano Schlickmann, Maria Lodovina Borget Dimon e Salésio Schlickmann, sendo apelado o representante do Ministério Público Estadual:

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

Custas na forma da lei.

Perante o Juízo da comarca de Braço do Norte o Ministério Público Estadual por sua Promotora de Justiça promoveu ação civil pública em face do município de São Ludgero, de condomínio formado por grupo de agricultores de São Ludgero e representado por seu presidente Nilo Kesting, de Donilo Della Giustina, Prefeito de São Ludgero, e dos agricultores Tabita Poger Kesting, Valter Germa-

no Schlickmann, Maria Lodovina Borget Dimon e Salésio Schlickmann.

Alegou que o grupo referido adquiriu um trator de esteira da empresa Tracon — Tratores e Equipamentos Ltda., filial de São José, comprometendo-se o Município, pela Lei Municipal n. 593/93, a suportar as despesas de transporte, combustível, de operador de máquina, de manutenção e de complementação no pagamento de prestações junto ao Banco do Brasil.

A aquisição fora financiada pelo Finame — Agência Especial de Financiamento Industrial e, no entanto, o valor de venda do bem teria sido alterado de modo a permitir o financiamento de 100% (cem por cento) de seu custo emitindo-se faturas no valor correspondente a 30% (trinta por cento) que todavia não foram quitadas.

Asseverou ainda que a compra realizou-se sem o necessário procedimento licitatório apesar do ônus assumido pelo poder público.

A liminar de suspensão do cumprimento pelo Município, das obrigações previstas na lei e no contrato, foi deferida.

Na contestação os réus argüiram as preliminares de ilegitimidade ativa ad causam do Ministério Público Estadual e de incompetência do Juízo diante do interesse da União na causa.

No mérito aduziram que: 1) existiria motivo para a propositura da ação eis que a matéria não se encontraria incluída no art. 1º da Lei n. 7.347/85; 2) não houve fraude contra as normas do Finame pois se efetivou o pagamento de 30% (trinta por cento) do valor do bem; 3) a licitação seria dispensável vez que o trator fora adquirido por pessoas físicas integrantes

do grupo de agricultores e não pela entidade de direito público de modo que para o Município não haveria ônus.

A sentença afastou as preliminares e julgou procedente o pedido declarando as nulidades da cláusula 1ª do contrato firmado entre o Município e o grupo de agricultores e do art. 1º da Lei Municipal n. 593/93, determinando ainda que a pessoa jurídica de direito público se abstinhasse de pagar eventuais saldos de amortização do financiamento e outras despesas, condenando os demandados no pagamento das custas processuais.

Irresignados, os vencidos tempestivamente apelaram insistindo nas prefaciais e nos argumentos de mérito, acrescentando que não teria ocorrido transgressão às normas de direito administrativo e que a licitação seria desnecessária por inexistência de prejuízo ao ente municipal.

O Ministério Público apresentou contra-razões.

Os autos ascenderam a este Tribunal de Justiça e a douta Procuradoria-Geral de Justiça em parecer da lavra do Dr. Jobél Braga de Araújo opinou pelo desprovinamento do recurso e da remessa.

É o relatório.

I. Afasta-se a preliminar de incompetência da Justiça Estadual pois o contrato de abertura de crédito fixo foi celebrado entre os agricultores e o Banco do Brasil, de modo que não há participação direta do Finame no pacto.

Por oportuno, traz-se à colação precedente desta Quarta Câmara Civil, em Agravo de Instrumento n. 6.973, de Itajaí, rel. Des. Alcides Aguiar, j. 13/8/92, DJESC de 20/8/92, pág. 11:

“Agravado de instrumento — Exceção de incompetência — Ação declaratória — Cédula de crédito industrial — Recursos do Finame — Empréstimo, porém, realizado pelo banco em nome próprio, sem qualquer vínculo jurídico entre a favorecida e o órgão federal — Competência da Justiça Estadual aferida in casu pela inoportunidade de litisconsórcio necessário — Recurso desprovido”.

Trecho do v. acórdão:

“O entendimento jurisprudencial desta egrégia Corte de Justiça é o de que, quando um banco empresta em nome próprio, usando recursos repassados pelo Finame, age como comissário, incorrendo litisconsórcio necessário (ver Apelações Cíveis ns. 34.233 e 35.853, relatores, respectivamente, os ilustres Des. Amaral e Silva e Eder Graf). Assim sendo, não haveria por que deslocar a competência para a Justiça Federal”.

II. Afirma-se a legitimação ativa do Ministério Público pois que amparou sua pretensão nos arts. 129, inc. III, da Constituição Federal (proteção do patrimônio público e social e de outros interesses difusos e coletivos), e 1º, inc. IV, da Lei n. 7.347/85 (danos patrimoniais causados a direito difuso ou coletivo).

Ora, os interesses difusos ou coletivos no caso concreto consistiriam no direito que os municípios têm de ver os recursos públicos adequadamente geridos em benefício de toda a comunidade e não apenas de um grupo privado, como também de ter a proteção do erário contra atos que possam infringir as regras de moralidade administrativa.

Os prejuízos decorreriam da circunstância de que, assumindo o município o compromisso de suportar

despesas sem precedência de licitação e em favor de um grupo de agricultores, estaria priorizando interesses particulares.

Segundo Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery, em CPC Comentado, 3ª ed., RT, pág. 1.394, direitos difusos “São direitos cujos titulares não se pode determinar. A ligação entre os titulares se dá por circunstâncias de fato. O objeto desses direitos é indivisível, não podendo ser cindido”.

Para os mesmos autores, quanto aos direitos coletivos, “os titulares são indeterminados mas determináveis, ligados entre si ou com a parte contrária por relação jurídica base. Assim como nos direitos difusos, o objeto desse direito também é indivisível”.

III. Quanto ao mérito observa-se que os atos impugnados pelo Ministério Público por esta ação civil pública são a Lei Municipal n. 593/93 e o termo de contrato e compromisso de fls. 92/93, cujos textos de interesse para a causa são transcritos:

a) Lei Municipal n. 593/93 (fls. 89):

“Art. 1º. Fica o Chefe do Poder Executivo Municipal autorizado a firmar Contrato de Compromisso, a ser efetivado entre a Prefeitura Municipal de São Ludgero e um grupo de agricultores deste Município, que, em forma de condomínio, se propõe a adquirir um trator de esteiras, novo, de fabricação nacional, equipado com ripper, lâmina frontal e cabine florestal, através do sistema Finame, visando à execução de serviços em estradas rurais, terraplanagem e mecanização de propriedades agrícolas do município.

“Parágrafo único — Os compromissos a serem assumidos pelo

Município referem-se ao custeio na reposição de peças, transporte, combustível, operador do equipamento, compra de horas não utilizadas pelo grupo e possível complementação financeira no pagamento das prestações junto ao órgão financiador do equipamento”.

b) Termo de contrato e compromisso (fls. 92/93):

“Cláusula I — do objeto: — O presente Termo de Contrato tem por objeto o compromisso, por parte da Prefeitura Municipal de São Ludgero, de assumir o custeio na reposição de peças, transporte do trator no interior do Município, fornecimento de combustível, disposição de um operador de trator, compra de horas de serviço e possível complementação financeira, relativamente à manutenção de um trator de esteira, adquirido, em forma de condomínio, financiado pelo Sistema Finame, por um grupo de agricultores do Município, visando à execução de serviços de recuperação e abertura de estradas rurais, terraplanagem e mecanização agrícola, sob a orientação, controle e administração da Secretaria da Agricultura do Município de São Ludgero”.

Constata-se desde logo que o poder público assumiu encargos onerosos, comprometendo-se a destinar recursos públicos na manutenção do equipamento e para outras finalidades, em benefício de um grupo de agricultores particulares.

A realização de licitação para essas finalidades era indeclinável.

A propósito, reproduz-se a doutrina de Hely Lopes Meirelles em sua obra *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, Malheiros, 23ª ed., 1998, págs. 242, 243 e 246:

“A licitação de obras, serviços, compras e alienações passou a ser uma exigência constitucional para toda a Administração Pública, direta, indireta e fundacional, ressalvados os casos especificados na legislação pertinente (CF, art. 37, XXI).

“(…)

“A expressão obrigatoriedade de licitação tem um duplo sentido, significado não só a compulsoriedade da licitação em geral como, também, a da modalidade prevista em lei para a espécie, pois atenta contra os princípios de moralidade e eficiência da Administração o uso da modalidade mais singela quando se exige a mais complexa, ou o emprego desta, normalmente mais onerosa, quando o objeto do procedimento licitatório não a comporta. Somente a lei pode desobrigar a Administração, quer autorizando a dispensa de licitação, quando exigível, quer permitindo a substituição de uma modalidade por outra (art. 23, §§ 3º e 4º). Vejamos, a seguir, quais os casos legais de dispensa de licitação e aqueles em que esta é inexigível.

“Dispensa de licitação — A lei diversificou os casos em que a Administração pode ou deve deixar de realizar licitação, tornando-a dispensada, dispensável e inexigível.

“Licitação dispensada: é aquela que a própria lei declarou-a como tal (art. 17, I e II).

“(…)

“Licitação dispensável: é toda aquela que a Administração pode dispensar se assim lhe convier. A lei enumerou vinte e um casos (art. 24, I a XXI), na seguinte ordem:

“(…)

"Inexigibilidade de licitação — Ocorre a inexigibilidade de licitação quando há impossibilidade jurídica de competição entre contratantes, quer pela natureza específica do negócio, quer pelos objetivos sociais visados pela Administração".

Além disso, por semelhança com a matéria em debate, transcreve-se precedente desta Quarta Câmara Civil, em Apelação Cível n. 48.166, de Braço do Norte, rel. Des. Solon d'Eça Neves, j. 18/5/95:

"Ação civil pública. Aquisição de um trator por financiamento para prestar serviços a um grupo de agricultores, reunidos em condomínio, que sequer firmou contrato com o Município, mas simplesmente em seus estatutos impôs que a Prefeitura deveria arcar com as despesas do salário do operador, combustível, reposição de peças, despesas de manutenção, consertos, etc., além de ter de pagar eventual saldo do financiamento caso as arrecadações não fossem suficientes.

"As obras, serviços, compras e alienações da Administração, quando contratadas em terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as exceções previstas no Decreto-Lei n. 2.300/86.

"Decisão confirmada. Recurso desprovido".

Trecho do v. acórdão:

"(...) No mérito, e em primeiro lugar, extrai-se dos autos, sem embargo de qualquer dúvida, que o valor do trator foi majorado, com o objetivo de financiá-lo em sua integralidade, posto que alguns dos requeridos, quando ouvidos pelo Ministério Público da comarca, afirmaram que a empresa Traccon deu um desconto especial de

30%, sendo o bem financiado integralmente (fls. 41/44).

"Ora, se desconto houve, este deveria constar da Nota Fiscal, o que inocorreu na venda in casu (fls. 38).

"Além disso, o documento, de fls. 39, não apresenta nenhuma quitação.

"Portanto, como já dito, comprovado está que o valor do bem foi majorado com o objetivo de obter-se o financiamento de 100%, prejudicando, com isso, a municipalidade, que tinha como encargo o pagamento de parcelas do financiamento.

"Em segundo lugar, verifica-se que os agricultores-réus fundaram o condomínio mencionado na exordial, com o objetivo de adquirir, para o Município, por via transversa, o trator já mencionado, burlando, com isso, as normas atinentes à administração pública, posto que o Município se comprometeu em quitar eventuais saldos de parcelas do financiamento do bem, sendo que este, ao final de cinco anos, passaria ao patrimônio municipal.

"A reforçar, ainda, tal assertiva, temos a alegação dos próprios requeridos, de que o Município não possuía equipamento similar, e nem condições de adquiri-lo.

"Ora, para o Município assumir o encargo de quitar as eventuais parcelas do financiamento do bem, necessária era a licitação, conforme prescrevia a legislação à época (Decreto-Lei n. 2.300/86), em seu artigo 2º, verbis:

'As obras, serviços, compras e alienações da Administração, quando contratadas em terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as exceções previstas neste Decreto-Lei '.

“No mesmo diapasão, a disposição contida na atual Lei sobre Licitação e Contrato Administrativo n. 8.666, de 21/6/93, art. 2º.

“Portanto havia, sim, necessidade de licitar-se a compra do trator mencionado, posto que outras empresas poderiam oferecer similares com preço aquém dos pagos pelo adquirido, com isto beneficiando o Município que tinha, como já foi dito, a responsabilidade de quitar eventual parcela do financiamento do bem.

“Em terceiro lugar, vê-se que o grupo de agricultores sequer firmou contrato com o Município, mas simplesmente em seus estatutos (fls. 46/51) impôs que a Prefeitura deveria arcar com as despesas do salário do operador, combustível, reposição de peças, despesas de manutenção, consertos, etc., além de ter de pagar eventual saldo do financiamento, caso as arrecadações não fossem suficientes.

“Portanto, totalmente ilegal o estatuto de fls. 46/51, no que se refere a estes aspectos, posto que sequer há qualquer anuência do Município.

“Ademais, a cláusula sétima do estatuto já mencionado sequer foi prevista na Lei Municipal n. 417/93.

“Finalmente, vê-se que o estatuto mencionado, além de ser totalmente contrário ao direito, fere o disposto na Constituição Federal, no que concerne à impessoalidade e à legalidade, previstos no art. 37, daquele diploma, e demais legislações aplicáveis à espécie, eis que o dispêndio de tais recursos não objetiva a satisfação das necessidades coletivas, e nem possuem cará-

ter público. São despesas que oneram o Município, sem se constituírem em gastos com a criação, manutenção ou ampliação dos serviços públicos municipais, além do que tal contrato beneficia uma classe, ou grupo de pessoas, em detrimento dos demais munícipes.

“Ademais, é de se estranhar o estatuto juntado pelos requeridos na contestação (fls. 199/203), que difere muito com o de fls. 46/51, dando-nos a impressão de que aquele foi ‘fabricado’ com o objetivo de responder aos termos da presente ação.

“Finalizando, quero deixar asentado que o Município não ficará inibido de utilizar o trator de propriedade do condomínio, desde que o faça na criação, manutenção e ampliação dos serviços públicos, obedecendo às normas e legislações aplicáveis à administração pública, especialmente o contido na Lei n. 8.666/93, como muito bem frisou o Ministério Público quando rebateu a contestação dos requeridos”.

Isto posto, nega-se provimento ao recurso e à remessa.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nilton Macedo Machado no impedimento justificado do Exmo. Sr. Des. Alcides Aguiar e emitiu parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Jobél Braga de Araújo.

Florianópolis, 24 de junho de 1999.

Pedro Manoel Abreu,
Presidente com voto;
Nelson Schaefer Martins,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 51.378 (88.089196-7), DE IBIRAMA**Relator: Nelson Schaefer Martins**

Usucapião especial de imóvel rural. Lei n. 6.969/81, art. 1º, caput. Prescrição quinquenal. Recurso desprovido.

Se ao tempo da propositura do pedido a prescrição aquisitiva ainda não se operara e a posse dos autores não era pacífica ou sem oposição, julga-se improcedente a usucapião especial de imóvel rural.

Para a usucapião rural, direito novo criado pela Lei n. 6.969 de 10/12/81, não pode ser computado para a contagem do prazo quinquenal o lapso temporal anterior à sua vigência.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 51.378 (88.089196-7), da comarca de Ibirama, em que são apelantes Manoel Nunes e Hilma Pedroso Nunes e apelados Lauri Bini e Nancy Madeleine Bini:

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

Custas de lei.

Perante o Juízo da comarca de Ibirama Manoel Nunes e Hilma Pedroso Nunes promoveram ação de usucapião especial em face de Lauri Bini e Nancy Madeleine Bini alegando que são possuidores de área com 20,68 hectares desde 11/6/75, nela plantando fumo, batata-doce e arroz, ali fixando moradia.

A posse seria mansa, pacífica, incontestada e ininterrupta até que em 29/5/78 os réus arremataram o imóvel em processo de execução em que figuram como devedores os demandantes.

Ocorre que os autores não possuem outro imóvel e por isso pretendem ob-

ter a declaração de domínio com amparo no art. 1º da Lei Federal n. 6.969/81.

Foram citados os réus em cujo nome está transcrito o imóvel e expediu-se edital para os fins do art. 5º, § 2º, da Lei n. 6.969/81, cientificando-se as Fazendas Públicas.

Realizada a audiência de justificação, homologou-se a posse.

Os réus contestaram aduzindo que os autores nem sequer pagaram o preço da compra e venda do imóvel, o que deu origem à execução instruída com título de crédito correspondente.

Arrematado o imóvel em hasta pública a carta foi levada a registro em 29/5/78, sendo tolerada a permanência dos autores no local.

Ocorre que em 15/4/81 foram os demandantes notificados para em 30 dias desocupar o imóvel e em 22/3/82 expediu-se mandado de imissão de posse que todavia não foi cumprido.

Tentando solução para o impasse, os réus firmaram com o filho dos autores promessa de compra e venda. Contudo, a obrigação não foi cumprida

expedindo-se novo mandado de imissão de posse em favor dos réus.

Em audiência de instrução e julgamento foram colhidos os depoimentos pessoais dos autores e do réu e de testemunhas.

As partes apresentaram memoriais e o Dr. Promotor de Justiça opinou pela improcedência do pedido.

A sentença julgou improcedente o pedido condenando os autores no pagamento dos ônus da sucumbência.

Irresignados, os vencidos apelaram tempestivamente asseverando que o prazo prescricional do art. 1º da Lei n. 6.969, de 10/12/81, deveria ser aplicado retroativamente, conforme Súmula 445 do STF.

O recurso foi preparado e contra-arrazoado.

O Ministério Público em ambos os graus de jurisdição opinou pelo desprovidimento do recurso.

É o relatório.

O recurso não deve ser provido.

O pedido foi amparado no art. 1º, caput, da Lei n. 6.969, de 10/12/1981, que instituiu a usucapião especial para imóveis rurais, estipulando o prazo da prescrição aquisitiva em 5 anos.

Os autores informam que se encontravam na posse do bem desde 11/6/1975 e a inicial foi protocolada em 21/7/1986.

Contudo, doutrina e jurisprudência majoritárias apontam na direção de que o prazo deve ser cumprido a partir da vigência da nova legislação.

O prolator do decisum impugnado, Dr. Hélio do Valle Pereira, a propósito esclareceu que "Isto porque não se trata de mera redução do pra-

zo prescricional, mas de rigorosamente nova modalidade de usucapião, com requisitos distintos dos referidos no Código Civil (usucapiões ordinário e extraordinário), sendo, pois, inaplicável o raciocínio contido na Súmula 445 do Excelso Pretório" (fls. 177).

E continua o digno Magistrado:

"(...) Anota, no particular, Theotônio Negrão:

'Cuidando-se de direito novo, à prescrição aquisitiva de terras particulares com fundamento na Lei 6.969/81, que instituiu o usucapião especial, começa a correr da data de sua entrada em vigor (RT 666/79, maioria). Neste sentido: RT 676/102, RJTJERGS 139/255, JAERGS 81/145' (Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, Malheiros, 25ª ed., 1994, nota 1 ao art. 1º, da Lei n. 6.969/81, pág. 1.315).

"Aliás, a situação é idêntica à do chamado usucapião constitucional.

"Neste passo decidiu o egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, *mutatis mutandis*:

'Apelação cível — Usucapião constitucional urbana — Prazo para sua aquisição — Termo a quo — Direito intertemporal — Art. 183 da CF/88 — Recurso desprovido. A usucapião constitucional urbana constitui-se em direito absolutamente novo no ordenamento jurídico pátrio, só criado com o advento da Carta Magna de 1988 (art. 183). Nesse passo, o lapso temporal conquistado pela parte interessada antes da vigência da novel *lex mater* não pode ser computado para a contagem do prazo quinquenal que ela estabeleceu como um dos requisitos para o reconhecimento desta modalidade de aquisição do domínio. O quinquênio, pois, fluirá tão-somente a partir da data da promulgação da atual

CF (5/10/88)' (Apelação Cível 38.073, de São José, rel. Des. Cid Pedroso).

"Em idêntico sentido o julgamento da Apelação Cível 40.264, da Capital, rel. Des. Wilson Guarany.

"Aplica-se, assim, a doutrina pertinente ao usucapião constitucional:

'...em se tratando de tipo novo de aquisição da propriedade, com requisitos específicos e peculiares, sem relacionamento com as formas existentes de usucapiões, em particular, com prazo bem menor de tempo prescricional, convém assinalar a sua existência a partir de 5 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição Federal vigente.

'Para a mesma finalidade aquisicional da propriedade imobiliária urbana temos que serviam a modalidade ordinária (com justo título e menor tempo) e a extraordinária (com prazo longo e dispensado o justo título).

'Não é possível, assim, retrotrair a contagem do tempo para época anterior à data da Constituição' (Benito Silvério Ribeiro, Tratado do Usucapião, Saraiva, 1992, vol. II, pág. 855).

"De igual opinião o Des. José Carlos de Moraes Salles, em seu Usucapião de Bens Imóveis e Móveis (RT, 1992, pág. 206).

"Ademais, é certo que o prazo do usucapião é contado anteriormente à propositura da demanda (RJTJESP 122/137, rel. Des. Ralpo Waldo, apud Nelson Luiz Pinto e Teresa Arruda Alvim Pinto, Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Usucapião, RT, 1992, pág. 338)" (fls. 176/178).

A propósito de tema semelhante, Luiz Eduardo Ribeiro Freyesleben, in A Usucapião Especial Urbana, Florianópolis, Obra Jurídica, 1997, pág. 51, complementa:

"Para Antenor Batista (1993, pág. 131), por ser espécie do gênero usucapião, a usucapião especial urbana não é instituto novo. Porém a voz do autor, ao menos nesse particular, ressoa isolada, posto que a usucapião pro morare é dotada de características que lhe são peculiares e bem delimitadas, o que torna incabível generalização tamanha a jungir as distintas modalidades usucapionais.

"Do texto constitucional exsurge cristalina a novidade dessa prescrição aquisitiva. Tendo por verdadeira essa afirmação, facilmente perceptíveis os danos que proviriam caso o art. 183 alcançasse vetustas prescrições. Não somente o proprietário ver-se-ia impotente ante a perda de sua propriedade, fulminada pela retroatividade da norma, como dissemos alhures, como também teríamos de acatar esdrúxula hipótese de aquisição dominial por instituto que sequer existia".

Traz-se ainda precedente do colendo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

"Usucapião especial — Terras particulares — Lei n. 6.969/81 — Norma instituidora de direito novo — Prescrição aquisitiva que começa a correr somente após sua entrada em vigor — Princípio constitucional garantidor do direito à propriedade privada que não pode ser surpreendido com alterações da ordem jurídica que anulem sua eficácia — Voto vencido.

"Cuidando-se de direito novo, a prescrição aquisitiva de terras particulares com fundamento na Lei 6.969/81, que instituiu o usucapião especial, começa a correr da data da sua entrada em vigor. O princípio constitucional garantidor do direito à propriedade privada não pode ser surpreendido com al-

terações da ordem jurídica que anulem sua eficácia" (RT 666/79, Ap. 123.103-1, rel. Des. Alves Braga, Quarta Câmara Civil, j. 30/8/90).

Ao tempo da propositura do pedido nestes autos – 21/7/86, a prescrição quinquenal contada da data da vigência da lei ainda não se operara.

Além disso, a posse dos autores não era pacífica ou sem oposição tanto que os arrematantes do imóvel formalizaram notificação em 1981 para a desocupação do bem, expedindo-se em 22/3/82 mandado de imissão de posse que, como se sabe, acabou não sendo cumprido.

Conclui-se por outro lado que para a usucapião rural, na condição de direito novo no ordenamento jurídico criado pela Lei n. 6.969, não pode ser computado para a contagem do prazo quinquenal o lapso temporal anterior à sua vigência.

Destaque-se ainda que o imóvel foi penhorado em ação de execução de título extrajudicial que não fora adimplido pelos apelantes e que no entanto fora emitido como pagamento do mesmo imóvel objeto da lide.

Isto posto, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Pedro Manoel Abreu e Nilton Macedo Machado, e emitiu parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Kurt Ernesto Hammerschmidt.

Florianópolis, 13 de maio de 1999.

Alcides Aguiar;

Presidente;

Nelson Schaefer Martins,

Relator.

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 98.015232-1, DE CHAPECÓ

Relator: Des. Napoleão Amarante

Cautelar preparatória de ação de resolução de contratos cummulada com pedido de perdas e danos. Liminar deferida para sustar, apenas, os efeitos de procurações outorgadas para a autocomposição de

créditos decorrentes de operações financeiras. Configuração do fumus boni juris e do periculum in mora. Agravo de instrumento desprovido.

As procurações outorgadas e decorrentes de contexto negocial complexo constituem, na hipótese, instrumento de autocomposição de créditos oriundos de operações financeiras, com multiplicidade de credores. Mas, ao mesmo tempo, o seu cumprimento, diante do que restou convencionado, está vinculado a uma obrigação de meio, plenamente entremostrada, por cláusula contratual expressa. Evidente, pois, que, se as providências prometidas pelos credores, de diligência e discernimento, não vieram a ser inteiramente implementadas, de modo a desconsiderar as metas discutidas e admitidas, explicitamente, à testa do conglomerado industrial devedor, o mandato outorgado aos titulares do crédito e concebido para facilitar a respectiva cobrança, mediante a venda de ações que representam o controle acionário das empresas, fragiliza-se, para relativizar a estipulação de sua irrevogabilidade. Sendo assim, diante desse quadro, emerge, com traços salientes, o direito subjetivo à ação que os agravados prometem intentar. E, por outra parte, o perigo de dano irreversível está presente diante da possibilidade de se verem os devedores despojados do controle acionário das empresas, com as conseqüências perversas que daí decorrem. Desse modo, parece evidente “o interesse amparado pelo direito objetivo, na forma de um direito subjetivo, do qual o suplicante se considera titular, apresentando os elementos que, prima facie, possam formar no juiz uma opinião de credibilidade mediante um conhecimento sumário e superficial”.

Vistos, relatados e discutidos, estes autos de Agravo de Instrumento n. 98.015232-1, da comarca de Chapecó (3ª Vara), em que é agravante Banco do Brasil S/A, sendo agravados Plínio David De Nês Filho e outros:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por unanimidade, desprover o recurso.

Custas de lei.

I — Relatório

1. Plínio David De Nês Filho e sua mulher, Elisabeth Maria De Nês, por si e na qualidade de representantes legais de MB Negócios e Participações Ltda., ajuizaram, perante a Terceira Vara Cível da comarca de Chapecó, medida cautelar preparatória de ação ordinária de resolução de contratos, cumulada com pedido de indenização por perdas e danos, requerendo, liminarmente, a sustação dos efeitos dos contratos de mútuos ce-

lebrados entre as empresas integrantes do Grupo Chapecó e, de maneira especial, dos efeitos das procurações que, para a garantia de autocomposição de créditos, foram outorgadas pelos autores.

2. Consoante a inicial, são os requerentes, por si e por MB Negócios e Participações Ltda., bem como pelas diversas participações societárias, acionistas majoritários das empresas integrantes do Grupo Chapecó, que compreende S/A Industrial e Comercial Chapecó, Chapecó Cia. Industrial de Alimentos, Chapecó Empreendimentos Ltda., Chapecó Trading S/A e Chapecó Argentina S/A Indl. y Coml., sediadas, as primeiras, na cidade de Chapecó, a penúltima, em Barueri, Estado de São Paulo, e a última, na Província de Buenos Aires, vizinha República da Argentina.

3. Relata, ainda, que aludido Grupo, parte integrante da história econômica do oeste catarinense, a partir de 1986, com a adoção sucessiva de vários planos econômicos mal-sucedidos, a repercutirem no seu fluxo de caixa, foi duramente golpeado, de modo a obrigar-se, para o atendimento de seus compromissos, a negociar linhas de crédito com bancos e instituições financeiras. E, nessas negociações, os mutuantes, agora credores, exigiram não só a caução de ações ordinárias nominativas de propriedade dos requerentes, no Capital do Grupo Chapecó, como também a outorga de procurações, em causa própria, irrevogáveis, “como meio de se garantir com o máximo possível de liquidez, da satisfação de seus créditos, através da venda das ações caucionadas”.

Em seguida, vem o esclarecimento de que todos esses financiamentos redundaram na assinatura do documento denominado de “Acordo de Credores e outros pactos”, datado de 11 de março de 1996, no qual restou avençado:

“a) — o afastamento do autor varão da administração do Grupo Chapecó; b) — a aceitação forçada, como condição do negócio, de novo Conselho de Administração, que passou a ser constituído, apenas, por pessoas designadas pelos credores; c) — e a entrega da administração das empresas do Grupo para Option Serviços Financeiros S/C Ltda., na pessoa de Luiz José Fabiani”.

4. A partir daí, e presentes várias cláusulas literalmente transcritas, esclarece a exordial que, apesar dos vários negócios representados pelo aludido Acordo e por atos oriundos deste não haver em resultado da livre e espontânea vontade dos autores, foram todos esses ajustes indicados “como única saída possível para solucionar os problemas de seu grupo empresarial”. Ou melhor, conforme declaração enfática, foi este o caminho oferecido para a preservação de negócios dos devedores, dos interesses dos parceiros integrados, dos salários de funcionários e colaboradores, enfim, para salvaguardar a continuidade da empresa e resguardar o seu patrimônio econômico e moral.

Alega-se, entretanto, que esses mesmos contratos, ao alijarem o autor varão da administração de suas empresas, “foram pluralmente descumpridos, de maneira extremamente grave e séria, causadora de inúmeros prejuízos, pelos ora suplicados”, a co-

meçar pela ausência de Luiz Geraldo Fabiani, gestor responsável pela administração das empresas do Grupo Chapecó, cuja atuação vem classificada como obrigação de meio e não de resultado. E, mesmo assim, a ela não se vinculou, como era de seu dever, tanto que deixou de indicar para a Diretoria do Grupo pessoas de elevada habilitação profissional, nomeando, ao contrário, para esse órgão, antigos funcionários da empresa que, apesar de dedicados, não são administradores altamente especializados.

5. Conclui-se que, sem a presença de uma gerência e uma administração qualificadas, o resultado, pelo descaso, não poderia ser o esperado.

Registra-se que, afastado da administração do Grupo Chapecó, o seu principal acionista, a reversão do quadro financeiro não chegou a acontecer seja pela dispersão dos responsáveis por decisões estratégicas, seja pela falta de informações técnicas, seja, enfim, pela dilaceração de muitos setores vitais da Companhia.

Salienta-se, ainda, que, em momento algum, o Conselho de Administração ou os Bancos credores fixaram ou determinaram obediência a uma determinada estratégia. Ao reverso, chegaram a abortar decisões importantes de redução de custos ou de maior tempo de sobrevivência, “sob o argumento de que a negociação terminaria em poucos dias, ensejando, em suma, num golpe fatal à credibilidade da empresa e de seus representantes legais, junto aos credores, aos seus funcionários, aos integrados e produtores, aos fornecedores e a órgãos da administração

pública centralizada ou descentralizada”.

E adita-se haver caracterizado o desinteresse das demandadas até mesmo pela não realização de Assembleia Geral Ordinária para análise e aprovação de balanço, de modo que, aprofundando-se a crise da empresa, foi esta levada a pedir o benefício legal da concordata preventiva.

6. Diante desses fatos, a importarem em responsabilidade civil por danos materiais e morais, e, ademais, presente o justo receio de darem os credores eficácia às procurações que lhes foram outorgadas, vinculadas às operações de créditos e outros ajustes, fazendo promover a venda das ações de propriedade dos autores, requereram estes a imediata suspensão dos efeitos dos contratos e, de modo especial, das procurações indicadas na presente cautelar.

7. Apreciando a pretensão, o ilustre Magistrado a quo, após breve relato dos fatos e, dando-se por competente para o processo e julgamento da cautelar, assim solucionou a liminar postulada:

“As procurações concedidas aos requeridos foram outorgadas com cláusula de irretratabilidade, o que a priori impediria sua revogação nos expressos termos do art. 1.317 do Código Civil.

“Inobstante, a possibilidade da venda imediata das ações tão logo tenham os credores conhecimento da condição de concordatária reforça a idéia de periculum in mora, pois há inegável risco de dano irreversível.

“Contudo, a suspensão dos demais contratos, mormente no que diz respeito à administração da compa-

9. Foram prestadas as informações e, mantido o ato judicial impugnado, aditou o Magistrado, ainda, mais este argumento em prol de sua decisão:

“Considero necessária a manutenção da liminar impeditiva da venda das ações ante a situação concordatária do Grupo Chapecó, situação fática que, em sendo permitida a venda das ações, uma simples ligação telefônica ou um simples toque no computador tornaria irreparável a situação das ações que são justamente objeto da lide principal.

“Tal situação, agravada evidentemente pela recessão econômica em curso, vem-se repetindo em todo o país, chegando a constar do editorial do caderno de economia do jornal Folha de S. Paulo do último sábado (21/11/98) a declaração de que a baixa cotação das empresas nacionais estaria facilitando a sua aquisição pelo capital estrangeiro” (fls. 240/241).

10. Os agravantes, em seguida, compareceram aos autos para juntar expediente dirigido ao Banco do Brasil S/A, dando conta que, em outubro de 1986, pouco antes da celebração do aludido acordo, o Banco Bozano Simonsen S/A, comunicava que “as ações oferecidas em caução aos citados Bancos sobejavam para o pagamento de seus eventuais créditos” (fls. 242).

A contraminuta ao agravo, oferecida tempestivamente, veio instruída com parecer firmado pelo Professor Álvaro Villaça Azevedo (fls. 299/330).

Os agravados buscam demonstrar que, à luz dos negócios a

que se vinculam, os mandatos não podem ser considerados irrevogáveis, não se tratando, outrossim, de procuração em causa própria, dada a sua manifesta incompatibilidade com o dever de prestar contas, sendo que, no caso, este decorre do fato da restituição de saldo, quando for positivo na alienação das ações. Voltam a registrar que, diante do acordo celebrado entre as instituições credoras e os agravados, não existiu, apenas, simples prorrogação do prazo, mas a asunção de uma série de obrigações por parte dos credores, jamais honradas, como restou demonstrado.

Dai por que concluem pedindo pelo desprovimento do recurso.

Este é o relatório.

II — Voto

11. Como restou evidenciado, os agravados intentaram medida cautelar, preparatória de ação ordinária de resolução de contratos cumulada com o pedido de perdas e danos, requerendo, a título de liminar, a sustação de seus efeitos, deferida, apenas, em relação às procurações. Assim, pela decisão judicial não podem os credores, inclusive o agravante, delas utilizar-se para a transferência das ações ordinárias nominativas que conferem aos agravados o controle do Grupo Chapecó, atualmente concordatário.

Segundo revelam os autos, está comprovado que as instituições demandadas na cautelar, como credoras, e, ainda, nessa mesma condição, os credores por subscrição de debêntures, diante da possibilidade de financiamento prometido à Chapecó Ali-

mentos, pela Finame, celebraram, com os agravados, acordo conferindo poderes a Bozzano Simonsen e ao Banco do Brasil S/A para a alienação de todas as ações de propriedade de Plínio David De Nês Filho, de sua mulher Elizabeth Maria De Nês e de MB Participações Ltda., se porventura os seus créditos não forem liquidados, com o subsequente e gradual saneamento econômico-financeiro e operacional da aludida empresa.

As parceiras do Grupo Chapecó confessaram expressamente as dívidas constantes de demonstrativo que integra esse mesmo pacto.

12. O objeto do acordo é do teor seguinte:

“O presente acordo visa ao estabelecimento de diretrizes e linhas de conduta comuns a serem adotadas pelas partes antes qualificadas e que a este Acordo de Credores aderirem, a fim de que, de um lado, os credores das empresas do Grupo Chapecó recebam seus créditos e, de outro, as empresas do Grupo Chapecó e seus controladores, MB Participações, Sr. Plínio e a Sra. Elisabeth, saldem suas dívidas e vendam a participação acionária que detêm na Chapecó (conforme contrato celebrado em 9 de agosto de 1996 e respectivo aditivo com eficácia entre essas pessoas, o Bozano Simonsen e o Banco do Brasil para a referida alienação), com a preservação do valor das ações dos acionistas minoritários das sociedades integrantes do Grupo Chapecó.

“(…) O presente acordo tem, ainda, por objeto o saneamento econômico-financeiro do Grupo Chapecó e, precipuamente, a liquidação de seus débitos, mediante a revisão e o esta-

belecimento de mecanismos ou instrumentos gerenciais, administrativos, financeiros e jurídicos” (fls. 93/94).

Restou avençado, por outra parte, uma profunda modificação na administração das Empresas Chapecó, com a destituição dos então Diretores, passando, inclusive, pela Presidência da Chapecó e da Chapecó Alimentos pessoa estranha aos seus quadros, para o exercício das atribuições que lhe são inerentes, observado o contrato de Gestão que seria celebrado, como de fato o foi, entre a Option e a Chapecó (cláusula 5.3.a). E mais, a indicação de membros da Diretoria da Chapecó e da Chapecó Alimentos, que seria feita pelo novo Presidente, somente poderiam exercer as atividades correspondentes aos cargos, após a aprovação unânime de seus nomes pelo BNDES, pelo Banco do Brasil, pelo Bozano Simonsen e pelo IFC.

Pelo contrato de prestação de serviços, em que comparece como contratada Option Serviços Financeiros S/C Ltda. (fls. 129/137), obriga-se esta:

“3.2) (...) assessorar e orientar rotinas administrativas e operacionais da Chapecó e da Chapecó Alimentos, no que se inclui, exemplificadamente e sem limitações, a assessoria e orientação do funcionamento dos departamentos administrativo, financeiro, comercial, contábil, de produção, de pessoal e de recursos humanos, tudo com vistas a reduzir custos e incrementar a competitividade e, se possível, eficiência das empresas do conglomerado Chapecó (...).

"4.1) A contratada terá autorização para investigar e auditar as empresas Chapecó e Chapecó Alimentos, a fim de apurar todos os dados econômico-financeiros das empresas integrantes do referido conglomerado, bem como suas contingências, inclusive eventuais. Esta investigação será efetuada de maneira geral e irrestrita, pelo que todos os fatos e informações registrados, contabilmente ou não, deverão ser colocados à disposição da contratada (...).

"4.4) A contratada compromete-se a empreender seus melhores esforços para realizar a presente prestação de serviços de forma eficiente e com o objetivo de evitar o agravamento da situação da Chapecó, da Chapecó Alimentos e de seus controladores.

"4.5) Fica aqui expressamente estabelecido que as obrigações da Contratada são de meio e não de resultado, não se lhe podendo, portanto, imputar qualquer responsabilidade se, ao término deste contrato, persistir ou agravar-se o atual desequilíbrio econômico-financeiro da Chapecó e da Chapecó Alimentos ou de seus controladores" (fls. 131/132).

Os agravados alegam que a prestadora de serviços não desempenhou corretamente as suas atribuições, aprofundando, inclusive, a crise financeira do Grupo Chapecó, e, bem por isso, a cautelar para sustar os efeitos dos instrumentos de mandato, para resguardar os seus direitos diante de futura procedência da ação.

13. Entende o agravante, de sua feita, que, na questão aqui versada, havendo cláusula expressa de irrevogabilidade do mandato e por ser este em causa própria, incidem as

duas hipóteses do artigo 1.317, I e II, do Código Civil, in verbis:

"Art. 1.317. É irrevogável o mandato:

"I — quando se tiver convencionado que o mandante não possa revogá-lo, ou for em causa própria a procuração dada".

Assim, pode-se convencionar, sem dúvida alguma, a irrevogabilidade do mandato —, ou esta decorre, simplesmente, da circunstância de tratar-se de mandato in rem propriam.

Acentue-se, todavia, que a irrevogabilidade não é absoluta, mesmo quando convencionada e, por outra parte, não se trata, na espécie, de mandato em causa própria.

Em relação ao primeiro caso — irrevogabilidade consentida do mandato —, com ênfase de que ela não constitui uma regra absoluta, assim preleciona Washington de Barros Monteiro:

"Examinemos o primeiro caso. Pode-se convencionar que o mandato seja irrevogável; tal estipulação desnatura o mandato, mas a lei a permite em atenção à liberdade dos contratantes. Tal cláusula importa exclusivamente em impedir que o mandante use da normal faculdade de revogar o mandato em qualquer tempo; não pode, de modo algum, ser entendida como cessão de direito.

"Entretanto, mesmo que tenha sido convencionado a irrevogabilidade, pode o mandante revogar a procuração, respondendo, em tal hipótese, pelas perdas e danos infligidas ao mandatário. Com essa estipulação, ele assume a obrigação de não fazer, que, violada, dá lugar à composição

de prejuízos" (Curso de Direito Civil, Direito das Obrigações, vol. II, Sarai-va, São Paulo, 1959, pág. 296).

E por que não pode revogar pa-
ra, por meio de ação correta, postular,
o próprio mandante, perdas e danos,
se, ao reverso, o mandatário não hou-
ver cumprido com diligência e exati-
dão o seu munus, notadamente quan-
do vinculou-se este, na contrapartida
à procuração e outras avenças, a uma
obrigação de meio ou de resultado?

No segundo caso — irrevogabili-
dade de procuração em causa pró-
pria —, não se pode fugir da conclu-
são de que não se trata, aqui, dessa
espécie de mandato, porquanto, está
ínsito, em todo o conjunto dos atos
negociais, o dever de prestar contas
por parte do mandatário. E não há co-
mo desconhecer essa obrigação, se
restou estabelecido expressamente,
quando da venda das ações, a devo-
lução do saldo existente em moeda
corrente ou, implicitamente, a restitui-
ção das ações que sobejarem, após
quitados os débitos.

Ora, se está presente o dever
de prestar contas, conforme se pode
deduzir, de procuração em causa pró-
pria já não se trata, como adverte
Washington de Barros Monteiro:

"A prestação de contas é assim
dever inerente ao mandato, porque o
mandatário se acha incumbido de ge-
rir negócio alheio, assumindo-o inde-
pendente de qualquer convenção a
respeito. Só estará dispensado de
prestá-las o procurador em causa pró-
pria" (op. cit., pág. 282).

Desse modo, existe, em tese,
todo o delineamento do *fumus boni ju-
ris*, mormente se, em verdade, como
alegado, não houve o correto desem-

penho de atribuições conferidas,
porque exigidas pelos credores, para
gerir os negócios do Grupo Chapecó
e, especificamente, da Chapecó Ali-
mentos.

No mais, em se tratando de
obrigação de meio, é possível a inci-
dência do princípio da responsabili-
dade em relação ao mandatário, como
salienta, a esse propósito, Maria Hele-
na Diniz:

"A obrigação de meio é aquela
em que o devedor se obriga tão-so-
mente a usar de prudência e diligência
normais na prestação de certo serviço
para atingir um resultado, sem, contu-
do, se vincular a obtê-lo. Infere-se daí
que sua prestação não consiste num
resultado certo e determinado a ser
conseguido pelo obrigado, mas
tão-somente numa atividade prudente
e diligente deste em benefício do cre-
dor. Seu conteúdo é a própria ativida-
de do devedor em tomar certas preca-
uções, sem se cogitar do resultado
final.

"Havendo inadimplemento des-
sa obrigação, é imprescindível a análi-
se do comportamento do devedor, pa-
ra verificar se ele deverá ou não ser
responsabilizado pelo evento, de mo-
do que cumprirá ao credor demonstrar
ou provar que o resultado colimado
não foi atingido porque o obrigado não
empregou a diligência e a prudência a
que se encontrava adstrito (AJ,
104:233). Isto é assim porque nessa
relação obrigacional o devedor ape-
nas está obrigado a fazer o que esti-
ver a seu alcance para conseguir a
meta pretendida pelo credor; logo, li-
berado estará da obrigação se agiu
com prudência, diligência e escrúpulo,
independentemente da consecução

efetiva do resultado. O obrigado só será responsável se o credor provar a ausência total do comportamento exigido ou uma conduta pouco diligente, prudente e leal" (Curso de Direito Civil Brasileiro, Saraiva, 2º vol., pág. 161).

As procurações no contexto negocial aqui evidenciado, caracterizado pela complexidade, constituem instrumento de autocomposição de créditos oriundos de operações financeiras com multiplicidade de credores. Mas, ao mesmo tempo, o seu cumprimento, diante do que restou convencionado, está vinculado a uma obrigação de meio, plenamente entremostrada por cláusula contratual acima transcrita. Evidente, pois, que, se as providências prometidas, de diligência e discernimento, não vieram a ser inteiramente implementadas, de modo a desconsiderar as metas discutidas e admitidas, explícita ou implicitamente, à testa do conglomerado industrial, o mandato concebido para facilitar a cobrança de créditos, mediante a venda de ações que representam o controle acionário das empresas, fragiliza-se, para relativizar a estipulação de sua irrevogabilidade.

Ora, diante desse quadro, emerge, com traços salientes, o direito subjetivo à ação que os agravados prometem intentar, dando respaldo, por consequência, à liminar deferida.

Aliás, a este propósito, impen-de trazer a lume a lição de Humberto Theodoro Júnior, apoiado em Ugo Rocco:

"Para a ação cautelar, não é preciso demonstrar-se cabalmente a existência do direito material em risco, mesmo porque esse, freqüentemente, é litigioso e só terá sua comprovação

e declaração no processo principal. Para merecer a tutela cautelar, o direito em risco há de revelar-se apenas como o interesse que justifica o 'direito de ação', ou seja, o direito ao processo de mérito.

"É claro que deve ser revelado como um 'interesse amparado pelo direito objetivo, na forma de um direito subjetivo, do qual o suplicante se considera titular, apresentando os elementos que prima facie possam formar no juiz uma opinião de credibilidade mediante um conhecimento sumário e superficial' (...)."

E acrescenta:

"Incertezas ou imprecisões a respeito do direito material do requerente não podem assumir a força de impedir-lhe o acesso à tutela cautelar. Se, à primeira vista, conta a parte com a possibilidade de exercer o direito de ação e se o fato narrado, em tese lhe assegura provimento de mérito favorável, presente se acha o *fumus boni iuris*, em grau suficiente para autorizar a proteção das medidas preventivas.

"Somente é de cogitar-se da ausência do *fumus boni iuris* quando a pretensão do requerente, tal como mostrada ao juiz, configuraria caso de petição inicial inepta, ou seja, de petição de ação principal liminarmente indeferível (art. 295).

"Fora daí, há sempre algum vestígio de bom direito que, em princípio, se faz merecedor das garantias da tutela cautelar" (Curso de Direito Processual Civil, vol. II, 15ª ed., 1996, págs. 371/372).

A irreversibilidade do dano não está na circunstância de não poderem responder por ele, em sua integralidade, os credores, mas na impossibili-

dade de, uma vez vendido o controle acionário, se verem despojados os agravados do controle das empresas ou da gestão ou participação da administração destas.

Daí por que se nega provimento ao recurso.

III — Decisão

Nos termos do voto do relator, a Câmara decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

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

Florianópolis, 27 de abril de 1999.

*Napoleão Amarante,
Presidente e Relator.*

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 98.016261-0, DE LAGES

Relator: Des. Napoleão Amarante

Antecipação de tutela. Em ação responsabilidade civil. Inexistência de prova inequívoca da culpa irrogada aos lesantes. Agravo de instrumento provido.

Necessário ter presente que, em sede de responsabilidade extrac contratual, com exordial que enfatiza a configuração da culpa, a autorizar a imputação ao lesante dos danos e de suas conseqüências, o acolhimento final da pretensão nela deduzida não pode dispensar a prova incontestada da ilicitude civil. E como a antecipação de tutela, em parte ou no todo, é para integrar-se no comando futuro de uma sentença, tem-se, por certo, que o ato decisório liminar não pode ser manifestado, também, sem a demonstração da ação ou omissão de natureza culposa daquele a quem se vai atribuir a obrigação indenizatória ou ressarcitória. Daí se infere que não há uma distância entre a ação e a tutela antecipada, quer quanto ao fato quer quanto ao direito, porque, tanto ali quanto aqui, os pressupostos substantivos para a indenização não são diferentes, pois, do contrário, não se poderia conceber, como moderno instrumento jurídico, de fundo lógico e racional, este último remédio processual, que permite ministrar a antecipação da prestação jurisdicional quando, classicamente, o ato jurisdicional, quanto ao mérito, configura termo de exaurimento do respectivo processo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 98.016261-0, da comarca de Lages (2ª Vara), em que é agravante Espólio de Pedro Sérgio Fernandes, representado por sua inventariante, Maria da Glória D'Ávila Fernandes, sendo agravada Angelita Lisboa Fabre Cevei:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

1. Angelita Lisboa Fabre Cevei ajuizou ação de indenização por danos material e moral, com pedido de liminar de antecipação de tutela contra o Espólio de Pedro Sérgio Fernandes e o Aeroclube de Lages, alegando, em resumo, que, por ensejo da comemoração dos cinquenta e cinco anos de existência desse centro de formação para pilotos civis, e diante das atrações então propaladas, compareceu ao local, com o seu marido e sua filha, criança, ainda, para participar do aludido evento. Informa, em seguida, que os dois últimos, Raimundo Cevei e Andrize Fabre Cevei, esta, com seis anos de idade, apenas, em vôo panorâmico, num Cesna 310, prefixo PT IJA, bimotor, de propriedade de Pedro Sérgio Fernandes, por ele também pilotado, vieram a falecer, juntamente com este último, em razão de manobra perigosa e arriscada, conhecida como "vôo rasante". Configurado o ilícito civil, a requerente, além de outras considerações de fato e de direito, pleiteou antecipação de tutela, a teor do artigo 273 do Código de Processo

Civil, deferida, in limine litis, sem audiência da parte contrária, para atribuir aos co-demandados a obrigação pelo pagamento de soma mensal correspondente a 2/3 (dois terços) da remuneração que percebia o seu consorte, como funcionário de uma micro-empresa.

2. O pedido restou atendido, por entrever o ilustre Julgador, notável pela sua dedicação, com respaldo na doutrina e jurisprudência, que, em tema de prestação alimentar, a despeito da irreversibilidade que lhes é inerente, "se a verossimilhança pesar significativamente em favor do autor, o magistrado está autorizado a sacrificar o direito improvável, em benefício do direito que se mostre mais verossímil".

3. Contra esta decisão foi interposto agravo de instrumento, devidamente formalizado, em cujas razões, contrapondo-se à solução judicial, argumenta o recorrente que o adiantamento de tutela se não pode ser prodigalizado, com base em simples alegações, é porque não dispensa a preexistência de prova clara, evidente e portadora de convencimento acerca da razoabilidade do direito a ser outorgado, total ou parcialmente. E, louvando-se, ainda, em Humberto Theodoro Júnior, acentua, em outros termos, que, para a tutela antecipada, é indispensável, diante dos elementos existentes para a formação do juízo decisório, a perspectiva de identidade entre a equação antecipada ou antecipanda e aquela a ser editada definitivamente. Argumenta que, na hipótese, estando o pedido vinculado ao princípio da responsabilidade civil fundada na culpa e, não evidenciada esta, não poderia ter sido lavrado o edito ora impugnado.

4. Após as informações, concedido restou o efeito suspensivo almejado, em despacho firmado pelo ilustre Desembargador Vanderlei Romer, in litteris:

“Dispõe o caput do artigo 558 do Código de Processo Civil:

‘O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de (...) e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara’.

“A decisão profligada ordena ao agravante o pagamento de 2/3 (dois terços) dos valores percebidos pelo falecido marido da agravada, sob o único argumento fático de que ‘A autora, com atividade voltada única e exclusivamente para as prendas do lar, em face do sinistro, que foi de conhecimento nacional, perdeu sua fonte de renda e ainda está a amargar dor profunda pelo passamento de dois entes queridos — esposo e filha. É dor em demasia para um só ser suportar, quanto mais sem o aporte financeiro que lhe era garantido pelo de cujus, o qual, sem dúvida nenhuma, em que pese a simplicidade em que viviam (fls. 22/23), lhe garantia uma vida digna’ (fls. 8).

“Não se descurando da situação por que passa a agravada, o fato é que não se vislumbra, prima facie, prova inequívoca acerca da culpa do falecido piloto, requisito essencial à concessão da tutela antecipada, segundo preceitua o artigo 273, caput, do Código de Processo Civil. Tampouco a decisão vergastada aponta qualquer indício de que tal prova exista.

“Quanto à probabilidade de lesão grave, verifica-se que o acervo patrimonial do autor do espólio agravante constitui-se de apenas um apartamento com garagem e direitos sobre uma linha telefônica celular (fls. 49), incapazes de, em um primeiro momento, por si, auferirem renda que possibilite o pagamento da verba alimentar.

“Ante o exposto, concedo o almejado efeito suspensivo” (fls. 74/75).

É o relatório.

II — Voto

5. A decisão agravada, como não poderia deixar de ser, projetada, ad futurum, como certa a prestação jurisdicional de conteúdo condenatório, a ratificar, num dispositivo mais abrangente, a tutela antecipada.

Necessário ter presente que, em sede de responsabilidade extrac contratual, com exordial que enfatiza a configuração da culpa, a autorizar a imputação ao lesante dos danos e de suas conseqüências, o acolhimento final da pretensão nela deduzida não pode dispensar a prova incontestada da ilicitude civil. E como a antecipação de tutela, em parte ou no todo, é para integrar-se no comando futuro de uma sentença, tem-se, por certo, que o ato decisório liminar não pode ser manifestado, também, sem a demonstração da ação ou omissão de natureza culposa daquele a quem se vai atribuir a obrigação indenizatória ou ressarcitória.

Daí se infere que não há uma distância entre a ação e a tutela antecipada, quer quanto ao fato quer

quanto ao direito, porque, tanto ali quanto aqui, os pressupostos substantivos para a indenização não são diferentes, pois, do contrário, não se poderia conceber, como moderno instrumento jurídico, de fundo lógico e racional, este último remédio processual, que permite ministrar a antecipação da prestação jurisdicional quando, classicamente, o ato jurisdicional, quanto ao mérito, configura termo de exaurimento do respectivo processo.

A diferença, ou melhor, a distinção é essencialmente formal, porque, enquanto na tutela antecipada pode-se desprezar o contraditório, a audiência da parte contrária, a mínima instrução processual, já para a edição de solução judicial definitiva, sem a preocupação com aspectos de correlação com o pronunciamento anterior, o exaurimento procedimental constitui pressuposto básico para a eficácia e validade do ato de império do Estado jurisdição. Ou, ainda, a antecipação da tutela conspira contra a ritualidade porque pode incidir antes da instauração do procedimento ou recém-iniciado este, enquanto que a sentença, com o selo de definitividade, indica o termo final da relação processual, em sua fase de conhecimento. Entretanto, aqui e ali, em termos de direito material, a solução vai depender de um quadro fáctico, plenamente definido e demonstrado, com ressonância na or-

dem jurídica. A partir daí, na tutela, o preceito deve ser a projeção do que vai ocorrer na prestação jurisdicional definidora do direito da parte.

Ora, na espécie, o laudo pericial, produzido por iniciativa da 2ª Delegacia Policial de Lages, não é conclusivo quanto à culpa de Pedro Sérgio Fernandes, inexistindo, por outra parte, qualquer informação acerca de ato omissivo ou comissivo por parte dos responsáveis ou dos prepostos do Aero clube, que haja ocasionado o acidente. O esclarecimento detalhado do fato, para efeito de apuração da culpa, deve ser obtido mediante a prova a ser produzida no decurso do respectivo processo.

Assim, dá-se provimento ao recurso para cassar o ato judicial recorrido.

III — Decisão

Nos termos do voto do relator, a Câmara decidiu, por unanimidade, prover o recurso.

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

Florianópolis, 30 de março de 1999.

Napoleão Amarante,
Presidente e Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.001218-2, DA CAPITAL

Relator: Des. Xavier Vieira

Agravo de instrumento.

Execução fiscal. Prosseguimento do feito contra o substituto tributário. Possibilidade ante a peculiaridade do caso.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 99.001218-2, da comarca da Capital, em que é agravante Edelyn Schweidson Kramer, sendo agravado o município de Florianópolis:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, sem voto discrepante, dar provimento ao recurso.

Custas ex lege.

Agravo de Instrumento interposto por Edelyn Schweidson Kramer contra decisão que deferiu o prosseguimento da ação de execução fiscal que lhe promoveu a Fazenda Pública Municipal.

Sem pedido de efeito suspensivo, o município de Florianópolis, após arguir as preliminares de extemporaneidade recursal e ausência de certidão de intimação do despacho agravado, aplaudiu o acerto do decisório espancado.

É o relatório, no essencial.

Afastam-se, desde logo, as preliminares de intempestividade recursal e ausência da certidão de intimação do despacho agravado.

Verifica-se que proferida a decisão objurgada em 16/9/98, dela foi intimada a agravante em 11/12/98 (fls.9) e deduziu seu inconformismo em 1º de fevereiro do ano seguinte. Tempestivo está o agravo, porquanto os prazos judiciais neste Sodalício foram suspensos no período de recesso

de 23 a 31 de dezembro de 1998, pela Resolução n. 37/98—GP.

A outra preliminar também não merece prosperar, eis que a intimação do despacho profligado veio comprovada com a juntada da cópia do Diário da Justiça de fls. 9.

No tocante ao mérito, depreende-se dos autos que o município de Florianópolis promoveu contra Edelyn Schweidson Kramer Execução Fiscal, objetivando cobrar-lhe a importância de R\$ 88.596,30 (oitenta e oito mil quinhentos e noventa e seis reais e trinta centavos), referente a falta de recolhimento do IPTU relativo a imóveis situados na Rua Trajano, de propriedade da Executada e locados à Modelar Modas e Confeções e por ela não honrados.

No curso da referida execução houve composição da dívida entre as partes, oportunidade na qual ficou convenicionado o parcelamento em 48 (quarenta e oito) prestações mensais, a ser honrado pela locatária, sendo que a referida transação, com o aditamento de fls., restou devidamente formalizada, homologada judicialmente.

Todavia, diante do descumprimento da avença, já que a locatária quitou apenas a primeira parcela do referido ajuste, a Fazenda Pública Municipal requereu o prosseguimento da ação contra a proprietária dos imóveis sobre os quais incidem os tributos.

O Magistrado, por despacho de fls. 86, entendendo que o débito continua a ser de responsabilidade da locadora, ante o não cumprimento da avença por seu substituto, indeferiu a postulação da executada no sentido de que se desse baixa na distribuição, com a expedição de certidão negativa.

Daí o presente inconformismo, em cujas razões insiste a Agravante que depois da homologação do acordo e respectivo aditamento não é mais responsável tributária pela dívida executada, já que tal encargo recaiu sobre Modelar Modas e Confecções, que assumiu a posição de executada, com a devida anuência do exequente e chancela judicial.

Na verdade, as convenções particulares são juridicamente válidas entre as partes contratantes, mas nenhum efeito produzem contra a Fazenda Pública.

Neste sentido o art. 123 do Código Tributário Nacional:

“Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes”.

Todavia, no caso sub judice, vê-se que a Fazenda Pública, pela anuência do seu Sub-Procurador Dr. Roberto Kaestner Mattar, firmou o compromisso de fls., em que liberou a executada, ora agravante, da responsabilidade tributária, sendo que tal encargo foi transferido para Modelar Modas e Confecções Ltda., que assumiu a posição de executada. Como o acor-

do não foi cumprido integralmente, buscou a Municipalidade o prosseguimento da actio contra a antiga executada.

Ora, pelo Aditamento de fls. 31, a Fazenda Municipal excluiu, expressamente, a ora Agravante da relação tributária.

Vejamos:

“3 — Por tal avença, Modelar Modas e Confecções Ltda., além de confessar a dívida e propor-se a pagá-la junto à Municipalidade na forma que fosse convencionado entre ela e a Fazenda Pública, Modelar Hotelaria, além de propor-se à garantia de pagamento da dívida, ofereceu bem da sua propriedade para firmeza do negócio firmado;

“4 — O imóvel oferecido está devidamente descrito na petição de oferecimento de bens à penhora no processo de que ora se cuida (Execução Fiscal n. 2396013419.2), portanto, constante dos autos;

“5 — Na hipótese, portanto, Modelar Modas e Confecções Limitada, inobstante por ato entre as partes, passou a ser a responsável tributária, contra quem a execução, ex vi do artigo 4º, V, da Lei de Execução Fiscal, poderá ser promovida e, no caso, assumindo ela o processo, contra a mesma prosseguir, com as garantias inerentes objeto do contrato em anexo;

“6 — Por isso, firmam o presente compromisso de assumirem a posição de executados no processo em epígrafe, e, em consequência, liberando a executada do feito.

“A dívida da substituta processual e por ela assumida, permanece com as mesmas garantias consigna-

das no contrato incluso, inclusive no que pertine aos fiadores;

“7 — As partes, Substituta Processual e seus garantes, de um lado e a Prefeitura Municipal de Florianópolis, de outro, convencionaram o pagamento do débito relativo à execução supra, em quarenta e oito parcelas mensais e sucessivas, acrescido de juros de mora de 1% ao mês, sendo que na primeira parcela serão cobrados, além desta, as custas e honorários, vencendo-se as subseqüentes no dia 25 de cada mês, tendo em vista que a 1ª parcela foi paga em 25 de maio de 1996;

“8 — O presente acordo equivale à confissão de dívida por parte dos substitutos processuais e seus garantes e o seu não cumprimento implicará no prosseguimento do feito, com as cominações legais...”(grifo nosso) (fls. 31/32).

Portanto, quando a Fazenda Municipal diz que o não cumprimento

por parte do executado implicará no imediato prosseguimento do feito, certamente quer salientar que a ação executiva correrá contra Modelar Modas e Confecções Ltda. e nunca contra a agravante.

Desse modo, a Fazenda Pública Municipal assumiu em termos literais e expressamente a substituição processual, elegendo como responsável tributária — Modelar Modas e Confecções Ltda.

Assim, razão assiste à agravante, motivo pelo qual decide a Câmara, afastando as preliminares, dar provimento ao agravo.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Anselmo Cerello e Gaspar Rubik.

Florianópolis, 12 de agosto de 1999.

Xavier Vieira,
Presidente e Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 96.001913-8, DE XANXERÊ

Relator: Des. João José Schaefer

— *Ação pauliana.*

— *A sentença de procedência da ação pauliana beneficia apenas o credor que a promoveu. Em consequência, em relação a este é ineficaz a alienação de bens levada a efeito pelo devedor, podendo o credor, autor da pauliana, penhorá-los como se a alienação não tivesse existido.*

— *Agravo provido.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 96.001913-8, da comarca de Xanxerê

(2ª Vara), em que é agravante João Alberto Giordani, sendo agravados Gelson Ademir Fabiani e outros:

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

Custas de lei.

João Alberto Giordani agrava de decisão do Dr. Juiz de Direito da comarca de Xanxerê que indeferiu pedido seu para anular a penhora e conseqüente arrematação que Gelson Ademir Fabiani levou a efeito, de bens de Paulo Alberto de Souza e sua mulher.

Relata, então, que, credor de Paulo Alberto de Souza por uma nota promissória no valor de NCz\$ 10.000,00, constatou que ele doara a seus irmãos e cunhados os bens que possuía, tornando-se insolvente. Promoveu ação pauliana, julgada procedente por sentença de 31/1/94, transitada em julgado e, em seguida, a execução, de trâmite algo moroso, em razão de desaparecimento do executado da Comarca. Estava sendo providenciada a intimação dos executados da penhora quando o agravante tomou conhecimento de que haviam sido penhorados e iam a arrematação os bens cuja doação fora anulada na ação pauliana.

Requeru a anulação ao Juízo, mas este a indeferiu, primeiro porque a penhora efetivada em favor de Gelson Ademir Fabiani era anterior à dos requerentes e segundo porque a sentença na pauliana gerou efeitos perante terceiros.

Relatando que a execução promovida por Gelson Ademir Fabiani teve andamento extremamente célere, gerando suspeitas de conluio entre o exequente e o executado para prejudicar o ora agravante, invoca lição de

Yussef Said Cahali no sentido de que a pauliana “não aproveita senão ao credor que a exerceu; o ato atacado permanece oponível a todas outras pessoas”, e requer a atribuição de efeito suspensivo ao recurso e a reforma final da decisão.

Tal efeito foi conferido em parte pela decisão de fls. 57/58, para que o Juízo de origem oficiasse ao Registro de Imóveis para averbar, à margem dos registros ns. 9.919 e 4/9.919, que pendente de julgamento agravo contra aquela decisão.

Requisitadas informações, prestou-as o Dr. Juiz a quo, invocando, em prol do aproveitamento da anulação por outros credores, julgado na RT 591/142 e lição de Maria Helena Diniz em seu “Curso de Direito Civil Brasileiro”, 1º vol., pág. 258.

Os agravados responderam, aplaudindo a decisão e invocando acórdãos referentes especialmente à aplicação do art. 711 do CPC.

É o relatório.

O que se discute nos autos é se a sentença de procedência da ação pauliana beneficia apenas o credor que a intentou, de tal sorte que em relação a ele é ineficaz a alienação, ou se beneficia outros credores posteriores do devedor.

Para o despacho agravado, beneficiam-se todos os credores, mesmo os posteriores, sendo aplicável o art. 711 do CPC quanto à preferência decorrente da prioridade da execução.

Lastreia seu entendimento em lição de Maria Helena Diniz e em julgado constante da RT 591/142, aquela sustentando que “o principal efeito

da ação pauliana é revogar o negócio lesivo aos interesses dos credores, repondo o bem no patrimônio do devedor, cancelando a garantia real concedida (CC, art. 113 e parágrafo único) em proveito do acervo sobre que se tenha de efetuar o concurso de credores, possibilitando a efetivação do rateio, aproveitando a todos os credores e não apenas ao que a intentou” e o acórdão da RT 591/142, oriundo do 1º Tribunal de Alçada Civil, na Ap. n. 330.502, definindo:

“A fraude contra credores, uma vez reconhecida, aproveita a todos os credores e não só àqueles que tomaram a iniciativa de ajuizar a ação pauliana”.

Acentua o acórdão em apreço que “O parágrafo único do art. 106 do CC não tem o sentido que o recorrente pretende dar, ou seja, que só se beneficiam da ação pauliana os credores que já o eram ao tempo da prática do ato fraudulento”.

Tal entendimento, contudo, não é o predominante, tanto na doutrina como na jurisprudência.

Humberto Theodoro Júnior diz que “se a pauliana, na visão moderna da doutrina nacional e do direito comparado, não é ação de nulidade, mas ação de inoponibilidade, seu efeito prático não pode beneficiar senão os credores que a exerceram” (Fraude contra Credores — A natureza da ação pauliana, Ed. Del Rey, pág. 151).

Adiante afirma que “o seu resultado prático concerne unicamente ao credor ou credores promoventes”, transcrevendo lição de Henri de Page para quem “Esse proveito não entra no patrimônio do devedor, e, por isso

mesmo, o credor demandante escapa ao concurso de outros credores”.

Aplauze, então, a doutrina exposta por Yussef Said Cahali a respeito.

Em seu livro “Fraudes contra Credores”, Ed. RT, 1990, o magistrado e civilista paulista, fundado em Mazeaud, Planiol, Aubry e Rau e outros, leciona que “a ação pauliana é uma ação de inoponibilidade; sendo o ato jurídico, de regra, oponível aos credores dos contratantes, a ação pauliana representa o meio que se dá ao credor para descartar os efeitos dessa oponibilidade; daí resulta que a ação pauliana não aproveita senão ao credor que a exerceu; o ato atacado permanece oponível a todas outras pessoas” (pág. 342).

Observa, adiante, Cahali: “...desde que a revogação não se produz senão no interesse do credor-autor, e na medida desse interesse; e sendo a ação pauliana menos uma ação de anulação propriamente dita, que uma ação de inoponibilidade, desse efeito relativo da revocatória resulta que, em favor do terceiro adquirente, a alienação subsiste firme e proveitosa, para tudo aquilo que excede o interesse do credor demandante; apenas em favor do credor demandante, ele próprio, e com exclusão de todos os outros credores, concede-se o poder de penhorar o bem saído do patrimônio do devedor” (pág. 343, grifos deste acórdão).

É esse também o entendimento de Lauro Laertes de Oliveira, que sustenta em “Da Ação Pauliana”, pág. 65, que se a ação é proposta de maneira isolada por um credor, “...o benefício da ineficácia do ato fraudulento rever-

terá em benefício exclusivo do diligente credor”.

Acórdão da 6ª Câmara do TJSP relatado pelo Des. Ernani Paiva (RT 718/134), assentou que “A procedência da ação pauliana não leva à anulação do registro, e sim à averbação da decisão, nos termos do disposto nos arts. 167, II, n. 12, e 246 da Lei 7.015/73”.

Acolhe o acórdão a orientação de Youssef Said Cahali, que transcreve, no sentido de que o verdadeiro resultado da ação pauliana “representa-se no reconhecimento da ineficácia do ato fraudulento em relação ao credor frustrado na sua garantia de adimplemento”, consignando, também, a opinião de Theotônio Negrão, em nota 10 ao art. 593 do CPC, de que “A alienação ou oneração é ineficaz em relação ao exequente, embora válida quanto aos demais, e, por isso, não há necessidade de ser anulado o registro imobiliário”.

A sentença prolatada na pauliana, na verdade, fiel à letra do art. 106 do Código Civil, anulou a doação feita pelo réu a seus irmãos e cunhados, mas, como registra Humberto Theodoro Júnior, a pauliana, “na visão mo-

derna da doutrina nacional e do direito comparado, não é ação de nulidade, mas ação de inoponibilidade, seu efeito prático não pode beneficiar senão os credores que a exerceram”, de sorte que se tem o decreto de procedência da pauliana, no caso, como ineficaz em relação ao agravante.

Nessas condições, não há subsistirem a penhora e a arrematação levada a efeito pelo agravado, se a alienação feita por Paulo Aberto de Souza e sua mulher em favor de seus irmãos e cunhados é ineficaz em relação ao agravante.

Dá-se, pois, provimento ao agravo para possibilitar a penhora em favor do agravante dos bens objeto da ação pauliana, a fim de que sobre eles recaia a execução que o agravante promoveu contra Paulo Alberto de Souza.

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

Florianópolis, 11 de março de 1999.

*João José Schaefer,
Presidente e Relator.*

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 97.005491-2, DE GASPAR

Relator: Des. João José Schaefer

— *Processual civil. Legitimidade ad causam.*

— *Se a inicial relata fatos praticados por pessoa que, embora policial civil, não estava no exercício da função, responde ela própria civilmente pelos danos que sua ação ocasionou, e não o Estado.*

— *Não se vislumbrando na espécie a existência de direito regressivo dos denunciante contra o Estado, caso percam a ação, des-cabe a denúncia à lide da entidade de direito público interno.*

— *Não justificada a necessidade de prova pericial, preten-dendo-se apenas devesse ela ser realizada antes da prova oral, do que não cuidou o despacho agravado, não há o alegado gravame.*

— *Agravo desprovido.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 97.005491-2, da comarca de Gaspar, em que é agravante Luiz Eduardo Ferencz, sendo agravados Roberto Spengler e outros:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, negar provi-mento ao agravo.

Custas de lei.

Luiz Eduardo Ferencz agrava de instrumento da decisão do Dr. Juiz de Direito da Vara Cível da comarca de Gaspar que, nos autos da ação de indenização que a ele e outros, mo-vem Roberto Spengler e outros, ao prolatar o despacho saneador teve por legítimas as partes e incabível a denúncia da lide ao Estado de Santa Catarina, indeferindo, por des-necessária, a prova pericial.

Alega que integrava os quadros da Polícia Civil de Santa Catarina, co-mo Comissário, lotado na ocasião na Central de Plantão Policial (CPP) de Blumenau; que no dia relatado na ini-cial o também requerido Márcio Luiz Passold, que estava acompanhado do amigo Carlinho Bogo Júnior, foi vítima de graves agressões, com uma garra-fada na cabeça, no interior da Socie-dade Alvorada, de Gaspar.

Que o agravado dirigiu-se à Polí-cia de Gaspar, em companhia de outras colegas, também policiais, não logran-do obter qualquer auxílio, encaminhan-do-se, em seguida, ao Hospital Santa Catarina em Blumenau, após manter contato telefônico com o ora agravan-te.

Este, então, acompanhou o agredido de retorno a Gaspar e, após passarem na Delegacia, dirigiram-se com os também policiais Adilson José Cardoso e Moacir Franco Moreira e ainda André Leonardo Peiter ao Raul's Hotel, de propriedade da família Spengler, a procura do agravado Sér-gio Luiz Spengler, sendo ali agredidos física e moralmente.

Sustenta o agravante, ainda, que Márcio Luiz Passold é policial civil e foi como funcionário do Estado que procurou um colega de profissão, que atuou no caso como agente do Esta-do.

A ação, objetivando a respon-sabilidade civil por atos praticados contra os agravados, assim, em face do disposto no § 6º do art. 37 da CF, deve ser dirigida contra o Estado de Santa Catarina, ao qual o agravante e os que o acompanharam estavam vin-culados como servidores, sendo os acionados, assim, partes passivas ile-gítimas.

Para a hipótese de inacolhimento desta prefacial, deve o Estado ser denunciado à lide para que passe “a integrar o feito”, em virtude de sua “responsabilidade solidária”, posto que o recorrente encontrava-se na ocasião dos fatos no exercício de atividade profissional policial.

Instruído o agravo, pediu a concessão de efeito suspensivo ao recurso, que foi negado por despacho de fls. 72/3.

Intimidados, os agravados não responderam.

É o relatório.

O § 6º do art. 37 da CF diz serem as pessoas jurídicas de direito público, bem como as pessoas jurídicas privadas prestadoras de serviços públicos responsáveis pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Embora a versão da contestação, e agora do agravo, procure fazer crer que o agravante e os que o acompanharam na ocasião agiram, no caso, em nome do Estado, como policiais que eram e alguns ainda o são, a inicial da ação de indenização relata uma ação de pura e violenta represália contra Sérgio Spengler, por parte do ora agravante e outros, dizendo a inicial que na recepção do Raul's Hotel o agravante e demais réus na ação “com revólveres em punho, ameaçavam o recepcionista Jaks Luiz Minardi a mostrar onde Sérgio Eduardo Spengler residia” e após derrubarem a porta do quarto a pontapés, quebraram o que viam pela frente, algemaram e agrediram a vítima Sérgio, agredindo e algemando em seguida outros membros da família. Artur Henrique Spengler, irmão de Sérgio, assim que tomou

conhecimento dos fatos, dirigiu-se a Delegacia e ali também foi agredido.

Transparece da inicial e mesmo do agravo, que os acionados agiram por sua conta e risco, exorbitando de suas funções de policiais.

Os autores, por isso, moveram ação contra eles, pois deles as ações que causaram os danos materiais e morais reclamados na ação.

Não se mostra o agravante, assim, parte passiva ilegítima.

A denúncia da lide, por igual, entremostra-se inaceitável no caso. Só teria sentido denunciar da lide o Estado se este devesse, em caso de sucumbência dos réus, ressarcir-los, em grau de regresso, da condenação a estes imposta, o que não ocorre.

É que a denúncia da lide, segundo Moacyr Amaral Santos “é ato pelo qual o autor ou o réu chamam a Juízo terceira pessoa, que seja garante de seu direito, a fim de resguardá-lo no caso de ser vencido na demanda em que se encontra” (Primeira Linhas, vol. 2, pág. 27).

Na espécie não se vislumbra direito regressivo dos denunciante em relação ao Estado. Haveria, sim, se este fosse o acionado e alegasse que seus funcionários é que foram responsáveis pelo ato causador do dano.

A ação, aqui, contudo, é contra os que praticaram diretamente o ato, não havendo “relação jurídica de garantia propriamente dita entre o denunciante e o denunciado” (TJSP — RT 564/97).

No que tange ao indeferimento de prova pericial, por desnecessária, o agravante não a justifica, pretendendo

do apenas que devesse ser realizada antes da prova oral, do que, contudo, não cuidou o despacho agravado.

Ante o exposto, parte legítima como é o agravante, descabida in casu a denúncia da lide do Estado e bem indeferida a prova pericial, é o agravo desprovido.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos.

Srs. Des. Alcides Aguiar e Francisco Borges.

Florianópolis, 18 de março de 1999.

João José Schaefer,
Presidente e Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.001421-5, DE CAMPO ERÊ

Relator: Des. Eder Graf

Liquidação de sentença por artigos — Alteração para liquidação por arbitramento — Impossibilidade.

Uma vez iniciada a liquidação da sentença por artigos, em face da necessidade de provar fato novo, que não foi apreciado no processo de conhecimento, não há como se alterar para a forma de arbitramento.

Honorários advocatícios — Inclusão nos autos de liquidação da sentença — Impossibilidade.

“Ação de reparação de dano decorrente de ato ilícito. Não tendo havido condenação em honorários advocatícios no processo de conhecimento, impossível incluir-se, quando da liquidação da sentença, a verba honorária no montante indenizatório” (STJ).

Responsabilidade por ato ilícito (art. 1.518 do Código Civil) — Solidariedade passiva configurada — Execução.

“Estabelecida a solidariedade passiva, pela vontade das partes, ou por lei, o credor tem direito a exigir e receber de qualquer dos devedores a dívida comum. Pode reclamá-la no todo ou em parte. Se recebe apenas uma fração, os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto, dando-se a extinção parcial da dívida em relação ao que pagou (...).

“Cabe a escolha ao credor. A pretensão pode ser exercida, no entanto, contra todos os devedores ou contra alguns, se o credor não

quiser dirigi-la apenas contra um. A escolha não implica, de modo algum, concentração do débito. Se o escolhido não satisfizer o pagamento integral da dívida, o credor tem direito a voltar-se contra os outros, conjunta ou isoladamente” (Orlando Gomes).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 99.001421-5, da comarca de Campo Erê, em que são agravantes Adelaide Pasin Tonial e outros, sendo agravados Alcides Tozzo e outro:

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

Custas na forma da lei.

Adelaide Pasin Tonial, Oscar Fedatto e esposa, João Grosbeli e esposa e Gema Tonial Trevisan interpu- seram agravo de instrumento contra decisão que, nos autos da liquidação de sentença proposta contra Alcides Tozzo e Ataliba Alves da Silva, afastou a possibilidade de realizar-se a liquidação por arbitramento, negou pedido para fixação dos honorários devidos no processo de conhecimento e, por fim, afastou a solidariedade passiva do art. 1.518, in fine, do Código Civil.

Sustentaram que, in casu, em face do lapso temporal decorrido desde o ajuizamento da ação (30 anos), torna-se totalmente impraticável a liquidação por artigos. Quanto aos honorários, afirmaram que o art. 20 do CPC é norma imperativa, determinando que o vencido pague honorários ao vencedor, não havendo óbice a que o juiz fixe-os na liquidação quando a sentença condenatória silenciar a respeito.

Disseram, em relação à solidariedade passiva, que o art. 1.518 do Código Civil é de clareza solar, inexistindo qualquer dúvida acerca de sua possibilidade no caso concreto.

O agravado Alcides Tozzo contraminutou o recurso.

Após as informações do Dr. Juiz de Direito, vieram os autos conclusos.

É o relatório.

No presente recurso não houve juntada dos requerimentos de execução de sentença do início da década de 1980 (liquidação por artigos) e da década de 1990 (liquidação por arbitramento), mas tão-só o de fls. 99/103, da liquidação por artigos, escorado no laudo do perito desempatador que considerou 254 pinheiros retirados por Ataliba da Silva e 192 por Alcides Tozzo, num total de 446 árvores com diâmetro de 70 centímetros ou mais.

Como consta do relatório da sentença, esses números foram contestados por haver o perito informado na audiência que ainda restavam de 350 a 400 pinheiros na área, dentre os 701 transacionados.

Ora, se já instaurado o processo de liquidação por artigos — e o articulado é preciso a fls. 100/101 — não havia como se alterar para a forma de arbitramento (fls. 990 dos autos originais) e muito menos iniciar outro processo liquidatório com forma diversa, sob pena de se incorrer em litispendência.

Logo, a forma de liquidação iniciada naquela época não pode sofrer alteração após instaurado o processo executório, até porque a condenação foi em perdas e danos.

Com relação aos honorários de advogado, cumpre lembrar que, na petição inicial do processo de conhecimento, os autores postularam honorários (fls. 77) e a sentença de improcedência fixou-os em 20% (fls. 89). Todavia, o acórdão deu provimento ao recurso (beneficiando os exequentes) julgando a ação procedente “nos termos da inicial” (fls. 98).

Ficou, assim, em suspenso a quantificação dos honorários de advogado, mesmo porque não opostos embargos de declaração.

Como a sucumbência acarreta a condenação em honorários de advogado, poder-se-ia entender que a fixação do percentual deveria ser feita na execução. Assim não é, contudo.

A propósito:

“Liquidação da sentença. Honorários advocatícios.

“I — Ação de reparação de dano decorrente de ato ilícito. Não tendo havido condenação em honorários advocatícios no processo de conhecimento, impossível incluir-se, quando da liquidação da sentença, a verba honorária no montante indenizatório.

“II — Art. 20 do Código de Processo Civil, inviolado.

“III — Recurso não conhecido, sem voto discrepante” (RSTJ 13/334).

O voto do Ministro Fontes de Alencar é fulminador de qualquer controvérsia.

Veja-se:

“O recurso especial versa sobre a possibilidade de, não tendo havido condenação de honorários advocatícios no processo de conhecimento, ser, quando da liquidação de sentença, a verba honorária incluída no montante indenizatório.

“Segundo o ensinamento de Pontes de Miranda sobre o tema,

‘A condenação independe de pedido expressamente manifestado pelo autor da inicial, pois que se considera implicitamente feito, ex vi legis, mas se a sentença, na hipótese, a omite, deve o autor recorrer dela, no ponto, para cobrir-se da coisa julgada, que lhe retiraria a possibilidade de haver honorários’ (Com. ao CPC, Tomo I, pág. 416, Editora Forense).

“Por sua vez assim se expressou o eminente Ministro Torreão Braz ao relatar a A. C. n. 91.541:

‘Não se pôs em dúvida que os honorários de advogado, na expropriatória, constituem elemento integrante da indenização que, sem ele, não será completa.

‘Todavia, convém lembrar que a sentença não pode ser modificada na liquidação, conforme regra processual expressa (CPC, art. 610), vez que, do contrário, haveria afronta à res judicata.

‘Os expropriados tiveram duas oportunidades para alterar a decisão exequenda, ou seja, mediante embargos de declaração e pela via de apelação. Não o fizeram e sua inação trouxe como consequência a imutabilidade do decism. Agora, terão de mover ação para obter a parcela perdida’.

“Nessa mesma diretriz se posicionou o Supremo Tribunal ao julgar o AgRg. n. 85.721, relatado pelo eminente Ministro e processualista Alfredo Buzaid, consoante se infere da seguinte ementa:

‘1 — Execução fiscal. Se o juiz de Primeiro Grau exclui a verba de honorários advocatícios, cabe à parte, vencida neste caput, apelar para o tribunal. Não o fazendo, a sentença, neste ponto, transita em julgado’ (RTJ 101/646).

“Esclarecedor é o acórdão proferido pela Terceira Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, relatado pelo eminente Ministro do Supremo Tribunal Sydney Sanches, quando Desembargador, verbis:

‘Nem se diga que decorrendo da lei responsabilidade por honorários advocatícios, a simples constatação da sucumbência a faz incidir, tal como ocorre com os juros moratórios não contidos em sentença condenatória.

‘A situação é diversa: no caso dos juros, há simples interpretação do julgado exequendo, observado o art. 154 do Código de Processo Civil, 1939, art. 293 do Código de Processo Civil de 1973, que os consideram compreendidos no principal.

‘Quanto a honorários advocatícios, mesmo não havendo pedido expresso, pode haver condenação, ante o princípio da sucumbência.

‘Mas, sem condenação, não pode haver execução por essa verba, eis que não se considera implícita no pedido. E o princípio da sucumbência, no caso, bem ou mal, nesse ponto, não foi aplicado.

‘Se o patrono da ré, ora embarcada agravada, tem outro meio para receber aquilo a que eventualmente faz jus, é matéria de que aqui não se pode cogitar.

‘O que não se pode, porém, é reclamar na execução o que não se conseguiu na cognição’ (Revista Lex, vol. 31, pág. 211).

“De igual modo é o RE n. 101.424, relatado pelo eminente Ministro Carlos Madeira, cuja ementa se lê:

‘Honorários de advogado. Não se nega vigência ao art. 20 do Código de Processo Civil, decisão de Segunda Instância que não condena o embargante em honorários, em face de não haver recorrido a fazenda dessa parte da sentença.

‘Recurso não conhecido’.

“Desse modo, tendo transitado em julgado a questão referente aos honorários advocatícios na fase do processo de conhecimento, tal ponto torna-se insuscetível de reexame na fase de liquidação, conforme estabelece o art. 610 do Código de Processo Civil.

“Por conseguinte, não se vislumbra negativa da vigência ao art. 20 do Código de Processo Civil” (RSTJ 13-335/337).

É o retrato da situação concreta, mostrando o acerto da decisão hostilizada.

Ademais, como há liquidação de sentença, nada obsta que ocorra a fixação compensatória da fase de conhecimento, em que ocorreu a omissão.

Com relação à solidariedade entre os executados, é ela inescindível.

vel, a teor do art. 1.518, in fine, do Código Civil, porquanto in casu está-se diante de um típico ilícito civil.

Exatamente por haver solidariedade é que a execução pode ser direcionada contra um ou outro devedor solidário, sem que isso importe em renúncia ao direito de exigir eventual saldo remanescente, supervenientemente, do outro devedor.

A propósito, J. M. Carvalho Santos, interpretando a parte final do art. 1.518 do Código Civil, preleciona:

“Todos responderão solidariamente pela reparação. O intuito de fornecer ao lesado uma garantia mais ampla pela reparação do dano sofrido não é único, nem é o motivo direto da disposição legal que estabelece a solidariedade. O verdadeiro fundamento da solidariedade está nas relações que nascem do resultado idêntico do fato ilícito, da identidade do Direito lesado, impondo o mesmo ressarcimento por parte daqueles a quem seja atribuível o dano” (Código Civil Interpretado, 6ª ed., Freitas Bastos S/A, 1956, pág. 203).

Por sua vez, Washington de Barros Monteiro, enumerando os preceitos legais de maior relevância acerca da solidariedade passiva, destaca:

“Dentre os preceitos legais mais importantes, podemos apontar os seguintes, em que no próprio Código Civil instituída ou mencionada se acha a solidariedade:

[...]; o) art. 1.518 e parágrafo único, entre autores, cúmplices e mais pessoas designadas na cabeça do artigo, pelos atos ilícitos que praticam” (Curso de Direito Civil, 27ª ed., Saraiva, 1994, págs. 174/175).

Quanto à obrigação solidária passiva, é de clareza solar o magistério de Orlando Gomes:

“A segurança e garantia que as obrigações solidárias oferecem favorecem sua disseminação e concorrem para a expansão do crédito [...].

“Apesar de sua aparente complexidade, o mecanismo das obrigações solidárias passivas é simples. Mais de um devedor concorre na mesma obrigação, cada um adstrito ao pagamento de toda a dívida. Diz-se que são coobrigados.

“Estabelecida a solidariedade passiva, pela vontade das partes, ou por lei, o credor tem direito a exigir e receber de qualquer dos devedores a dívida comum. Pode reclamá-la no todo ou em parte. Se recebe apenas uma fração, os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto, dando-se a extinção parcial da dívida em relação ao que pagou [...].

“Cabe a escolha ao credor. A pretensão pode ser exercida, no entanto, contra todos os devedores ou contra alguns, se o credor não quiser dirigi-la apenas contra um. A escolha não implica, de modo algum, concentração do débito. Se o escolhido não satisfizer o pagamento integral da dívida, o credor tem direito a voltar-se contra os outros, conjunta ou isoladamente” (Obrigações, Forense, 1968, pág. 81).

Novamente oportuna a lição de Washington de Barros Monteiro, veja-se:

“A solidariedade passiva é predicado externo que cinge a obrigação e por via da qual, de qualquer dos devedores que nela concorrem, pode o

credor exigir a totalidade da dívida. Representa assim preciosa cautela para a garantia dos direitos obrigacionais. Na frase de Iburguren 'hacen más seguras las obligaciones, facilitando así el crédito'.

"Sua função primordial é produção de segurança. Ela constitui realmente, como diz Barassi, a mais importante garantia para defesa do crédito, porquanto cada devedor responde in totum et totaliter, por si e pelos demais. Conhece-se a imagem de Cino da Pistóia que aos coobrigados mostra como bois atrelados ao mesmo carro. Nessa sujeição geral ao encargo reside, sem dúvida, o verdadeiro substratum da solidariedade passiva; cada um dos devedores obriga-se pela totalidade da dívida, como se fora o único responsável e devedor.

"Além da função de segurança, objetivando proporcionar integral satisfação ao credor, avulta ainda na obligatio correalis passiva outro importante traço, o de sua comodidade. Sendo vários devedores, que respondem indistintamente pela totalidade do débito, escolhe o credor, dentre eles, para exigir pagamento, o mais solvável, o de maior idoneidade financeira, ou então o mais fácil de ser encontrado, evitando assim multiplicação de demandas e maior esforço no recebimento do crédito" (op. cit., págs. 173/174).

Mais adiante ressalta:

"Se um dos devedores for acionado isoladamente, não pode invocar o benefício da divisão, isto é, o direito do réu de fazer citar o outro, ou os outros co-devedores, para juntos se defenderem e juntos serem absolvidos

ou condenados. O benefício divisório, introduzido por Adriano e destinado a dividir a ação entre os vários fiadores, não se aplica às obrigações solidárias, pois, nestas, cada devedor, individualmente, responde por si e pelos outros, por toda a dívida.

"O credor, que acionar um devedor isolado, conserva intacto seu direito quanto aos demais, se não chega a receber a prestação.

"Recebida esta, integralmente, liberados ficam todos os co-devedores (una res vertitur). Se parcial o recebimento, assiste-lhe o direito de obter a respectiva complementação, não só do próprio demandado, como de qualquer dos outros coobrigados" (idem, pág. 177).

Com relação ao depósito do valor correspondente a 120 pinheiros, feito por Alcides Tozzo quando do sequestro, deve-se lembrar que o foi em conta judicial vinculada (fls. 167/168), de forma que o eventual perecimento do depósito não pode ser imputado a Alcides Tozzo, mas sim ao próprio Estado, que não se acautelou da corrosão inflacionária.

Em síntese, apenas a solidariedade dos executados é reconhecida, afastando-se a adstrição às árvores erradicadas por um e por outro.

Dá-se, pois, provimento parcial ao recurso.

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

Florianópolis, 11 de maio de 1999.

*Eder Graf,
Presidente e Relator.*

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.002193-9, DE QUILOMBO

Relator: Des. Francisco Borges

Execução. Arrematação pelo credor. Preço vil. Ineficácia. Nulidade decretada.

Evidenciando que a oferta da arrematação distancia-se em muito da satisfação do credor, perde a utilidade prática que justificaria a adesão à corrente jurisprudencial que tolera sua intervenção isolada na praça.

Ademais, deve-se ter em mente que “A arrematação em preço vil é ineficaz, já que ‘a conversão da coisa em dinheiro visa a satisfazer o credor e não a castigar o devedor com a transferência da propriedade dos bens ou da titularidade de direito tão-só a benefício do arrematante’ (MSn. 204.655, RT 510, pág. 510)” (AIn. 5.830, de Laguna, rel. Des. Cid Pedroso).

Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 99.002193-9, da comarca de Quilombo, em que é agravante BRDE — Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul, sendo agravados Leocir Domingos Pertuzzatti e outros:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso e, de ofício, anular a arrematação.

Custas de lei.

BRDE — Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul interpôs agravo de instrumento contra a

decisão que, na ação de execução manejada contra Leocir Domingos Pertuzzatti e outros, determinou que o agravante depositasse em três dias o preço do bem arrematado, sob pena de desfazimento da arrematação, ao argumento de que haveria concurso de credores, portanto inaplicável o § 2º do art. 690 do Código de Processo Civil.

Relata que a execucional, aforada em 20/10/97, tem como objeto cédula rural hipotecária firmada em 31/7/95, e que o lote arrematado foi dado em primeira e especial hipoteca no contrato, e penhorado em 4/12/97.

Afirma que o imóvel foi avaliado em R\$ 80.000,00 em 6/5/98 e, após a devida publicação do edital de praça,

na forma do art. 868 do CPC, arrematou o bem na ausência de outros licitantes e de protesto por preferência, salientando que ainda não instaurado o concurso de credores.

Por entender que eventual direito de preferência a ser exercido por outros credores precluiu no dia do leilão, conforme o art. 183 do CPC, aplica-se o § 2º do art. 690 do mesmo Codex, pois, além da inexistência de outros credores, o valor atribuído ao bem não supera o valor da dívida em execução, sendo desnecessário o depósito de seu valor.

O Dr. Juiz prestou informações, anexando cópia de peças dos autos da execução.

É o relatório.

A execucional objetiva a cobrança de R\$ 218.987,44, valor atualizado até 20/10/97, data do ajuizamento, fundada na cédula rural hipotecária de fls. 23/33, firmada em 31/7/95, constando no item 4.1 que o imóvel penhorado foi dado em garantia como primeira e especial hipoteca cedular, avaliado à época em R\$ 194.000,00.

A hipoteca foi registrada em 8/8/95 (fls. 35/36) e, posteriormente, o imóvel passou a constituir garantia hipotecária de 2º e 3º graus em favor do Banco do Brasil S/A e da Perdigão Agroindustrial S/A, respectivamente, havendo penhora sobre o mesmo bem, datada de 25/10/96, em ação movida por Eloi Henrique Simonini e outra efetivada em 17/12/97, em ação ajuizada pelo Banco do Estado do Paraná S/A, além de várias averbações de acordos trabalhistas em que as dívidas seriam quitadas pela utilização do imóvel e de suas benfeitorias.

As fls. 69 estão certificadas outras penhoras sobre o mesmo bem, havendo pedido expresso de habilitação de crédito do Banco do Brasil S/A (fls. 66/67), credor hipotecário em Segundo Grau.

De qualquer modo, pelo que consta dos autos, trata-se de ação de execução contra devedor solvente, incorrendo o concurso universal previsto no art. 751 do CPC e, a propósito, dispõe o mesmo Código:

“Art. 612. Ressalvado o caso de insolvência do devedor, em que tem lugar o concurso universal (art. 751, III), realiza-se a execução no interesse do credor, que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados.”

“Art. 613. Recaindo mais de uma penhora sobre os mesmos bens, cada credor conservará o seu título de preferência”.

É consabido que no concurso particular, a teor dos arts. 711 a 713 do CPC, a disputa dá-se entre os credores que, por meio de execuções diversas, tiveram o mesmo bem penhorado, restringindo-se a discussão ao direito de preferência e anterioridade da penhora.

Da mesma forma, aplicável o § 2º do art. 690 do CPC, que dispensa o credor que arrematar o bem da exibição do preço, se o valor deste não exceder seu crédito.

Neste sentido:

“Credor hipotecário que executa o devedor em outro processo tem condições de arrematar o imóvel penhorado sem necessidade de depositar o valor do bem, uma vez que não excedente ao seu crédito e desde que

não concorra com credores munidos de iguais privilégios” (RT 741/301).

Todavia, verifica-se que a execução, aforada em 20/10/97, almejava a cobrança de R\$ 218.987,44, estando o bem objeto da penhora avaliado na cédula rural hipotecária, na data de 31/7/95, em R\$ 194.000,00, e os devedores, quando da nomeação à penhora, deram-lhe o valor de R\$ 250.000,00 (fls. 55/56). No entanto, na avaliação de fls. 59, aqui reproduzida às fls. 37 e 62, realizada em 6/5/98, foi-lhe atribuído o valor de R\$ 80.000,00, em flagrante contradição com aquela estipulada pelo próprio exequente, ocorrida cerca de três anos antes, sendo enfim arrematado pelo credor-agravante, único licitante, por R\$ 48.000,00, em 25/9/98 (fls. 68).

É certo que a avaliação judicial não foi questionada pelos executados, foi porque não apresentaram embargos, revelando desinteresse na solução do feito, quem sabe em face das diversas e elevadas restrições incidentes sobre o aludido bem, capazes de caracterizar até a insolvência.

Contudo, dispõe o art. 692 do CPC, na redação decorrente da Lei n. 8.953, de 13/12/94:

“Não será aceito lance que, em segunda praça ou leilão, ofereça preço vil”.

Na alteração desse preceito foi suprimida a locução “que não baste para a satisfação de parte razoável do crédito”, dessumindo-se que, sendo irrisório o lance, independentemente do valor da dívida, será ele afastado.

A respeito, leciona Cândido Rangel Dinamarco:

“Essa alteração caracteriza uma postura em que a repulsa ao lance vil se encara como proteção ao obrigado (manifestação específica da regra contida no art. 620), sem ter-se em conta, nesse momento, o interesse do credor. Seria iníquo alienar por valor chocantemente abaixo do que o bem vale, só pelo fato de com isso o crédito ficar satisfeito em parte considerável” (A Reforma do Código de Processo de Civil, Malheiros, 2ª ed., pág. 255).

Repita-se, o agravante almeja a cobrança de R\$ 218.987,44; o bem dado em garantia foi avaliado no próprio contrato em R\$ 194.000,00; os executados, ao nomearem o imóvel para penhora, valoraram-no em R\$ 250.000,00; a avaliação judicial atribuiu-lhe o valor de R\$ 80.000,00; a arrematação pelo credor e único licitante foi por R\$ 48.000,00.

Analisando os dados acima expostos, mesmo sem considerar a atualização monetária, tem-se que o valor da arrematação corresponde a cerca de 21,9% do valor da executiva, 24,7% da avaliação contida no contrato, 19,2% do estipulado pelos devedores, e 60% da avaliação judicial, esta em evidente desconformidade com os demais valores atribuídos ao bem, especialmente àquele aceito contratualmente pelo credor.

Ainda que a jurisprudência considere vil a oferta a quem de 60% do valor da avaliação, o critério é variável, conforme a orientação infra:

“Arrematação. Preço vil (CPC 692). Identificação. A expressão muito abaixo do valor real do bem contida no art. 692 do CPC não alcançou um denominador comum na identificação do

que seja preço vil, que deve ser aquilardado de acordo com as circunstâncias da causa" (STJ, REsp. 2.693—RS, rel. Min. Gueiros Leite, DJU 17/12/90, in "O Processo Civil no STJ", de Sálvio de Figueiredo Teixeira, SP, Saraiva, 1992, pág. 634).

Ou, ainda:

"É nula a arrematação por preço vil, considerando-se este o insuficiente para pagar parte considerável do débito (CPC 692). No caso, registre-se que o apurado na arrematação não atingiu 2% do valor atualizado" (in CPC Comentado, de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery, 2ª ed., SP, RT, 1996, pág. 1.073, referindo decisão do STJ em REsp. 37.462, rel. Min. César Rocha, DJU 22/11/93, pág. 24.910).

Tomando-se por parâmetros os valores supramencionados, é evidente que a oferta da arrematação distancia-se em muito da satisfação do credor, perdendo a utilidade prática que justificaria a adesão à corrente jurisprudencial que tolera sua intervenção isolada na praça.

Deve-se ter em mente que "A arrematação em preço vil é ineficaz, já que 'a conversão da coisa em dinheiro visa a satisfazer o credor e não a castigar o devedor com a transferência da propriedade dos bens ou da titularidade de direito tão-só a benefício do arrematante' (MS n. 204.655, RT 510, pág. 510)" (AI n. 5.830, de Laguna, rel. Des. Cid Pedroso).

Por derradeiro, cita-se o seguinte julgado desta Corte:

"Execução — Arrematação — Auto assinado — Preço vil — Desfazimento pelo juiz, de ofício — Possibilidade — Decisão mantida — Recurso desprovido.

"Fórum não é mercado, nem local para procura de bons negócios; deve-se preservar a respeitabilidade da Justiça, impedindo-se que à sua sombra se pratiquem intoleráveis enriquecimentos ilícitos à custa de devedores.

"O Juiz pode, de ofício, anular a arrematação, se verificar que o bem penhorado foi arrematado (no caso pelo próprio credor) por preço vil.

"Preço vil é aquele muito abaixo do valor real do bem, não se admitindo como vencedor lance que cubra apenas 12,91% daquele valor" (AI n. 9.630, de Blumenau, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

Por esses fundamentos, nega-se provimento ao recurso e, de ofício, anula-se a arrematação.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cesar Abreu.

Florianópolis, 13 de maio de 1999.

Alcides Aguiar,
Presidente com voto;
Francisco Borges,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.004384-3, DE ARARANGUÁ**Relator: Des. Pedro Manoel Abreu**

Processual. Responsabilidade civil. Seguro facultativo. Demanda ajuizada contra o proprietário do veículo causador do sinistro e igualmente contra a seguradora. Ilegitimidade passiva desta descartada. Recurso improvido.

Em tempos idos, em casos de eventos danosos protagonizados por quem contasse com a cobertura de seguro facultativo, era amplamente vitoriosa a vertente que preconizava a inviabilidade de ajuizamento da ação reparatória de dano diretamente contra a seguradora, à minguada de relação contratual entre esta e a vítima. Atualmente, embora a matéria ainda seja objeto de renhidas discussões, vem-se observando louvável tendência de considerá-la possível, tendo-se presente que, não raras vezes, o sinistrado deixa de ser ressarcido, ante a insolvência do segurado perpetrador do ato lesivo.

À vista dessa realidade, que não pode ser ignorada, é razoável seja ofertado à vítima, ou a seus sucessores, o direito de demandar também a seguradora, que terá, por certo, maiores condições de indenizá-lo. Este raciocínio é corolário do princípio da efetividade do processo, porquanto de nada serviria ao prejudicado a obtenção de provimento judicial favorável contra quem não tenha condições de adimplir a obrigação.

*A tutela estatal despida de sentido teleológico, proferida à revelia de uma visão prospectiva da jurisdição, seria inutiliter data, remetendo-nos de pronto àquele conto kafkiano em que após longa espera no umbral da Justiça, um desditoso personagem vê cerrar-se as portas do tribunal, prostrando definitivamente sua esperança em ter seu direito realizado (v. Franz Kafka, “Diante da Lei”, in *Um Médico Rural*, 2ª ed. São Paulo, Brasiliense, 1991, págs. 23/5).*

Se o segurado causador do dano dispõe de direito de regresso contra a seguradora, será a instituição securitária, em última instância, quem arcará com a reparação do dano. Desse modo, a instauração da demanda diretamente contra a seguradora, repita-se, é medida estritamente enlaçada à celeridade e efetividade do processo, tendo-se em conta a impossibilidade da litisdenúnciação na nova sistemática dos procedimentos sumário e sumaríssimo.

Vendados os olhos a essa realidade, restarão abortados os escopos da jurisdição, quais sejam: resolução do litígio mediante a aplicação da norma legal ao caso concreto (jurídico), pacificação social (social), realização da justiça (político). Além disso, importa anotar que, se insolvente o segurado, a seguradora eximir-se-ia, por via oblíqua, da obrigação de reparar o dano, dando-se ensanchas a seu enriquecimento sem causa.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 99.004384-3, da comarca de Araranguá, em que é agravante Santa Cruz Seguros S. A., sendo agravados Sebastião Lima Ferraz, Francisca de Bem Ferraz e Vilmar Baesso Becker:

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

Custas legais.

1. Cuida-se de agravo de instrumento, com postulação de efeito suspensivo, contra decisão do Dr. Juiz de Direito da 2ª Vara da comarca de Araranguá que, nos autos de ação de reparação de danos, em que os autores pleiteiam indenização por danos materiais e morais, provenientes da morte de seu filho, em acidente de veículo, admitiu o litisconsórcio passivo do causador do dano e da seguradora, com quem este mantém contrato de seguro facultativo contra terceiro.

Sustenta a agravante, na condição de seguradora, sua ilegitimidade passiva, trazendo à colação precedentes jurisprudenciais, justificando que em nosso sistema jurídico, a vítima de acidente, sendo terceiro em relação ao seguro facultativo, não tem direito próprio contra a seguradora, porque a obrigação decorrente do

contrato de seguro só vincula as partes que nela figuram, sendo, por isso, inviável a ação direta do terceiro prejudicado contra a seguradora (JC 42/174).

Negou-se efeito suspensivo ao recurso.

Contraminutando, os recorridos argumentaram ser possível demandar tanto a seguradora, quanto o causador do dano.

Não houve manifestação do litisconsorte passivo, Sr. Vilmar Baesso Becker.

2. Desprovê-se o agravo.

Em tempos idos, em casos de eventos danosos protagonizados por quem contasse com a cobertura de seguro facultativo, era amplamente vitoriosa a vertente que preconizava a inviabilidade de ajuizamento da ação reparatória de dano diretamente contra a seguradora, à míngua de relação contratual entre esta e a vítima. Atualmente, embora a matéria ainda seja objeto de renhidas discussões, vem-se observando louvável tendência de considerá-la possível, tendo-se presente que, não raras vezes, o sinistrado deixa de ser ressarcido, ante a insolvência do segurado perpetrador do ato lesivo.

À vista dessa realidade, que não pode ser ignorada, é razoável se-

ja ofertado à vítima, ou a seus sucessores, o direito de demandar também a seguradora, que terá, por certo, maiores condições de indenizá-lo. Este raciocínio é corolário do princípio da efetividade do processo, porquanto de nada serviria ao prejudicado a obtenção de provimento judicial favorável contra quem não tenha condições de adimplir a obrigação. A tutela estatal despida de sentido teleológico, proferida à revelia de uma visão prospectiva da jurisdição, seria inutiliter data, remetendo-nos de pronto àquele conto kafkiano em que após longa espera no umbral da Justiça, um desditoso personagem vê cerrarem-se as portas do tribunal, prostrando definitivamente sua esperança em ter seu direito realizado (v. Franz Kafka, "Diante da Lei", in *Um Médico Rural*, 2ª ed., São Paulo, Brasiliense, 1991, págs. 23/5).

Digressões literárias à parte, cumpre observar, outrossim, que, com a reforma operada no procedimento sumário, em virtude da edição da Lei n. 9.245, de 26 de dezembro de 1995, não é mais lícito ao acionado promover a denúncia da lide. Se fosse admissível, como outrora, a utilização desse instituto, o denunciado assumiria o pólo passivo da relação processual, em conjunto com o réu-denunciante, como dá conta decisão desta Casa:

"Processual civil. Denúnciação da lide. Seguradora. Legitimação passiva. Novas alegações, em dissonância com o disposto no art. 303 e incisos do CPC. Sentença confirmada.

"Presente, ao tempo do sinistro, liame obrigacional, decorrente de contrato, representado por apólice compreensiva de seguro de automóveis,

afirma-se, na hipótese, a legitimação passiva da companhia seguradora e a possibilidade de sua denúnciação da lide.

"Tendo o denunciante, caso perca a ação, pretensão indenizatória contra o denunciado, fundada em lei ou contrato, cabe a denúnciação à lide, na forma do art. 70, III, do CPC. Evita a denúnciação, em tal caso, a necessidade de futura ação de regresso do denunciante contra o denunciado, estabelecendo a sentença, na solução da demanda principal entre autor e réu, as relações deste com o denunciado" (in *Embargos Infringentes n. 229 de Ituporanga*, rel. Des. João José Schaefer).

"Novas alegações, quanto ao mérito, trazidas na fase de recurso, em dissonância com o estatuído no art. 303 e seus incisos do diploma processual, não são admissíveis (Apelação Cível n. 50.317, 2ª Câmara Civil do TJSC, Joinville, rel. Des. Nelson Schaefer Martins, 13/8/96).

Na mesma linha:

"Seguro — Companhia seguradora — Denúnciação à lide — Aceitação — Legitimidade passiva ad causam — Relação jurídica de Direito Material com uma das co-rés — Responsabilidade dentro das forças da apólice (1º TACivSP — Ement., in RT 576/147).

Se o segurado causador do dano dispõe de direito de regresso contra a seguradora, será a instituição securitária, em última instância, quem arcará com a reparação do dano. Desse modo, a instauração da demanda diretamente contra a seguradora, repita-se, é medida estreitamente enlaça-

da à celeridade e efetividade do processo.

Vendados os olhos a essa realidade, restarão abortados os escopos da jurisdição, quais sejam: resolução do litígio mediante a aplicação da norma legal ao caso concreto (jurídico), pacificação social (social), realização da justiça (político).

No comentário percuciente de Cândido Rangel Dinamarco, extratado do celeberrimo "A Instrumentalidade do Processo", "A força das tendências metodológicas do direito processual civil na atualidade dirige-se com grande intensidade para a efetividade do processo, a qual constitui expressão resumida da idéia de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais" (A Instrumentalidade do Processo, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, pág. 270).

Além disso, importa anotar que, se insolvente o segurado, a seguradora eximir-se-ia, por via oblíqua, da obrigação de reparar o dano, dando-se ensanchas a seu enriquecimento sem causa.

Em julgado paradigmático, relatado com o tirocínio jurídico costumeiro pelo Des. Eládio Torret Rocha, quando compunha a Quarta Turma de Recursos Cíveis de Criciúma, o thema decidendum foi amplamente enfrentado:

"Responsabilidade civil. Seguro facultativo. Demanda ajuizada contra o proprietário do veículo causador do sinistro e igualmente contra a seguradora. Viabilidade. Recurso improvido.

"Pela inafastável função social que o seguro encerra nos dias atuais, sobretudo nas vias de trânsito deste País, onde os sinistros tomam foros de incontabilidade, há que se admitir o ajuizamento da ação de ressarcimento de danos diretamente contra o proprietário do automotor causador do acidente como também contra a seguradora, circunscrita a responsabilidade desta às lindes do contrato de seguro".

Colhe-se do corpo da decisão:

"Assentada hoje, pela doutrina e jurisprudência pátrias, a viabilidade do ajuizamento, em tema de seguro obrigatório, da ação direta de indenização por danos em acidente de trânsito não só contra o segurado como também contra a companhia seguradora, muito se tem discutido, de outro vértice, no tangente ao cabimento de idêntica solução quando se trata, como no caso vertente, de seguro facultativo.

"Tanto isto é verdade que o respeitado jurista Pedro Alvim (in 'Responsabilidade Civil e Seguro Obrigatório', citado na Apelação Cível n. 19.923, JC n. 42, página 174) que inadmitiu a aludida demanda direta, examina o tema '...advertindo ser a questão polêmica, dividindo a opinião dos especialistas em campos doutrinários inconciliáveis, sendo problema dos mais graves que se agitam no seguro de responsabilidade civil'.

"Os defensores da tese que inadmite a ação direta contra a seguradora, invocando o longínquo e quase esquecido Código Napoleônico (art. 1.165), estribam-se, basicamente, na argumentação segundo a qual o contrato de seguro facultativo só obri-

ga as partes avençadas, e, em verdade, tão-somente quanto a elas produzam efeitos no campo do direito civil.

“Lembram, ainda, estes juristas, no afã de verem sufragado o seu entendimento nesta área específica, vetusto princípio do direito romano, incorporado ao direito civil brasileiro, para o qual *res inter alios acta, nec prodest nec nocet*.

“Referem, ainda uma vez, a diversidade circunstancial, objetiva e formal entre o seguro facultativo e o obrigatório, ensejando este último, por expressa disposição legal, a ação direta contra o segurado e contra a seguradora, ao contrário do primeiro, de caráter eminentemente contratual.

“Os argumentos são respeitáveis por todos os títulos, porém não suficientes ao acolhimento da tese de inadmissão da ação direta do terceiro lesado contra o ente segurador.

“De fato, não se ignora o princípio de direito civil segundo o qual o contrato, em regra, só produz efeitos entre as partes nele avençadas.

“Menciona-se de regra porquanto, no caso vertente, há que se abrir uma relevantíssima exceção a fim de se contemplar uma avença que, por sua irrecusável importância no contexto social dos dias hodiernos, precisa e deve ser tratada de modo diverso.

“É que a ninguém escapa a análise de que, na estipulação de um seguro, seja o facultativo ou o obrigatório, objetiva-se, sempre e sempre, prover meios necessários ao acautelamento do patrimônio do segurado em face de eventuais perdas que lhe venham a advir por ato seu ou de terceiro.

“E tal desiderato fica ainda mais evidente no caso de o seguro ser facultativo, pois parece indesmentível que o segurado, ao contratar o seguro, procura igualmente salvaguardar o seu patrimônio em caso de ato ilícito que venha a causar contra terceiro. Procura, assim, objetivamente, como que assegurar a viabilidade do ressarcimento que venha ter de implementar ao terceiro, interpondo a avença securitária, a propósito, como garantia do seu adimplemento.

“Ora, diante destas posições tão claras, indaga-se: como esquecer, pois, o papel da seguradora no momento em que o sinistro sucede? Por que deixar a seguradora ao largo da relação fática entre segurado e terceiro, se ela foi bem remunerada exatamente para garantir o ressarcimento dos danos sofridos injustamente por este último?

“Vai aí, concessa venia, em se entendendo contrariamente a viabilidade do acionamento direto em tela, uma inescandível tentativa de injusto e descabido protecionismo às seguradoras, as quais, como se disse, existem e são remuneradas regiadamente, sempre dentro das condições que unilateralmente impõem quando da assinatura da avença, para garantirem a implementação das reparações cobertas pelas apólices contratadas.

“A função social do seguro é, pois, o fundamento primordial e inafastável para o agasalhamento da tese tendente a viabilizar, em juízo, em caso de seguro facultativo, o acionamento direto da seguradora, para, nos limites do contrato, de modo solidário com o segurado, ser satisfeita a indenização pertinente.

“Como bem trazido à baila pelo ilustrado Togado Monocrático, colhido em ensinamento do eminente jurista Wilson Melo da Silva, ‘...a ação direta tem em mira exatamente o efeito social do contrato, impondo, como consequência, ao intérprete, não apenas a consideração do seu aspecto técnico, mas, sobretudo, a do social’ (in ‘Da Responsabilidade Civil Automobilística’, Saraiva, 1974).

“E, mais adiante, sufragando os argumentos acima expendidos, continua o celebrado civilista:

‘Teleologicamente, quem anui em firmar um contrato de seguro quanto à responsabilidade civil tem sempre em mira, ao mesmo tempo em que busca precaver-se relativamente à eventualidade futura de um desfalque patrimonial, propiciar ao lesado meios de se ressarcir do prejuízo que lhe advenha de algum possível acidente culposo da parte do segurado.

‘Ora, se essa é uma das finalidades visadas pelo segurado por meio do seguro pertinente, por que entrar-se, então, o movimento de futura vítima, impossibilitando-lhe que, sem mais delongas, se volte diretamente contra o segurador, pago para isso, mormente se se tratasse de um segurado que, ao momento do eventus damni, já se encontrasse em estado de notória insolvência?’ (fls. 333/335).

“E, a tal respeito, a vingar a tese adversa, de se perguntar uma vez mais: caso o segurado fosse declarado insolvente, arcaria o lesado com o prejuízo, já que estranho ao contrato? Não pareceria, a toda evidência, uma solução justa, em verdade.

“Demais disto, consoante sustentação de outro renomado jurista,

Pedro Alvim, igualmente citado no decisório guerreado, ‘...impossibilitar a ação direta da vítima seria o mesmo que incorporar no patrimônio do segurado (culpado no evento), a indenização devida ao lesado, conseqüentemente o tão comentado seguro perderia o seu caráter de ressarcimento’ (in ‘Responsabilidade Civil e Seguro Obrigatório’, Editora Revista dos Tribunais, pág. 195).

“Em suma: num País onde o risco provindo de acidentes de trânsito toma foros de incontrolabilidade, as seguradoras que aqui operam precisam tomar consciência do significativo papel social que desempenha o contrato de seguro, facultativo ou obrigatório, ante as relações jurídicas que o envolva” (Ap. Cív. n. 66, de Tubarão, j. 5/5/93).

Ainda sobre a matéria, é prestimoso acórdão exarado nos Embargos de Divergência n. 7 (88.066325-5), de Criciúma, da relatoria do ilustre Des. Francisco Borges, julgados pela egrégia Seção Civil, em 3/5/99.

3. Por todo o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Presidiu a sessão de julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Alcides Aguiar, dela participando, também com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Francisco Borges.

Florianópolis, 30 de junho de 1999.

João José Schaefer,
Presidente para o acórdão;
Pedro Manoel Abreu,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 97.015239-6, DA CAPITAL**Relator: Des. Orli Rodrigues**

Agravo de instrumento — Interposição contra decisão interlocutória que indeferiu liminar em medida cautelar preparatória de busca e apreensão de cheques assinados em branco — Ausência do requisito do fumus boni iuris — Improvimento do reclamo.

1. *“O fumus boni iuris consiste na probabilidade da existência do direito invocado pelo autor da ação cautelar” (Min. Sydney Sanches, in Poder Cautelar Geral do Juiz no Processo Civil Brasileiro, Ed. RT, 1978, pág. 43).*

2. *Quem assina cheque em branco assume o risco pelo seu preenchimento.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 97.015239-6, da comarca da Capital (1ª Vara Cível), em que é agravante Rose Maria Oliveira da Silva, e agravada Reccebe Assessoria em Cobrança Ltda.:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por uniformidade de votos, negar provimento ao recurso.

Custas legais.

I — Relatório

Rose Maria Oliveira da Silva está atacando decisão interlocutória proferida pelo Doutor José Nilton Pereira indeferindo liminar requerida nos autos n. 1.141/97 — 2397015014-5, de Ação Cautelar Preparatória de Busca e Apreensão que aforou contra Reccebe Assessoria em Cobrança Ltda., objetivando a apreensão de vários cheques contendo sua assinatura e que se encontram com a demandada.

Alega a recorrente que os aludidos cheques foram assinados em branco e entregues a Helena Maria Bekstolde, que os preencheu repassando-os a empresas de factoring, não fazendo os depósitos na conta corrente da emitente no banco sacado, como prometera.

A carga suspensiva almejada não foi concedida.

A agravada foi intimada e apresentou resposta, informou e comprovou que em 13 de novembro de 1997 efetuou a devolução dos cheques que havia recepcionado para cobrança ao portador “Financial Fomento Comercial Ltda.”.

A agravante está abrigada na assistência judiciária.

É o relatório.

II — Voto

O ato judicial hostilizado comporta preservação.

A recorrente confessa na exordial reproduzida da Ação Cautelar de

Busca e Apreensão, proposta contra a agravada, que “emprestou” para Helena Maria Bekstolde, pessoa de sua confiança, 9 (nove) folhas de cheque assinadas em branco, posteriormente preenchidas e negociadas com empresas de factoring. Não tendo sido feito os depósitos em sua conta corrente, relativos aos valores consignados nos cheques “emprestados”, isso ocasionou o encerramento de sua conta corrente no Banco do Estado de Santa Catarina S/A — Besc. A recorrente mencionou na peça preliminar da ação cautelar preparatória que no prazo legal ajuizaria a ação ordinária pleiteando a anulação dos títulos, além da decretação da inexistência de débitos com os titulares dos créditos cambiais e reparação dos danos materiais e morais.

A decisão judicial vergastada está assim redigida:

“Vistos, etc.

“Trata-se de ação cautelar de busca e apreensão de cheques, medida com a qual pretende a autora se defender contra a emissão que diz ilegal, a pedido de uma terceira pessoa, Helena Maria, que de tais cárteras mau uso fez. Ouvidas duas testemunhas, as mesmas confirmaram a praxe da assinatura dos cheques em branco pela autora, o que fazia não só em favor do comércio ou oficina de seu marido como igualmente da dita amiga Helena Maria Bekstolde. Ora, a par do inusitado da situação, dos riscos evidentemente assumidos, há de se considerar que quem assina cheque em branco o faz em favor de pessoa da sua extrema confiança; o cheque, se não desnaturado, é ordem de pagamento à vista. Não vislumbro, de

imediatamente, o *fumus boni iuris*. Indefiro o pedido de liminar. Cite-se para contestar em 5 (cinco) dias, querendo” (fls. 26).

O ato judicial suso transcrito, antes de reprimenda, merece encômios, pois o ilustre prolator não evidenciou do fato narrado na exordial que a agravante pudesse obter êxito na ação principal que prometeu ajuizar.

A liminar só podia ser concedida se presente o requisito do *fumus boni iuris*, que de acordo com o Ministro Sydney Sanches “consiste na probabilidade da existência do direito invocado pelo autor da ação cautelar” (in Poder Cautelar Geral do Juiz no Processo Civil Brasileiro, Ed. RT, 1978, pág. 43).

A agravante dificilmente obterá sucesso na demanda principal, pois é princípio corrente que quem assina cheque em branco assume o risco pelo seu preenchimento.

No inconformismo ora apreciado, há que se levar em conta o fato de que os cheques já não mais se encontram em poder da agravada que, por recomendação da empresa “Jobec Jeans Com. e Repres. Ltda.”, deles fez entrega em 13 de novembro de 1997 para a exploradora de factoring “Financial Fomento Comercial Ltda.” (ut fls. 46/47 dos autos).

III — Decisão

Por tais motivos, a Câmara, após debates, decidiu, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso.

Do julgamento presidido pelo relator, participaram os Exmos. Srs. Des. Trindade dos Santos e Newton

Trisotto, ambos com votos vencedores.

Florianópolis, 11 de agosto de 1998.

Carlos Prudêncio,
Presidente para o acórdão;
Orli Rodrigues,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 98.000556-6, DE SOMBRIO

Relator designado: Des. Trindade dos Santos

Ação de indenização contra município. Fase de execução. Tutela antecipada. Inviabilidade jurídica. Agravo de instrumento acolhido. Decisão reformada.

— Instituto típico dos processos de cognição, que tem como objetivo precípua a antecipação dos efeitos fáticos da sentença, a tutela antecipatória descabe, como é óbvio, após o trânsito em julgado da própria sentença, uma vez que definitivada a prestação jurisdicional nada mais será passível de antecipação, senão de entrega definitiva.

— Inadmissível é a antecipação da tutela contra o Município, mormente quando implique ela em pagamento de indenização, estando a sentença condenatória ainda em estágio de execução. Isso porquanto a concessão da tutela antecipatória, em hipótese tal, obrigando ao imediato pagamento do valor a ser antecipado, implicaria em ofensa evidente ao art. 100 da Lei Maior, o qual exige, quanto aos débitos de responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público, o precatório como forma de pagamento e, como pressuposto para a sua expedição, não mera decisão interlocutória, mas sim a existência de uma sentença judiciária transitada em julgado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 98.000556-6, da comarca de Sombrio, em que é agravante município de Praia Grande, sendo agravado Daniel Bauer Luiz:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por maioria de votos, prover o recurso.

Custas legais.

O município de Praia Grande interpôs agravo de instrumento, combatendo o despacho que, exarado na execução de sentença cumulada com Pedido de Antecipação de Tutela n. 808/97, contra ele promovida por Daniel Bauer Luiz, deferiu, em favor do exequente, a tutela antecipada, determinando-lhe, então, o pagamento an-

tecipado da quantia de R\$ 7.524,40 (sete mil e quinhentos e vinte e quatro reais e quarenta centavos).

Sustenta o Município agravante, em síntese, que a determinação judicial não pode subsistir, vez que lhe falta embasamento legal, a par do que inexistem condições financeiras e suporte de caixa para atender, de imediato, o custeio do tratamento médico do agravado.

Postulou o empréstimo de eficácia suspensiva ao reclamo recursal deduzido.

Não atribuído o efeito suspensivo pretendido, o agravado manifestou-se nos autos, após a prestação de informações pelo MM. Juiz de Direito a quo, aplaudindo a decisão singular, pugnando, então, pela sua manutenção.

Ouvida, a egrégia Procuradoria-Geral de Justiça pronunciou-se pelo desacolhimento da insurgência recursal manifestada pelo Município agravante.

É o relatório.

Por várias razões impõe-se o acolhimento da irresignação recursalmente pronunciada pelo Município agravante, com a decorrente reversão da interlocutória estigmatizada.

Certo faz-se que, consoante enfatizou o preclaro Des. Xavier Vieira:

"A vida não tem preço, mesmo para uma sociedade que já perdeu o sentido de solidariedade num mundo hedonista, egoísta e insensível" (Ag.Reg. no AI n. 96.012721-6, de Araranguá).

Também, inegavelmente:

"O juiz deve dar à lei e ao direito um sentido construtivo, benéfico e

estável, repelindo soluções amargas, impróprias, destrutivas dos elementos orgânicos da sociedade ou incompatíveis com a vida" (JB 74/210).

Entretanto, essas diretrizes, que se impõem sempre observadas, não devem gerar o sepultamento do direito da parte contrária, sob pena de negar-se a esta a garantia da ampla defesa e do contraditório, inversamente do que lhe é assegurado constitucionalmente.

Por isso, entendemos, a concessão de tutela antecipada somente é permissível se, presentes os pressupostos legais, as formalidades procedimentais também se façam cumpridas, posto que, não observados os parâmetros legais para a concessão da medida, estar-se-á, acima de tudo, desprezando-se os ditames processuais que são de ordem pública, com visível prejuízo para uma das partes interessadas.

É bem o caso em exame!

Aqui, tratando-se de antecipação de tutela, o providência determinada, contra a qual é assacada o inconformismo recursal, tinha a inibi-la inúmeros princípios jurídicos que, entendemos, aplicam-se ao instituto da tutela antecipada.

Em primeiro lugar, filiou-se esse relator à corrente doutrinária e jurisprudencial que entende descaber a concessão da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, seja a nível Federal, Estadual ou Municipal, corrente essa que, não se desconhece, não é incontroversa.

A natureza jurídica do instituto em questão, não se perca de vista, é de uma verdadeira decisão de mérito, provisoriamente exequível, colidindo

frontalmente com os ditames do art. 475, inc. II, do CPC, que torna obrigatório o reexame das decisões proferidas contra as pessoas jurídicas de direito público, com essas decisões não gerando efeitos enquanto não confirmadas pelo Tribunal.

Em estudo publicado na Revista dos Tribunais, volume 718, pág. 20, anota Francesco Conte:

“A antecipação da tutela, quando, no pólo passivo, figurar a União, os Estados-membros, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios, posto que, se a própria sentença proferida contra estas entidades de direito público está sujeita ao reexame necessário, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal (art. 475, II, do CPC), a medida antecipatória, concedendo o próprio direito afirmado pelo autor, consubstanciando mera decisão interlocutória, a fortiori, não tem, na espécie, aptidão para produzir qualquer efeito. A eficácia do apêndice (decisão interlocutória) “não pode ser maior do que a do próprio corpo (sentença).

“A decisão interlocutória, na espécie, não tem a virtude de produzir os efeitos interditados, ex vi do disposto no art. 475, II, do CPC, ao pronunciamento jurisdicional mais importante que é a própria sentença”.

Francisco Cavalcanti, na mesma esteira, averba:

“Importante, ainda, referência, embora rápida, sobre a possibilidade de concessão de tutela antecipatória quando o réu for pessoa jurídica de Direito Público.

“Primeiramente, é de se ter em consideração que a vedação do art. 1º, § 3º, da Lei n. 8.437/92 não será

aplicável, desde que a tutela antecipatória seja prestada após a ouvida do réu, como é recomendável que sempre ocorra. Outra restrição de relevo, aplicável no caso, é a prevista no caput deste mencionado art. 1º (por se enquadrar a tutela antecipatória no conceito genérico de medida de caráter preventivo — por atacar o ‘perigo’ de infrutuosidade). Ressalte-se, também, que, se o ato atacado no processo de conhecimento for daqueles que se impugnado pela via mandamental teria como originariamente competente o Tribunal, incabível a antecipação. É de se mencionar, finalmente, que se a pretensão contra a pessoa jurídica de Direito Público visar ao pagamento, a tutela antecipatória jamais poderá ocorrer, em respeito ao art. 100 da Constituição Federal, que exige como forma de pagamento o precatório e como pressuposto para sua expedição a existência de Sentença Judiciária (e não decisão interlocutória como é o ato concessivo de tutela antecipatória). Não se olvide a rigidez da posição do STF, mesmo em se tratando de crédito alimentar.

“Verbi gratia:

‘Recurso Extraordinário n. 174.640-1 (1ª Turma — unânime)

‘Origem: São Paulo

‘Relator: Min. Ilmar Galvão

‘Recte.: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

‘Adv.: Caramuru Prado Pires

‘Recco.: Mário da Silveira Barros

‘Advs.: Francisca Emília Santos e outros

‘Ementa: Precatório — Crédito de Natureza Alimentícia — Art. 100 da Constituição Federal.

‘A exceção estabelecida pela Constituição Federal em favor dos chamados créditos de natureza alimentícia não chega ao ponto de abolir, em relação a eles, os princípios orçamentários inerentes à despesa pública, limitando-se apenas a isentá-lo da observância da ordem cronológica em relação aos de natureza geral.

‘Precedente do Supremo Tribunal Federal: Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 47.

‘Recurso extraordinário conhecido e provido” (Inovações no Processo Civil, Belo Horizonte, Del Rey, 1995, págs. 52/53).

Na mesma esteira, contém-se na jurisprudência pátria que:

“Submetida a sentença, pelo juiz, ao duplo grau de jurisdição, são ineficazes os atos tendentes à sua liquidação antes do pronunciamento do Tribunal” (TFR, AI n. 46.666/PR, DJU de 17/10/85, pág. 18.835, rel. Min. Eduardo Ribeiro).

“Tutela antecipada — Ação ordinária ajuizada contra a Fazenda do Estado — Inexistência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação — Impossibilidade de deferimento da tutela antecipada contra a Fazenda Pública — Artigos 373 e 475 do Código de Processo Civil — Recurso improvido” (TJSP, AI n. 010.122.5/3, j. 22/5/96, rel. Des. Toledo Silva).

“A natureza jurídica da antecipação da tutela é de decisão de mérito provisoriamente exequível, coli-

dindo com o art. 475 do CPC, que determina o reexame necessário das decisões proferidas contra as pessoas jurídicas de direito público. A supremacia do interesse público sobrepuja o particular” (Adcoas — BJA 24/96, pág. 700).

Da mesma forma, já proclamou este Tribunal:

“Agravado de instrumento — Tutela antecipatória — Fazenda Pública — Inadmissibilidade — Provimento do recurso.

“É inadmissível a antecipação de tutela (CPC, art. 273) contra a Fazenda Pública, pois a própria sentença se sujeitará a reexame necessário, e, portanto, não se pode antecipar efeitos que ela não possui, e, além disto, há norma proibitiva explícita (art. 1º, § 4º, da Lei n. 5.021/66); 2 — Agravado provido” (AI n. 596047464, 3ª Câm. Cív. — rel. Des. Araken de Assis — j. 2/5/96 — Fonte DJRS, 27/9/96, pág. 19)” (AI n. 96.008525-4, de Piçarras, rel. Des. Alcides Aguiar).

Do mesmo teor é o acórdão prolatado no Agravado de Instrumento n. 97.002378-2, da comarca de Joinville, relatado pelo insigne Des. Cláudio Barreto Dutra.

Aliás, o próprio agravado situa, em sua resposta, que:

“Fazenda Pública.

“Pode ser concedida tutela antecipada contra a Fazenda Pública, desde que respeitados os limites constitucionais impostos às execuções contra a Fazenda (v. g. CF 100, CPC 730). A Med. Prov. n. 1.570, de 26.3.1997 (DOU 27/3/97, pág. 6.051), determinou medidas protetivas à Fazenda Pública quanto à concessão da

tutela antecipatória. Referida Med. Prov. n. 1.570/97 manda aplicar à tutela antecipatória contra a Fazenda Pública o disposto nas Lei n. 4.348/64, 5º, parágrafo único, e 7º; Lei 5.021/66, 1º e 1º, § 4º; Lei n. 8.437/92, 1º e 3º e 4º. Modificou, ainda, a redação da LACP 16 e acrescentou o § 4º à LMC 1º (L. 843/92). LMC 1º. O art. 2º da Med. Prov. n. 1.570/97, que exigia caução para a execução de tutela antecipatória concedida contra a Fazenda Pública, foi suspenso provisoriamente por decisão do STF (v. casuística abaixo). Foi reeditada a Med. Prov. n. 1570-4, de 22.7.1997 (DOU 23/7/1997, pág. 15.826), sem repetir o dispositivo que fora suspenso pelo STF (Cód. de Processo Civil Comentado, 3ª ed., Nelson Nery Júnior e Rosamaria Andrade de Nery, Ed. RT, 1997)" (fl. 66, dos autos).

Destarte, na pior das hipóteses, não poderia a decisão sob impugnação determinar o pagamento do valor da antecipação, pelo Município insurgente, no prazo de cinco dias, consoante feito, pois, ainda para os que admitem a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, indeclinável faz-se a obediência ao art. 730 do CPC, que prevê a exigência de precatório para o equacionamento de débitos da Fazenda Pública.

Não bastasse isso, a inibir a concessão da tutela antecipada, nos moldes do deferimento espancado, temos que ela não pode ser outorgada sem a ouvida da parte contrária.

Ensina, sobre o tema, o abalizado J. J. Calmon de Passos:

"Entendo que deva ser obedecido, no procedimento em que se postula a antecipação, o princípio do

contraditório. Não é possível sua concessão sem audiência da parte contrária, que deve responder no prazo que se prevê para a cautelar, que me parece o mais indicado. Não estranharei que, entretanto, venha a ser adotado o prazo comum de defesa, no processo em causa. O que não é aceitável será a ciranda cirandinha, inclinando-se alguns magistrados pelo prazo de cinco dias e outros dilatando-o para período maior. Daí aconselhar, por segurança, enquanto as águas não assentarem, que se responda no prazo de cinco dias" (Inovações no Código de Processo Civil, Rio, Forense, 1995, 2ª ed., págs. 26 e 27).

Não divergindo, anota o aplaudido Sérgio Bermudes:

"O Juiz, em nenhuma hipótese, concederá a antecipação de tutela liminarmente, ou sem audiência do réu, que terá oportunidade de se manifestar sobre o pedido, na contestação, caso ele tenha sido formulado na inicial, ou no prazo de cinco dias (art. 185 do CPC), se feito em petição avulsa" (A Reforma do CPC, Rio, Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1ª ed., 1995, pág. 36).

No mesmo sentido, assinala o emérito Reis Friede:

"Em essência, a denominada antecipação de tutela é integrante do processo cognitivo e, portanto, alusivo à prestação jurisdicional própria da índole meritória (lide meritória) diferente, pois, da tutela cautelar que, integrante da chamada jurisdição impropria ou por extensão, apenas, corresponde a uma lide de dano (lide secundária), desprovida de autêntico caráter meritório.

Não é por outra razão que não é lícito ao juiz na antecipação de tutela, de forma diversa da tutela de segurança cautelar, concedê-la liminarmente (ou seja, sem a prévia audiência do réu), conquanto a mesma constitua, em última análise, a própria providência demandada, ainda que limitada em sua eficácia" (Tutela Antecipada, Tutela Específica e Tutela Cautelar, Belo Horizonte, Livraria Del Rey Editora, 3ª ed., 1996, pág. 50).

Fazendo eco com esses abalizados pronunciamentos doutrinários, enfatizou este Sodalício:

"Em nenhuma hipótese se concederá tutela antecipada liminarmente, sem audiência do réu, que terá a oportunidade de se manifestar sobre o pedido, na contestação caso tenha sido formulado na inicial, ou no prazo de cinco dias (artigo 185), se avulsa (Sérgio Bermudes, in A Reforma do Código de Processo Civil, 2ª ed., Saraiva, 1996, pág. 29; Francisco Arno Vaz da Cunha, in Alterações do Código de Processo Civil, p. 53; J. J. Calmon de Passos, in Inovações no Código de Processo Civil, Forense, 2ª ed., p. 12; Reis Friedl, Comentários à Reforma do Direito Processual Civil Brasileiro, 2ª ed., pág. 189). (...)" (AI n. 10.552, de São José, rel. Des. Anselmo Cerillo).

Outrossim, determina o art. 273, em seu § 2º, que "não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado".

Buscou a lei, com tal disposição, evidente é, manter a integralidade do direito da parte contrária ao devido processo legal, assegurando-lhe, ainda em face da excepcionalidade da

medida antecipatória, as garantias do contraditório e da ampla defesa.

Como com total propriedade expõe do douto Humberto Theodoro Júnior:

"A necessidade de valorização do princípio da efetividade da tutela jurisdicional não deve ser pretexto para a pura e simples anulação do princípio da segurança jurídica. Adianta-se a medida satisfativa, mas preserva-se o direito do réu à reversão do provimento, caso afinal seja ele, e não o autor, o vitorioso no julgamento definitivo da lide.

O *periculum in mora* deve ser evitado para o autor, mas não a custo de transportá-lo para o réu (*periculum in mora inversum*). Em outros termos: o autor tem direito a obter o afastamento do perigo que ameaça seu direito. Não tem, todavia, a faculdade de impor ao réu que suporte dito perigo. A antecipação de tutela, em suma, não de presta a deslocar ou transferir risco de uma parte para a outra" (Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, Genesis Editora, ano II, vol. 4, pág. 51).

Assim, de consonância com o incluíto Reis Friede:

"Não se concederá a tutela, di-lo o § 2º, quando houver irreversibilidade do provimento antecipado, o que acontecerá na liberação de importâncias depositadas ou no pagamento obrigatório de pensões, dentre essas se sobressaindo as de caráter alimentício" (ob. cit., pág. 53).

Por fim, na nossa compreensão, a tutela antecipatória, instituto típico dos procedimentos de conhecimento, é inadequada às execuções de sentença.

A propósito, é ainda o preclaro Reis Friede que observa:

“Não havendo a lei estabelecido um momento preclusivo para a antecipação da tutela, pode ser ela concedida a qualquer tempo, antes da sentença final, bastando que se tenha tornado necessária, o que pode vir a ocorrer no curso do processo ou mesmo depois de produzida determinada prova. Ocorre, aqui, exatamente o que sucede na concessão de liminares de outra índole (cautelar mandamental etc.) em que são concedidas início litis ou em momento posterior” (ob. cit., pág. 169).

Dessa forma, se a tutela antecipada tem a sua concessão autorizada apenas até à prolação da sentença final, evidente é que, proferida sentença final, transitando ela em julgado, descabida faz-se a antecipação da tutela já em estágio de execução do decisor.

Não há antecipar, entendemos, uma tutela já deferida em termos definitivos.

À vista dos argumentos assim expendidos, é que se empresta acolhimento ao agravo de instrumento em foco, reformando-se, em decorrência, o douto provimento interlocutório atacado.

Presidiu o julgamento, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues, dele participando, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto; pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, emitiu parecer o Exmo. Sr. Dr. José Galvani Alberton.

Florianópolis, 26 de maio de 1998.

*Carlos Prudêncio,
Presidente para o acórdão;
Trindade dos Santos,
Relator designado.*

Declaração de voto do Desembargador Newton Trisotto

Até o advento da Medida Provisória n. 1.570-4, de 22 de julho de 1997, transformada na Lei n. 9.494/97, somente em relação aos procedimentos cautelares havia vedação à concessão de medida liminar contra atos do Poder Público (Lei n. 8.473/92, art. 1º). Com a edição da referida MP, também restou proibida a antecipação da tutela contra a Fazenda Pública.

Na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 4, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

“O Tribunal, por votação majoritária, deferiu em parte o pedido de medida cautelar, para suspender, com eficácia ex nunc e com efeito vinculante, até final julgamento da ação, a prolação de qualquer decisão sobre o pedido de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei n. 9.494, de 10/9/97, sustando, ainda, com a mesma eficácia, os efeitos futuros dessas decisões antecipatórias de tutela já proferidas contra a Fazenda Pública, vencidos, em parte, o Ministro Néri da Silveira, que deferia a medida cautelar em menor extensão, e, integralmente, os Ministros Ilmar Galvão e Marco Aurélio, que a indeferiram” (Ministro Celso de Mello).

Do voto do relator, extraio o ex-certo que segue:

“(a) incide, unicamente, sobre pedidos de tutela antecipada, formulados contra a Fazenda Pública, que tenham por pressuposto a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei n. 9.494/97; (b) inibe a prolação, por qualquer juiz ou Tribunal, de ato decisório sobre o pedido de antecipação da tutela, que, deduzido contra Fazenda Pública, tenha por pressuposto a questão específica da constitucionalidade, ou não, da norma inscrita no art. 1º da Lei n. 9.494/97; (c) não se aplica retroativamente aos efeitos já consumados (como os pagamentos já efetuados) decorrentes de decisões antecipatórias de tutela anteriormente proferidas; (d) estende-se às antecipações de tutela, ainda não executadas, qualquer que tenha sido o momento do respectivo ato decisório; (e) suspende a execução dos efeitos futuros, relativos a presta-

ções pecuniárias de trato sucessivo, emergentes de decisões antecipatórias que precederam ao julgamento, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, do pedido de medida cautelar formulado na ADC n. 4—DF”.

Submeto-me à decisão da Corte Suprema. Como o Ministro Vicente Cernicchiaro, também entendo que “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” (AgrAI n. 152.888—DF, DJ n. 227, de 24/11/97, pág. 61.299).

Pelas razões expostas e mais aquelas que constam do voto do relator designado, votei pelo provimento do recurso.

Newton Trisotto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 98.017136-9, DE CAPINZAL

Relator: Des. Silveira Lenzi

Ação popular. Emenda Constitucional n. 19/98. Município de Capinzal. Lei Municipal n. 2.100/98. Fixação dos subsídios dos agentes políticos. Liminar. Suspensão. Requisitos presentes. Alegação de auto-aplicabilidade do atual texto constitucional afastada.

A fixação dos subsídios dos agentes políticos municipais, enquanto houver restrição em lei municipal ou na Constituição do Estado de Santa Catarina, e quando implicar em aumento do percentual, só poderá ocorrer para a próxima legislatura, e, obviamente, depende de anterior definição dos subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 98.017136-9, da comarca de Capinzal (Vara Única), em que são agravantes o município de Capinzal e outros, sendo agravados Osvaldir Boaretto 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, com pedido de efeito suspensivo, aforado pelo município de Capinzal, Câmara de Vereadores de Capinzal, Luiz Carlos Tomazoni, João Silva de Andrade, Alcides Borges, Noemia Maria Bonamigo Pizzamiglio, Iria Dambroz, Celso Luiz Alberti, Arlindo Alves da Silveira, Seila Eliane Ribeiro, Sidnei Rosa, Marina da Silva Hachmann, Maurício Dambros, Miraci Terezinha Wilbert e Rogério Biazotto, contra a decisão proferida nos autos de ação popular proposta por Osvaldir Boaretto, Vitorino Lanhi, Francisco Dirceu de Araújo, Valdelir Francisco de Souza, João Silveira de Avilla, Telmo Bernardes Damasceno, Circe Antoniutti Toaldo e Giovani Coronetti, que suspendeu os efeitos concretos da Lei Municipal n. 2.100/98 — dispendo sobre os subsídios dos agentes políticos municipais.

Os agravantes atacam os argumentos utilizados pelo Togado a quo na interlocutória, sustentando, em síntese, que o comparecimento de todos os vereadores comprova que a convocação para a sessão ocorreu em anterior sessão legislativa, realizada 2 (dois) dias antes, ou seja, em 30 de junho de 1998; e que a presença de todos no ato afasta a irregularidade

formal alegada — ausência de convocação por escrito —, pois não houve prejuízo aos vereadores, tendo o ato alcançado a sua finalidade.

Alegam que a Emenda à Lei Orgânica do Município n. 1/98 já estava em vigor quando a Lei n. 2.100/98 foi aprovada; que o projeto de Decreto Legislativo n. 6/98, adaptando o Regimento Interno às disposições da Lei Orgânica do Município e da Emenda Constitucional n. 19/98, foi votado antes da deliberação sobre o projeto convertido na Lei n. 2.100/98, como comprova a ata de fls. 182; que, por outro lado, mesmo que a alteração regimental não tivesse ocorrido, não há qualquer relevância, porque além de não ser incompatível o art. 30, II, do Regimento Interno, com o texto da Lei n. 2.100/98, deveria prevalecer a Lei Orgânica do Município, de hierarquia superior.

Finalmente, argumenta que as alterações das normas constitucionais referentes à Emenda n. 19/98, relativamente aos subsídios dos agentes políticos, são de eficácia plena e aplicação imediata, sendo que qualquer norma existente no ordenamento jurídico contrária aos dispositivos constitucionais está revogada, independentemente de menção expressa.

O pedido de efeito suspensivo foi indeferido (fls. 62).

Foram prestadas informações pelo Togado a quo (fls. 67/69) e contra-razões pelos agravados.

Encaminhados os autos à Procuradoria-Geral de Justiça, manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

A controvérsia inicia com o advento da Emenda Constitucional n. 19, de 1998 — que modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. A nova redação do art. 29, incisos V e VI, agora estabelece:

“Art. 29.

“V — subsídios do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Secretários Municipais fixados por lei de iniciativa da Câmara Municipal, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, §4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I;

“VI — subsídio dos Vereadores fixado por lei de iniciativa da Câmara Municipal, na razão de, no máximo, setenta e cinco por cento daquele estabelecido, em espécie, para os Deputados Estaduais, observado o que dispõem os arts. 39, § 4º, 57, § 7º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I”.

A anterior redação desses incisos previa:

“V — remuneração do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Vereadores fixada pela Câmara Municipal em cada legislatura, para a subsequente, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I;

“VI — inviolabilidade dos Vereadores por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município” (grifei).

Após a alteração constitucional, também foi modificada a Lei Orgânica do Município de Capinzal, pela Emenda n. 1, de 30 de julho de

1998, dando a seguinte redação ao art. 50:

“Art. 50. Os subsídios do Prefeito, do Vice-Prefeito, dos Secretários Municipais e dos Vereadores, obedecido o disposto na Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998, serão fixados por Lei de iniciativa da Câmara Municipal de Vereadores, observado o que dispõem os artigos 39, § 4º, 57, § 7º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, da Constituição Federal”.

Disponha a anterior redação da Lei Orgânica do Município:

“A Câmara Municipal fixará a remuneração do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Vereadores no último ano de legislatura, até 6 (seis) meses antes das eleições municipais, vigorando para a legislatura seguinte, observado o disposto na Constituição Federal”.

Posteriormente, em sessão extraordinária, realizada no dia 2/6/98, foram aprovados o Projeto de Decreto Legislativo, que deu origem ao Decreto Legislativo n. 13/98, alterando o Regimento Interno da Câmara; e o Projeto de Lei n. 13/98, que resultou na Lei n. 2.100/98, fixando os subsídios dos agentes políticos do município de Capinzal.

Em razão desses atos legislativos foi proposta a presente ação popular e dentre os vários argumentos trazidos pelos autores, ora agravados, o Togado a quo fundamentou a interlocutória — suspendendo os efeitos concretos da Lei n. 2.100/98, para determinar o retorno à remuneração anterior —, nos seguintes aspectos:

a) ausência de comprovação da convocação dos Vereadores, nos termos do art. 143 do Regimento Inter-

no, para a sessão extraordinária do dia 2/7/98, quando houve a votação e a aprovação da referida Lei;

b) que a norma questionada foi aprovada em 2/7/98, portanto anteriormente à entrada em vigor da Emenda à Lei Orgânica do Município, tendo em vista que a referida emenda só foi publicada no dia 3/7/98, com início da vigência, segundo a mencionada lei, na data de sua publicação. Assim, a Lei n. 2.100/98 foi aprovada antes da alteração da Lei Orgânica do Município, a qual daria, em tese, competência para a Câmara de Vereadores alterar o valor dos vencimentos — agora subsídios;

c) que a alteração do Regimento Interno da Câmara de Vereadores (Decreto Legislativo n. 13/98) que modificou a redação do inciso II do art. 30 — o qual fala da fixação ou atualização da remuneração dos cargos nominados — só foi publicada no jornal local em 10/7/98, sendo que apenas entraria em vigor na data da publicação, ou seja, após a aprovação pela Câmara Municipal da Lei n. 2.100/98, a qual se deu já em 2/7/98.

Ainda que se possa sustentar que, por estarem presentes todos os Vereadores na referida sessão extraordinária que deliberou acerca dos subsídios, acabaram desaparecendo os vícios no ato convocatório, o recurso merece ser desprovido.

Os recorrentes não tiveram êxito ao tentar derrubar os outros dois argumentos utilizados pelo Magistrado, que são suficientes para caracterizar a existência do *fumus boni juris*, requisito indispensável à concessão da liminar na ação popular.

Os agravantes alegam que a publicação, e conseqüente vigência da alteração da Lei Orgânica do Município, ocorreu anteriormente à aprovação da norma questionada. Ora, não é verdade, pois na cópia do jornal “A Notícia” de 1º/7/98, pág. b-6, juntada aos autos do presente agravo de instrumento, a fls. 203, não consta qualquer publicação referente ao município de Capinzal.

Por outro lado, não lhes socorre o argumento de que a publicação no jornal “O Tempo” ocorreu somente no dia 3/7/98, porque este não tem circulação diária. Trata-se de semanário que acumula as matérias a serem publicadas para veiculá-las em uma única edição, a cada 8 (oito) dias.

Ora, sabe-se que uma norma entra em vigor com a publicação, e se o semanário somente circulou no dia 3/7/98, esta é a data da publicação e, conseqüentemente, da vigência da Lei.

Constata-se, na espécie, que realmente ocorreu precipitação do Legislativo Municipal, sendo esse fato mais evidente quando, na mesma sessão extraordinária, foi alterado o Regimento Interno da Câmara de Vereadores e votado o Projeto de Lei que fixou os subsídios, ou seja, enquanto ainda não estava em vigor aquela alteração.

Resta analisar o argumento trazido pelos recorrentes, entendendo que não havia necessidade de ocorrer as adaptações legislativas para a possibilidade de fixação dos subsídios, já que todas as normas municipais, estaduais e federais que estivessem contrárias aos dispositivos alterados pela Emenda Constitucional n. 19/98 esta-

riam revogadas e que as normas modificadas por esta são auto-aplicáveis.

Observe-se que com as recentes modificações constitucionais, ensejadoras da reforma administrativa, prefeitos e vereadores de inúmeros municípios brasileiros, legislando em causa própria e sob o pretexto de se ajustarem à nova ordem constitucional buscam, avidamente, o aumento de seus vencimentos, fixando os subsídios mensais.

Ao analisarem-se as inovações constitucionais, é indispensável uma interpretação comprometida com os anseios sociais e com o sistema jurídico vigente e, por outro lado, com os princípios norteadores das reformas constitucionais, que buscam, sem qualquer dúvida, reduzir, limitar, coibir abusos, corrigir distorções, referentes aos gastos públicos e ao comprometimento de recurso com o pagamento de pessoal, que têm levado Estados e Municípios à insolvência.

Fábio Medina Osório, Promotor de Justiça no Rio Grande do Sul, em artigo publicado com o título "Vencimentos de Prefeitos e Vereadores à Luz da Emenda Constitucional n. 19/98", assevera que a reforma administrativa "teve por principal objetivo contenção de gastos públicos. Esse o sentido teleológico da reforma e haverá de ser o caminho do intérprete preocupado em cumprir as finalidades das normas constitucionais instituidoras da reforma administrativa" (BDM — Boletim de Direito Municipal, janeiro/99, pág. 15).

Mais adiante, entendendo que não são auto-aplicáveis as normas constitucionais relativas aos subsídios, assevera:

"A não auto-aplicabilidade das normas constitucionais impede, antes da lei federal dispondo sobre os subsídios dos Ministros do Supremo Federal, que os Vereadores disponham sobre 'subsídios', pois os subsídios destes estão atrelados, em última ratio, ao teto daqueles. Não há que falar, ainda, em subsídios, por ausência de aplicabilidade direta do disposto no art. 39, § 4º, da CF/88, com a redação da EC n. 19/98.

"Em outras palavras, vale dizer, então, que o art. 29, VI, está amarrado aos arts. 37, XI, e 39, § 4º, todos da CF/88, com a redação da EC n. 19/98, pelo que, ausente a lei federal disposto sobre os subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, não há que falar em 'subsídios' de Vereadores" (artigo citado, pág. 19).

Portanto, enquanto não ocorrer a fixação dos subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, os agentes políticos municipais não podem estabelecer os seus subsídios.

Por outro lado, logicamente que a supressão do texto constitucional da parte do inciso V do art. 29, estabelecendo que a remuneração do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Vereadores, fixada pela Câmara Municipal em cada legislatura para a subsequente, não permite a adoção da interpretação dada pelos recorrentes, qual seja, o desaparecimento, por incompatibilidade com o texto constitucional, de qualquer norma, estadual ou municipal, que imponha algum outro limite ou exigência para a fixação, agora, dos chamados subsídios.

Nesse aspecto, voltamos ao bem fundamentado artigo elaborado pelo citado Parquet, no qual observa

que, diante do princípio da anterioridade dos vencimentos do sistema federativo, nada impede a persistência de exigências “no plano das Constituições Estaduais e Leis Orgânicas dos Municípios, dado o alcance do princípio federativo, que permite aos Estados e Municípios a escolha por um tratamento mais rigoroso na fixação dos subsídios e vencimentos de seus agentes públicos e na proteção da moralidade administrativa (art. 37, caput, da CF/88)” (ob. cit., pág. 19).

A propósito, a Constituição Estadual de Santa Catarina, em seu art. 111, inciso V, ainda dispõe: “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”.

Esse dispositivo permanece em vigor, visto que não é incompatível com o disposto no art. 29, V, com a redação dada pela EC n. 19/98, da CF/88.

A palavra remuneração deve ser lida agora como subsídios, sendo que os agentes políticos municipais, para a mesma legislatura, no máximo, poderiam é reajustar seus vencimentos, observando o reajuste geral concedido aos demais servidores públicos municipais.

Ora, como bem frisou Fábio Medina Osório:

“A melhor leitura que se pode fazer do art. 29, V, da CF/88, com a atual redação dada pela EC n. 19/98, é que existe a faculdade de as Câmaras Municipais fixarem seus próprios subsídios, para a própria legislatura,

desde que inexista semelhante vedação no plano das normas estaduais e municipais pertinentes.

“Não se trata de visualizar e equiparar a ausência de exigência (art. 29, V, da CF/88 c/c a EC n. 19/98) como uma exigência a contrario sensu de que não se proceda à fixação dos subsídios para a legislatura subsequente. Aqui, cabe lembrar a autonomia dos Estados Federados e dos próprios Municípios, princípio constitucional explícito que restaria francamente vulnerado (arts. 1º, caput, e 18, caput, da CF/88). Mais ainda, cabe recordar que os princípios norteadores da Administração Pública, v. g., legalidade, moralidade, e impessoalidade administrativas estão em pleno vigor (art. 37, caput, da CF/88).

“(…)”

“Há que se proceder a uma interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais, partindo, por evidente, da própria leitura gramatical da norma, seu sentido teleológico e seu sentido em face de outras normas integrantes do sistema.

“No plano gramatical estritamente considerado, veja-se que uma restrição à autonomia dos entes federativos deveria vir expressa na norma constitucional. Não foi o que ocorreu. Quisesse o constituinte revisor proibir que os Estados Federados e os Municípios deliberassem no sentido de fixar os vencimentos dos Governadores, Vice-Governadores, Secretários Estaduais, Deputados Estaduais, Prefeitos, Vice-Prefeitos, Secretários Municipais e Vereadores para a legislatura subsequente, tê-lo-ia dito expressamente. Não o disse e tampouco seria coerente que o fizesse,

pois equivaleria tal ordem a um comando insensato de desprezo pelos princípios constitucionais da moralidade e impessoalidade administrativas (art. 37, caput, da CF/88).

“O art. 29, V e VI, da CF/88, com a redação em comento, não proíbe, modo inequívoco e expresso, que as Câmaras de Vereadores sejam obrigadas, pelas Constituições Estaduais, a fixar os vencimentos ou subsídios de seus membros, dos Prefeitos, Vice-Prefeitos e Secretários Municipais para a legislatura subsequente” (ob. cit., págs. 20/21).

Finalizando, é inconcebível que o constituinte ao mesmo tempo em que buscou, de todas as formas, moralizar a administração pública, com medidas até antipáticas para alguns que poderão ter seus vencimentos reduzidos, em razão da imposição de um teto — que, agora, pela redação dada ao artigo constitucional que o disciplina, não poderá mais ser contornado por interpretações casuísticas —, tenha pretendido tornar possível o aumento de vencimentos, com a fixa-

ção dos subsídios para a mesma legislatura, abrindo a possibilidade para abusos.

Assim, quanto à fixação dos subsídios, enquanto houver restrição municipal ou estadual, e, principalmente, se importar em aumento do valor, os agentes políticos dos municípios só poderão fazê-lo para a próxima legislatura. Obviamente, depois de fixados os subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Cláudio Barreto Dutra e Sérgio Paladino, tendo lavrado parecer, pela Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Raul Schaefer Filho.

Florianópolis, 25 de maio de 1999.

Eder Graf,
Presidente;
Silveira Lenzi,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 98.010337-1, DA CAPITAL

Relator: Des. Cláudio Barreto Dutra

Agravo de instrumento — Exame de DNA em ação investigatória de paternidade — Indeferimento, pelo Juiz, ao argumento de não ser legítimo compelir o Estado a custeá-lo — Requerente beneficiário da assistência judiciária gratuita — Questionamento acerca do alcance, ou não, do beneplácito em relação à prova — “Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta” firmado entre o Ministério Público Estadual e a Secretaria de Estado da Saúde, propiciando a realização de exames dessa natureza, sem custo para o requerente, desde que provada a hipossuficiência — Provimento do recurso.

“Antes de determinar a realização da prova pericial do DNA, deve o Juiz de Direito promover a coleta de outras provas que permitam a formação de seu convencimento sobre a pretensão deduzida. Ainda assim, julgada indispensável, poderá determiná-la às expensas do Estado, que proverá os meios necessários. Precedente da Segunda Seção” (REsp. n. 98730/MS).

“(…) Face ao mandamento constitucional que garante acesso à justiça e assistência judiciária gratuita, os litigantes necessitados não podem ser prejudicados com a não realização de exame pericial por eles requerido simplesmente porque não podem pagar seu custo; ao Estado cabe buscar e propiciar os meios” (Ap. Cív. n. 97.006552-3, de Cunha Porã).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 98.010337-1, da comarca da Capital (Juizado da UFSC), em que é agravante H. B. G. da S., sendo agravado H. B. G.:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, prover o recurso.

Custas na forma da lei.

Agravo de instrumento interposto por H. B. G. da S., contra decisão proferida pela Juíza de Direito Substituta e. e. na Unidade Jurisdicional de Exceção da Universidade Federal de Santa Catarina que, nos autos da ação de Investigação de Paternidade n. 2.656, movida contra H. B. G., indeferiu a realização do exame de DNA ao argumento de que seu custo elevado inviabilizaria a pretensão, já que os peritos não podem ser compelidos a fazê-lo gratuitamente.

Assevera que está amparado pelo benefício da assistência judiciária gratuita em conformidade com a

Lei n. 1.060/50 e que aludida prestação implica no custeio, pelo Estado, das despesas dela decorrentes, sejam tais serviços públicos ou particulares.

Discorreu acerca do direito à realização do exame gratuitamente, informando que há dez anos tem crises constantes de epilepsia que o impedem de exercer atividade remunerada.

Requeru o provimento do recurso a fim de, reformada parcialmente a decisão, seja-lhe deferido o beneplácito em relação ao exame em questão.

Juntou as peças de fls. 7/18.

Cumprida a fase do inciso III do artigo 527 do Código de Processo Civil, sem que houvesse manifestação do agravado, foram os autos com vista à Procuradoria-Geral de Justiça, que foi pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Em inúmeros julgados desta Corte de Justiça, o entendimento era de que a assistência judiciária gratuita não compreendia a isenção quanto a

provas periciais complexas, como só ser a do sistema DNA, efetuada por profissional liberal e cujo custeio era por demais elevado.

De fato, “antes de determinar a realização da prova pericial do DNA, deve o Juiz de Direito promover a coleta de outras provas que permitam a formação de seu convencimento sobre a pretensão deduzida. Ainda assim, julgada indispensável, poderá determiná-la às expensas do Estado, que proverá os meios necessários. Precedente da Segunda Seção” (REsp. n. 98730/MS, rel. Min. Barros Monteiro, DJ 16/11/98, pág. 94).

Frente a esta assertiva, a Magistrada poderia indeferir o exame até que outras provas fossem realizadas, quando então, reputando-as frágeis, permitiria o teste de DNA.

Todavia, o indeferimento circunscreeveu-se ao custo da pesquisa e à inviabilidade de ser levada a termo, visto que os profissionais da área, segundo mencionou o despacho, não podem ser compelidos a fazê-la gratuitamente. A respeito, os julgamentos proferidos nos AI ns. 96.001914-6, de Timbó, rel. Des. Trindade dos Santos, 96.009220-0, da Capital, rel. Des. Alcides Aguiar e 96.001909-0, de Timbó, rel. Des. Paulo Gallotti, dentre outros.

Visando pôr fim ao debate, em 17/6/98, o Governo do Estado pela Secretaria de Estado da Saúde e o Ministério Público Estadual, celebraram “Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta”, fazendo constar, na Cláusula Segunda, o seguinte:

“Cláusula segunda — Das obrigações:

“O Governo do Estado se compromete, através da Secretaria de Estado da Saúde, a:

“Adquirir os reagentes e adequar o Lacen para realização dos testes de DNA, nos casos de investigação de paternidade, em procedimentos administrativos do Ministério Público e judiciais em que fique comprovada a hipossuficiência de recursos do requerente, através de requisição dos Juízos e do Ministério Público, onde constará a afirmação de hipossuficiência nas Comarcas, isto a partir de 1º/9/98, bem como, informar ao Ministério Público o valor de cada kit de reagentes.

“O Ministério Público do Estado se compromete, através dos Promotores de Justiça a:

“Requerer nas ações ajuizadas, a condenação do requerido ao ressarcimento dos custos do exame de DNA, cuja verba será recolhida à Secretaria de Estado da Saúde, bem como nas investigações administrativas” (grifo).

Nesse contexto, conforme registrou o Procurador de Justiça em seu parecer a fls. 29 e com base em recente pronunciamento da Quarta Câmara Civil deste Tribunal, uma vez firmado convênio com laboratório vinculado à Secretaria da Saúde (Lacen), especialmente para esta finalidade, não subsistem as razões que levaram ao indeferimento da prova pela Juíza monocrática.

Verbis:

“Investigação de paternidade — Prova — Exame do DNA — Justiça gratuita — Circunstância que não deve impedir a realização do exame — ‘Termo de Ajustamento de Conduta’

— Julgamento do feito — Exame indispensável — Sentença anulada.

“A perícia do DNA (sistema de determinação de seqüências de aminoácidos codificados do DNA) e da tipagem HLA (antígenos leucocitários de histocompatibilidade), reconhecida de confiabilidade absoluta na determinação da paternidade, até mesmo após a morte do suposto pai, porquanto pode afirmar probabilidade cumulativa de paternidade de 99,99999%, deve ser realizada sempre que possível e/ou resultar exigível por eventual dúvida no restante da prova, porque dela se poderá formar conjunto gerador da certeza absoluta de ser o autor filho do imputado pai.

“Face ao mandamento constitucional que garante acesso à justiça e assistência judiciária gratuita, os litigantes necessitados não podem ser prejudicados com a não realização de exame pericial por eles requerido simplesmente porque não podem pagar seu custo; ao Estado cabe buscar e propiciar os meios.

“No Estado de Santa Catarina, em sendo necessário exame de DNA e estando ‘comprovada a hipossuficiência de recursos do requerente’, o

juiz não poderá deixar de determiná-lo porquanto, segundo ‘Termo de Ajustamento de Conduta’ celebrado entre o Ministério Público e o Estado, por intermédio da Secretaria da Saúde, este adquirirá os reagentes e adequará seu Laboratório Central — Lacen — para realização ‘dos testes de DNA’, cabendo ao Órgão Ministerial requerer, nas ações ajuizadas, ‘a condenação do requerido ao ressarcimento dos custos’” (Ap. Cív. n. 97.006552-3, de Cunha Porã, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. em 10/12/98).

Pelo exposto à unanimidade de votos, dá-se provimento ao agravo.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Napoleão Amarante e dele participou, também com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Silveira Lenzi, lavrando parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Kurt Ernesto Hammerschmidt.

Florianópolis, 9 de março de 1999.

Eder Graf,

Presidente para o acórdão;

Cláudio Barreto Dutra,

Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.000087-7, DE TIMBÓ

Relator: Des. Cláudio Barreto Dutra

Agravo de instrumento — Declaratória de reconhecimento de sociedade concubinária cumulada com petição de herança — Falecimento do companheiro — Hipótese em que a solução da causa acarretará reflexos de ordem patrimonial no direito subjetivo de todos os sucessores — Litisconsórcio necessário (Código de Processo Civil, artigo 47) — Citação — Ônus do autor (parágrafo único) —

Decisão mantida — Desprovemento do recurso.

“(...) O que importa para que se cumpra a lei, é que os litisconsortes necessários estejam participando da relação processual, seja em que pólo for”.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 99.000087-7, da comarca de Timbó (1ª Vara da Infância, Juventude e Registros Públicos), em que são agravantes M. G. e sua mulher, R. E. G., sendo agravada J. B.:

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

Custas na forma da lei.

Relatório

Agravo de instrumento interposto por M. G. e sua mulher, R. E. G., contra a decisão proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara da Infância, Juventude e Registros Públicos da comarca de Timbó que, nos autos da ação Declaratória de Sociedade de Fato cumulada com Petição de Herança n. 073.95.000253-7, movida contra J. B., deferiu a citação dos demais herdeiros na qualidade de litisconsortes necessários, mediante o fornecimento, pelos agravantes, de meios aptos à viabilização das diligências, sob pena de extinção do feito.

Defendem a ausência de justificativa para a intervenção, pois, assim sendo, toda e qualquer ação, que importasse no decréscimo do patrimônio de alguém, seria necessária a citação de seus herdeiros. Argumentam que a ação é movida contra uma pessoa que, enquanto viva, não pode ser

substituída por seus descendentes como litisconsortes necessários.

Asseveraram que a lide em questão beneficia a todos os filhos de W., pois, com o falecimento deste, os herdeiros receberão seu respectivo quinhão.

Pugnaram a concessão de efeito suspensivo, visto que a citação determinada pelo Magistrado importará em gastos com a contratação de advogado, além dos contratempos relativos à expedição de Carta Rogatória para a citação da herdeira residente em outro País.

Juntaram documentos e a prova do preparo, sendo a postulação liminar indeferida pelo despacho de fls. 43/44.

As fls. 53/54 vieram as informações, onde o Togado fez breve relato dos autos e discorreu acerca dos fundamentos de sua decisão, anexando documentos.

Na fase do inciso III do artigo 527 do Código de Processo Civil, a agravada silenciou.

Com vista dos autos, a Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Áttila Antônio Rothsahl, opinou pelo desprovemento do recurso.

É o relatório.

Voto

A decisão hostilizada, diversamente da proferida às fls. 31, reputou necessário o chamamento dos herdeiros de W. G. na qualidade de litisconsortes, para que a lide fosse decidida de modo uniforme.

Sabe-se que “não cabe cogitar de litisconsórcio ativo necessário, na falta de evidência da sua inevitabilidade, porque repugna ao direito pátrio que se constranja alguém a demandar como autor” (RTJ 112/20, in Theotonio Negrão, “Código de Processo Civil e legislação processual civil em vigor”, 28ª ed., São Paulo, Saraiva, 1997, pág. 119), e os agravantes, nesse contexto, defendem interesse próprio mas com reflexos na universalidade da herança onde, aduzem, serão igualmente beneficiados aqueles que ora se recusam em chamar ao feito.

Considerando-se que a demanda é de cunho declaratório (ainda que cumulada com petição de herança), e visa tão-somente o reconhecimento da sociedade de fato entre o genitor e a agravada, razão lhes assiste, pois em princípio nenhum prejuízo sofreriam os demais herdeiros, que seriam beneficiados com os efeitos decorrentes, independentemente do ajuizamento de lide específica.

Outrossim — e aí reside o âmbito da questão — os conseqüentes do mérito, por envolver a herança como um todo, refletirão, sem dúvida, nos interesses comuns e individuais, na medida em que implicam em acréscimo ou redução de quinhão dos herdeiros que, por seu turno, não limitaram o seu direito ou sua vontade ao pedido formulado por um só deles. Por isso, assim como os agravantes, também I.

e I. G. (filhos da primeira relação), H. e B. G. (nascidas do relacionamento com a agravada), detêm legítimo interesse não só em obter a declaração buscada na inicial, como também no resultado que dela possa advir — principalmente quanto à segunda postulação (petição de herança).

Já se disse que “toda vez que se vislumbra a possibilidade de a sentença atingir, diretamente, a esfera jurídica de outrem, a menos que a lei estabeleça a facultatividade litisconsorcial, deve este ser citado como litisconsorte necessário, a fim de que possa se defender em juízo” (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, “Código de Processo Civil Comentado”, 3ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997, pág. 327).

Note-se que não obstante a ausência de informação, qualquer um dos sucessores pode ter ajuizado ação idêntica. E é para evitar decisões contraditórias e a possibilidade de transação à revelia deles que o chamamento é necessário, anotando-se que inclusive já houve proposta de conciliação em Juízo (fls. 53). Foi infrutífera, poderia ter sido exitosa, mas, em ambos os casos, em detrimento do direito dos que não estavam presentes.

Não há falar, por outro lado, em lesão de direitos de “terceiro”, porque os litisconsortes são na verdade partes na ação, e como o chamamento não implica em ônus, mas sim em garantia ao convocado a integrar a lide, tal formalidade pode e deve ser levada a efeito pelos agravantes. Mesmo porque, se fosse inversa a situação, a agravada não poderia optar, já que estaria obrigada a promover a citação do

espólio, na forma do artigo 47 do Código de Processo Civil.

Quanto ao cabimento da intervenção dos litisconsortes no processo, basta lembrar a lição de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, ob. cit., pág. 326:

“Quando a obrigatoriedade da formação do litisconsórcio deva ocorrer no pólo ativo da relação processual, mas um dos litisconsortes não quer litigar em conjunto com o outro, esta atitude não pode inibir o autor de ingressar com a ação em juízo, pois ofenderia a garantia constitucional do direito de ação (CF 5º XXXV). Deve movê-la, sozinho, incluindo aquele que deveria ser seu litisconsorte ativo, no pólo passivo da demanda, como réu. Citado, passa a integrar de maneira forçada a relação processual. A sentença será dada em relação a ele e produzirá normalmente seus efeitos. O que importa para que se cumpra a lei, é que os litisconsortes necessários estejam participando da relação processual, seja em que pólo for” (grifo).

Ademais, já se disse:

“Aquele que for chamado ao processo para agir como litisconsorte ativo ao lado do autor, mas que não

tenha interesse na causa, pode pedir a sua exclusão e o juiz concedê-la, pois tal chamamento deve ser uma garantia e não um ônus, um direito e não uma compulsão” (TFR — 2ª Turma, Ag n. 47.023—Pr, rel. Min. Gueiros Leite)” (Theotonio Negrão, “Código de Processo Civil e legislação processual civil em vigor”, 28ª ed., São Paulo, Saraiva, 1997, pág. 119).

O interlocutório, em face disso, é mantido em todos os seus termos.

Decisão

Por unanimidade de votos, a Câmara negou provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino, lavrando parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Áttila Antônio Rothsahl.

Florianópolis, 1º de junho de 1999.

Eder Graf,

Presidente com voto;

Cláudio Barreto Dutra,

Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 98.012554-5, DE CHAPECÓ

Relator: Des. Newton Trisotto

Ação civil pública — Entidade fechada de previdência privada — Menor sob guarda — Inscrição como dependente de associado — Fumus boni juris — Pressuposto não provado.

Na ação civil pública que tenha por objeto obrigação de fazer ou não fazer, pode o juiz antecipar os efeitos da tutela e determinar o “cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da

atividade nociva” (Lei n. 7.347, art. 11).

Após a vigência da Lei n. 9.528/97, que deu nova redação ao § 2º do art. 16 da Lei n. 8.213/91, e derogou o § 3º do art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, não há plausibilidade jurídica na tese afirmativa da obrigação de entidade fechada de previdência privada admitir, como dependente de associado, menores sob guarda.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 98.012554-5, da comarca de Chapecó (Vara da Fazenda Pública, Família, Infância e Juventude), em que é agravante Fundação Celesc de Seguridade Social, sendo agravado o representante do Ministério Público:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

O representante do Ministério Público ajuizou “ação civil pública com pedido liminar e preceito cominatório de obrigação de fazer” contra Celos — Fundação Celesc de Seguridade Social.

A liminar postulada foi deferida nos termos que seguem:

“Pelo exposto, concedo a liminar pleiteada, com efeitos apenas nesta comarca de Chapecó (art. 16, Lei n. 7.347/85), para o fim de determinar que a requerida, durante o transcorrer desta ação, se abstenha de indeferir pedidos de inscrição de crianças e adolescentes sob guarda judicial, como dependentes do beneficiário guardião, no plano AMHOR,

mantendo, também, os que já estão inscritos, assegurando em ambos os casos todos os benefícios de tal plano aos menores em tal situação, cominando multa diária no valor de 5 salários mínimos, por menor que não tiver seus direitos assegurados conforme determinação desta liminar.

“Cite-se a requerida para contestar no prazo legal, dando-se-lhe ciência da liminar.

“Deverá a requerida, igualmente, trazer aos autos, relação de todos os casos de menores sob guarda, e que se enquadrem na situação específica dos autos, nesta comarca de Chapecó”.

A requerida interpôs agravo, sustentando, em síntese, que: a) o elevado número de dependentes de associados — mais de trezentos — na condição de “menor sob guarda” levou o Conselho de Curadores da entidade a excluí-los da assistência do Plano “AMHOR”; b) trata-se de decisão de sociedade de natureza privada, subordinando-se os direitos dos associados a regras do estatuto; c) não há lei que a obrigue a prestar assistência aos “menores sob guarda”; d) não cabe ao Ministério Público assumir a titularidade de direitos disponíveis; e) muitos casos de guarda encobrem verdadeira fraude, gerando custos que podem comprometer as finanças da entidade.

O agravado e a douta Procuradoria-Geral de Justiça propugnam a confirmação do decisum.

II — Voto

1. Quando o Juiz concede tutela cautelar não pode fugir ao exame, ainda que perfunctório, da probabilidade do requerente obter sucesso no pleito principal, pois “não se pode, bem se vê, tutelar qualquer interesse mas tão-somente aqueles que, pela aparência, se mostrarem plausíveis de tutela no processo principal” (Theodoro Júnior, Humberto. *Tutela Cautelar*, Aide, 1ª ed., vol. 4, 1992, págs. 35/36).

Na antecipação dos efeitos da tutela, a plausibilidade do direito invocado é pressuposto fundamental à sua concessão. No Código, está traduzida nas expressões “prova inequívoca”, convincente da “verossimilhança da alegação”.

Discorrendo sobre o novel instituto, observa Antônio Cláudio da Costa Machado: “Este novo art. 273 corresponde ao maior e, também, ao mais perigoso de todos os avanços introduzidos pela chamada reforma do processo civil”, alertando que “muita prudência e comedimento serão exigidos do juiz para o exercício dessa imensa parcela de poder que a lei agora colocada à sua disposição com o intuito de fomentar a justiça célere e efetiva” (A Reforma do Processo Civil Interpretada, Saraiva, 2ª ed., 1996, pág. 22).

A advertência é oportuna, pois a antecipação da tutela é medida excepcionalíssima, somente deferível se rigorosamente presentes os pressu-

postos legais, enumerados no artigo 273 do Código de Processo Civil. Entre eles, sobressai o *fumus boni juris*.

A respeito dela, anota Cândido Rangel Dinamarco:

“O art. 273 condiciona a antecipação da tutela à existência de prova inequívoca suficiente para que o juiz ‘se convença da verossimilhança da alegação’. A dar peso ao sentido literal do texto, seria difícil interpretá-lo satisfatoriamente porque prova inequívoca é prova tão robusta que não permite equívocos ou dúvidas, infundido no espírito do juiz o sentimento de certeza e não mera verossimilhança. Convencer-se da verossimilhança, ao contrário, não poderia significar mais do que imbuir-se do sentimento de que a realidade fática pode ser como a descreve o autor.

“Aproximadas as duas locuções formalmente contraditórias contidas no art. 273 do Código de Processo Civil (prova inequívoca e convencer-se da verossimilhança), chega-se ao conceito de probabilidade, portador de maior segurança do que a mera verossimilhança. Probabilidade é a situação decorrente da preponderância dos motivos convergentes à aceitação de determinada proposição, sobre os motivos divergentes. As afirmativas pesando mais sobre o espírito da pessoa, o fato é provável; pesando mais as negativas, ele é improvável (Malatesta). A probabilidade, assim conceituada, é menos que a certeza, porque lá os motivos divergentes não ficam afastados mas somente suplantados; e é mais que a credibilidade, ou verossimilhança, pela qual na mente do observador os motivos convergentes e

os divergentes comparecem em situação de equivalência e, se o espírito não se anima a afirmar, também não ousa negar.

“O grau dessa probabilidade será apreciado pelo juiz, prudentemente e atento à gravidade da medida a conceder. A exigência da prova inequívoca significa que a mera aparência não basta e que a verossimilhança exigida é mais do que o *fumus boni juris* exigido para a tutela cautelar” (A Reforma do Código de Processo Civil, Malheiros, 2ª ed., 1995, pág. 143).

2. A Lei n. 7.347, de 24/7/85, que trata da ação civil pública, permite a antecipação da tutela. No artigo 11, dispõe:

“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”.

Pelas razões que passo a expor, tenho que o requisito antes aludido não restou demonstrado.

2.1. A questão guarda fundamental identidade com aquela examinada na Apelação Cível n. 98.003289-0, julgada em 11/8/98, acórdão que está sendo publicado juntamente com este. Transcrevo excerto do voto.

“1. O pedido do apelante está calcado no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90):

‘Art. 33. A guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente,

conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

‘§ 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.

‘§ 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.

‘§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários’.

“Desde a vigência do Estatuto, proliferaram pedidos de guarda de menores formulados por parentes próximos, principalmente pelos avós. Não raro, tem por único objetivo assegurar aos menores o recebimento, no futuro, de pensão previdenciária. A fraude não pode ser apoiada; ao Judiciário cabe impedi-la, se evidenciada nos autos. A respeito, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

‘Na esteira de precedente da Corte, a ‘conveniência de garantir benefício ao neto não caracteriza a situação excepcional que justifica, nos termos do ECA (art. 33, § 2º), o deferimento da guarda à avó’” (REsp. n. 116.456, Min. Carlos Alberto Menezes Direito).

‘Não há amparo legal para a concessão de guarda de menor pelo avô para fins previdenciários, por inexistente a situação peculiar de que cuida a lei; bem como o caráter excepcional, eis que fora dos casos de tutela e adoção (art. 33, §§ 2º e 3º, da Lei n. 8.069/1990). O gozo da condição de

dependente de guardião, para todos os efeitos legais, inclusive previdenciário, é consequência do estado de guarda, e não causa que justifique sua concessão' (REsp. n. 97.069, Min. Waldemar Zveiter).

'A conveniência de garantir benefício previdenciário ao neto não caracteriza a situação excepcional que justifica, nos termos do ECA (art. 33, § 2º), o deferimento de guarda a avô' (REsp. n. 86.442, Min. Ruy Rosado de Aguiar).

'O pedido de guarda, em casos de pais presentes, não pode ser deferido para meros efeitos previdenciários, mesmo em se tratando de requerimento de avô, com a concordância dos pais' (REsp. n. 86.536, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

"Do voto do relator do último acórdão citado extraio o excerto que segue:

'Realmente a questão é polêmica e a pergunta que se faz é a seguinte: a falta de condições econômicas dos pais pode consistir motivo suficiente para se deferir a guarda aos avós?'

'O Estatuto da Criança e do Adolescente, no art. 33, § 2º, prevê a possibilidade de se deferir a guarda de menor fora dos casos de adoção ou tutela, desde que seja para atender a situações peculiares ou para suprir a falta eventual dos pais. No caso em exame, estando presentes os pais, constata-se que o intuito do autor é realmente incluir sua neta como beneficiária no órgão de previdência social. E não se insere nas situações peculiares a hipótese sob comento. O dever de assistência econômica é dos pais e a eles incumbe a responsabilidade imediata para a criação dos filhos, sendo de salientar-se que o deferimento da

guarda implica a transferência de toda a responsabilidade para o novo 'tutor', seja material, moral ou mesmo educacional. Assim, não se justifica o deferimento da guarda a pessoas outras que não os pais, lembrando-se ainda que tal concessão importa em maior oneração ao órgão previdenciário.

'A propósito, Antonio Chaves leciona:

'O que se deve evitar é a constituição de guardas somente com vistas à percepção do benefício previdenciário, pois o encargo é muito mais amplo, conferindo a seu detentor a responsabilidade de prestar assistência moral, material e educacional à criança ou adolescente.

'É comum os avós postularem a guarda do neto, quando a mãe (ou o pai) com eles reside, trabalha, mas só tem a assistência médica do INSS e quer beneficiar seu filho com o IPE ou com outro convênio. Entendo, respeitando posições em contrário, que tais pedidos devem ser indeferidos, porque a situação fática, nesses casos, estará em discrepância com a jurídica. Em suma, é uma simulação, com a qual o MP, como custos legis, e o Juiz competente não podem ser coniventes, sob pena de se fomentar o assistencialismo às custas de entidades não destinadas a esse fim' (Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente, LTr, São Paulo, 1994, n. 53, pág. 150).

'A matéria, por sinal, já foi enfrentada várias vezes por esta Turma, que firmou o mesmo ponto de vista do acórdão recorrido, de que é exemplo o REsp. n. 77.139—RJ (DJ 3/3/97), assim ementado:

'A conveniência de garantir benefício previdenciário ao neto não ca-

racteriza a situação excepcional que justifica, nos termos do ECA (art. 33, § 2º), o deferimento de guarda ao avô'.

'O voto-condutor, do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, foi elucidativo, verbis:

'Aos pais incumbe o dever e sustento, guarda e educação dos filhos menores', como está expresso no Estatuto da Criança e do Adolescente, repetindo uma regra milenar, desde que a família se tornou a instituição social apta à criação dos filhos.

'Se esse é o dever dos pais, a criança tem o direito de ser criada e educada no seio de sua família e, só excepcionalmente, em família substituta (art. 19 do ECA).

'A retirada da criança de sua família natural para ser colocada em família substituta, pode ser através do deferimento da guarda, destinada à regularização da posse de fato, como medida liminar ou incidental nos procedimentos de tutela e adoção (art. 33, § 1º). Só excepcionalmente, dispõe o § 2º do art. 33 deferir-se-á a guarda fora desses casos, para atender a situações peculiares, ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável.

'Presentes estes pressupostos, que o Juiz verificará com prudente critério, de caso em caso, será possível deferir a guarda, com o intuito de contribuir para a assistência material, moral e educacional da criança, nas circunstâncias em que ela está vivendo.

'No Estado do Rio de Janeiro, pelo que posso depreender da quantidade de processos que tenho recebido, versando sobre a mesma matéria, e só em uma das últimas sessões tive três para julgamento, está se tornando hábito requerer a concessão da

guarda pelos avós, com o declarado objetivo de alcançar efeito previdenciário.

'A responsabilidade primária e imediata da criação dos filhos é dos pais, e não dos avós, porque são aqueles que têm maiores possibilidades e melhores condições biológicas de acompanhar o desenvolvimento da criança até a maioridade. O falecimento dos avós antes de ser alcançado esse limite, probabilidade atuarialmente comprovada, não interfere no encargo dos pais, que continuam com o dever de prestar a assistência necessária aos filhos. Porém, se o neto passa a ser dependente dos avós, os efeitos previdenciários dessa medida, em caso de seu falecimento, implicarão a oneração da previdência social, com o pagamento da pensão devida ao dependente, quando o dever de sustentar o filho era e deveria continuar sendo dos pais.

'O expediente da guarda, em tais circunstâncias e com tal objetivo, passa a ser mero instrumento para garantir uma pensão aos filhos, em caso de falecimento dos avós, quando a pensão dos filhos deveria decorrer do falecimento dos seus pais. Se estes estão vivos, saudáveis e em condições de trabalho, conforme ordinariamente acentuado nos autos, não há razão jurídica para deferimento da guarda. Esta, como diz a lei, serve para regularizar a posse de fato, nos procedimentos de tutela e adoção, ou para ser deferida em casos excepcionais; na espécie, a conveniência de atribuir ao neto uma vantagem previdenciária, que não teria se continuasse na guarda dos pais, não caracteriza aquela excepcionalidade exigida pela lei, antes parecendo ser uma saída cômoda para onerar a previdência social.

‘Confesso que a minha primeira impressão foi a de que a medida somente viria em benefício do menor, e daí a possibilidade de atendimento da pretensão. Refleti, porém, nas conseqüências do que disso poderia decorrer, caso firmada a orientação jurisprudencial no sentido de que os netos poderiam ser colocados, com o deferimento formal da guarda, como dependentes previdenciários dos avós, o que certamente teria importante reflexo no sistema previdenciário, e constituiria um desvio da finalidade da lei, seja da que regula o sistema da previdência, seja da que protege a criança e o adolescente. Na verdade, haveria a imposição de um ônus à instituição de previdência, com o surgimento de beneficiários em uma escala que não corresponde à ordem natural das coisas, a exigir o refazimento dos cálculos de suas despesas e conseqüente aumento da receita’.

‘E outra não é a posição da Terceira Turma, o que se infere dos REsp. ns. 97.069-MG (DJ 1º/9/97) e 82.474—RJ (DJ 29/9/97), da relatoria dos Ministros Waldemar Zveiter e Menezes Direito, com as seguintes ementas:

‘I — Não há amparo legal para concessão de guarda de menor pela avó, para fins previdenciários, por inexistente a situação peculiar de que cuida a lei; bem como o caráter excepcional, eis que fora dos casos de tutela e adoção (artigo 33, §§ 2º e 3º, da Lei n. 8.069/90). O gozo da condição de dependente de guardião, para todos os efeitos legais, inclusive previdenciário, é conseqüência do estado de guarda, e não causa que justifique sua concessão’.

‘1. Na esteira de precedente da Corte, a ‘conveniência de garantir benefício previdenciário ao neto não caracteriza a situação excepcional que justifica, nos termos do ECA (art. 33, § 2º), o deferimento de guarda à avó’.

‘Desta forma, não houve violação do direito federal e nem mesmo ficou caracterizado o dissídio, uma vez que a jurisprudência deste Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida (enunciado n. 83 da súmula/STJ)’.

‘Com fundamento nos precedentes acima reproduzidos e nas lições nele contidas, a Câmara deu provimento ao recurso interposto pelo Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina e anulou processo de jurisdição voluntária no qual foi deferida a guarda de menor ao avô. Este, de posse do termo de guarda, requereu ao Ipsc a inscrição do neto como seu dependente. Entendeu-se, na oportunidade, que a decisão não tinha eficácia para aqueles fins, porquanto se fazia necessária a integração do Ipsc ao processo posto que a ele seriam carregados os ônus da decisão (AC n. 97.006555-8).

‘Há precedentes de outros tribunais que acolhem a tese:

‘Menor — Guarda — Pedido formulado, liminarmente, pelo concubino da genitora da menor, visando, exclusivamente, à colocação da criança na posição de sua dependente para fins previdenciários — Impossibilidade — Necessidade da presença das causas determinadoras desta modalidade de colocação em família substituta para que ato possa então produzir o efeito almejado’ (TJSP, AI n. 39.155-0, Des. Dirceu de Mello).

‘A guarda e responsabilidade de que trata a Lei n. 8.069, de 13/7/90 (ECA), se destina à regularização da

posse de fato de crianças e adolescentes. O seu deferimento, independentemente da tutela ou adoção, dá-se em razão de situações peculiares, decorrentes da falta ou impedimento dos pais ou responsáveis (artigo 33, §§ 1º e 2º). É juridicamente inviável se o menor se encontra com seus pais e por eles está sendo bem assistido, conforme constatado através de sindicância pelo serviço social. Sem a menor valia a anuência dos pais, motivada pela perspectiva da inclusão do menor como dependente dos avós em plano de saúde de que são detentores, uma vez que é indelegável o pátrio poder' (TJPR, AC n. 9.423, Juiz Jeorling Cordeiro Cleve).

"Reconheço que a questão é polêmica. No Recurso Especial n. 8.731, julgado em 3/2/98, proclamou o Superior Tribunal de Justiça:

'A Lei n. 8.069, de 13/7/90, de aplicação imediata, é imperativa e, assim, sobreposta à norma interna da empresa, tem aptidão para elidir o conteúdo do ato jurídico expedido pela impetrante que disciplinou a admissão de dependentes ao sistema por ela implantado de 'Assistência Médica Supletiva'.'

"Também neste Sodalício há precedentes contrários à tese inicialmente afirmada:

'Na prática, a precária situação econômico-familiar, embora não seja causa de perda ou suspensão do pátrio poder, impede, não raro, o exercício efetivo da guarda dos filhos de pais que trabalham o dia todo, ou desempregados ou mourejam em subempregos, e não contam com organismos comunitários ou públicos que lhes supram, ao menos razoavelmente. Daí a excepcionalidade a que se reporta o § 2º do art. 33 do ECA, dando-se preferência à

guarda por pessoas do grupo familiar, para que se preservem a identidade da criança ou do adolescente bem como seus vínculos com os pais biológicos.

'Assim, 'Excepcionalmente deferir-se-á a guarda fora dos casos de tutela e adoção, visando atender situações peculiares, entre elas, para fins previdenciários' (Ap. Cív. n. 38.007, de Laguna, rel. Des. Amaral e Silva).

'A jurisprudência entende que o pedido de guarda para fins previdenciários 'não tem forma ou figura de juízo, devendo o Magistrado proceder com brevidade, atento aos princípios do artigo 153 do Estatuto da Criança e do Adolescente' (JC 70/143)' (AC n. 97.000246-7, Des. Francisco Borges).

"Do voto proferido pelo Desembargador Amaral e Silva, reconhecido como uma das maiores autoridades na matéria relacionada com o Estatuto da Criança e do Adolescente, de cuja elaboração participou ativamente, destaco:

'Trata-se de pedido de guarda e responsabilidade com fim previdenciário, cujo processo foi extinto, sem exame de mérito, por impossibilidade jurídica do pedido.

'Alegam os apelantes que a filha está desempregada, vivendo com o neto, sob sua dependência econômica, não possuindo a criança qualquer garantia previdenciária.

'Também em síntese, diz o Ministério Público que a Previdência 'não pode servir de muro de lamentações' e que o Estatuto da Criança e do Adolescente não permite a guarda, salvo nos casos de orfandade ou abandono.

'A Procuradoria-Geral — parecer do culto Dr. Márcio Fortes de Barros — opina pelo provimento, com base no caráter social do Estatuto e na

Doutrina da Proteção Integral, que seriam vulnerados se prevalecesse o entendimento da r. sentença apelada.

‘1 — O pedido é juridicamente possível. O Estatuto não eliminou a possibilidade da guarda para efeitos previdenciários.

‘O § 2º do artigo 33 da Lei Tutelar é expresso: ‘Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares...’ (grifei). É o caso dos autos, onde se alega encontrar-se a criança ao desamparo da Previdência Social. Assim, nada justificava a interpretação dada pela Dra. Juíza, contrariando os princípios da Doutrina da Proteção Integral, consagrada pelo Estatuto. Vide artigos 1º, 6º e 7º.

‘2 — Recomenda-se à digna magistrada, observância em casos futuros, do artigo 198, VII, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

‘3 — Pelo exposto, deram provimento para que se prosseguisse instruindo o processo com a prova das alegações e julgamento pelo mérito. Sem custas, ECA 141, § 2º’ (AC n. 38.007).

“2. Penso que a divergência está superada com a edição da Lei n. 9.528, de 10/12/97, que, dando nova redação ao artigo 16, § 2º, da Lei n. 8.213/91, tacitamente derogou o § 3º do art. 33 da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Na redação primitiva, dispunha a Lei n. 8.213/91:

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

‘(...)

‘§ 2º — Equiparam-se a filho, nas condições do inciso I, mediante declaração do segurado: o enteado; o

menor que, por determinação judicial, esteja sob sua guarda; e o menor que esteja sob sua tutela e não possua condições suficientes para o próprio sustento e educação’.

“Com a Lei n. 9.528/97, apenas o ‘enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento’.

“Não tendo mantido o menor sob guarda entre os beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, forçoso concluir que ocorreu derrogação do § 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

“A Lei n. 9.528/97 tem gerado veementes críticas e o aforamento de ações civis públicas visando à preservação dos direitos dos menores sob guarda. Cumpre observar que ela não os exclui da proteção do sistema nacional de saúde. Nesse aspecto, o direito deles não decorre do Estatuto ou da Lei n. 8.213/91, mas da Constituição Federal (art. 227)”.

2.2. O pedido formulado pelo Ministério Público está fundado, basicamente, nas normas do artigo 6º, caput (“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 desta Constituição”) e do artigo 227, caput (“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”), da Constituição Federal e do artigo 33, caput (“A guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais”) e seu § 3º (“A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários”) da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

As normas, no plano da eficácia de seu conteúdo, podem ser de duas espécies: de eficácia plena (que não dependem de nenhuma regulamentação para tornarem-se eficazes, podendo ser aplicadas desde logo) e de eficácia contida (que dependem de regulamentação).

A par dessa classificação, também podem as normas constitucionais ser programáticas. Acerca destas, leciona Celso Ribeiro Bastos:

“Reversamente normas programáticas são as que não reúnem condições de uma integral aplicação de imediato.

“Voltam-se a transformações não só da ordem jurídica mas também das estruturas sociais e da própria realidade constitucional. Costuma ficar ao alcance do legislador o exercício de um verdadeiro poder discricionário quanto à possibilidade de as concretizar” (Co-

mentários à Constituição do Brasil, Saraiva, 1º vol., 1988, págs. 343/344).

As normas da Constituição Federal citadas se inserem entre as puramente programáticas.

O § 3º do art. 33 foi derogado, como visto acima.

Nessas circunstâncias, é forçoso concluir que a postulação do Ministério Público não se reveste da “verossimilhança” necessária para sustentar decisão antecipatória da tutela.

3. Pelo exposto, voto pelo provimento do recurso.

III — Decisão

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

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

Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça exarou parecer o Exmo. Sr. Dr. Luiz Carlos Freyesleben.

Florianópolis, 17 de novembro de 1998.

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 98.014590-2, DE TAIÓ

Relator: Des. Vanderlei Romer

*Processo de execução — Arguição incidental de nulidade —
Exceção — Hipóteses de cabimento.*

A nulidade da execução pode ser alegada a todo tempo, desde que manifestamente ausentes os requisitos do art. 586 do CPC, independentemente dos embargos do devedor. Mas só quando nitidamente desenhada a impossibilidade jurídica da execução é que se autoriza, em tese, a interposição das chamadas “exceções de pré-executividade”. Tal não ocorre, porém, se o título executivo apresenta, formalmente, a aparência de liquidez, certeza e exigibilidade, hipótese em que sua descaracterização só poderá ser buscada por meio de embargos do devedor, nunca por simples petição incidental nos autos.

Contrato de abertura de crédito rotativo em conta corrente (= cheques especiais) e contrato de abertura de crédito fixo — Distinção.

Nos contratos de abertura de crédito rotativo (cheque nobre, especial etc.), a instituição financeira nada entrega de imediato ao correntista, somente põe a sua disposição um limite, por tempo determinado ou não, com a obrigação deste restituir o equivalente do que efetivamente utilizou.

Já nos créditos fixos, tem-se um verdadeiro mútuo, pois há uma transferência de titularidade do valor pactuado, geralmente com o seu depósito na conta de movimentação do cliente, que se responsabiliza pelo seu valor integral, além dos acréscimos legais e contratuais.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 98.014590-2, da comarca de Taió, em que são agravantes Maria de Lourdes Pereira e outros, sendo agravado Banco do Estado de Santa Catarina S/A — Besc:

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

Custas ex lege.

I — Relatório

Em processo de execução promovido pelo Banco do Estado de Santa Catarina S/A — Besc contra Maria

de Lourdes Pereira, Cristiano Niehus e Osnildo Constantino, ultrapassada in albis a fase de embargos do devedor, os executados atravessaram pedido querendo, por via incidental, ver declarada a nulidade da execução ao argumento de que o contrato de abertura de crédito, em que se funda a executiva, não é dotado de força executiva.

Da decisão interlocutória que indeferiu o pedido sobreveio o presente recurso de agravo de instrumento, no qual em síntese se alega que a Medida Provisória n. 1.457/96, embora recepcionada pelo Congresso Nacional, suprimiu a redação antiga do art. 5º da Medida Provisória n. 1.410/96, a qual considerava títulos executivos extrajudiciais os contratos

bancários de abertura de crédito em conta corrente para garantia de cheques, acompanhados pelos respectivos extratos emitidos pela instituição financeira; que considerável parcela da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal tem entendido que o instrumento de abertura de crédito rotativo, mesmo com extratos bancários, não é título hábil a aparelhar processo de execução, por não consubstanciar obrigação de pagar quantia determinada; que não é dado às instituições financeiras criar seus próprios títulos executivos, prerrogativa esta da Fazenda Pública; que não foram juntadas demonstrações de todas as operações, desde a fase embrionária do contrato; que há divergência entre o valor creditado e o em execução, com ausência das amortizações etc.

II — Voto

Não se desconhece que a nulidade da execução pode ser alegada a qualquer tempo, mesmo fora dos embargos do devedor, não se revestindo o título de liquidez, certeza e exigibilidade (RSTJ 40/447, 85/256, 671/187, RT 733/175 e outras fontes).

Mas isto só se dá em casos excepcionalíssimos, quando manifestamente ausentes os requisitos do art. 586 do Código de Processo Civil. Caso contrário, a exceção de pré-executividade, como vem sendo conhecida, deve ser abortada (TJSC, AI n. 98.006070-2, Lages, Des. João José Schaefer, 17/12/98). “Apenas quando nitidamente desenhada a impossibilidade jurídica da execução, é que se autoriza, em tese, a interposição das denominadas exceções de pré-executividade” (TARS, AGI n. 190.047.803 — 4ª Câmara Civil, rel. Juiz Jauro Duarte Gehlen — J. 17/5/90). “Se o título executi-

vo apresenta, formalmente, a aparência de liquidez, certeza e exigibilidade, a sua descaracterização só poderá ser buscada através de embargos do devedor, nunca por simples petição nos autos” (RF 306/208 e Lex JTA 162/326).

E é a situação dos autos, em que os agravantes, num erro crasso, trazem fundamentação toda ela referente ao contrato bancário de abertura de crédito rotativo em conta corrente (= cheques especiais), acompanhado dos extratos de movimentação, matéria esta sumulada recentemente nesta Casa (Súmula 14).

Ocorre que no caso em análise não se trata de contrato de crédito rotativo e, sim, de contrato de abertura de crédito fixo, conforme mencionado no recurso e bem claro o deixa o documento de fls. 43, dele constando a obrigação de pagar quantia determinada e respectivo dia para pagamento.

A distinção entre estes tipos de contrato já deixei nítida por ocasião do julgamento dos Embargos de Declaração na Apelação Cível n. 97.015556-5, de Criciúma, em que fui relator, em 22/12/98:

“Nos contratos de abertura de crédito rotativo (cheque nobre, especial etc.), a instituição financeira nada entrega de imediato ao correntista, somente põe a sua disposição um limite, por tempo determinado ou não, com a obrigação deste restituir o equivalente do que efetivamente utilizou.

“Já nos créditos fixos, se tem um verdadeiro mútuo, pois há uma transferência de titularidade do valor pactuado, geralmente com o seu depósito na conta de movimentação do cliente, que se responsabiliza pelo seu valor integral, além dos acréscimos legais e contratuais”.

E a higidez da operação creditícia apresenta-se visível porque no mesmo dia do contrato (20/5/96) o valor, deduzidas as taxas de praxe, foi creditado na conta corrente de Maria de Lourdes Pereira (fls. 46), contendo a exordial da execução planilha com o valor principal, as taxas de juros e da multa praticados, além do período de mora (fls. 39).

Logo, se ditos valores estivessem incorretos ou se apresentassem exorbitantes, restaria aos devedores discutir esta matéria pelo modo e momento azados: os embargos do devedor. Mas não o fizeram.

III — Decisão

Nos termos do voto do relator, a Segunda Câmara Civil, por votação unânime, decidiu desprover o recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Gaspar Rubik.

Florianópolis, 13 de maio de 1999.

Anselmo Cerello,
Presidente com voto;
Vanderlei Romer,
Relator.

AÇÃO RESCISÓRIA

AÇÃO RESCISÓRIA N. 98.008421-0, DE IBIRAMA

Relator: Des. Eder Graf

Ação rescisória — Art. 485, V, do CPC — Violação de disposição de lei — Norma processual e material.

O inciso V do art. 485 do CPC, ao prever o manejo da ação rescisória quando houver violação de disposição de lei, alcança tanto a norma de natureza material, como processual.

Rescisória — Decisão ultra petita — Rescisão parcial do decisorium — Possibilidade.

A ação rescisória tanto pode rescindir todo o decisum, como apenas parte dele que, podendo ser destacada do todo, mostre-se afrontatória a disposição de lei.

“O que não foi atingido pela rescisão continua eficaz. Os efeitos que não foram atingidos não mais o podem ser. Os efeitos atingidos desaparecem ex tunc” (Pontes de Miranda).

Responsabilidade civil — Dano estético (art. 1.538, caput, do Código Civil) e dano moral (§ 1º) — Lesão permanente — Cabimento.

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

A verba indenizatória correspondente ao dano moral é devida em cumulação com a correlata oriunda do prejuízo material, visto que aquela advém justamente da penosa sensação de ofensa, da dor sofrida, enfim, dos efeitos puramente psíquicos e sensoriais experimentados pela vítima.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória n. 98.008421-0, da comarca de Ibirama, em que é autora Possamai — Implementos Agrícolas Ltda., sendo réu Hilberto Strey:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, julgar procedente em parte a ação rescisória.

Custas na forma da lei.

Possamai — Implementos Agrícolas Ltda. ajuizou a presente ação rescisória contra Hilberto Strey visando à anulação da sentença exarada nos autos da ação de responsabilidade civil promovida pelo requerido, ao argumento de que esta teria violado os arts. 159 e 1.538 do Código Civil e os arts. 333 e 460 do CPC.

Argumentou inexistirem na ação originária elementos de prova, tanto pericial como testemunhal, capazes de demonstrar que o acidente sofrido por Hilberto Strey foi causado por defeito no maquinário, sendo a sentença carecedora de suporte probatório.

Afirmou ainda que o decisum rescindendo é extra petita, pois transformou o pedido de indenização por dano estético em dano moral, o que não fora pleiteado na exordial, e, ainda, por ter fixado excessivo valor a título de indenização, aplicando e interpretando sobejamente o art. 1.538, § 1º, do Código Civil.

Em contestação, o requerido asseverou serem inverídicas as afirmações lançadas na inicial. Disse que o decisum está correto, porquanto exarado com base na prova dos autos e com total observância dos preceitos

legais. Culminou requerendo a condenação da autora por litigância de má-fé.

Devidamente regularizada a apresentação processual, as partes apresentaram suas razões finais por memoriais.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e desprovemento da ação.

É o relatório.

A violação do art. 333, I, do CPC, consistiria na ausência de prova pericial para comprovar o defeito mecânico na prensa que causou a perda de dois dedos da mão esquerda do réu, a quem incumbia o onus probandi.

O Juiz não se valeu dos poderes outorgados pelo art. 130 do CPC, por entender suprida a prova pericial pela testemunhal e, também, pelo lapso de tempo entre a data do acidente (11/5/82) e a propositura da ação (19/8/91), ou seja, pela alteração do status quo à data do acidente.

Disse ele (pág. 44):

“É que, a estas alturas, qualquer prova pericial que fosse feita no equipamento apontado como o causador do sinistro ficaria prejudicada, até mesmo porque aquele acidente, por si só, certamente serviu de exemplo para que a empresa empregadora consertasse o defeito. Pensar o contrário seria pura ingenuidade. Ademais, havendo o sinistro ocorrido em 11/5/82, e dispondo a empresa demandada de equipamentos modernos, conforme afirmado na defesa, com certeza uma máquina industrial tão antiga já acabou sendo substituída, ficando, portanto, nesse aspecto, prejudicada

qualquer prova pericial. E, por último, tem-se a acrescentar que essa prova em nenhum momento foi requerida pela empresa demandada”.

Outrossim, ao analisar a prova testemunhal, a sentença é bem específica (fls. 48/50):

“Durante a instrução probatória, ao que se pode colher do depoimento de Jonas Gonçalves (fls. 64/65), é que

‘...o acidente do autor foi por falta primária de segurança; que não havia nenhuma proteção dessa máquina; que o informante trabalhou diversas vezes nessa máquina; que a máquina tinha um problema e às vezes ela caía diversas vezes; ...que o dono da empresa passava todo dia pela máquina; ...que a máquina de fricção não tinha nenhum equipamento de proteção; que era possível adaptar equipamento de proteção na máquina; que sem o defeito a máquina baixava lentamente; que a máquina caía diversas vezes por dia; ...que a máquina ficava num ponto neutro quando então descia repentinamente; que quando a máquina ficava num ponto neutro ele não operava e caía direto; ...que desde que conhece a máquina ela sempre foi como está, ou seja, sem nenhuma proteção;...’.

“Percebem-se, pois, nesse depoimento, dois fatores que demonstram a culpa gravíssima da empresa, e que, caso esta tivesse agido de forma diversa, com certeza teria evitado o sinistro: a) a falta de proteção de segurança no equipamento causador do acidente, o que é elementar em toda e qualquer empresa, e b) a falta de correção do defeito que fazia tempo a prensa vinha apresentando.

“Ora, esses dois graves problemas também foram confirmados pelo operador titular daquela prensa, Vicente Wisinheski (fls. 66/67), nestes termos:

‘...que a máquina tinha problemas porque era muito velha e precisava de reformas; que as roscas estavam bem gastas; ...que quando se manobrava com a alavanca a máquina descia meio rápido; ...que a máquina caía de repente se a alavanca fosse mexida com mais força; ...que a máquina não tinha nenhum equipamento de segurança; que a máquina havia possibilidade de se adaptar nela equipamento de segurança; que a máquina estava sendo utilizada na forma que veio; que na empresa não havia CIPA; ... que Carmelindo Possamai passava sempre nessa máquina; que o depoente falou para Anicleto que a máquina apresentava esse problema; que Anicleto era gerente geral; que Carmelindo ... não tomava nenhuma providência; ...’.

“Importante aqui registrar que Carmelindo, citado no depoimento de Vicente Wisinheski, é exatamente um dos sócios majoritários e administrador da empresa, que acabou prestando seu depoimento pessoal a fls. 61 e confirma que lá estava diariamente, tendo inclusive, em algumas oportunidades, trabalhado naquela prensa.

“Denota-se, em seu depoimento, que em nenhuma oportunidade falou quanto ao equipamento de segurança necessário à proteção do operador da máquina, o que depreende-se que, verdadeiramente, conforme afirmado pelos seus empregados, tal proteção era inexistente.

“Por último, Nelson Dopke, então encarregado geral da empresa, a fls. 77, confirma

‘...a prensa em que ocorreu o acidente com o autor, às vezes ela ‘despingulava’; que tal fato ocorreu algumas vezes; ...tal defeito fazia com que a prensa caísse bruscamente; a prensa não oferecia segurança aos empregados...’.

“Ora, diante de todo este contexto, indubitavelmente o autor conseguiu demonstrar a culpa grave da empresa-ré, a qual, pensando apenas no lucro imediato, em total desrespeito à segurança de seus empregados, deixou de equipar a prensa com a segurança necessária e imprescindível para o seu manuseio diário, bem como de dispensar a manutenção que se fazia necessária naquele equipamento, o que, indiscutivelmente, foi a causa do sinistro, restando, pois, caracterizada a culpa grave da ré.

“Cumpre ainda destacar que o desleixo da empresa era tão grave que nem mesmo havia constituído a CIPA, conforme bem declarado por um de seus empregados”.

Como se observa, esse pressuposto da rescindibilidade está ausente.

A violação do art. 460 do CPC (sentença extra petita) deve ser analisada em conjunto com a coima irrogada aos artigos 1.538, e seus parágrafos, e 1.539, ambos do Código Civil.

Na exordial da ação indenizatória postulou o réu duas verbas distintas, a saber: dano material (item “b”) e dano moral agravado (item “c”), postulando de forma expressa no item “d”:

“que o quantum do ressarcimento seja apurado em liquidação de sentença, onde o percentual de perda de capacidade laborativa de 20% (vinte por cento), duplicada para 40% (quarenta por cento) em razão do aleijão causado, incida sobre o salário que o Autor percebia na oportunidade em que ocorreu o evento em tela, perdurando-se até sua sobrevivência provável, fixada pelos Tribunais em 65 anos de idade, incidindo-se sobre todo o interregno o 13º salário, conforme admitidos os Tribunais” (fls. 18/19).

Não se pode perder de vista o item “b”, assim redigido:

“seja condenada no pagamento de uma pensão correspondente à importância do trabalho, para a qual se inabilitou, eis que o aleijão reduziu de modo palpável a capacidade laborativa, alcançando, segundo o INSS, percentual de 20% (vinte por cento)” (fls. 18).

É importante reproduzir, ainda, o item “c”, a saber:

“indenização por dano estético, observado o critério adotado pelo art. 1.538, § 1º, do Código Civil, duplicando-se deste modo o valor da indenização pela ofensa sofrida, na forma adotada pela doutrina e jurisprudência dominantes (RT 323/278). Inclusive, recente decisão prolatada pela Suprema Corte, por sua egrégia 2ª Turma, no RE 89713-5, São Paulo, publicado em 5/12/79, contemplou este entendimento, que também encontra arrimo no magistério de Washington de Barros Monteiro, in ‘Obrigações’, vol. 2, pág. 434; Sílvio Rodrigues, in ‘Responsabilidade Civil’, pág. 235; Aguiar Dias, in ‘Da Responsabilidade Civil’, 5ª ed., vol. II, pág. 404; Wilson Melo

da Silva, in ‘Responsabilidade Civil Automobilística’, págs. 312 e 313, além de outros” (fls. 18).

Com esse balizamento, pode-se aferir a alegada afronta ao art. 460 do CPC e, de pronto, repelir-se a afirmação de que houve pedido de indenização por dano estético e a sentença deferiu, em seu lugar, dano moral.

É de curial sabença que todo dano estético, consistente na deformidade ou aleijão, acarreta dano moral, muito embora a recíproca não seja verdadeira.

O dano estético, segundo Teresa A. Lopes de Magalhães, “é qualquer modificação. Aqui não se trata apenas das horripilantes feridas, dos impressionantes olhos vazados, da falta de uma orelha, da amputação de um membro, das cicatrizes monstruosas ou mesmo do aleijão propriamente dito. Para a responsabilidade civil basta a pessoa ter sofrido uma ‘transformação’, não tendo mais aquela aparência que tinha. Há, agora, um desequilíbrio entre o passado e o presente, uma modificação para pior” (O Dano Estético, Responsabilidade Civil, RT, 1980, págs. 18/19).

Por sua vez, Wilson Melo da Silva partilha do mesmo entendimento:

“Dano estético, no cível, não é apenas o aleijão. É também, qualquer deformidade ou deformação outra, ainda que mínima e que implique, sob qualquer aspecto, num ‘afeamento’ da vítima ou que possa vir a se constituir para ela numa simples lesão ‘desgastante’, como o diria Lopes Vieira, ou em permanente motivo de exposição ao ridículo ou de inferiorizantes com-

plexos" (O Dano Moral e sua Reparação, 3ª ed., Forense, 1983, pág. 499).

Nesta Câmara já se decidiu:

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

"(...)

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

O dano moral, por seu turno, advém justamente da própria lesão ou deformidade estética.

Em situação semelhante já se fixou:

"A reparação pecuniária pelo dano estético decorrente da perda de um braço deve abranger não só a seqüela irreversível dele resultante como todo e qualquer tratamento capaz de reparar os efeitos dele advindos, incluindo-se o proveniente de cirurgias e utilização de aparelhos ortopédicos.

"A perda de um membro superior, mesmo que venha a ser amenizada pelo recurso da prótese mecânica, representa para a vítima dano de parte afetiva do patrimônio moral, e, como tal, indenizável. Possível é cumular o dano estético e o moral" (JC 68/240).

No corpo do acórdão consignou-se:

"Também procede o reclamo acerca da reparabilidade do dano so-

frido da parte afetiva do patrimônio moral.

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

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

"E prossegue o renomado mestre:

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

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

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

"Em outros julgados também restou proclamado:

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

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

Adcoas, n. 33, pág. 516, vol. 130.045)."

Diante dessas considerações, não se pode olvidar a Súmula 37 do STJ, assim redigida:

"São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato".

Deve-se perquirir, agora, se o dano material foi também postulado. A resposta, ante o item "b", transcrito anteriormente, só pode ser positiva, porque constatável, *ictu oculi*, quando se fala em aleijão que reduziu a capacidade laborativa em 20%.

Comentando a matéria, Sílvio Rodrigues já de há muito ensinava:

"O aleijão pode trazer simultaneamente um abalo moral de grande profundidade e uma redução da capacidade laborativa; e esse mesmo aleijão, indenizável pelo § 1º do art. 1.538, pode ter, e ordinariamente tem, o caráter de lesão permanente" (Direito Civil, Saraiva, 1977, vol. IV, pág. 242).

Mais adiante esclarece:

"Uma é a indenização reparadora do dano moral e do dano estético disciplinada pelo art. 1.538, §§ 1º e 2º respectivamente, e outra a indenização reparadora do dano patrimonial, consistente na diminuição da capacidade laborativa, de que cuida o art. 1.539, todos do Código Civil. Se a vítima experimenta ao mesmo tempo um dano moral derivado do aleijão e um dano patrimonial defluente de sua capacidade para exercer seu ofício, deve receber dupla indenização, aquela fixada modernamente e esta proporcional à deficiência experimentada" (op. cit., pág. 243).

Aliás, enfocando esse aspecto, o ilustre Procurador de Justiça oficiante foi bastante feliz ao dizer (fls. 149/150):

“In casu, restou inquestionavelmente provado que Hilberto Strey — autor da ação originária, ora réu — teve seus dedos, indicador e dedo médio, esmagados pela prensa de fricção, e, conseqüentemente, ficando com deformidade estética. Aliás, a afirmação de que houve deformidade permanente sequer foi impugnada.

“Assim, tal lesão, facilmente perceptível, caracteriza deformidade física, no seu conceito legal, visto que aparente, irreparável e permanente, razão pela qual não resta dúvida de que o mesmo deve ser indenizado (art. 1.538, § 1º, do CC).

“A propósito, o insigne Caio Mário da Silva Pereira assinala:

‘O parágrafo 1º do artigo 1.538 contém disposição que pode ser traduzida como indenização por dano moral (Clóvis Beviláqua, Comentário respectivo) ao estabelecer que a soma será duplicada, se do ferimento resultar aleijão ou deformidade. Esta duplicação compreende reparação compensatória do defeito, que atinge psicologicamente a vítima.

‘Em certos casos, a deformidade ou aleijão pode ser compreendida como dano direto, se a profissão ou atividade do ofendido depender de sua integridade física ou de sua aparência, como seria o caso de um artista de televisão.

‘O artigo 1.538 menciona ainda, como fator complementar da indenização por ferimento ou ofensa física, ‘a multa no grau médio da pena criminal correspondente’. Esta verba

indenizatória foi muito discutida. Enquanto Beviláqua tentava interpretar a instituição de pena criminal para impô-la civilmente (Comentário ao artigo 1.538), Carvalho Santos entendia que o Código não tinha aplicação nesta parte, uma que o Código Penal não estabelece pena pecuniária para os crimes de ofensa física, e não é admissível considerar em vigor no cível pena que no crime inexistente (Carvalho Santos, Código Civil Interpretado, vol. XXI, pág. 128; João Luis Alves, em comentário ao mesmo artigo; Sílvio Rodrigues, ob. cit., pág. 28)’ (in Responsabilidade Civil, Editora Forense, 5ª edição, 1994, pág. 321).

“Nessa mesma linha, Carvalho Santos sustenta:

‘O valor da reparação, nestas hipóteses, é aumentado, levando-se em conta o dano moral, conjugado ao material’ (ob. cit., pág. 131).

“Washington de Barros Monteiro pondera:

‘Ajunta ainda o parágrafo 1º que tal soma será duplicada, se do ferimento resultar aleijão ou deformidade. Justifica-se cabalmente esse novo ônus, em que se vislumbra, sem dúvida, ressarcimento do dano moral. Do prejuízo material cogita a cabeça do artigo; o parágrafo 1º, em complemento, atentou para o lado moral, o vexame e o infortúnio resultantes do aleijão e da deformidade’ (in Curso de Direito Civil, vol. 5, 20ª edição, 1985, pág. 415).

“José de Aguiar Dias observa:

‘Quanto ao parágrafo 1º, entretanto, não acedemos às objeções acima resumidas. Como bem disse o douto Magistrado, é evidente que a soma ou importância a ser duplicada

nos casos indicados é a da indenização prevista no artigo, sem exclusão de qualquer das suas parcelas. E mais: consideramos que essa reparação é concedida em face do dano estético, encarado no seu duplo caráter de dano patrimonial e dano moral. O caráter de reparação do dano moral nesse dispositivo é evidente' (in *Da Responsabilidade Civil*, vol. 2, 7ª edição, 1983, pág. 858).

"Como se vê, de acordo com a legislação civil vigente o dano moral, resultante da lesão estética, também deve ser ressarcido.

"Insta observar, outrossim, que são cumuláveis as indenizações por dano material e moral.

"A respeito, Arnaldo Marmitt assinala:

'Se um ato ilícito simultaneamente produz dano moral e dano patrimonial, dupla deve ser a indenização, já que o fato gerador teve duplo efeito. Não havendo disposição legal em sentido contrário, justa será a reparação somada. É o caso do ato anti-jurídico que concomitantemente reduz a capacidade laboral e fere a honra da vítima. O episódio gera titularidade dúplice, ensejando ressarcimentos distintos, com verbas distintas para cada ação, ou fato específico' (in *Perdas e Danos*, Editora Aide, 2ª edição, 1987, pág. 138)".

Conseqüentemente, não se pode entender que a decisão rescindenda foi tsnada pelo caráter extra petita.

Não se pode deixar de reconhecer, todavia, que ao fixar uma pensão em face do dano material (art. 1.538, caput, do Código Civil), outra pela perda da capacidade laborativa (art. 1.539 do Código Civil) e mais

uma pelo dano estético — extrapatrimonial —, subespécie do dano moral (§ 1º do art. 1.538 do Código Civil), laborou em equívoco o Magistrado.

É que o Togado deu interpretação inexata ao art. 1.538 do Código Civil, porquanto deveria estabelecer um valor fixo a título de reparação do dano material, consoante orientação jurisprudencial incontroversa, e, depois, dobrar seu valor por força do § 1º, em face do dano extrapatrimonial causado pelo aleijão ou deformidade, vale dizer, do dano estético no seu aspecto moral.

Teria havido, dessa forma, violação literal de disposição de lei, capaz de ensejar a correção por meio da ação rescisória?

A resposta afirmativa se impõe, porquanto o art. 1.538 do Código Civil fala em indenização e não em pensão, tendo a sentença, neste particular, nítido caráter ultra petita.

A propósito, explica Pontes de Miranda:

"A expressão erro contra literam, ou violação da regra (ou texto) literal de lei, nenhuma referência contém a ser escrito ou não-escrito o direito. O error contra literam legis sempre foi o sucedâneo do error contra iuris rigorem ou contra manifesti iuris formam, que aparece no Digesto (L. 19, D., de appellationibus et relationibus, 49, 1) e no Código justinianeu (L. 2, C., quando provocare necesse non est, 7, 64), oposto ao error contra ius litigatoris. A sentença do art. 485, V, é a sentença lata contra legis tenorem, sentença que, já na linguagem de Baldo de Ubáldis, 'non tenet'. Contra ius, contra literam são sinônimos, e mais largos que contra ius expressum. De modo

que pode haver a ação rescisória ainda quando a infração do direito concerne àquelas regras jurídicas sujeitas à interpretação (...). A infração da ratio legis, com infração da regra jurídica (contra literam), não escapa ao art. 485, V" (Tratado da Ação Rescisória, 5ª ed., Forense, 1976, pág. 261).

O já mencionado mestre ressalta ainda que "o julgamento ultra petita, ou citra petita, constitui violação de direito processual, que é direito objetivo como qualquer outro" (op. cit., pág. 302).

E prossegue:

"A infração das regras de direito processual, erros in procedendo, desde que fira norma de lei não puramente instrucional (se as há) e sempre que a parte poderia ter mais exata apreciação judicial e mais justa decisão se infração não tivesse havido, é pressuposto suficiente do art. 485, V" (op. cit., pág. 303).

O Ministro Fontes de Alencar, no julgamento da REsp. n. 8.837, j. 11/3/96, teve oportunidade de se manifestar a respeito, afirmando na ementa do julgado que "o inciso V do art. 485 do CPC alcança a norma de natureza processual".

No corpo do acórdão o eminente Relator fixou:

"No tocante ao art. 485, V, não se há dizê-lo afrontado porque não de direito material a norma violada. Com efeito, esta Turma, agasalhando a boa doutrina, já entendeu, em precedente de que foi relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (REsp. 11.290-0/AM), que 'as normas de natureza processual também se sujeitam à regra do inc. V do art. 485, CPC'".

Alexandre de Paula, anotando o mencionado dispositivo processual, colaciona:

"...o art. 485, V, do CPC, ao franquear a rescisória, quando houver violação de disposição de lei, abrange tanto a violação da lei material, quanto da lei processual' (do ac. unân. do OE do TACivRJ de 27/6/88, em embs. na AR, rel. juiz Antônio Lindberg Montenegro; Arqs. TACivRJ, 10/81)" (CPC Anotado, 5ª ed., RT, 1993, vol. II, pág. 1.858).

Portanto, a procedência da ação rescisória se impõe, mas apenas em parte, desbastando-se o plus.

Contudo, em que pese a autora ter pedido a anulação da sentença, nada obsta que se adote a alternativa de rescisão parcial.

Mais uma vez oportuna a lição de Pontes de Miranda:

"Quando se rescinde parte da sentença, supõe-se a separabilidade dessa parte. O que não foi atingido pela rescisão continua eficaz. Os efeitos que não foram atingidos não mais o podem ser. Os efeitos atingidos desaparecem ex tunc" (op. cit., pág. 548).

No Supremo Tribunal Federal encontra-se precedente aplicável mutatis mutandis:

"A ação rescisória tanto pode atacar toda a decisão rescindenda quanto uma de suas partes, se esta se apresentar autônoma e destacável (...)" (AR n. 1.136/PR, Min. Pedro Soares Muñoz, j. 21/10/82).

É do Superior Tribunal de Justiça:

"Havendo julgamento ultra petita, dá-se a desconstituição da v. decisão rescindenda, na parte em que in-

cluiu na indenização devida ao Espólio Réu a parcela alusiva aos terrenos acrescidos, que não foram objeto do pedido" (RSTJ 31/27).

O Ministro Ilmar Galvão esclarece:

"Ora, demonstrado que se pediu indenização tão-somente pelos terrenos de marinha, e que, além desses, foram também contemplados os terrenos acrescidos, é de concluir-se, sem vacilação, que houve sentença ultra petita, malferindo-se, por essa forma, a letra do art. 460 do CPC" (idem, pág. 36).

Todas essas considerações conduzem à conclusão de que a ação rescisória deve ser provida em parte, para que o valor da indenização, visando a reparar as despesas do tratamento e os lucros cessantes em face dos ferimentos causados no ofendido, com base no caput do art. 1.538 do Código Civil, seja fixado em vinte salários mínimos, elevando-se esse quantum ao dobro (§ 1º) pelo dano es-

tético (subespécie do dano moral) decorrente do aleijão ou deformidade, perfazendo um total de quarenta salários mínimos, o que é razoável em razão da espécie de perda anatômica.

Julga-se, pois, procedente em parte a ação rescisória, para adaptar a condenação aos termos antes declinados.

Sem custas e honorários ante a assistência judiciária em prol do réu.

Liberado o depósito em favor da autora.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Silveira Lenzi e Cláudio Barreto Dutra.

Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Jobél Braga de Araújo.

Florianópolis, 8 de junho de 1999.

Eder Graf,
Presidente e Relator.

EMBARGOS INFRINGENTES

EMBARGOS INFRINGENTES N. 97.011616-0, DE ORLEANS

Relator: Des. Trindade dos Santos

Ação de indenização — Colisão de veículos — Índícios probantes suficientes acerca da culpa do condutor do veículo da embarcada — Acórdão, entretanto, confirmatório da sentença de improcedência da ação — Embargos infringentes — Pleito acolhido.

— *Ocorrendo o sinistro de trânsito em rodovia sinuosa e es-corregadia, em face da forte precipitação pluviométrica que se aba-tia sobre o local, o que reduzia sensivelmente a visibilidade dos motoristas, mesmo ante a inconclusão do croquis elaborado acerca da localização do ponto de impacto, há que ser considerado culpado o condutor que, presentes as referidas condições, imprimia ao veí-culo que dirigia velocidade incompatível com as condições e circuns-tâncias da pista de tráfego. Ainda mais se justifica essa conclusão quando um dos milicianos que elaborou o croquis e que atendeu a fa-tídica ocorrência vem a declarar posteriormente, na fase instrutória da ação, ter estado no local no dia seguinte, constatando, então, que pelos vestígios existentes o choque ocorreu na contramão de direção do veículo da embargada, o que a posiciona em condições de repara-r os danos causados aos embargantes.*

— *Para a acolhida de pleito indenizatório decorrente de coli-são de veículo, não é indispensável que o grau de certeza quanto aos fatos tenha restado evidenciado por prova direta. É conferido ao jul-gador, para prolatar o veredito jurisdicional, o poder de valer-se de indícios e da aplicação de regras legais ou da experiência técnica e comum. Em verdade, o julgador só deve julgar improcedente a ação, com base na ausência de provas ou no entrechoque destas, se os ele-mentos probantes carreados aos autos, mesmo após devidamente so-pesados e criteriosamente analisados, não permitirem uma opção segura por uma das versões existentes e que se antagonizam entre si.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 97.011616-0, da comarca de Or-leans, em que são embargantes Marilda Inês Santana da Silva, João Ceolin, Fábio Luiz Ceolin e Marlene Santana Madeira, sendo embargados Empresa Santo Anjo da Guarda Ltda. e José Antônio Sartor da Silva:

ACORDAM, em Primeiro Grupo de Câmaras, por maioria de votos, ven-cido o eminente Des. Newton Trisotto, dar provimento aos embargos.

Custas legais.

Marilda Inês Santana da Silva, João Ceolin, Fábio Luiz Ceolin e Mar-lene Santana Madeira interpuseram embargos infringentes ao v. acórdão de fls. 191 a 195, prolatado nos autos da Apelação Cível n. 96.008190-9 da comarca de Orleans, da qual foi rela-tor o eminente Des. Newton Trisotto e que, por maioria de votos, vencido o insigne Des. Anselmo Cerello, decidiui conhecer e desprover o apelo ingres-sado pelos aqui embargantes, confir-mando, pois, a sentença monocrática que ditou a improcedência da ação de indenização por ato ilícito, por eles proposta contra a Empresa Santo Anjo da Guarda Ltda. e contra José

Antônio Sartor da Silva, sob o entendimento de haver dúvidas acerca da culpa do preposto da empresa apelada, uma vez não ter sido conclusivo o laudo pericial em determinar o ponto de colisão dos veículos envolvidos, sendo divergentes os depoimentos prestados pelas testemunhas arroladas.

Sustentam os embargantes a correteza do douto voto desarmônico, devendo este prevalecer sobre os demais, pois as provas produzidas nos autos revelam-se suficientes para embasar um decreto condenatório, deixando evidenciada a contento a culpa do condutor do veículo da empresa embargada para a produção do evento danoso, vez que, se o aresto embargado admite a existência de dúvida, é porque aceita que houve prova a respeito dessa culpa; e havendo prova, deve ser analisada e, com base nela, proferido o decisório final.

Frisam os embargantes, mais, que, em que pese o laudo técnico não ter estabelecido o ponto de impacto, louvando-se exclusivamente nas declarações do condutor do veículo causador do acidente, as testemunhas ouvidas em audiência, entre elas um dos elaboradores do laudo e que, posteriormente, esteve no local dos fatos, já com pista seca, identificaram marcas e partes dos veículos sinistrados, o que permite afirmar, com segurança, que o choque ocorreu na pista da contramão de direção do veículo de propriedade da empresa demandada; além do que, as declarações da única sobrevivente do lamentável acidente confirmam a versão descrita na exordial da demanda reparatória.

Prosseguindo, acentuam os embargantes que, pelas condições do local, o sinistro jamais poderia ter ocorrido na contramão de direção do veículo Volkswagen, pois seria de todo impossível que, nessa hipótese, a batida se desse entre a dianteira esquerda do caminhão de carga e a lateral esquerda do veículo em que se encontravam as vítimas, já que a curva que ambos faziam revelava-se interna para o primeiro e externa para o segundo, desmerecendo, dessa forma, a tese contestatória; isso porquanto, estivesse o veículo Volkswagen trafegando na sua contramão, o choque teria que ser frontal ou na lateral direita do primeiro, acaso estivesse este cruzando a pista, como querem fazer crer os embargados.

Registram, outrossim, que, conforme depoimento do próprio condutor do veículo da embargada, ambos os veículos, após a colisão, foram parar na mão de direção do Volkswagen, o que seria impossível acaso houvesse o sinistro ocorrido na mão de direção do caminhão, em face de tratar-se de curva interna para este (côncava), aduzindo, então, que o que se extrata do depoimento do condutor do veículo da empresa embargada é que, ao fazer ele a curva, não conseguiu, diante da velocidade imprimida ao veículo e da pista escorregadia, vencê-la, lançando-se diretamente sobre o veículo Volkswagen, que transitava em sentido inverso e para o qual a curva era convexa.

Demais disso, os depoimentos colhidos confirmam as péssimas condições climáticas reinantes na oportunidade da colisão, o excesso de velocidade desenvolvido pelo caminhão, a posição dos veículos após o evento e

o fato de haver o caminhão feito uma anterior ultrapassagem.

Arrematando, aduzem que, muito embora a prova não seja extrema, todos os indícios estão a favorecer os embargantes, devendo ser considerado que no cível, ao inverso do que ocorre no juízo criminal, a prova cabal não se faz necessária, podendo ser acolhida a ação indenizatória com base apenas em indícios fortes que identifiquem a culpa na produção do evento; a par disso, o magistrado pode julgar a ação improcedente quando o autor não comprovar o fato alegado ou quando o requerido comprovar que o postulante falta com a verdade, mas nunca porque ficou com dúvida sobre com quem estaria a verdade, como ocorre na esfera criminal, em que, no caso de dúvida, opta-se pela versão do réu.

Pugnaram, então, pelo acolhimento do pleito de infringência, ditada, em decorrência, a modificação do acórdão profligado, nos termos do voto vencido, julgando-se procedente a demanda reparatória, condenados os embargados no pagamento das verbas indenizatórias postuladas, acrescidas de custas processuais e honorários advocatícios.

Em contestação, os embargados manifestaram-se pela confirmação do acórdão hostilizado, uma vez que os fatos narrados na peça introital não restaram comprovados a contento, ensejando, assim, a aplicação do art. 333, I, do Digesto Processual Civil, já que o laudo pericial, que goza de presunção iuris tantum, não foi desfeito ou infirmado pela prova colada.

Referentemente à fase probatória, argumentaram que as testemunhas indicadas pelos embargantes não assistiram ao acidente, ao contrário da prova produzida pelos demandados, como é o caso de Ailton Laudelino da Silva que, sendo espectador do acidente, afirmou que foi ocasionado pelo condutor do veículo em que trafegavam as vítimas fatais.

Por conseguinte, finalizam os embargados, diante da escassa prova produzida nos autos, tudo está a recomendar a confirmação do julgamento majoritário exarado neste Grau de Jurisdição.

A egrégia Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela manutenção do aresto embargado.

É o relatório.

Os embargos de infringência em foco, respaldados no art. 530 e ss. do Pergaminho Processual Civil, impõem-se acolhidos.

Nos termos do art. 530 do Código Procedimental Civil, saliente-se:

“Cabem embargos infringentes quando não for unânime o julgamento proferido em apelação e em ação rescisória”.

É bem a situação dos autos, eis que o acórdão alvo dos embargos infringentes em apreço, prolatado em sede de apelação cível, retrata julgamento tomado por maioria de votos, vencedores os eminentes Des. Newton Trisotto e Nelson Schaefer Martins.

Referido acórdão, da lavra do culto Des. Newton Trisotto, tem a encimá-lo a ementa assim redigida:

“Responsabilidade civil — Acidente de trânsito — Prova da culpa —

Dúvida — Improcedência do pedido — Recurso desprovido.

“Sem prova da culpa do seu preposto pelo acidente de trânsito, a empregadora não responde pelos prejuízos dele resultantes” (fls. 191).

Enquanto isso, o voto discrepante, da pena do ilustrado Des. Anselmo Cerello, materializa o seu posicionamento com a seguinte ementa aditiva:

“Responsabilidade civil — Acidente de circulação em rodovia sinuosa e escorregadia, face a forte precipitação pluviométrica — Velocidade de um dos veículos incompatível com as condições e circunstâncias do local — Croquis dos milicianos que não visualiza o ponto de impacto — Declarações de um dos subscritores do croquis que localiza o ponto de choque — Inexistência de contradição iliditiva da assertiva — Apelo provido.

“Se o caminhão dirigido pelo motorista da empresa era conduzido com velocidade excessiva, em rodovia sinuosa e escorregadia, face a torrencial precipitação pluviométrica, e um dos milicianos que atendeu a fatídica ocorrência de trágicas proporções é incisivo em afirmar que, pelos vestígios verificados no local, o choque ocorreu na contramão do veículo da empresa, é o preposto desta o causador do evento danoso, o que a posiciona em condições de reparar os ponderáveis danos constatados”.

E sustenta, in verbis:

“Dirirjo, respeitosamente, da douda maioria por entender que ficou demonstrada a culpa do motorista do caminhão da Empresa Santo Anjo da Guarda Ltda., pelo trágico acidente de circulação ocorrido, aos 26/5/89, na rodovia SC 438, no trecho entre os

municípios de Orleans e Lauro Müller, envolvendo o caminhão da referida empresa e o automóvel Volkswagen dirigido por Airton Laudelino da Silva, que faleceu no local.

“Assim me posiciono, data venia, porque o croquis de fls. 13, subscrito pelos policiais militares, Soldado Raimundo Silvano dos S. Filho e Soldado Paulo Roberto Antunes, louvando-se unicamente nas declarações do motorista do caminhão, atestou que não foram constatados sinais indicativos do ponto de impacto (PC), face a chuva torrencial.

“Ocorre que um dos milicianos que atendeu a ocorrência e subscreveu o laudo, exatamente o Soldado Raimundo Silvano dos S. Filho (fls. 133), assegura que visualizou vestígios indicativos do ponto de choque (pedaços de vidro e lata), exatamente na pista do lado direito, perto da linha divisória da pista, no sentido Lauro Müller/Orleans, ou seja, segundo o croquis, na exata mão de direção do automóvel e, por conseguinte, na contramão de direção do caminhão, que em rodovia sinuosa e escorregadia, face a chuva torrencial, vinha imbuído de velocidade incompatível com as condições do local (testemunha Adonis Corrêa Schmitz — fls. 90).

“Ora, as declarações do miliciano não são peças isoladas, pois não se contrapõem a outros elementos probatórios, que não os desmentem e, portanto, não foram ilididos.

“Diante de tais fundamentos, sou pelo provimento do apelo” (fls. 196 e 197).

Data venia dos respeitáveis entendimentos majoritários, com base nos quais foi cunhado o acórdão estig-

matizado, o voto dissonante, acima transcrito na íntegra, deve prevalecer!

A ação de indenização proposta pelos ora embargantes foi julgada improcedente, com a sentença sendo confirmada pelo v. acórdão embargado sob o entendimento, reitera-se, de entrechoque de provas, ocorrente, ainda, a imprestabilidade probante do laudo técnico e do croqui encartados nos autos, em razão de não estar demonstrado, em referidas peças, o ponto de colisão.

Pondere-se que, com efeito, a prova testemunhal, considerando-se os depoimentos do condutor do caminhão envolvido e da passageira sobrevivente do veículo Volkswagen, é colidente.

Todavia, dos demais depoimentos colhidos nos autos irradiam-se indícios que, por certo, estão aptos a gerar a convicção deste relator e dos demais ilustres signatários dos votos vencedores, sobre a preponderância da versão dos autores embargantes sobre aquela emprestada aos fatos pelos demandados e embargados.

Cumpra-nos, para tanto e por primeiro, ilustrar a trilha percorrida para a conclusão do voto por nós aqui expendido!

Consoante o escólio do insigne Vicente Greco Filho que:

“O grau de certeza quanto ao fato não depende de ter sido ele demonstrado por prova direta ou se a ele se chegou mediante a prova de indícios e a aplicação de regras legais ou da experiência técnica e comum. Depende da credibilidade do meio, primeiramente, e, depois, da credibilidade da regra, de modo que é muito comum

chegar-se a convicção mais segura por intermédio de prova decorrente de indícios do que pela prova direta, isso, se a regra aplicada tiver alto grau de segurança” (A Culpa e sua Prova nos Acidentes de Trânsito, São Paulo, Saraiva, 1993, pág. 70).

Desta forma:

“Se se não refere ao próprio fato probando, mas sim a outro, do qual, por trabalho de raciocínio, se chega àquele, a prova é indireta” (Moacir Amaral Santos, Comentários ao Código de Processo Civil, vol. IV, Forense).

Assim, não se dispondo de provas diretas para a elucidação dos fatos noticiados na exordial da ação reparatória desacolhida, adotam-se os indícios como elementos de convicção bastantes, para, pelo método da persuasão racional, formar-se a imagem da verdade.

Nos dizeres de Raphael Cirigliano (Prova Civil, Ed. RT, 1981, pág. 362):

“as presunções são as conjecturas que a lei ou o juiz tira, por consequência indireta, da reiteração de fatos conhecidos, para afirmar a existência do fato que se pretende provar”.

Destarte, como já acentuou este Pretório, por acórdão da lavra do eminente Des. Newton Trisotto:

“Na determinação da culpa por acidente de trânsito, sendo inconclusivo o laudo e havendo entrechoque na prova testemunhal, deve o juiz considerar todos os indícios existentes compatíveis com a lógica e a razoabilidade dos fatos” (Ap. Cív. n. 96.007793-6, de Itajaí).

Ainda:

“Versões antagônicas e prova testemunhal conflitante. Prova documental, no entanto, que, aliada a indícios e circunstâncias, permite concluir que o ponto de impacto entre os veículos ocorreu na pista de rolamento por onde trafegava o veículo de propriedade da apelada...” (Ap. Cív. n. 52.338, de Canoinhas, rel. Des. Silveira Lenzi).

Lapidar é o acórdão da lavra do culto Des. Gaspar Rubik que traz inscrito em sua ementa:

“Somente deve julgar-se improcedente a ação sob fundamento de haver entrecchoque das provas produzidas pelos litigantes se o conflito for de tal monta entre provas de igual força qualiquantitativamente que, após criteriosamente sopesados os pontos divergentes, não permite chegar-se a uma conclusão segura sobre qual a que deve prevalecer” (Ap. Cív. n. 31.051, de Videira).

E quais, nestes autos, são os indícios que estariam a autorizar a procedência da ação intentada, com a conseqüente prevalência do ilustrado voto vencido fomentador do presente pleito de divergência e, automaticamente, da reforma da sentença a quo?

Entre esses indícios, colacionaríamos, antes de tudo, os seguintes:

— As condições climáticas do local onde ocorreu a colisão, eis que, consoante se tem de fls. 13, chovia torrencialmente.

— A péssima visibilidade reinante no local, conforme é atestado pelo próprio condutor do caminhão da

empresa embargada, quando, expressamente, diz em seu depoimento de fls. 88 que “quando viu automóvel já estava em cima do mesmo”.

— A pista, como ressalta o croquis de fls. 13, era em curva e estava escorregadia em razão da torrencial chuva que ali se abatia.

— As condições dos veículos após o acidente: o veículo Volkswagen encontrava-se batido na parte da frente, no lado do motorista (depoimento de fls. 133), enquanto o caminhão foi atingido na frente e, mais precisamente, no lado esquerdo, na ponta do eixo embaixo (depoimento de fls. 133).

Não bastassem os indícios daí resultantes, as testemunhas ouvidas igualmente nos fornecem subsídios válidos a propiciar o acolhimento da ação proposta!

A testemunha Salvador Marques, por exemplo, afirma que se deslocava no sentido Orleans—Lauro Müller, ou seja, no mesmo sentido em que trafegava o caminhão, tendo-o encontrado cerca de um quilômetro antes do acidente, constatando então que era ele dirigido em alta velocidade (fls. 136).

Por seu turno, Adonis Corrêa Schmitz também assegura que a mercedinha da Empresa Santo Anjo vinha “corrida”, já que o depoente encontrara com ela cerca de dois quilômetros antes do evento (fls. 90).

De suma importância são os termos do depoimento prestado pelo policial Raimundo Silvano dos S. Filho, que, tendo elaborado o croquis e atendido o sinistro, afirma “que pelo levantamento feito e constatação do declarante o impacto teria ocorrido na

pista do lado direito, perto da linha divisória da pista, no sentido Lauro Müller—Orleans, pois no local tinha pedaços de vidro e latas”.

Sobre a validade preponderante das declarações dessa última testemunha, de inteira aplicação o seguinte ensinamento ministrado por Ivan de Hugo Silva:

“A prova testemunhal tem determinado valor para sabermos as condições em que o acidente se realizou e forma.

“Poderão ser ouvidos os policiais que acorrerem ou testemunharem o fato, bem como pessoas aludidas, conhecendo-se, através de suas palavras, como sucedeu” (Acidentes de Trânsito e sua Indenização, Aide Editora, pág. 200).

De total incidência, também, no contexto probante dos autos, o decísum que grafa:

“Sendo conflitante a prova, dá-se preferência à versão das testemunhas que apresentam melhores condições de constatação dos fatos, vivendo a mesma situação de tráfego” (RT 479/213).

E, de um encadeamento de todos os indícios acima detalhados, são perfeitamente admissíveis as seguintes conclusões:

a) a visibilidade era péssima, pois chovia torrencialmente, com a pista, que é em curva, apresentando-se escorregadia;

b) o veículo Volkswagen trafegava no sentido Lauro Müller a Orleans, pelo lado de fora da curva, ao passo que o veículo caminhão, transitando no sentido inverso, percorria o lado interno da curva, sendo natural, então,

que, tentando vencê-la, adentrasse na pista contrária.

Essas circunstâncias, somadas à péssima visibilidade existente, tornam de todo crível a versão de que o caminhão não tenha vislumbrado com antecedência o veículo Volkswagen, colidindo, então, com a sua lateral esquerda, sem condições de evitar a colisão, em face mesmo da velocidade imprópria com que vinha conduzindo o veículo, deduzida essa velocidade excessiva do fato de que, momentos antes do evento, ao caminhão era imprimeada uma velocidade excessiva, consideradas as péssimas condições de tráfego existentes no local.

Tanto é assim que, segundo o próprio condutor do caminhão, quando percebeu o veículo Volkswagen já se encontrava praticamente em cima dele.

Essas conclusões resultam, resta ver, de provas indiretas, sendo, entretanto, plenamente aceitas no sistema jurídico pátrio para, com base nelas, impor-se a reversão do julgado colegiado embargado.

Como acentua o insigne Sérgio Carlos Covello:

“Nas provas indiretas, a verdade já não se estabelece por meio do próprio fato probando, mas de outro ideologicamente ligado ao primeiro, de modo que a mente precisa realizar uma conjectura, um trabalho de reflexão sem o qual não chegará ao fato probando.

“A presunção é prova indireta, sem dúvida. Mas não deixa de ser prova. Por ela, o intelecto chega à verdade por meio de um fato conhecido, que guarda relação com o fato probando. É, portanto, resultado de um processo

lógico" (A Presunção em Matéria Civil, Ed. Saraiva, 1983, pág. 46).

In casu, considerando-se todas as explanações feitas e, mormente, os indícios e presunções que se podem inferir dos elementos, circunstâncias e depoimentos antes destacados, há que se concluir que, efetivamente, obrou o condutor do veículo da empresa embargada com imprudência.

Isso porquanto, como já enfatizou este relator na ementa do acórdão referente à Apelação Cível n. 51.336, da comarca de Criciúma:

"O guiante que tem sua visibilidade prejudicada pela chuva deve redobrar as cautelas regulares, a fim de poder manter o amplo controle do veículo que conduz, revelando-se negligente se assim não age e vem a colidir com outro veículo".

No mesmo sentido, registra a jurisprudência pátria que:

"Acidente de trânsito. Responsabilidade civil. Culpa. Revela-se culpado aquele que, dirigindo automóvel em estrada asfáltica, molhada e em curva, vem a perder o controle do veículo e, rodopiando, acaba por atingir caminhão que trafegava em sua mão de direção" (TARS, 5ª Câm. Cív., Ap. Cív. n. 189.075.443, j. 26/9/89, rel. Juiz Ramon Georg Von Berg).

Ou:

"É imprudente o motorista que, trafegando numa curva, invade a contramão de direção, ocasionando o acidente. Em tal circunstância, deve indenizar os danos apurados" (Ap. Cív. n. 27.234, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, JC 59/167).

Ainda:

"Evidenciando o elenco probatório que o motorista ao trafegar em pista descendente, fazendo uma curva à direita, invadiu a contramão de direção, vindo a colidir com veículo que trafegava em sentido contrário, tendo, ao depois, se evadido do local, inegável a culpa a lhe ser carreada" (Ap. Cív. n. 43.100, de Curitiba, rel. Des. Eder Graf).

Muito embora emitidos na senda criminal, identificam-se ainda com a situação dos autos os acórdãos assim ementados:

"O motorista que, por qualquer motivo, não possui boa visibilidade está obrigado a adotar cautelas excepcionais, não desenvolvendo marcha que lhe obste, numa emergência, completo e imediato controle do veículo" (TACrSP, Ap. Crim. n. 5.812, de Osasco, rel. Juiz Silva Leme, j. 8/8/68).

"Quem trafega em estrada sem possuir boa visibilidade está obrigado a tomar cautelas excepcionais, não desenvolvendo marcha que não lhe permita, em qualquer circunstância, completo controle do veículo" (TACrSP, Ap. Crim. n. 44.818, de Franca, rel. Juiz Cardoso Rolim, j. 18/3/64).

"Se a pista está molhada, o que vale dizer, escorregadia; se a visibilidade, em razão da chuva e do anoitecer, não é boa; e se a carga do caminhão é pesada, dificultando, portanto, a sua parada repentina ante uma emergência, manda a prudência que o motorista imprima ao seu veículo velocidade moderada, compatível com aquelas condições adversas, que lhe permita deter o seu conduzido, diante do surgimento de qualquer obstáculo, sem causar qualquer evento danoso"

(TACrSP, Ap. Crim. n. 463.691-1, de Jundiáí, rel. Juiz Hélio de Freitas, j. 24/9/87).

Impõe-se, ante isso, a reforma do acórdão sob enfoque!

Feito isso, resta-nos quantificar os danos expostos na peça introital, à luz do pedido formulado, dos elementos contidos nos autos e dos princípios doutrinários e jurisprudenciais aplicáveis.

Esclareça-se, para tanto, que, como consequência da trágica ocorrência noticiada nos autos:

a) Marilda Inês Santana da Silva, que se encontrava no veículo Volkswagen, resultou inválida;

b) Claudiomar Machado da Silva, condutor do veículo Volkswagen e marido de Marilda Inês Santana da Silva, nascido em 29/11/55 e, portanto, com 34 anos à época do acidente, faleceu no local;

c) Deise Elaine da Silva, nascida em 30/3/78 e que contava, pois, com quase 11 anos de idade, filha de Marilda e de Claudiomar, faleceu em razão do acidente;

d) Maria do Carmo Santana Ceolin, que também faleceu, nascida em 13/7/52, era esposa de João Ceolin e mãe de Fábio Luiz Ceolin, este nascido em 20/3/72 e, portanto, quando então, com 17 anos e dois meses;

e) Lidiane Madeira, que igualmente faleceu, tinha, na oportunidade da ocorrência, 11 anos, 6 meses e 8 dias, sendo filha de Osmar Fernandes Madeira e de Marlene Santana Madeira.

Para a fixação das indenizações pleiteadas, há que se considerar os seguintes elementos:

— O veículo Volkswagen 1.300, ano e modelo 1973, no qual se encon-

travam as vítimas, consoante se tem das declarações de fls. 26 a 28, emitidas por três oficinas mecânicas cuja idoneidade sequer foi atacada, resultou sem qualquer possibilidade de conserto, eis que totalmente danificado; tal veículo era de propriedade da vítima fatal Claudiomar Machado da Silva.

— Claudiomar Machado da Silva, como resulta comprovado nos autos, percebia mensalmente a quantia de NCz\$ 545,28 (quinhentos e quarenta e cinco cruzados novos e vinte e oito centavos).

— As menores Deise Elaine da Silva e Lidiane Madeira não exerciam atividades remuneradas.

— Maria do Carmo Santana Ceolin, conquanto exercesse atividade remunerada, não se logrou evidenciar, quanto a ela, a renda mensal alegada de NCz\$ 400,00 (quatrocentos cruzados novos).

Considere-se, como de suma importância, que:

"Tocante ao limite temporal da pensão, este Pretório tem-se posicionado no sentido de que, em relação ao cônjuge, é o da sobrevivida provável da vítima e, para o filho menor, vai até completar vinte e cinco anos, quando então, normalmente, completam seus estudos e saem da dependência econômica dos pais" (Ap. Cív. n. 96.001538-8, de Lages, rel. Des. Francisco Oliveira Filho).

E mais:

"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 em que presumivelmente exercerão atividade própria e constituirão família, assegurado o direito de crescer ao beneficiário remanescente" (Ap. Cív. n. 96.002930-3, de Içara, rel. Des. Carlos Prudêncio).

Outras considerações impõem-se expendidas, a fim de justificar jurisprudencial e doutrinariamente as fixações a serem feitas!

É hoje pacífico, quer na doutrina, quer nos Tribunais Pátrios, o direito dos pais à pensão por morte de filho menor ou solteiro, ainda que não exercesse atividade remunerada, conforme, aliás, acentuado pela Súmula 491 do Excelso Pretório.

Mesmo que a vítima, à época do ato ofensivo que a incapacitou ou que lhe ceifou a vida, não exercesse atividade remunerada, terá, como o terão seus ascendentes na hipótese de óbito, direito à indenização, por meio de uma verba periódica, a título de estipêndio alimentar.

E nada justifica que não se empreste proteção à vítima menor, ou aos seus pais em razão de seu óbito, pois o que se busca proteger, na espécie, é a sobrevivência do menor, resguardando-lhe o potencial laboral que teria ele, de forma a poder prover sua própria subsistência e prestar auxílio econômico a seus ascendentes.

O mesmo se diga com relação à mulher ou companheira da vítima ou do cônjuge ou companheiro sobrevivente, ainda que, à época do sinistro, não desenvolvessem elas atividades remuneradas.

Atentando-se aos dados expostos e para os precedentes antes transcritos, temos que as verbas rescisórias impõem-se assim fixadas:

1. Indenização devida a Marilda Inês Santana da Silva

Em decorrência do sinistro enfocado nestes autos, reafirma-se, a postulante em questão resultou inválida, consoante documentação encartada nos autos, tendo perdido seu marido Cláudio Machado da Silva, este nascido em 29/11/55, e a filha Deise Elaine da Silva, nascida em 30/3/78 e, à época do evento, com quase 12 anos de idade.

Pleiteou ela, além da indenização pelos danos pessoais, também a indenização do veículo sinistrado, de propriedade de seu falecido marido.

Levando-se em conta o que nos autos se contém e atendendo-se ao norteamento jurídico, doutrinário e jurisprudencial aplicável, há que se concluir da seguinte forma:

a) quanto ao valor do veículo

Este, um Volkswagen Sedan 1.300, ano e modelo 1973, resultou totalmente danificado e sem qualquer possibilidade de recuperação.

Entretanto, não foi comprovado o seu valor de mercado, pelo que a apuração do respectivo valor deve ser relegada à etapa de liquidação de sentença, correspondendo a indenização ao seu valor atual, com atualização monetária a contar da data do respectivo laudo, acrescidos juros de mora a contar da data da citação inicial dos demandados.

Quanto à relegação da apuração do valor do veículo à fase liquidatória, a solução é perfeitamente possível, pois, como anota o preclaro Arnaldo Marmitt:

"Tal se justifica toda vez que o conjunto de provas se mostrar insuficiente para a fixação do quantum de-

beatur desde logo, se não explicitados de modo convincente os estragos e os preços, a mão-de-obra e o material, ou se surgir outro obstáculo que impeça a determinação” (A Responsabilidade Civil nos Acidentes de Automóvel, Aide Editora, pág. 134).

Linhas após, à pág. 135, arre-mata o culto doutrinador:

“Parece fora de dúvida que a estimativa dos prejuízos provenientes de acidente de trânsito pode ser realizada através de liquidação de sentença, quer no respeitante aos dias parados, quer no tocante à apuração do total devido”.

b) indenização devida em razão da invalidez permanente da requerente

No referente à pensão mensal a que faz jus a postulante Marilda Inês Santana da Silva, em não exercendo esta qualquer função remunerada, deve ser fixada em um salário mínimo, tendo como marco inicial de pagamento a data do acidente, sendo ela vitalícia, ou seja, até o final da vida da requerente em epígrafe.

O fato de não exercer a embargante atividade remunerada, consigne-se, é de nenhuma importância, vez que:

“Irrelevante o fato de a vítima não exercer atividade laborativa, uma vez manifesta a diminuição da capacidade de trabalho” (RT 612/44).

“Se a vítima de ato ilícito sofre redução da capacidade laborativa em decorrência de lesões sofridas com o evento danoso, mesmo que não exerça atividade lucrativa, mas apenas trabalho doméstico, na qualidade de dona-de-casa, a indenização, além das despesas de tratamento, inclui pensão, que deverá

ser paga até que venha ela a alcançar 65 anos de idade” (RT 667/121).

c) indenização em face do óbito do marido da embargante

No tocante à reparação conseqüente ao óbito do marido da requerente, comprovado está nos autos que ele, quando do evento gerador da lide indenizatória, auferia mensalmente a quantia de NCz\$ 545,28 (quinhentos e quarenta e cinco cruzados novos e vinte e oito centavos).

A pensão devida, nessa hipótese, há que corresponder a 2/3 (dois terços) desse valor, transformado em número de salários mínimos, sendo devida a contar da data do óbito e perdurando até a data em que ele atingiria a idade de 65 anos, ou seja, até 29/11/2020, cessando antes acaso sobrevenha alguma causa legal de extinção.

d) indenização em razão da morte da filha menor da acionante

Referentemente à indenização devida pela sobrevida da menor Deise Elaine da Silva, filha da demandante, nascida em 30/3/78 (fls. 35), deverá corresponder a 2/3 (dois terços) de um salário mínimo, sendo devida a contar da data em que atingiria ela a idade de 14 anos (30/3/92) e até aquela em que completaria a idade de 25 anos (30/3/2003).

Sobre o tema destaquem-se os acórdãos assim ementados:

“Reparação por morte de filho menor é devida ainda que não preste auxílio ao grupo familiar, visto que um menor válido representa, potencialmente, patrimônio de auxílio à família” (RTJ 40/355).

“É indenizável o acidente que cause a morte de filha menor, ainda que provado que a mesma não trabalhava para contribuir para o sustento

do lar. É o direito potencial a alimentos, valor econômico que integra o patrimônio da pessoa" (RTJ 62/277).

"O menor, até os quatorze anos de idade, presume-se, não contribuir para a renda familiar. A partir dos vinte e cinco anos, presumivelmente, desliga-se, economicamente, de sua família de origem. Apenas nesse período, portanto, cabe indenização decorrente de sua morte por ato ilícito" (JTJ-LEX 142/101).

2. Indenização devida a João Ceolin e a Fábio Luiz Ceolin

Postularam os embargantes em epígrafe pensão pela morte de sua esposa e mãe, Maria do Carmo Santana Ceolin.

Nos autos não resultou comprovada a renda mensal da de cujus, optando-se, nessa hipótese, segundo a doutrina e a jurisprudência, pela adoção do salário mínimo como base de cálculo.

A indenização, em forma de pensão, é devida à razão de 2/3 (dois terços) do salário mínimo para ambos os requerentes.

Isso até a data em que a falecida Maria do Carmo atingiria a idade de 65 (sessenta e cinco) anos.

Quanto ao menor Fábio Luiz Ceolin, esclareça-se, a sua participação no quantum estabelecido incide até a data do atingimento, por ele, da maioridade civil, a partir de quando a sua quota-parce acrescerá à do cônjuge supérstite.

Como enfatizamos na ementa do acórdão relativo à Apelação Cível n. 49.284, da comarca de Chapecó:

"Restando, da vítima fatal do acidente, um filho menor, a obrigação alimentar quanto a ele, de responsabilidade da de cujus, transfere-se para o

causante do sinistro. Desconhecidos os rendimentos mensais da falecida, os alimentos devidos a seu filho menor devem considerar como parâmetro um salário mínimo, mostrando-se razoável a fixação na base de 2/3 desse valor. Os alimentos, no caso, são devidos até que o menor venha a completar a idade de 21 anos, data essa em que, de regra, desconstituída resultaria a obrigação alimentar dos pais em relação aos filhos".

A obrigação quanto ao postulante João Ceolin cessará se, antes da data prevista, sobrevier qualquer causa legal de exclusão do direito, como o óbito do beneficiário.

3. Indenização devida a Osmar Fernandes Madeira e a Marlene Santana Madeira

A filha dos embargantes em apreço, Lidiane Madeira, igualmente falecida no mesmo acidente, nasceu em 17/11/78, tendo, pois, quando então, 11 (onze) anos, 6 (seis) meses e 9 (nove) dias.

A pensão devida em consequência do óbito de tal menor há que tomar em consideração o valor do salário mínimo atualizado, fazendo-se devida da data em que a menor em referência atingiria a idade de 14 anos (17/11/92) e perdurando até a data em que completaria a idade de 25 anos (17/11/2003).

Adicione-se a isso que as parcelas vencidas à data da efetiva liquidação deverão ser pagas de uma única vez, considerado o salário mínimo em vigor na data dessa liquidação e computados juros moratórios legais a partir do dia em que cada parcela mensal fazia-se devida.

Arcarão os demandados, outrossim, com as custas do processo e com honorários advocatícios do patro-

no dos embargantes, estes na base de 15% do valor indenizatório do veículo sinistrado, das parcelas vencidas quando da liquidação e do capital necessário a produzir a renda correspondente às prestações vincendas (art. 20, § 5º, do CPC).

Na forma do art. 602 do CPC, deverão os embargados constituir um capital cuja renda assegure o cabal cumprimento da obrigação.

A constituição desse capital, a juízo do magistrado singular, em sendo a empresa acionada indiscutivelmente idônea, poderá ser substituída pela inclusão dos beneficiários a valores mensais em folha de pagamento.

Sobre isso, assim já disse este Pretório:

“Tratando-se de empresa privada idônea, é possível a inclusão dos beneficiários da vítima falecida em folha de pagamento, dispensando-se a constituição de capital” (Ap. Cív. n. 96.002914-1, de Içara, rel. Des. Amaral e Silva).

Conclua-se assinalando que não foi pleiteada indenização pelos danos morais decorrentes da invalidez permanente e das mortes decorrentes do sinistro havido, talvez porque, quando do ajuizamento do feito, a permissibilidade da indenização por danos puramente morais ainda era tese que engatinhava na doutrina e na jurisprudência pátrias, ao inverso do que hoje ocorre; ressalta-se, entretanto, que nada impede que, em ação própria, venham os postulantes a requerer tal indenização, enquanto não sedimentada a prescrição.

À vista do exposto é que, por maioria de votos, empresta-se provimento aos presentes embargos infringentes, reformando-se o acórdão

estigmatizado e impondo-se a prevalência do duto voto vencido.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Anselmo Cerello, Carlos Prudêncio, Gaspar Rubik, Orli Rodrigues e Sérgio Paladino, e, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto; pela ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o eminente Dr. Aor Stefens Miranda.

Florianópolis, 9 de dezembro de 1998.

Xavier Vieira,
Presidente com voto;
Trindade dos Santos,
Relator.

Declaração de voto vencido do Des. Newton Trisotto

Conforme explicitarei no acórdão embargado (fls. 191/95), tenho que os autores não provaram o fato constitutivo do seu direito (CPC, art. 333, I), ou seja, que o acidente ocorreu por culpa de José Antônio Sartor da Silva.

A douta maioria reconhece que a “prova testemunhal, considerando-se os depoimentos do condutor do caminhão envolvido e da passageira sobrevivente do veículo Volkswagen, é colidente”. Afirmou que há indícios autorizando a conclusão de que deve preponderar a “versão dos autores embargantes sobre aquela emprestada aos fatos pelos demandados embargados”.

Os indícios consistem em:

“— As condições climáticas do local onde ocorreu a colisão, eis que, consoante se tem de fls. 13, chovia muito.

“— A péssima visibilidade reinante no local, conforme é atestado pelo próprio condutor do caminhão da empresa embargada, quando, expressamente, diz em seu depoimento de fls. 88, que ‘quando viu automóvel já estava em cima do mesmo’.

“— A pista, como ressalta o croquis de fls. 13, era em curva e estava escorregadia devido à torrencial chuva que ali se abatia.

“— As condições dos veículos após o acidente: o veículo Volkswagen encontrava-se batido na parte da frente, do lado do motorista (depoimento de fls. 133), enquanto o caminhão foi atingido na frente e, mais precisamente, no lado esquerdo, na porta do eixo embaixo (depoimento de fls. 133)”.

Para mim, todos esses indícios apóiam a versão da embargada.

A “torrencial chuva” prejudicava a visibilidade dos motoristas dos veículos sinistrados. Parece-me evidente que prejudicava muito mais a visibilidade do motorista de um velho “fusca”, modelo 1.300, ano 73, do que o de um caminhão Mercedes-Benz. Quem foi proprietário de um “fusca” da década de 70, ou nele viajou em dia chuvoso, por certo há de se lembrar da deficiência dos seus limpadores de pára-brisa. O motorista do caminhão, que fica numa posição mais elevada em relação ao nível da pista, tem uma melhor visão do que ocorre à sua frente do que o condutor de um “fusca”.

O fato de o acidente ter ocorrido em uma curva e de estar o caminhão percorrendo a pista “interna” parece-me irrelevante. Não há lógica na afirmação de haver uma tendência de o motorista que adentra na curva à direita invadir a pista contrária, ou vice-versa.

A expressão do condutor do caminhão, no sentido de só ter avistado o “fusca” quando “já estava em cima do mesmo”, não pode ser considerada como um indicador de culpa. Não pode ser olvidado que o acidente ocorreu numa curva e sob “chuva torrencial”. Poder-se-á argumentar que, não havendo visibilidade suficiente, deveria o condutor do caminhão estacionar o veículo e aguardar que as condições de tráfego melhorassem. A mesma prudência deveria ser exigida da vítima.

Qualquer das duas hipóteses consideradas poderia justificar o fato de o “fusca” estar “batido na frente, do lado do motorista” e o caminhão “na frente, mais precisamente, no lado esquerdo, na ponta do eixo embaixo”.

As testemunhas Salvador Marques e Adonis Corrêa Schmitz disseram que foram ultrapassados pelo caminhão e que este trafegava em “alta velocidade”. Não significa que, um quilômetro adiante, mantivesse a mesma velocidade.

Não confiro verossimilhança ao depoimento do policial Raimundo Silvano dos S. Filho. Relatou que havia vestígio no local indicando que o acidente “teria ocorrido na pista do lado direito, perto da linha divisória da pista, no sentido Lauro Müller—Orleans, pois no local tinha pedaços de vidro e latas”. Esse mesmo policial, ao elaborar o laudo do acidente, registrou:

“Obs. Não foi possível localizar o ‘PC’, pois na hora do acidente encontra-se chovendo torrencialmente e não ficou vestígio algum” (o destaque não consta do original).

No inquérito, o nominado confirmou o laudo (fls. 22). Também o segundo policial que o subscreveu declarou

que “não foi possível localizar o Ponto de Choque ‘PC’ visto que as fortes chuvas existentes limparam o local” (fls. 23).

A autoridade policial João Lopes contou que “chovia torrencialmente e por isto não era possível verificar sinais de frenagem” (fls. 21). Acrescentou que, “dois dias após o acidente, o declarante, passando pelo local, notou que existia sinais bem claros de que um veículo teria sido arrastado; que podia-se notar que era sinal, ou riscos deixados na pista asfáltica pelo Fuks, quando foi jogado para fora do acostamento pelo caminhão, que examinando neste ato o croqui feito pela Polícia Rodoviária de Cocal, o declarante afirma estar o mesmo correto, afirmam também que o acidente ou seja o choque ocorre uns 3 metros mais ou menos antes de acesso a via se-

cundária, assinalada com seta no lado do acidente, sentido Orleans— Lauro Müller; que os sinais tinham início na pista de rolamento do caminhão; que por estes sinais dava de notar que o Fuks vinha naquela, perdido, isto, é invadindo a pista do caminhão”.

Perante a autoridade policial, a mulher da vítima contou que “tinha boa visibilidade” e que o “caminhão vinha ultrapassando um outro automóvel”, afirmações totalmente divorciadas do conjunto probatório. Contou que tinha uma consulta médica marcada para as 17h30min. O acidente ocorreu por volta das 16h25min. Se estavam preocupados em chegar a tempo e considerando a distância entre o centro da cidade e o local do acidente, pode-se supor que trafegavam em alta velocidade.

Newton Trisotto

AGRAVOS NOS AGRAVOS DE INSTRUMENTO

AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.004676-1, DE BLUMENAU

Relator: Des. Trindade dos Santos

Agravo (art. 557, parágrafo único, do CPC). Mandado de segurança. liminar deferida. Agravo de instrumento. Negativa de seguimento. Decisão reformada para que o recurso tenha prosseguimento. provimento da insurgência.

Precedentemente à edição da Lei n. 9.139/95, o mandado de segurança somente admitia o recurso de agravo de instrumento como ataque às decisões que, no juízo singular, deixassem de receber os apelos porventura deduzidos, por cediço o entendimento de

que a admissibilidade do agravo, contra as decisões concessivas ou não da segurança liminarmente, mostrava-se inconciliável com a celeridade recomendada de empréstimo, pelo art. 17 da Lei n. 1.533/51, às ações mandamentais, entendimento esse que não mais subsiste diante da nova feição dada ao agravo de instrumento.

Na atualidade, no entanto, tornou-se quase pacífico que a decisão que dispõe sobre o pedido de liminar em ação de segurança, seja negando-o, seja acolhendo-o, é de natureza essencialmente interlocutória e, portanto, de caráter não definitivo, desafiando, por isso mesmo, a utilização, para a respectiva reforma, do recurso de agravo de instrumento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo no Agravo de Instrumento n. 99.004676-1, da comarca de Blumenau (1ª Vara Cível), em que é agravante Viação Verde Vale Ltda., sendo agravada Empresa Nossa Senhora da Glória Ltda. e interessada a Seterb — Serviço Autônomo Municipal de Terminais Rodoviários de Blumenau:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, à unanimidade de votos, dar provimento ao agravo.

Custas legais.

Viação Verde Vale Ltda. ingressou com agravo regimental no Agravo de Instrumento n. 99.004676-1, da comarca de Blumenau, manifestando ir-resignação contra o despacho que, prolatado por este relator, rejeitou liminarmente o Agravo de Instrumento n. 99.004676-1, por si interposto em ataque à liminar concedida em ação mandamental impetrada pela Empresa Nossa Senhora da Glória Ltda.

Alegou, em suma, que a decisão recorrida negou vigência a vários dispositivos do Código de Processo

Civil, além de destoar da orientação majoritária deste Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça, pugnando, então, pela reforma da decisão questionada, com o conseqüente recebimento do agravo de instrumento e sua regular tramitação.

É o relatório.

Invertendo o posicionamento por nós até então sufragado, quanto à não cabência de agravo de instrumento, passamos a encampar, a partir desta data, a corrente majoritária deste Pretório, dando por cabível o uso do recurso de agravo de instrumento em ataque às decisões que, em mandado de segurança, negam ou deferem a liminar postulada pela parte impetrante.

E assim é porquanto, pela nova sistemática processual, tem-se que toda e qualquer decisão interlocutória, seja em que espécie de ação for ela prolatada — e delas não se abstrai a ação de segurança —, é passível de ser atacada via agravo de instrumento.

A respeito, acentua a prestigiosa Teresa Arruda Alvim Wambier:

“Não é conveniente ter-se, no Código vigente, tão amplo espectro de

recorribilidade. Esse amplo espectro de recorribilidade das interlocutórias foi mantido pela Reforma. Segundo a nova redação do art. 522, continua sendo cabível o recurso de agravo de toda e qualquer decisão interlocutória" (O Novo Regime do Agravo, 2ª ed., São Paulo, RT, 1996, pág. 94).

Acentua, de outro lado, o mestre Barbosa Moreira, em se referindo ao mandado de segurança:

"Em outras palavras: sempre que não colidam com disposição particular da legislação extravagante, nem se revelem incompatíveis com a sistemática nesta consagrada, incidem aqui as regras gerais inscritas no Código de Processo Civil, onde se contém os mencionados princípios e normas. Funciona o Código, por assim dizer, como reservatório a que só não se recorrerá quando motivo imperioso, tirado da legislação extravagante, imponha atitude diversa.

"Nem se concebe que fosse de outra forma. A legislação específica, muito compreensivelmente, é omissa quanto a grande número de questões da maior relevância, como a da capacidade das partes, a da contagem de prazos, a da forma dos atos processuais, a da validade ou invalidade destes, a das circunstâncias que impedem ou tornam suspeito o Juiz, a dos requisitos (rectius: elementos) essenciais da sentença, e assim por diante. Mas é evidente que tais questões não podem ficar sem solução no processo do mandado de segurança. Aplica-se-lhes, então, a disciplina encontrada no diploma processual comum: de que outra se poderia cogitar?" (Recorribilidade das Decisões Interlocutórias no Processo de Man-

dado de Segurança, RP, vol. 72, págs. 7 a 15).

Outrossim, registra o preclaro Sérgio Ferraz:

"Em linhas gerais, os mesmos pressupostos processuais conceituais que embasam a controvérsia quanto ao cabimento de embargos comparecem também na polêmica de admissibilidade de agravos. A nosso ver, contudo, ainda militam mais três argumentos, em favor do cabimento.

"1. O Código de Processo Civil, posterior à Lei 1.533, instituiu toda uma nova sistemática recursal, praticamente resumindo a dois os recursos de amplo espectro. A apelação ficou destinada às decisões de mérito; o agravo, às terminativas e interlocutórias. Não há como excluir, sem grave incoerência técnica, o mandado de segurança de um sistema que se pretendeu integral.

"2. O próprio ordenamento positivo pertinente ao mandado de segurança registra hipóteses de cabimento do agravo, conforme se vê, por exemplo, no art. 4º da Lei 4.348/64.

"3. Sem utilização subsidiária do Código de Processo Civil, para além das hipóteses em que assim se determina na Lei 1.533, é impossível processar um mandado de segurança" (Mandado de Segurança, Malheiros Editores, São Paulo, 2ª ed., pág. 151).

Abordando de modo mais detalhado o tema, com o brilhantismo que lhe é peculiar, averba o insigne Teori Alvaro Zavaski, Juiz do Tribunal Federal Regional da 4ª Região:

"As normas do procedimento especial do mandado de segurança

são omissas a respeito da recorribilidade das decisões interlocutórias que nele vierem a ser proferidas, como por exemplo — e essa é a mais comum — a que decide sobre o pedido de liminar. O entendimento até agora predominante é o de que se trata de decisões irrecorríveis, daí a razão pela qual se tem utilizado, para contratá-las, a via autônoma de outro mandado de segurança, alternativa que igualmente encontra resistência de forte corrente jurisprudencial.

“Os fundamentos alinhados pelos defensores da irrecorribilidade são basicamente dois. Primeiro: a lei especial do mandado de segurança traçou sistema recursal especial para esse procedimento, de modo que, obediente à máxima de que *inclusio unius fit exclusio alterius*, não há falar-se em aplicação subsidiária do procedimento comum; ademais, no que se refere especificamente à liminar, a lei especial prevê mecanismo próprio de controle, que é o pedido de suspensão (art. 4º da Lei n. 4.348, de 26/6/64), a afastar o cabimento de agravo. Segundo fundamento: o agravo de instrumento é recurso incompatível com o procedimento ágil e célere do mandado de segurança.

“No que se refere ao primeiro fundamento, a Lei n. 1.533, de 1951, efetivamente faz menção a recurso apenas quando trata da sentença que indefere liminarmente a petição inicial (art. 8º) e da que, ao final, julga a ação (art. 12). Terá havido aí intenção de excluir a possibilidade de recurso em relação às demais decisões proferidas no processo, ou se trata, simplesmente, de caso de lacuna, a ser preenchida pela utilização da analogia ou pela aplicação subsidiária do CPC?

“Quem defende a primeira alternativa, a que nega a recorribilidade das decisões interlocutórias, utiliza o argumento a contrario sensu: se a lei arrolou expressamente as decisões sujeitas a recurso em mandado de segurança, a contrario sensu, exclui a possibilidade de recurso em relação às demais. Já os que defendem a recorribilidade, invocam o argumento da analogia, que leva a resultado exatamente inverso: se a lei especial não previu o recurso cabível das decisões interlocutórias, preenche-se o vazio pela aplicação da regra disciplinadora do caso análogo.

“Ora, a atividade de interpretação impõe ao jurista, freqüentemente, tal espécie de encruzilhada: o argumento a contrario ou argumento da analogia. É clássico o exemplo da Lei das Doze Tábuas, segundo a qual o proprietário de um ‘quadrúpede’ responde pelos prejuízos que o animal tenha causado.

“‘Ora’, explica Karl Engisch, que figurou a hipótese, ‘levantou-se a questão da responsabilidade do proprietário pelos prejuízos causados por um animal bípede, por exemplo, um avestruz africano. Se mantivermos o ponto de vista de que, através duma simples interpretação, um animal bípede não pode ser convertido num ‘quadrúpede’, achamo-nos perante a alternativa: argumento de analogia ou argumento a contrario. No puro plano lógico-formal estes dois argumentos, que conduzem a resultados completamente diferentes, têm a mesma legitimidade. Tanto se pode dizer que aquilo que vale para os quadrúpedes deve valer também, em virtude da semelhança, para os bípedes, como se pode concluir que aquilo que é prescri-

to em relação a quadrúpedes não pode valer para outros animais’.

“E, lembrando que ‘os próprios romanos preferiram o argumento de analogia’, acrescenta que ‘a escolha entre argumento de analogia e o argumento a contrario não pode de fato fazer-se no plano da pura lógica. A lógica tem-se que combinar com a teleológica’.

“Assim, e voltando para o tema das interlocutórias em mandado de segurança, a escolha de um ou outro argumento ficará facilitada se conseguirmos identificar, teleologicamente, se houve, ou não, intenção do legislador de negar recurso àquelas decisões. Pois bem: o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Eduardo Ribeiro de Oliveira, em estudo específico sobre o tema, demonstrou não ter havido intenção alguma, na lei, de excluir a recorribilidade das interlocutórias.

“A razão pela qual a lei do mandado de segurança dispôs sobre recursos foi outra. Vale reproduzir suas conclusões, que, fincadas em interpretação histórica, repelem o argumento a contrario: ‘Enquanto regulado o mandado de segurança pelos arts. 319 a 331 do Código de 1939, o lógico seria, em princípio, que fossem admissíveis a apelação para as sentenças de mérito e o agravo de petição para as sentenças terminativas. Ocorre que (...) tais recursos tinham, em regra, efeito suspensivo, incompatível com a sentença concessiva de mandado de segurança, que deve ser desde logo executada. Daí as dúvidas surgidas. Com a Lei n. 1.533/51, pretendeu-se deixar claro o ponto.

‘Elegeu-se o agravo de petição, recurso de processamento mais rápi-

do, fazendo-o cabível ainda para os casos em que adequada a apelação. A lei teve como objetivo fixar-se em um recurso, superando perplexidades, e fazer com que o rito mais célere fosse adotado. E dispondo que o recurso de ofício não tinha efeito suspensivo, ficou evidente também não o teria o voluntário. Nesse contexto, não há razão alguma para supor-se que se pretendia excluir a admissibilidade de outros recursos. Abolindo, o vigente Código, o agravo de petição, a Lei n. 6.014/73 substituiu-o por apelação, como o fez relativamente a várias outras leis extravagantes. Vê-se que há razão muito clara para a menção à apelação na lei do mandado de segurança, não se justificando em absoluto a conclusão a que chegaram os que pretendem, com base nisso, sustentar que os outros recursos não seriam cabíveis’.

“Se, como demonstrado, o legislador não pretende excluir do mandado de segurança outros recursos que não o da apelação, resta inquestionável a possibilidade da invocação subsidiária e analógica das regras de Direito Processual comum, como, aliás, ocorre, sem contestação alguma, em relação ao recurso de embargos declaratórios. Conforme refere Barbosa Moreira, seria absurdo — que ‘brada aos céus’ — negar-se, ao argumento do silêncio da lei, a utilização desse remédio recursal para decisões obscuras, omissas ou contraditórias.

“Redargüiu-se que, especificamente no caso de medida liminar, não há omissão alguma, já que a lei criou mecanismo próprio para controle da decisão: o pedido de suspensão, pre-

visto no art. 4º da Lei n. 4.348, de 1964.

“O argumento não procede por várias razões. Em primeiro lugar, porque o pedido de suspensão não é recurso. Com ele não há reforma ou cassação da decisão e seu atendimento independe da legalidade, ou não, da liminar deferida. Em outras palavras: pode haver suspensão da execução ainda quando a liminar tenha sido concedida legitimamente, à luz do que dispõe o art. 7º, II, da Lei n. 1.533, de 1951, pois o seu pressuposto é outro, o da possibilidade de ocorrer, com o cumprimento da medida, ‘grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas’. E, ainda que de recurso se tratasse, ele somente seria cabível das decisões concessivas, e não das indeferitórias da liminar que não solveria a questão.

“Ademais, é evidente que, com o mecanismo do pedido de suspensão, não teve o legislador qualquer intenção de suprimir o recurso próprio. Basta ver que no mesmo art. 4º, citado, há expressa referência ao ‘respectivo recurso’. O pedido de suspensão pode ser feito não apenas em relação à liminar, mas também em relação à sentença definitiva, e ninguém se aventuraria a, com base nisso, negar cabimento ao recurso de apelação contra tal sentença.

“Finalmente, e ainda nesse tópico: a partir da Lei n. 8.437, de 1992, o pedido de suspensão é cabível não apenas em mandado de segurança, mas de liminares em todas as ‘ações movidas contra o Poder Público e seus agentes’ (art. 4º), e isso inclui a ação civil pública, a ação popular, e, com a universalização da tutela antecipató-

ria, as liminares em qualquer ação em que seja demandada pessoa jurídica de direito público. Desse modo, a se admitir que o pedido de suspensão é excludente do recurso próprio, de agravo, ter-se-á de concluir, absurdamente, serem irrecuráveis as decisões sobre liminar em todas aquelas hipóteses.

“O segundo principal fundamento dos que defendem a irrecurribilidade das interlocutórias em mandado de segurança é o de que o agravo de instrumento é incompatível com a celeridade e a agilidade que a lei impôs a esse remédio constitucional. O argumento teve respeitável peso até o advento da Lei n. 9.139, de 30/11/95.

“Com efeito, na moldura original prevista no Código de Processo Civil de 1973, o recurso de agravo de instrumento era processado perante o juízo de Primeira Instância, por fórmula que previa, além da interposição (prazo de cinco dias), o despacho de deferimento da sua formação, o prazo para o agravado indicar peças (cinco dias), a extração, conferência e traslado (quinze dias, prorrogáveis por mais dez), o prazo para o agravante se manifestar sobre documento novo juntado pelo agravado (cinco dias), o prazo para o agravado responder (cinco dias), a elaboração e a publicação da conta, o prazo para o preparo (dez dias), o juízo de retratação e, finalmente, a remessa dos autos ao tribunal (dez dias). Isso sem falar no tempo que inevitavelmente mediava entre a prática de cada um desses atos, quase todos precedidos de intimação das partes.

“Ora, a ação de mandado de segurança (com ‘prioridade sobre todos os atos judiciais, salvo habeas

corpus', segundo o art. 17 da Lei n. 1.533, de 1951), tem processamento bem mais rápido: dez dias para as informações da autoridade impetrada, cinco dias para o parecer do Ministério Público, e mais cinco dias para a prolação da sentença. Desse modo, o recurso de apelação chegaria ao tribunal, pelo menos em tese, em prazo bem menor que o de recurso de agravo. Daí afirmar-se que dito recurso não se compadecia 'com a índole do mandado de segurança', sendo mais adequado relegar-se o controle das decisões interlocutórias, que 'não operam preclusão (...), quando os autos subirem ao tribunal por apelação da parte vencida'. É a doutrina de Alfredo Buzaid, com larga aceitação na jurisprudência" (A Liminar em Mandado de Segurança e as Modificações do Código de Processo Civil, Ajuris 68-75/80).

Decorre disso uma conclusão que se afigura como a mais lógica: das decisões concessivas ou indeferitórias de liminares em mandados de segurança, é cabível o recurso de agravo de instrumento!

Nesse sentido, já proclamou o colendo Superior Tribunal de Justiça:

"Processual — Mandado de segurança — Liminar — Natureza jurídica do ato — Recorribilidade — Exposição a outro mandado de segurança.

"O pronunciamento liminar do juiz em resposta a pedido de mandado de segurança constitui decisão interlocutória. Como tal, pode ser desafiada por agravo de instrumento e, até, por outro pedido de mandado de segurança. No entanto, sua reforma só é possível quando, ao emití-lo, o juiz cometeu ilegalidade, omissão ou

abuso de poder" (ROMS n. 1.385, rel. Min. Humberto Gomes Barros, DJU de 15/2/93, pág. 1.664).

"Inadmissível a utilização de mandado de segurança contra decisão concessiva de liminar em outra ação mandamental. O recurso próprio é o agravo de instrumento. Trata-se de medida anômala de caráter acautelatório, admitindo-se, excepcionalmente, o writ, quando demonstrada a ilegalidade do ato, dano irreparável ou abuso de poder do juiz" (ROMS n. 1.070, rel. Min. Américo Luz, RSTJ 48/510).

"Mandado de segurança. Agravo de instrumento. Antes da Lei n. 9.139, de 1995, o agravo de instrumento só podia ser interposto, no mandado de segurança, contra decisão que deixasse de receber a apelação; no mais, implicaria em atrasar o procedimento, sabido que o tempo de formação do agravo, ainda que observados rigorosamente todos os prazos processuais, é inconciliável com a presteza que o artigo 17 da Lei n. 1.533, de 1951, recomenda para o julgamento do mandado de segurança. Recurso ordinário provido" (ROMS n. 6.510-MG, rel. Min. Ari Pargendler).

"Processual civil. Mandado de segurança impetrado após o advento da Lei n. 9.139/95. Liminar indeferida pelo juiz de Primeiro Grau. Impetração de outro writ, atacando a decisão judicial. Impossibilidade. Meio de impugnação adequado: agravo de instrumento. Recurso improvido.

"I — Antes do advento da Lei n. 9.139/95 ('Lei do Agravo'), admitia-se a impetração de mandado de segurança contra decisão indeferitória de liminar em writ. Atualmente, contra de-

cisão monocrática que indefere liminar em writ, cabe tão-somente recurso de agravo de instrumento, e não outra ação de mandado de segurança. Hoje, não há mais que se falar em writ para conferir efeito suspensivo a recurso, nem em mandado de segurança como sucedâneo de recurso sem efeito suspensivo. Em suma, o mandado de segurança voltou ao seu leito natural, deixando de ser a panacéia de outrora. Precedentes do STJ: RMS 5.854/PE.

“II — Ainda que a decisão interlocutória seja de conteúdo negativo, a via adequada para impugná-la é o recurso de agravo de instrumento, ao qual pode ser conferido o denominado ‘feito suspensivo ativo’. Interpretação teleológica do ‘novo’ art. 558 do CPC. Precedentes dos Tribunais Regionais.

“III — Recurso ordinário não conhecido” (ROMS n. 8.516/RS, DJU de 8/9/97, pág. 42.435, rel. Min. Ademar Maciel).

“Processual civil. Mandado de segurança. Liminar. Indeferimento. Agravo de Instrumento. Cabimento.

“1. É atacável por agravo de instrumento a decisão do Juiz que indefere liminar em mandado de segurança.

“2. Recurso não conhecido” (REsp. 172.772/SC, DJU de 29/3/99, rel. Min. Edson Vidigal).

Em idêntico sentido, as seguintes decisões do egrégio Tribunal Regional Federal:

“É cabível agravo de instrumento em mandado de segurança. É que as normas do Código de Processo Civil aplicam-se a todas as ações,

inclusive às de ritos especiais, salvo quando tiverem elas regras próprias. II — Em mandado de segurança os efeitos são meramente devolutivos dado o caráter urgente do mandamus, exce-tuando-se apenas os casos previstos nos arts. 5º e 7º da Lei 4.384/64, consoante jurisprudência no ponto” (Al n. 54.890-MS, rel. Juiz Geraldo Sobral, DJU 29/5/89, pág. 4.834).

“A decisão que enfrenta pedido de liminar em mandado de segurança exterioriza-se através de decisão interlocutória e, portanto, de caráter não definitivo. Enseja, pois, recurso de agravo de instrumento” (MS n. 3.322, rel. Juiz Nereu Santos, TRF-5ª Reg., DJU de 6/3/92, pág. 4.710).

“Agravo de instrumento — Denegação de liminar em mandado de segurança — Cabimento a partir da Lei 9.139/95.

“Mandado de segurança. Liminar. Recurso. O recurso do agravo de instrumento das decisões interlocutórias é compatível com a índole do mandado de segurança, a partir da Lei n. 9.139, de 30/11/95. Impetração contra indeferimento de liminar rejeitada de plano. Agravo regimental improvido” (Agravo Regimental no Mandado de Segurança n. 96.04.27874-6, rel. Juiz Volkmer de Castilho, TRF-4ª Reg., DJU de 23/10/96, pág. 80.817).

Em igual sentido, tem frisado esta Corte:

“Não é possível considerar irre-corrível a decisão concessiva de liminar em mandado de segurança, porque ela trancaria o acesso do impetrante ao Tribunal e, portanto, a defesa do seu direito” (ARMS n. 9.259, rel. Des. Orli Rodrigues).

“Ainda que aparente características formais de despacho de mero expediente, havendo nele visível conteúdo decisório, com gravame suficiente e capaz de provocar conseqüências processuais, forçoso reconhecê-lo como decisão interlocutória (CPC, art. 162, § 2º), impugnável, pois, via agravo de instrumento” (ARMS n. 96.012056-4, rel. Des. Francisco Borges).

“Agravo — CPC, art. 557, parágrafo único — Mandado de segurança — Liminar — Interposição de agravo de instrumento — Recurso admissível.

“1. É admissível agravo de instrumento contra decisão concessiva ou denegatória de liminar em mandado de segurança” (AAI n. 98.008830-5, de Biguaçu, rel. Des. Newton Trisotto).

Arrematando:

“Mandado de segurança — Liminar — Recurso cabível — Agravo de instrumento — Conhecimento do recurso.

“Diante do novo ordenamento jurídico, o agravo de instrumento é o

remédio processual próprio e eficaz para enfrentar decisões interlocutórias proferidas em sede de mandado de segurança” (AI n. 98.004886-9, de Barra Velha, rel. Des. Alcides Aguiar).

Ante o exposto, empresta-se provimento à insurgência intentada pela agravante, para que tenha prosseguimento o agravo de instrumento por ela interposto.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto.

Florianópolis, 25 de maio de 1999.

Carlos Prudêncio,
presidente com voto;
Trindade dos Santos,
Relator.

AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 98.015856-7, DE ITAJAÍ

Relator: Des. Sérgio Paladino

Agravo. Art. 557 do cpc. Decisão do relator que negou seguimento a agravo de instrumento. Ausência de peça obrigatória ou de certidão que a justifique. Esclarecimento prestado após a prolação de despacho por este meio atacado. Recurso desprovido.

“Se, nos autos principais, não há procuração do advogado do recorrido, esta circunstância deve ser comprovada pelo recorrente desde logo, mediante certidão expedida pela secretaria do tribunal a quo (AI 184.295-SP, rel. Min. Moreira Alves, j. 5/11/96, apud Inf. STF 52, de 13/11/95, pág. 2)” (Theotonio Negrão, Código de processo civil e legislação processual em vigor, 30ª ed. atual., São Paulo,

Saraiva, 1999, pág. 546, nota 3a ao art. 525).

A formação do instrumento é ônus do agravante. Incumbe-lhe, no ato da interposição do recurso, juntar à petição as razões do inconformismo, os documentos obrigatórios e facultativos, bem como a prova do recolhimento do preparo. A inocorrência de simultaneidade na prática desses atos importa na preclusão consumativa.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo no agravo de instrumento n. 98.015856-7, da comarca de Itajaí (2ª Vara), em que é agravante Maria José Flor Rodrigues e agravados Jornal de Navegantes e outros:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, à unanimidade, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Maria José Flor Rodrigues interpôs agravo de instrumento contra a decisão que, nos autos da ação de indenização que move contra Jornal de Navegantes, Marcelo de Thales da Costa, Solon Manoel da Costa e Solon Damásio da Costa, afastou do pólo passivo da relação processual o representante legal da empresa jornalística demandada — Marcelo de Thales da Costa —, pretendendo a reforma da decisão e a suspensão dos seus efeitos.

Negou-se, contudo, seguimento ao recurso, à míngua de cópia da procuração outorgada ao advogado daquela, ou de certificação da ocorrência.

Irresignada, a agravante interpôs o agravo previsto no parágrafo único do art. 557 do Código de Processo Civil, alegando que juntou ao instrumento todas as procurações

constantes dos autos da ação ordinária, aduzindo que o Jornal de Navegantes não compareceu aos autos, inexistindo, portanto, instrumento de mandato, comprovando as assertivas mediante certidão do Sr. Escrivão.

É o relatório.

Correto o despacho profligado, impõe-se a sua manutenção.

A nova disciplina do agravo transferiu ao agravante o ônus da formação do instrumento, com a demonstração, inequívoca e imediata, da presença dos pressupostos de admissibilidade do recurso.

Assim, se alguma das partes agravadas deixou de comparecer ao processo, cabia à agravante comprovar, de pronto, tal situação, tornando, conseqüentemente, inexigível a apresentação de cópia do instrumento de mandato relativo àquele litigante.

A impossibilidade de apresentar cópia da procuração outorgada ao advogado de um dos agravados, seja qual for o motivo da não-apresentação, deve ser suprida com certidão esclarecendo o detalhe, ou, no mínimo — o que, apesar de aceitável, ainda não seria o ideal —, com a referência, na petição de interposição do recurso, de que não há dita peça nos autos principais e declinando-se o motivo. Em suma, a ausência da peça implica

a necessidade de, pelo menos, uma justificativa plausível.

Veja-se, nesse sentido, precedente desta Câmara da lavra do eminente Des. Gaspar Rubik:

“Agravamento de instrumento — instrução deficiente — Ausência de certidão de intimação da decisão agravada e de cópia da procuração outorgada pelo agravado — Não conhecimento.

“É ônus do agravante instruir a petição de agravo obrigatoriamente com a certidão de intimação da decisão agravada ou documento equivalente, indispensável à prova da tempestividade do reclamo, bem como com cópia da procuração outorgada pelo agravado. A falta de qualquer dessas peças, e de concomitante justificativa relevante para a impossibilidade de sua juntada, impõe a negativa de seguimento ao recurso, sendo descabida qualquer diligência para o seu suprimento” (AI n. 97.001666-2, de Brusque).

Somente por ocasião da interposição do presente agravo apresentou a recorrente certidão do Sr. Escrivão informando a falta da referida procuração. Contudo, a oportunidade para tal providência era a interposição do agravo de instrumento.

Com efeito, a formação do instrumento, consoante a nova sistemática do agravo, é ônus do agravante, destinatário da norma que a disciplina, impondo-lhe o dever de “juntar as

razões do inconformismo, os documentos obrigatórios e facultativos, bem como a prova do recolhimento do preparo, com a petição de interposição do recurso. Isto porque a lei (art. 511) exige que os dois atos (interposição do recurso e juntada das razões e documentos) sejam praticados simultaneamente, isto é, no mesmo momento processual. Caso não ocorra essa prática simultânea, terá havido preclusão consumativa, vedado ao agravante juntar, posteriormente à interposição do agravo, razões ou documentos” (Nelson Nery Júnior, Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor, 3ª ed. rev. e ampl., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1997, nota 6 ao art. 525, pág. 768).

Ademais, equivocada a alegação da recorrente de que Jornal de Navegantes não compareceu aos autos da ação ordinária, eis que peticionou às fls. 53.

Ante o exposto, negou-se provimento ao agravo.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Vanderlei Romer.

Florianópolis, 20 de maio de 1999.

Anselmo Cerello,
Presidente, com voto;
Sérgio Paladino,
Relator.

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

HABEAS CORPUS

HABEAS CORPUS N. 99.000311-6, DA CAPITAL

Relator: Des. Amaral e Silva

Estatuto da Criança e do Adolescente — Habeas corpus — Ato infracional — Remissão cumulada com prestação de serviços à comunidade — Direção perigosa — Fato não configurado em tese — Hipótese apenas de falta de habilitação — Infração administrativa — Falta de justa causa — Além disso ação de pretensão executória prescrita — Ordem concedida.

Há que existir compatibilidade entre o fato e a norma.

Se o fato nem em tese constituiria infração penal (crime ou contravenção), não se cogita de ação de pretensão socioeducativa e, muito menos, remissão.

Caso em que o adolescente, pelo simples fato de dirigir sem habilitação, foi compelido a prestar serviços à comunidade.

Infração meramente administrativa.

Hipótese em que o adulto não se submeteria a tal restrição.

Ação de execução, ademais, prescrita.

Submetendo os infratores a princípios e normas penais comuns para a caracterização do ato infracional (ECA, art. 103), sujeitando-os a medidas restritivas de direitos e privativas de liberdade (CF, art. 227, § 3º, V), seria a negação dos princípios garantistas do Estatuto (arts. 6º e 110) e da Constituição (art. 227) recusar-lhes benefícios e causas que extinguem a punibilidade ou conduzem à perda da pretensão punitiva ou executória.

As ações de pretensão socioeducativa e de pretensão executória, visando à imposição de medidas restritivas de direito e até privativas de liberdade, à semelhança da ação de pretensão punitiva, são prescritíveis.

Não admitir a prescrição na órbita dos atos infracionais implicaria tratar adolescentes inimputáveis com maior rigor que os adultos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 99.000311-6, da comarca da Capital, em que é impetrante Dr. Octávio César Ramos, sendo paciente H. G. M.:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, conceder a ordem, para determinar o trancamento da respectiva ação de execução.

I — Relatório

Alega o impetrante, em longo arrazoado, que o paciente sofre constrangimento ilegal, porquanto o quadriciclo dirigido não imprime velocidade superior a 20km/h, tornando impossível o delito de direção perigosa; que agiu sob o amparo da excludente de ilicitude do estado de necessidade, pois se utilizou do ciclomotor para ajudar um colega ferido; que a conduta do paciente foi atípica, haja vista que os adolescentes maiores de 16 anos não necessitam de habilitação para pilotar quadriciclos de até quarenta e nove cilindradas; cerceamento de defesa, pois que o paciente e sua genitora não estavam acompanhados de advogado quando da remissão.

A Dra. Juíza prestou informações, esclarecendo que, em 18/2/98,

o Departamento de Execuções da Infância e da Juventude de São Paulo acusou o recebimento da precatória, não havendo notícia sobre o cumprimento da medida socioeducativa (fls. 48/49).

Encontrando-se o Tribunal em recesso, a liminar foi indeferida pelo Exmo. Sr. Des. João Martins (fls. 55/56), Presidente da Corte.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina pela denegação da ordem.

II — Voto

1 — Data venia da d. Procuradoria, a ordem tem de ser concedida.

Consta do Boletim de Ocorrência n. 10/98, que o paciente teria praticado o ato infracional de direção perigosa, posto que estaria dirigindo um quadriciclo sem documentos, sem capacete e documentação.

Proposta a remissão, esta foi aceita pelo adolescente e sua genitora, sendo homologada pela Dra. Juíza, que aplicou a medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade, pelo prazo de 1 (um) mês (fls. 32).

Entretanto, observo que o boletim não descreve qualquer ilícito penal, muito menos direção perigosa.

Conforme relata a comunicante, Sargento Marli:

“que fazia ronda com seu colega de serviço e o menor infrator circulava com um quadriciclo sem documentos, sem capacete e sem documentação do veículo. Relata que ao abordar o menor o mesmo respondeu que sabia que não podia pilotar sendo menor de idade” (fls. 27)

Não consta estivesse o paciente dirigindo de maneira a pôr em perigo a segurança alheia. Confirma-se, Lei das Contravenções Penais, artigo 34.

O adolescente apenas dirigia sem habilitação.

Na realidade, incidiu na conduta prevista no então vigente inciso I do art. 89 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 5.108, de 21 de setembro de 1966):

“Art. 89. É proibido a todo condutor de veículo:

“I — Dirigir sem estar devidamente habilitado ou autorizado na forma prevista por este Código e seu Regulamento”.

Penalidade: multa.

Não se havendo envolvido o paciente em qualquer ato infracional, ou seja, conduta descrita como crime ou contravenção penal (ECA, artigo 103), faltava justa causa para a instauração do respectivo processo e, assim, não havia como comparecer ante a autoridade do Ministério Público.

É que não se legitimava o Parquet à transação/remissão, visto inexistir ação de pretensão socioeducativa, porquanto atípica a conduta do paciente.

Não havendo justa causa para a intervenção da polícia judiciária e do Ministério Público, a instauração da investigação e a remissão não tinham

substrato legal, constituindo a abertura do processo constrangimento sanável por meio de habeas corpus.

Resultando, de maneira nítida e indiscutível, que o fato atribuído ao adolescente (dirigir sem habilitação) não constitui crime ou contravenção penal, mas mera infração administrativa, concedo a ordem, trancando a ação de execução e extinguindo o respectivo processo por falta de justa causa, nos termos do artigo 648, I, do Código de Processo, combinado com o artigo 152 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

2 — Ad argumentandum, mesmo estivesse em vigor o artigo 33 da Lei das Contravenções Penais ou se tratasse de direção perigosa (art. 34), a ação de pretensão socioeducativa estaria prescrita.

É que a pena imposta seria no mínimo multa. No máximo três meses.

O trânsito em julgado da sentença que homologou a remissão ocorreu a 26 de janeiro de 1998.

Entre aquela data e a presente transcorreu mais de um ano.

Ante a tormentosa matéria da prescrição nos atos infracionais, vale a pena comparar o direito penal comum e o direito especial, dito protetor.

Seria interessante para os que ainda não se convenceram da natureza retributiva das medidas socioeducativas e seu aspecto penal, que as comparassem com as inovações da Lei n. 9.714 de 25 de novembro de 1998.

Pelo Estatuto, a medida socioeducativa correspondente seria restritiva de direitos no máximo por 3 (três) anos, isso em caráter excepcionalíssimo.

mo. Vejam-se os §§ 3º e 4º do artigo 121.

O fato ocorreu a 3/1/98.

A remissão foi homologada em 12/1/98.

O trânsito em julgado, como dito, ocorreu a 26 de janeiro.

Se o paciente fosse menor de 21 (vinte e um) anos, como de fato é, considerando a pena de multa ou os três meses de prisão, bem como a menoridade do agente e que, por isso, os prazos prescricionais seriam reduzidos pela metade, e que entre o ato infracional e a data do julgamento do acórdão decorreu lapso de tempo superior a 1 (um) ano, restaria prescrita a ação de execução.

Sendo adolescente penalmente imputável, mas responsável estatutariamente (art. 103), não pode ter tratamento mais rigoroso do que o jovem adulto. Além disso, as medidas socioeducativas, inclusive as restritivas de direito, têm caráter sancionatório, portanto nitidamente penal. Basta compará-las às similares do Código Repressivo. Confira-se, artigo 114 do Código Penal, combinado com os artigos 6º e 103 do Estatuto.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 103, conceituando o ato infracional como “a conduta descrita como crime ou contravenção penal”, não excluiu os adolescentes das garantias das causas extintivas da punibilidade, sejam elas de caráter material ou formal.

A prescrição (a perda da pretensão punitiva ou executória) integrando as conseqüências da infração penal, vale dizer de crimes e contravenções (= a ato infracional) data ve-

nia dos que pensam em sentido contrário, não pode ser recusada aos adolescentes.

Ao conceituar o ato infracional como crimes e contravenções, criando a ação de pretensão socioeducativa (ECA — art. 103 c/c os arts. 110, 148, I, 152, 180, III, 189 e 226) e a resposta por meio de medidas restritivas de direitos e privativas de liberdade (ECA, art. 112 c/c o inc. V do § 3º do art. 227 da CF), admitiram claramente a Carta Política e a Lei Juvenil, a invocação subsidiária dos princípios garantistas da Legislação Penal Comum, entre eles o instituto da prescrição.

Não teria sentido recorrer a normas penais comuns para restringir direitos e, até a liberdade, sem invocar causas ou institutos integrantes das referidas regras que beneficiam os adolescentes acusados de atos infracionais (=crimes e contravenções).

“Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional praticado por menor de 18 (dezoito) anos. Medidas socioeducativas, de advertência e prestação de serviços à comunidade, aplicadas pelo prazo de 1 (um) ano. Aplicação das normas da parte geral do Código Penal. Inteligência do artigo 226 do referido Estatuto. Prescrição. Ocorrência entre a data do recebimento da representação e a da publicação do decisum condenatório. Decretação, de ofício, prejudicado o exame do mérito” (Ap. Crim. n. 30.496, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Alberto Costa).

“Ato infracional atribuído a adolescente — Pena concretizada não superior a um ano — Prescrição da pretensão punitiva — Precedentes da

Corte" (Ap. Crim. n. 97.001631-0, de Rio Negro, rel. Des. Paulo Gallotti).

"Apelação criminal . Acidente de trânsito. Lesão corporal culposa e homicídio culposo. Lei especial. Agente menor de 18 anos à data do crime. Extinção da punibilidade do agente pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado na modalidade retroativa. Decretação de ofício. Exegese dos arts. 107, IV, 110, § 1º, 115 e 118, todos do CP. Inteligência dos arts. 61 do CPP, e 226, da Lei n. 8.069/90. Matéria de ordem pública que prejudica o exame do mérito recursal" (Ap. Crim. n. 96.003854-0, de São Francisco do Sul, rel. Des. Jorge Mussi).

"Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional. Aplicação das normas da parte geral do Código Penal. Inteligência do art. 226 do referido estatuto. Lapsos prescricionais de dois anos entre a representação e a entrega da prestação jurisdicional já transcorrido. Recurso provido. Prescrição declarada" (Ap. Crim. n. 30.300, de Tubarão, rel. Des. Ernani Ribeiro).

"Processo especial. Ação delitosa praticada por menor de 18 (dezoito) anos — Decorrência de mais de 2 (dois) anos entre a data do conhecimento judicial do fato à da decisão — Pena inferior a 1 (um) ano — Extinção da punibilidade pela prescrição — Aplicação do artigo 226 do Estatuto da Criança e do Adolescente — Decretação de ofício" (Ap. Crim. n. 30.422, de Tubarão, rel. Des. Marcio Batista).

Do paradigma:

"Não há qualquer dúvida que, tanto para definição do que seja ato

infracional (art. 103 do ECA), quanto em relação aos crimes praticados contra criança e adolescente, aplicam-se as normas da Parte Geral do Código Penal (art. 226 do ECA), constituindo-se o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90 = ECA) em lex mitior em relação ao antigo Código de Menores, sob o qual foi praticada a pretensa infração (Revista dos Tribunais, vol. 667/330).

"Assim, aplicam-se as regras pertinentes à punibilidade do Código Penal, como as causas que a extinguem; especialmente para o caso destaca-se a ocorrência da prescrição.

"É que, praticada a conduta definida como infração em 10/3/90, e não tendo a Portaria instauradora do procedimento investigatório a força de interrupção do lapso prescricional, tem-se que, quando prolatada a sentença definitiva aplicando a medida de prestação de serviços pelo prazo de 2 (dois) meses, já haviam decorrido 3 (três) anos, 3 (três) meses e 20 (vinte) dias, superando em muito o biênio prescricional previsto no art. 109, VI, do Código Penal, tendo em conta a medida socioeducativa (= punição) imposta (arts. 109, VI, e 110, §§ 1º e 2º do CP).

"Por isto, de ofício (= art. 61 do CPP), declara-se extinta a punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva, prejudicado o recurso interposto".

3 — É oportuno repisar:

Em que pese a corrente jurisprudencial que defende a imprescritibilidade das medidas socioeducativas, tal como a ação de pretensão punitiva, a ação de pretensão e a de execução socioeducativa prescrevem.

Não me canso de repetir:

O Estatuto da Criança e do Adolescente, regulamentando os artigos 227 e 228 da Carta Política, ao tempo em que conferiu direitos fundamentais e sociais a crianças e jovens, estabeleceu para os adolescentes responsabilidade penal juvenil, criando regime jurídico no qual o adolescente passou a ter a dignidade de responder pelos seus atos, principalmente quando atentarem contra valores sociais tutelados penalmente: vida, integridade física, patrimônio etc.

Essa nova responsabilidade (penal juvenil) tem sólidas bases doutrinárias na Carta Política (arts. 227, § 3º, IV e V, e 228) e nas Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil (Resolução 40/33/85 da Assembleia Geral), incorporadas pelo Estatuto Brasileiro, que no artigo 103 conceituou o ato infracional como “a conduta descrita como crime ou contravenção penal”.

Vale dizer, remeteu o intérprete aos princípios garantistas do Direito Penal Comum, tendo como normas específicas as complementares do Estatuto, que se referem apenas à natureza da resposta, ou seja, às medidas, que, por serem socioeducativas, diferem das penas criminais tão-somente no aspecto predominantemente pedagógico e na duração, que deve ser breve, esta em face do caráter peculiar do adolescente como pessoa em desenvolvimento.

Bem por isso, o artigo 228 da Constituição, ao conferir inimputabilidade penal até os dezoito anos, ressaltou sujeição “às normas da legislação especial”. Essas, por sua vez,

estabeleceram, como dito, a chamada responsabilidade penal juvenil.

Não se confundindo imputabilidade e responsabilidade, tem-se que os adolescentes respondem ante o Estatuto respectivo, porquanto são imputáveis diante daquela lei especial.

Sendo imputabilidade (derivado de imputare) a possibilidade de atribuir responsabilidade com base na violação de leis, sejam elas penais, civis, comerciais, administrativas ou juvenis, não se confunde, com a responsabilidade, da qual é pressuposto (ver De Plácido e Silva — Vocabulário Jurídico, Rio de Janeiro, Forense, 1982, pág. 435).

Aos adolescentes (12 a 18 anos) não se pode imputar (atribuir) responsabilidade ante a legislação penal comum. Todavia, podendo-se lhes atribuir responsabilidade com base nas normas do Estatuto próprio, respondem submetendo-se a medidas socioeducativas de inescandível caráter penal especial.

Como as penas criminais, as medidas socioeducativas podem ser restritivas de direitos ou privativas de liberdade.

Restringindo ou privando a liberdade é claro que, como as penas criminais, as medidas socioeducativas prescrevem.

Como no Direito Penal Comum, no Estatuto predominam os princípios da despenalização, da descriminalização, do Direito Penal Mínimo, optando a lei juvenil pelas penas restritivas de direitos, como importantes alternativas à privação da liberdade.

Em suma, embora inimputáveis frente ao Direito Penal Comum, os

apelantes são imputáveis diante das normas da lei especial, o Estatuto da Criança e do Adolescente, e, por isso, respondem penalmente, em face do nítido caráter retributivo e socioeducativo das respectivas medidas, o que se apresenta altamente pedagógico sob o ângulo dos direitos humanos de vítimas e vitimizadores. Além disso, de boa política criminal, respostas justas e adequadas à prevenção e repressão da delinquência juvenil.

O que não se admite no Estatuto (Direito Penal Juvenil) são respostas mais severas e duradouras do que em idênticas situações seriam impostas aos condenados adultos.

Os princípios da legalidade estrita, da retributividade (temperado pela possibilidade da remissão), do caráter predominantemente pedagógico e excepcional das medidas socioeducativas, constituem garantias de natureza penal (Direito Ciência e Norma), que não podem ser negadas aos infratores do Estatuto da Juventude, muito menos as causas de extinção da punibilidade ou de perda da pretensão punitiva ou executória.

Ora, se os adolescentes respondem por atos infracionais (= crimes e contravenções), submetendo-se a medidas restritivas de direitos e até privativas de liberdade impostas por meio de ação judicial, é claro que têm direito subjetivo à prescrição. Do contrário, seria admitir para os adolescentes sistema mais rígido do que o dos adultos.

A prescrição, garantia até do direito natural, não pode ser negada aos adolescentes ao argumento de terem as medidas socioeducativas caráter educativo e ressocializador, por-

quanto também têm essa característica as penas criminais.

Tenha-se presente:

Estivesse o apelante submetido ao Código Penal, a execução estaria prescrita. Não sofreria qualquer restrição de direitos.

Não prestaria serviços à comunidade, não se sujeitaria à liberdade vigiada (probation), eufemismo denominado liberdade assistida.

Como admitir numa Lei de Proteção Integral, que por ser adolescente, esteja o paciente submetido à execução forçada judicial e a claras restrições de direitos que não sofreria se fosse adulto?

4 — Quanto à remissão, o instituto não foi bem compreendido na doutrina e jurisprudência pátrias. Tendo por fonte as Regras de Beijing, a tradução para o português ensejou fosse o instituto confundido com perdão, indulgência, quando na realidade, significa “remeter”; enviar para outro órgão de controle social, mediante acordo de vontade.

No Direito Pátrio (Lei n. 9.099/95) nada mais é do que forma de transação, visando exclusão, suspensão ou extinção do processo. Confira-se artigo 126 do Estatuto.

5 — Em síntese:

Nenhum adulto dirigindo sem habilitação seria punido com prestação de serviços à comunidade.

O adolescente, em remissão, na Justiça dita Tutelar, foi submetido à medida restritiva de direito por fato penalmente irrelevante.

Faltava justa causa para a remissão. Além disso, a ação de execução está prescrita.

6 — Pelo exposto, concedo a ordem, trancando a ação de execução e extinguindo o respectivo processo por falta de justa causa, nos termos do artigo 648, I, do Código de Processo, combinado com o artigo 152 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

III — Decisão

Acompanharam o voto do relator. Concederam a ordem.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Genésio Nolli e Paulo Gallotti. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 6 de abril de 1999.

Amaral e Silva,
Presidente e Relator.

HABEAS CORPUS N. 98.014151-6, DE SANTO AMARO DA IMPERATRIZ

Relator: Des. Álvaro Wandelli

Habeas corpus.

Delito de trânsito. Homicídio culposo. Embriaguez ao volante. Crimes punidos com detenção.

Ausentes os requisitos necessários à decretação da prisão preventiva de paciente que responde a processo crime punido com detenção (art. 313, inc. II, do CPP), a ordem é de ser concedida, para reconhecer o direito de responder ao processo em liberdade, mediante arbitramento de fiança, sendo um direito do réu, e não uma faculdade do juiz.

Ordem concedida.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 98.014151-6, da comarca de Santo Amaro da Imperatriz, em que é impetrante o Dr. Nelson Portanova Marques Neto, e paciente Paulo Inácio Roth:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conceder a ordem, para reconhecer o direito de responder ao processo em

liberdade, mediante arbitramento de fiança.

Trata-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado pelo Dr. Nelson Portanova Marques Neto, em favor de Paulo Inácio Roth, preso em virtude de flagrante, devidamente homologado, na comarca de Santo Amaro da Imperatriz, denunciado que foi pela prática das infrações dos arts. 302, parágrafo único, inciso III, 305 e

306, da Lei n. 9.503/97, na forma do art. 71 do Código Penal.

Sustenta o impetrante que o paciente sofre constrangimento ilegal, pois, além de restar indeferido o pedido de liberdade provisória em decreto que alega desmotivado, inexistem quaisquer elementos ensejadores da prisão preventiva, sendo primário, de bons antecedentes e residente no distrito da culpa.

Relegada a análise da liminar ao retorno das informações, prestou-as a autoridade apontada como coatora em ofício do seguinte teor:

“A prisão restou mantida pelo despacho de fls. 37, datado de 8/10/98.

“A denúncia restou recebida em 15/10/98, sendo o réu submetido a interrogatório em 19/10/98.

“Restou designada audiência para inquirição das testemunhas arroladas na denúncia em 27/10/98.

“Defesa prévia apresentada em 19/10/98.

“A prisão do paciente se acha dentro da legalidade.

“Remeto cópias de peças do processo para vosso conhecimento” (fls. 52).

A liminar foi negada (fls. 68/70).

Instada, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Maurílio Moreira Leite, opinou pela concessão da ordem.

É o relatório.

Tem razão o ilustre parecerista, merecendo a transcrição:

“Analisando-se a hipótese nos termos em que se encontra situada, a ordem deve ser concedida. Segundo

entendimento jurisprudencial, quando da homologação do flagrante não há necessidade de qualquer fundamentação a respeito da concessão ou não da liberdade provisória prevista no artigo 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, redação que lhe deu a Lei n. 6.416/77. Todavia, quando se tratar de indeferimento de pedido de concessão de liberdade provisória, indispensável a fundamentação. Confira-se: ‘O parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal não impõe ao juiz de exarar, de ofício, despacho fundamentado de toda e qualquer prisão que lhe seja comunicada, se entender não configurado qualquer dos pressupostos da prisão preventiva. Todavia, corre-lhe a obrigação de fundamentar a decisão sempre que a liberdade provisória é postulada e denegada’ (STF — RTJ, vol. 105, pág. 131). Na espécie, à guisa de fundamentação houve referência à manifestação do representante do Ministério Público, o qual se opôs à concessão do benefício, tendo em vista ‘a gravidade da infração’, tão-somente. Leia-se: “Analisando a motivação geradora da prisão em flagrante, entendemos, data venia, não ser de bom alvitre o restabelecimento do status libertatis, pois, a gravidade da infração, a ele atribuída, tem o condão de oferecer perigo para a garantia da ordem pública, pouco importando a sua condição de primário e de bons antecedentes, ainda mais que, em caso semelhante, vige o princípio da confiança no juiz do processo (RTJ 91/104 e 99/653)’. Acerca da necessidade da prisão preventiva, mais não foi dito. E, a prisão preventiva obrigatória, tendo em conta a gravidade do crime e a qualidade da pena, re-

clusão, que era estabelecida no artigo 312 do Código de Processo Penal, em sua redação original ('A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos') foi revogada pelo advento da Lei n. 5.349, de 3 de novembro de 1967.

"Outro aspecto a ser considerado, embora não alegado, é a qualidade da pena cominada aos delitos alinhados na exordial, detenção. Neste caso, a prisão preventiva somente seria viável se ocorrente uma das hipóteses previstas no artigo 313, incisos II e III, do Código de Processo Penal, in verbis: 'punidos com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la; se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 46 do Código Penal' (atualmente, a remissão diz respeito ao artigo 64, inciso I).

"Tenha-se em conta, ainda, com relação ao homicídio, enquadrado no artigo 302, parágrafo único, inciso III, da Lei n. 9.503/97, por se tratar de delito culposo, incabível a prisão preventiva, nos exatos termos do artigo 313 do Código de Processo Penal: 'em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos...' (grifamos).

"Face o exposto, somos pela concessão da ordem para, no mínimo, ser assegurado ao paciente o direito de prestar fiança" (fls. 78/79).

Com efeito, vislumbra-se que ao paciente é imputada a prática dos crimes previstos nos arts. 302, parágrafo único, inciso III (homicídio culposo qualificado pela omissão de socorro), 305 (fuga do local do acidente) e 306 (embriaguez ao volante), da Lei n. 9.503/97, todos punidos com detenção, caso em que a prisão preventiva só pode ser decretada desde que o paciente esteja enquadrado em uma das hipóteses previstas no inciso II do art. 313 do CPP (quando for vadio ou houver dúvida acerca de sua identidade).

O termo vadio, que reporta ao art. 59 da Lei das Contravenções Penais, é definido como sendo "quem não trabalha, ou quem não tem ocupação, vivendo vida errante, ou vida de vagabundagem" (De Plácido e Silva, Vocabulário Jurídico, Forense, vol. III, 1982, pág. 451).

Não é o caso dos autos, haja vista que o paciente tem residência fixa no município de Águas Mornas, onde exerce a profissão de agricultor há mais de 10 (dez) anos (fls. 39/43).

Outrossim, não se pode pôr em dúvida sua identidade.

Nada indica, pois, que irá furtar-se à aplicação da lei penal.

Por outro lado, é princípio basilar no ordenamento jurídico pátrio que a liberdade é a regra, sendo a segregação do indivíduo (temporária, preventiva, decorrente de flagrante ou de sentença condenatória transitada em julgado) a exceção.

Não se pode ampliar, portanto, sob pena de ferir-se os mais básicos princípios legais, os conceitos que possibilitam a prisão do indivíduo, ha-

ja vista que estes devem ser considerados objetivamente.

Ora, se o paciente está sendo processado por delito punido com detenção, havendo expressa determinação legal no sentido que só cabe prisão preventiva neste caso se o réu for comprovadamente vadio, ou se haver dúvida sobre sua identidade, e, não havendo comprovação num ou noutro sentido, a repercussão social do delito não autoriza sua decretação.

O colendo Superior Tribunal de Justiça, em caso análogo, assim se pronunciou:

“Processual penal. Prisão preventiva. Crime apenado com detenção. Nos crimes apenados com detenção, o Juiz poderá decretar a prisão do réu, desde que o mesmo seja vadio ou se houver dúvidas sobre sua identidade (art. 313, II, do CPP). Não sendo essa a hipótese dos autos, dá-se provimento ao recurso para conceder a ordem” (RHC n. 2.508-0—MT — 5ª Turma — j. em 24/3/93 — relator Min. Assis Toledo — DJU 12/4/93 — RT 693/404).

Ressalte-se que o Magistrado, em despacho de três linhas, indeferiu o pedido de liberdade provisória, com base no parecer do Ministério Público (fls. 44), sequer fazendo referência ao art. 313, inc. II, do Código de Processo Penal (fls. 45).

Por outro lado, dispõe o art. 322 do Código de Processo Penal que a autoridade policial já poderia ter concedido fiança, tratando-se de crimes punidos com detenção, sendo que, satisfeitos os requisitos legais, é

um direito do réu, e não uma faculdade do juiz (STF, RTJ 116/139).

Ausentes os requisitos necessários à decretação da prisão preventiva de paciente que responde a processo crime punido com detenção (art. 313, inc. II, do CPP), a ordem é de ser concedida, para reconhecer o direito de responder ao processo em liberdade, mediante arbitramento de fiança.

Sobre a matéria já decidiu esta Câmara Criminal:

“Habeas corpus — Paciente denunciado como incurso no art. 16 da Lei n. 6.368/76, punido com detenção — Não enquadramento nas hipóteses do inciso II do art. 313 do CPP — Prisão preventiva injustificada. Ordem concedida” (Habeas Corpus n. 97.002070-8, de Chapecó, deste Relator, j. em 25/3/97).

Assim, sua soltura é a medida que se impõe.

Por essa razão, decidi a Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, conceder a ordem, para reconhecer o direito de responder ao processo em liberdade, mediante arbitramento de fiança.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jorge Mussi, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Maurílio Moreira Leite.

Florianópolis, 10 de novembro de 1998.

José Roberge,
Presidente com voto;
Álvaro Wandelli,
Relator.

HABEAS CORPUS N. 99.000900-9, DE CRICIÚMA**Relator: Des. Genésio Noll**

Habeas corpus. Prisão preventiva. Ausência de fundamentação. O despacho de prisão preventiva, por tratar-se de medida extrema, deve fundar-se na demonstração dos pressupostos para a sua decretação no caso concreto. Carece de fundamentação a decisão que se limita a fazer citações doutrinárias e jurisprudenciais sem, no entanto, aplicá-las à hipótese sub examem. Ordem concedida.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 99.000900-9, da comarca de Criciúma (2ª Vara), em que é impetrante o Dr. Gilberto da Silva Tinoco, sendo pacientes Antonio Ubirajara Moreira, Gilson de Araújo e José Augusto Ferreira:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, conceder a ordem.

Cuida-se de ordem de habeas corpus impetrada pelo advogado Gilberto da Silva Tinoco, em favor de Antônio Ubirajara Moreira, Gilson de Araújo e José Augusto Ferreira, presos em virtude de flagrante lavrado na comarca de Içara, e complementado na comarca de Criciúma, pela suposta prática de crime de roubo qualificado pelo emprego de arma e concurso de agentes, ocorrido em 21/12/98.

Sustenta o impetrante que os pacientes estão sofrendo constrangimento ilegal, porquanto ausente homologação do flagrante e pelo fato de a prisão preventiva não ter sido fundamentada e de ter sido decretada por autoridade incompetente, além do que estão há mais de um mês presos

sem que tenha sido oferecida denúncia.

Durante o período de férias coletivas, o Des. João Martins, Presidente do TJSC, despachou negando pedido de liminar.

Solicitadas informações, estas foram prestadas, esclarecendo a Magistrada que foi oferecida denúncia e o processo encontra-se na fase dos interrogatórios.

Com vista dos autos a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

A ordem é de ser concedida.

Em primeiro lugar, quanto ao argumento de que a preventiva foi decretada por autoridade incompetente, razão não assiste ao impetrante.

O fato de a Juíza de plantão ter despachado não invalida seus atos. Conforme bem esclareceu o eminente Des. Presidente do TJSC, "...nada impedia que a Magistrada, com vista dos autos, considerando as circunstâncias do art. 312 do Código de Processo Penal, decretasse a prisão preventiva dos pacientes, mesmo levando-se em conta o regime de plantão e o fato de

que tratava-se de matéria pendente de recurso, tendo em vista a natureza rebus sic stantibus (segundo o estado da causa) da prisão, que permite ao juiz transformá-la, conforme os motivos”.

Assiste razão ao impetrante, quanto ao argumento de que o despacho que decretou a prisão preventiva carece de fundamentação.

O despacho de fls. 15/16 não fez menção ao crime cometido pelos acusados e, ademais, ao fundamentar a prisão no fato de que os réus poderiam evadir-se do distrito da culpa, a Magistrada sequer disse onde eles residiam.

A Magistrada fez referências doutrinárias e jurisprudenciais sobre a prisão preventiva. No entanto, deixou de analisar tais conceitos à luz das provas até então coligidas, não os aplicando aos fatos concretos.

Ainda, ao prestar informações não juntou cópia da denúncia nem qualquer peça que pudesse justificar a segregação dos pacientes.

Sobre a necessidade de fundamentação do despacho segregatório, o entendimento do doutrinador Julio Fabbrini Mirabete:

“Trata-se de medida cautelar de privação de liberdade que exige uma exposição fundada em dados concretos que imotivem sua adoção, não bastando que o magistrado se refira genericamente ao autor, ou transcreva genericamente os dizeres da lei. Exige-se uma fundamentação que não diga respeito a meras suposições. Caso tal ocorra, haverá constrangimento ilegal ensejador de pedido de habeas corpus...” (in Código de

Processo Penal Interpretado, São Paulo, Atlas, 1996, pág. 381).

Não é outro o entendimento da jurisprudência.

Do Superior Tribunal de Justiça:

“Consubstancia constrangimento ilegal, susceptível de ataque por via de habeas corpus, a ordem de prisão processual desprovida de fundamentos indicativos da presença efetiva e real de uma das circunstâncias que autorizam a cautela (CPP, art. 312)” (HC n. 6.513, de São Paulo, rel. Min. Vicente Leal, publicado no DJU n. 65, de 6/4/98, pág. 160).

Mais recentemente:

“Processual penal — Habeas corpus — Prisão preventiva — Pressupostos — Fundamentação deficiente.

“A prisão preventiva, medida extrema que implica sacrifício à liberdade individual, concebida com cautela à luz do princípio constitucional da inocência presumida, deve fundar-se em razões objetivas, demonstrativas da existência de motivos concretos susceptíveis de autorizar sua imposição.

“Meras considerações sobre a gravidade do delito, bem como a prova da existência de crime e indícios suficientes da autoria, não justificam a custódia preventiva, por não atender aos pressupostos inscritos no art. 312 do CPP” (HC n. 7.188, de São Paulo, rel. Min. Vicente Leal, julgado em 23/6/98, publicado no DJU n. 156, de 17/8/98, pág. 89).

E, do nosso Tribunal:

“Habeas corpus — Prisão preventiva — Despacho carente de fundamentação — Ordem concedida.

“Para a decretação da prisão preventiva é necessária a demonstração não só de estar comprovada a existência de crime e dos indícios da autoria, como especialmente a presença de algum dos fundamentos descritos no artigo 312 do CPP, impondo-se a existência de fato, perfeitamente identificado no decisório, que leve à possibilidade de que, solto o agente, em perigo estará um dos pressupostos que a medida visa a preservar.

“Não subsiste despacho de prisão preventiva que não demonstre a necessidade da segregação, não se admitindo simples invocação do disposto nos arts. 311 e 312 do CPP” (HC n. 97.010339-5, de Rio do Sul, rel. Des. Nilton Macedo Machado, julgado em 23/9/97).

“Habeas corpus — Decreto de prisão preventiva — Necessidade de fundamentação — Ordem concedida — Precedentes jurisprudenciais.

“Para a decretação da prisão preventiva é necessária a demonstra-

ção não só de estar comprovada a existência de crime e dos indícios da autoria, como especialmente a presença de algum dos fundamentos descritos no artigo 312 do CPP, impondo-se a existência de fato, perfeitamente identificado no decisório, que leve à possibilidade de que, solto o agente, em perigo estará um dos pressupostos que a medida visa a preservar” (Habeas Corpus n. 98.010773-3, de Bom Retiro — relator Des. Souza Varella).

Ante o exposto, por ser carente de fundamentação o decreto de prisão preventiva, concede-se a ordem, determinando a soltura dos pacientes, se por al não estiverem presos.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Des. Amaral e Silva, e dele participaram, com votos vencedores, os Exmos. Sr. Des. Paulo Gallotti e Souza Varella, tendo lavrado parecer pela douda Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Paulo Huáscar Viana.

Florianópolis, 16 de março de 1999.

Genésio Nolli,
Presidente para o acórdão e Relator.

HABEAS CORPUS N. 98.016445-1, DE BLUMENAU

Relator: Des. Jorge Mussi

Habeas corpus — Processual penal — Denúncia por homicídio qualificado, lesão corporal grave, omissão de socorro, embriaguez ao volante e competição não autorizada (racha) — Peça vestibular que preenche os pressupostos do art. 41 do CPP — Ausência de qualquer hipótese de rejeição da inaugural (art. 43 do CPP) — Inépcia afastada.

Processo crime — Infrações em tese tipificadas — Índícios da participação do paciente — Justa causa para a deflagração e continuidade da ação penal — Trancamento impossível.

Matéria de direito — Homicídio — Dolo eventual e motivo fútil — Incompatibilidade — Futilidade, ademais, que resulta do subjetivismo do Órgão Ministerial — Excesso de acusação evidenciado — Coação ilegal demonstrada — Exclusão da qualificadora que se impõe — Ordem concedida para este fim.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 98.016445-1, da comarca de Blumenau (1ª Vara Criminal), em que é impetrante Jeremias Felski, sendo paciente Rafael André Dagnoni:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conceder parcialmente a ordem para, tão-somente, excluir da denúncia a qualificadora do motivo fútil.

1 — Cuida-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado pelo Dr. Jeremias Felsky em favor de Rafael André Dagnoni, a fim de que seja trancada a ação penal a que este responde por suposto cometimento, em concurso material, de homicídio qualificado pelo motivo fútil, em que foi vítima Ivan Duarte, lesão corporal grave, em que foi vítima Roberto Carlos da Silva, omissão de socorro, embriaguez ao volante e competição não autorizada (racha) — arts. 121, § 2º, II; 129, § 1º, I, do CP; e arts. 304, 306 e 308 da Lei n. 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro), todos c/c art. 69 do CP.

Argumenta o impetrante que o paciente está sofrendo verdadeiro constrangimento ilegal, por abuso de poder do órgão acusador ao enqua-

drar a conduta daquele excessivamente, especialmente quando se leva em consideração que o crime de homicídio qualificado foi elevado à categoria de hediondo, com a edição da Lei n. 8.930/94, pelo que acima de inepta a inicial acusatória.

Após descrever os fatos, sustenta que o paciente não teve participação tanto no evento fatídico quanto no lesivo, uma vez que estava conduzindo outro veículo e não aquele que se chocou com o caminhão, daí resultando o falecimento do condutor do automóvel, Ivan Carlos Duarte, e as lesões graves no motorista do caminhão, Roberto Carlos da Silva; que a qualificadora do motivo fútil em que foi incurso o paciente somente seria admissível em se tratando de dolo direto, segundo a doutrina e jurisprudência que trouxe à colação.

Quanto aos delitos de trânsito em que foi o paciente incurso, alega que este não omitiu socorro, tendo sido preso em flagrante; que o teste do bafômetro não é hábil para comprovar o imputado estado de embriaguez; e que a prática de “racha” é derivada da subjetividade das testemunhas ouvidas na fase policial.

Argumentando presentes o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*,

colimou a concessão liminar da ordem mandamental.

A inicial veio instruída com os documentos de fls. 19 a 85.

Entendendo-se que não se faziam presentes as circunstâncias especialíssimas para o deferimento imediato do writ e que a pretensão cautelar deduzida revestia-se de nítido caráter satisfativo, identificando-se, em seus aspectos essenciais, com o próprio fundo da controvérsia, negou-se a liminar.

Notificada, a autoridade apontada como coatora apresentou suas informações (fls. 93/97).

Instada a se manifestar, a doutra Procuradoria-Geral de Justiça posicionou-se pela denegação do remédio constitucional.

É o relatório.

2 — Pretende o impetrante o trancamento da ação penal a que responde o paciente, perante o Juízo da 1ª Vara Criminal da comarca de Blumenau, pela prática dos delitos descritos nos arts. 121, § 2º, II; 129, § 1º, I, do CP; e arts. 304, 306 e 308 da Lei n. 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro), todos c/c art. 69 do CP, alegando, para tanto, a inépcia da inicial acusatória, por excesso de acusação e abuso de poder por parte do Órgão Ministerial ao denunciá-lo como incurso nestes crimes.

De início, afasta-se a aventada inépcia da denúncia.

Da leitura da peça acostada a fls. 20/21, infere-se que está ela formulada em obediência aos requisitos ínsitos no art. 41 do CPP, uma vez que descreve perfeitamente os fatos típicos denunciados, crimes em tese,

com todas as suas circunstâncias, atribuindo-os ao acusado, ora paciente, com base nos elementos coletados na fase investigatória, terminando por classificá-los, ao indicar os tipos legais infringidos por ele.

Comentando sobre o tema, ensina E. Magalhães Noronha:

“Os arts. 41 e 43 tratam dos requisitos que ela deve conter. O último dispõe sobre as causas de rejeição da denúncia. O inciso I exige que o fato narrado, na forma do art. 41, tenha tipicidade, isto é, corresponda ou se subsuma em um tipo da lei penal. Não é mister, entretanto, que esteja provado, pois isso é objeto da instrução (...).

“O n. II refere-se à extinção da punibilidade, cujas causas são enumeradas pelo art. 107 do Código Penal. É mister, entretanto, que seja evidente e insofismável a causa de extinção, para que a denúncia seja rejeitada, pois, a qualquer momento, o juiz é obrigado a declará-la, consoante o art. 61, não havendo prejuízo irreparável em que o fato melhor seja apurado.

“O n. III trata da qualidade de quem oferece a denúncia ou queixa, pois a primeira só o pode ser por membro do Ministério Público com atribuição para tal, e a segunda, como se verá, está também sujeita a várias exigências legais. Além disso, casos há em que a iniciativa do promotor está subordinada a condições previamente estabelecidas, como a representação (n. 12)” (“Curso de Direito Processual Penal”, 21ª ed., Saraiva, São Paulo, 1992, pág. 27).

Evidentemente, também, que não se fazem presentes nenhuma das

hipóteses para sua rejeição, discriminadas no art. 43 do mesmo diploma legal.

Como já decidiu este Tribunal:

“Habeas corpus. Abuso de autoridade. Pretendido o trancamento da ação penal por falta de justa causa. Alegação de inépcia da denúncia. Exordial acusatória que se encontra dentro das formalidades do art. 41 do CPP. Fumus boni iuris presente. Necessidade de exame de provas. Meio inábil. Ordem denegada” (HC n. 12.538, da Capital, deste Relator, j. 13/11/95).

Na seqüência, é de se registrar que toda denúncia é uma proposta de demonstração da ocorrência de fatos típicos e antijurídicos atribuídos a determinado acusado, sujeita, evidentemente, à comprovação e contrariedade, e, como orienta a doutrina e a jurisprudência, somente deve ser repelida quando não houver indícios da existência de crime, ou quando, de início, puder-se reconhecer, indubitavelmente, a inocência do acusado, ou quando não houver, pelo menos, indícios de sua participação. E, como se sabe, o trancamento da ação penal pressupõe exsurgir, à primeira vista, a ausência de justa causa para a sua deflagração e/ou continuidade.

Sobre a aferição da existência ou não de justa causa para a deflagração de processo criminal em sede de habeas corpus, Vicente Greco Filho assevera:

“A expressão legal ‘manifestamente nulo’ significa que, no habeas corpus, não se deve fazer o exame da prova do processo em tela, o que é cabível através dos meios de defesa de que dispõe o réu no curso da ação.

Todavia, aliando-se o inc. VI do art. 648 com o inc. I, que considera ilegal a coação sem justa causa, a jurisprudência e a doutrina têm trancado a ação penal quando não houver base para a acusação, fazendo, assim, análise das provas. O exame, contudo, não é o mesmo que seria feito pelo juiz ao proferir sentença condenatória ou absolutória. Trata-se de um exame de que deve resultar, inequivocadamente, a ausência, em tese, de possibilidade da acusação, de forma que a absoluta inviabilidade de processo signifique constrangimento indevido. Seria o caso, por exemplo, de ação penal por fato atípico ou em que alguém é acusado sem nenhuma prova que sustente a imputação que lhe é feita” (“Manual de Processo Penal”, 3ª ed. atual., São Paulo, Saraiva, 1995, pág. 394, grifamos).

Efetivamente, não é o que ocorre na hipótese presente.

Consoante narrou o Juízo a quo, em seus informes, “o paciente e a vítima fatal, Ivan Carlos Duarte, aquele embriagado (14 decigramas de álcool por litro de sangue, conforme auto de exame de teor alcoólico de fls. 17 — doc. 1), cada um dirigindo um automóvel Golf, transitavam, em desabalada carreira (entre 100 e 120 km/h, segundo as declarações das testemunhas oculares Aristeu Correa e João de Moura às fls. 10 a 13 — doc. 2), lado a lado (de acordo com as declarações da testemunha ocular Wilson Lucas às fls. 25/27 e da vítima de lesões corporais de natureza grave às fls. 28 — doc. 3), na direção Blumenau—Gaspar, até que Ivan Carlos Duarte (que andava paralelamente ao automotor operado pelo paciente e na contramão de direção) colidiu, frontal-

mente, com o cargueiro conduzido, em sentido contrário, por Roberto Carlos da Silva, restando este com lesões corporais graves e aquele morto no local, enquanto que o paciente, como se nada houvera acontecido, seguiu a trajetória" (fls. 95/96).

Assim, do caderno processual, especialmente do Auto de Prisão em Flagrante, exsurtem depoimentos que dão conta de que pode, em tese, ter ocorrido um homicídio doloso (dolo eventual), o mesmo ocorrendo com o crime de lesões corporais graves, estando os demais delitos de circulação imputados ao paciente igualmente em tese caracterizados, todos fatos típicos e, portanto, criminalmente apuráveis e apenáveis, havendo também indícios da sua participação nos acontecimentos narrados.

Nesses casos, tem decidido o Superior Tribunal de Justiça:

"Ação penal — Trancamento — Impossibilidade.

"O trancamento da ação penal por falta de justa causa é possível de ser atendido através do writ, se nem em tese o fato constitui crime ou quando é fora de dúvida que o indiciado não tem qualquer envolvimento na prática do delito, que lhe se imputa, o que não é o caso destes autos" (Recurso de Habeas Corpus n. 4.567-12, rel. Min. Jesus Costa Lima, DJU n. 165, 28/8/95, pág. 26.642).

Da Jurisprudência, colhe-se ainda:

"A fundamentação de inexistência de justa causa para a ação penal não se presta à concessão do remédio heróico, a não ser quando nem mesmo em tese o fato constitui crime, ou então quando se verifica prima

facie que não se configura o envolvimento do acusado no fato tido como delituoso, independentemente de apreciação de provas capazes de se produzirem somente no decorrer da instrução criminal" (TACrimSP — RT 730/548).

Igualmente:

"A ordem de habeas corpus para trancamento da ação penal, por ser medida excepcionalíssima, só se concede em hipóteses inequívocas de inexistência do crime ou de prova negativa da autoria, sob pena de suprimir o regular processo penal e a devida instrução criminal, configurando verdadeira absolvição sumária" (TRF, RT 730/645).

E, como o remédio heróico não é o instrumento adequado à discussão aprofundada sobre provas e fatos, não há como se valorar os elementos probatórios até então colacionados, como pretende o impetrante, para perquirir a aventada ausência de culpabilidade do paciente no evento denunciado (vide, nesta direção, do Supremo Tribunal Federal: RTJ 135/1.106; RTJ 153/837 e RTJ 165/662). Para debate dessa natureza, reserva-se ao acusado o processo criminal, ocasião em que as partes poderão produzir aquelas provas que melhor entenderem alicerçar seus respectivos interesses, além da ser feita pelo Juiz da causa, e não nesta oportunidade e instância, no âmbito estreito do remédio heróico.

Fernando da Costa Tourinho Filho, ao tratar da esfera da abrangência do remédio constitucional, preleciona:

"(...) é de se observar que os Tribunais ou Juizes, na apreciação do

pedido de habeas corpus, não podem nem fazer um estudo aprofundado das provas" ("Processo Penal", vol. 4, 13ª ed. São Paulo, Saraiva, 1992, pág. 443).

Nesse sentido, aliás, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal:

"Habeas corpus para trancar ação penal, por falta de justa causa. Inidoneidade do writ, por envolver análise aprofundada da prova" (RHC n. 59.516-2—SP).

No mesmo diapasão, extrai-se:

"Não é possível, no âmbito restrito do habeas corpus, uma via sumárrissima, analisar, comparar, cotejar, valorar e interpretar a prova colhida na instrução criminal, especialmente testemunhal, para perquirir a falta de elementos para fundamentar um decreto condenatório. Isto só seria possível se a matéria probatória fosse estreme de dúvidas, inequívoca, se a ilegalidade fosse manifesta, observada *prima facie*" (TRF, RT 732/733).

De outro vértice, considerando que o paciente teria assumido o risco de produzir os resultados morte e lesões corporais graves — dolo eventual ou indireto (art. 18, I, segunda parte, do CP) — o Órgão Ministerial acusou-o da prática de homicídio qualificado pelo motivo fútil, pelo falecimento de Ivan Carlos Duarte, amigo do paciente, e como responsável pelas lesões corporais graves verificadas em Roberto Carlos da Silva, motorista do caminhão que chocou-se com o automóvel conduzido pela vítima fatal, Ivan, assim justificando o enquadramento legal:

"Registre-se que o denunciado vinha proveniente da Octoberfest, on-

de tinha ingerido bebida alcoólica, estava amanhecendo o dia, portanto suas condições físicas eram as piores possíveis, a noite toda sem dormir e embriagado, com um carro Golf importado, que desenvolve alta velocidade, fato esse que estimulou o comportamento negativo e altamente fútil, pois tinham como objetivo o prazer pelo perigo, demonstrando com isso na prática do homicídio ao qual foi autor pelo seu comportamento direto, intensa futilidade, obrando com intenso dolo eventual, quer no homicídio, que só aconteceu em razão de seus atos, quer nas lesões graves na vítima Roberto" (fls. 21).

Certo que, em linha de princípio, não se pode afastar qualificadoras da denúncia, "porquanto, por força do texto constitucional, é o Tribunal do Júri o Juiz natural dos crimes contra a vida, e assim a esse órgão popular cabe dizer da ocorrência ou não de tal circunstância. Todavia, esse entendimento não deve ser absoluto ante qualificadoras propostas pela acusação que se mostrem manifestamente improcedentes com segurança, ou, sem dúvida, razoável" (REsp. n. 102.054/GO, rel. Min. José Arnaldo, 5ª Turma, j. em 19/5/1998 — RSTJ 113/321).

Sabe-se ainda que os motivos de um crime se determinam em face das condicionantes do impulso criminoso que influem para formar a intenção de cometer o delito, intenção que, frise-se, não se compatibiliza com o dolo eventual ou indireto, onde não há o elemento volitivo.

Galdino Siqueira, apoiado em LISZT, doutrina:

“Não são expressões sinônimas — intenção criminosa e voluntariedade. A vontade do homem aplicada à ação ou inação constitutivas da infração penal é a voluntariedade; a vontade do agente aplicada às consequências lesivas do direito é intenção criminosa. Em todas as infrações penais encontram-se voluntariedade. Em todos, porém, não se vislumbra a intenção criminosa. Os crimes em que não se encontra a intenção criminosa são os culposos e os praticados com dolo indireto, não obstante a voluntariedade da ação nas duas modalidades (Souza Neto, O Motivo e o Dolo, Freitas Bastos, 1949, pág. 17)” (RJTJSP 46/303).

De acordo com o entendimento da jurisprudência pátria, que como lava se adapta ao caso em tela:

“Se o agente não quis o resultado morte, mas apenas assumiu o risco de produzi-lo, a qualificadora da futilidade se desnatura, porque o seu reconhecimento implica um juízo de valorização, só admissível, em tese, no dolo direto” (RT 517/302).

Recentemente, este Tribunal, por esta Segunda Câmara Criminal, também adotou o entendimento de que “tanto o motivo fútil quanto a surpresa são incompatíveis com o dolo eventual”, por “ausente o elemento volitivo” (corpo do acórdão do RCR n. 96.010284-1, de Rio Negrinho, rel. Des. José Roberge, julgado em 4/3/1997).

De mais a mais, motivo fútil, segundo Nelson Hungria, é aquele que “(...) ‘pela sua mínima importância, não é causa suficiente para o crime’. A futilidade deve ser apreciada segundo quod plerumque accidit.

“O motivo é fútil quando notavelmente desproporcionado ou inadequado, do ponto de vista do homo medius e em relação ao crime de que se trata. Se o motivo torpe revela um grau particular de perversidade, o motivo fútil traduz o egoísmo intolerante, prepotente, mesquinho, que vai até a insensibilidade moral” (“Comentários ao Código Penal”, vol. V, 5ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1979, pág. 164).

Consoante lição de Heleno Cláudio Fragoso:

“Motivo fútil é aquele que se apresenta como antecedente psicológico, desproporcionado com a gravidade da reação homicida, tendo-se em vista a sensibilidade moral média. O motivo fútil envolve maior reprovabilidade (e, pois, maior culpabilidade), por revelar perversidade e maior intensidade no dolo com que o agente atuou” (“Lições de Direito Penal”, 7ª ed., Forense, Rio de Janeiro, pág. 53).

Já no dizer de Celso Delmanto:

“É fútil o homicídio praticado por motivo insignificante, sem importância, totalmente desproporcionado em relação ao crime, em vista de sua banalidade. Entendemos que a ausência de motivos não pode equivaler à futilidade do motivo. Quanto ao motivo injusto, ele pode ou não ser fútil, pois a injustiça, só por si, não indica a futilidade. Lembre-se que o motivo fútil, para qualificar, precisa ter conexão imediata com o homicídio” (“Código Penal Comentado”, 4ª ed., Renovar, Rio de Janeiro, 1998, pág. 220).

Ora, dizer-se que o paciente assumiu o risco de ocasionar o evento morte denunciado por motivo fútil, porque impellido pelo “prazer do perigo”,

além de ser por demais subjetivo, não se coaduna com os conceitos doutrinários colacionados e não encontra amparo nos elementos de prova, traduzindo-se em mera criação do órgão acusador.

Nesses termos o Supremo Tribunal Federal já se manifestou:

“— A imputação penal não pode ser o resultado da vontade pessoal e arbitrária do acusador. O Ministério Público, para validamente formular a denúncia penal, deve ter por suporte uma necessária base empírica, a fim de que o exercício desse grave dever-poder não se transforme em um instrumento de injusta perseguição estatal. O ajuizamento da ação penal condenatória supõe a existência de justa causa, que se tem por inócua quando o comportamento atribuído ao réu ‘nem mesmo em tese constitui crime, ou quando, configurando uma infração penal, resulta de pura criação mental da acusação’ (RF 150/393, rel. Min. Orozimbo Nonato).

“— O abuso de poder no oferecimento da denúncia, desde que inexistam qualquer incerteza objetiva em torno dos fatos subjacentes à instauração da perseguição penal, revela-se suscetível de controle jurisdicional pela via do habeas corpus” (HC n. 70.763/DF, rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, j. em 28/4/1994 — RTJ 165/877).

Pelo exposto, e por tratar-se de matéria de direito, a qualificadora do motivo fútil deve ser afastada, pois, de

um exame perfunctório do processo, verifica-se que, além de nem de longe restar caracterizada na espécie, não se compatibiliza com o dolo eventual, estando-se, nesse caso, diante de evidente excesso de acusação.

E, como já se decidiu, “consabido, ‘embora se possa dizer que, ao final, quando da prolação da sentença, o Juiz possa dar a adequada classificação jurídica aos fatos, não é menos verdadeiro que o descabido excesso acusatório, sobretudo quando atinge a liberdade do cidadão, deve ser prontamente coartado’ (...)” (RJ 251/123 — TJSP — o grifo é nosso).

3 — Diante de todo o exposto, a Câmara concede a ordem tão-somente para excluir da denúncia a qualificadora do motivo fútil.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Alberto Costa, ressalvado seu posicionamento que, acompanhando a conclusão do voto, entendeu que a matéria atinente à classificação do crime não comportava deslinde no campo estrito do habeas corpus, lavrando parecer, pela ilustre Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Luiz Fernando Sirydakís.

Florianópolis, 15 de dezembro de 1998.

José Roberge,
Presidente com voto;
Jorge Mussi,
Relator.

HABEAS CORPUS N. 99.007476-5, DE PALHOÇA**Relator: Des. Nilton Macedo Machado**

Habeas corpus — Delito de trânsito — Prisão em flagrante — Liberdade provisória negada — Requisitos do art. 312 do CPP inexistentes — Repercussão social do crime — Fato que, por si só, não representa perigo à ordem pública — Ordem concedida.

No conceito de garantia da ordem pública não se deve incluir o clamor social advindo do fato reiteradamente explorado pela mídia, nem proteção ao agente de possíveis represálias de terceiros ou parentes da vítima; nesse caso, a autoridade deve garanti-lo contra qualquer violência, e não privá-lo da liberdade com intuito de preservá-lo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 99.007476-5, da comarca de Palhoça (2ª Vara/Fazenda Pública), em que são impetrantes os Drs. Robson Furtado de Faria e Alcides de Assunção Tavares, sendo paciente Ênio José da Silva:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conceder a ordem.

Trata-se de habeas corpus impetrado pelos Drs. Robson Furtado de Faria e Alcides de Assunção Tavares em favor de Ênio José da Silva, contra ato do Exmo. Juiz de Direito da 2ª Vara da comarca de Palhoça, ao argumento de estar sofrendo constrangimento ilegal decorrente da manutenção da prisão em flagrante, diante da inexistência do “clamor público”, com sentido de preservação, não havendo “o menor sinal de periculosidade e quaisquer hipóteses que justifiquem a prisão preventiva, nos termos dos artigos 311, 312 do Código de Processo Penal” (fls. 3).

Solicitadas as informações, a autoridade judiciária apontada como

coatora relatou que o paciente está preso em virtude de flagrante devidamente homologado desde 25/4/99, “em razão de ter atropelado 3 (três) adolescentes, tendo falecido um deles logo após o acidente, em decorrência de múltiplas fraturas expostas” concluindo que, após parecer do Ministério Público (fls. 49), foi indeferido pedido de liberdade provisória. Juntou cópia do processado e, em complementação, laudo pericial e depoimentos prestados no inquérito.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Demétrio Constantino Serratine, opinou pela denegação da ordem.

Momentos antes do julgamento veio aos autos informação via e-mail de que “foi oferecida a denúncia contra Ênio José da Silva, nas sanções dos artigos 121, caput, e 129, § 2º, inc. II, por duas vezes, ambos do Código Penal, e art. 306 da Lei n. 9.503/97 — Código de Trânsito Brasileiro” (fls. 168).

É o relatório.

A ordem deve ser concedida pois não estão presentes os requisitos do

art. 312 do CPP, que justifiquem prisão preventiva, quais sejam: garantia da ordem pública ou econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

A manutenção da segregação decorrente de prisão em flagrante requer a presença de elementos que justifiquem a decretação da custódia preventiva (CPP, art. 310, parágrafo único); não se verificando qualquer fato concreto que evidencie a presença dos permissivos legais, a liberdade provisória deve ser concedida, ensinando Julio Fabbrini Mirabete que “o dispositivo é aplicável tanto às infrações afiançáveis como inafiançáveis, ainda que graves, a réus primários ou reincidentes, de bons ou maus antecedentes, desde que não seja hipótese em que se pode decretar a prisão preventiva. Trata-se, pois, de um direito subjetivo processual do acusado, e não uma faculdade do juiz, que permite ao preso em flagrante readquirir a liberdade por não ser necessária sua custódia” (Código de Processo Penal Interpretado, SP, Atlas, 1997, 5ª ed., pág. 405).

Assim, para que o magistrado conclua estar diante de caso em que a prisão deve ser mantida, “é indispensável que se parta de um fato concreto, perfeitamente identificado, que leve à inequívoca presunção que tais valores não serão preservados se solto o agente” (Habeas Corpus n. 9.296, de Rio do Sul, rel. Des. Ernani Ribeiro, j. em 5/4/90, in RT 654/323).

No caso, após a homologação e ratificação do auto de prisão em flagrante (fls. 108 e 110), entendendo não estar diante dos pressupostos do art. 312 do CPP, o impetrante formulou pedido de liberdade provisória em

favor do paciente, que foi indeferido pelo ilustre Magistrado com base no parecer do Dr. Promotor de Justiça, porque “o fato causou grande repercussão e revolta na comunidade, sendo amplamente noticiado pelos meios de comunicação. Vale assinalar, neste ponto, que se percebe, também, pelas declarações do condutor e testemunhas constantes do auto de prisão em flagrante, que, no momento do acidente, populares precisaram ser contidos para não agredir o requerente.

‘Evidente, portanto, a necessidade da manutenção da custódia do requerente, em garantia da ordem pública, com vista a acautelar o meio social e, ainda, assegurar a própria credibilidade da justiça pública, que deve dar pronta resposta à sociedade, agindo com rapidez e perseguindo a efetiva punição daqueles infratores, sob pena de ser taxada de inoperante, ou de agir com benevolência, mormente nos dias atuais, onde é crescente o índice de criminalidade” (fls. 112).

Ora, na espécie, foi invocada a garantia da ordem pública, sem que houvesse notícia nos autos de que esta tenha sido maculada pelo impacto da conduta delituosa, não se registrando ameaças às testemunhas ou conduta visando prejudicar a instrução criminal, pelo que se dессome ter sido mantida a prisão pela natureza e gravidade do crime, tratando-se, em tese, de homicídios praticados em estado de embriaguez (conduta incriminada em tese na Lei n. 9.503/97, com apenação de 2 (dois) a 6 (seis) anos de detenção, dentre outras), tendo o paciente sido denunciado pela prática do crime do art. 121, caput, do CP (matéria que, refugindo ao âmbito restrito do habeas corpus, será dirimida

após instrução probatória e no momento oportuno).

Os autores vêm divergindo quanto ao conceito de ordem pública para justificar a prisão cautelar, salientando desde o aspecto reiteração criminosa (vide Basileu Garcia, Comentários ao Código de Processo Penal, RJ, Forense, 1945, pág. 169) como a salvaguarda da integridade física do acusado, hipóteses já afastadas de há muito pelo entendimento doutrinário e jurisprudencial.

A primeira, por flagrante violação às garantias constitucionais da desconsideração prévia da culpabilidade (CF/88, art. 5º, LVII) e da presunção de inocência (art. 5º, § 2º, da CF/88 e arts. 14, 2 do Pacto Internacional sobre Direitos Civil e Políticos, e 8º, 2, 1ª parte, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos), e a segunda porque “se o criminoso é que é ameaçado de represálias, por parte da vítima, da família desta ou de elementos populares não se justifica a prisão. O que a autoridade neste caso deve fazer, é garanti-lo contra qualquer violência, e não retirar-lhe a liberdade, a pretexto de favorecê-lo” (M. Costa Manso, O Processo na Segunda Instância e suas Aplicações à Primeira, SP, Acadêmica, 1923, vol. 1, pág. 617).

Há quem vincule a ordem pública, ainda, ao impacto social e até a credibilidade do Poder Judiciário, “como nas hipóteses de ‘infração penal com requintes de selvageria, a conduta significativamente abjeta, a repercussão inusitada (...) os atentados com explosivos como a dinamite em locais de alta concentração de pessoas, ou casos em que valores significativos da sociedade tenham sido

desprezados” (Roberto Delmanto Júnior, As Modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração, RJ, Renovar, 1998, pág. 154); mas, ao analisá-la, “deve ainda o magistrado agir com muita cautela, estando atento às hipóteses de dramatização promovida pelos meios de comunicação de massa, que é o que leva, muitas vezes, ao ‘clamor público’, o qual não se verificaria na sua ausência. Tal dramatização, que visa mais aumentar a audiência televisiva, ou, ainda, o número de leitores de periódicos, com a finalidade precípua de valorizar o espaço para a propaganda, do que, realmente, informar de forma isenta o ocorrido” (ob. cit., pág. 157).

Mais adiante, citando o Prof. René Ariel Dotti, ressalta “serem as ‘megalópoles neurotizadas pela insegurança e insufladas por algumas zonas da mídia eletrônica e da imprensa sensacionalista que fomentam o discurso político do crime caracterizado pela exploração delituosa dos fenômenos da violência e da criminalidade visando o usufruto do poder’.

“É justamente contra esse movimento, fruto de pobreza cultural indistigável, que os tribunais têm rechaçado o recurso à prisão preventiva quando baseada unicamente na gravidade do delito imputado, sem que haja, conforme o nosso entendimento já exposto, perturbação social de tal monta que, restando o acusado em liberdade, a própria instrução restaria prejudicada” (ob. cit., pág. 158).

Após, transcreveu voto primoroso do Ministro Edson Vidigal no Habeas Corpus n. 813/RJ, rel. Min. José Dantas, j. em 28/8/91, onde se assinou que “a História tem ensinado que

não se deve permitir que certos princípios legais, vinculados aos direitos da pessoa humana, sejam transpostos, inclusive por receio de não se atender à voracidade vingativa do inconsciente popular.

“Não é a reparação de uma ilegalidade, revogando-se o decreto, não fundamentado, de prisão preventiva de um acusado de crime que pode comprometer, pela repercussão junto ao público, a credibilidade da Justiça” (ob. cit., pág. 161).

Conclui-se, assim, que o clamor público deve ser analisado com os necessários cuidados e ponderações, evitando-se injustiça. O almejo de plena justiça exige sempre uma posição de independência, não permitindo precipitadas acusações, máxime quando a paz social não está atingida. Não é por ter ocorrido celeuma na comunidade que o paciente deve ficar preso.

Nesse sentido:

“A repercussão do crime ou o clamor social não são justificativas legais para a prisão preventiva, dentre as estritamente delineadas no art. 312 do CPP, não cabendo, nessa matéria, a aplicação da analogia do que vem disposto no art. 325, V, da mesma lei processual, que se refere ao clamor público, mas como proibitivo da concessão de fiança” (RT 598/417).

A difícil tarefa do magistrado (porque mais do qualquer agente público deve refletir os sentimentos coletivos) em analisar se a revolta da sociedade é decorrência do choque que o crime causou no meio social, por si só, ou se não se trata de vingança do inconsciente popular como consequência da exploração e da distor-

ção dos fatos pela mídia, deve ser feita não se olvidando que “a prisão anterior à sentença condenatória é medida de exceção que só deve ser mantida quando evidenciada sua necessidade. Assim, se a ordem pública, a instrução criminal e a aplicação da lei penal não correm perigo, não há como negar o benefício da liberdade provisória ao réu preso em flagrante. A gravidade do delito e o clamor público que costuma provocar não são fundamentos suficientes à cautela. Em boa hora foi abolida a obrigatoriedade da prisão preventiva do Código de Processo Penal” (RT 654/296).

Não existindo razões para se supor que, solto, irá o paciente colocar em risco a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei, a liberdade provisória é medida de rigor, ressalvada a possibilidade de nova decretação da medida no caso de superveniência de fato novo que a justifique.

2. Diante do exposto, concede-se a ordem para que o paciente aguarde o julgamento em liberdade provisória, com as condições legais (parágrafo único do art. 310 do CPP).

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo Sr. Des. Alberto Costa, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Demétrio Constantino Serratine.

Florianópolis, 25 de maio de 1999.

José Roberge,
Presidente com voto;
Nilton Macedo Machado,
Relator.

RECURSOS CRIMINAIS

RECURSO CRIMINAL N. 98.004936-9, DE BLUMENAU

Relator: Des. Jorge Mussi

Sonegação fiscal — Matéria de ordem pública — Art. 34 da Lei n. 9.249/95 — Pedido de parcelamento do tributo antes do oferecimento da denúncia — Fotocópia não autenticada — Ausência de prova inequívoca do ato — Inexistência, ademais, de comprovação do aceite pelo Fisco — Extinção da punibilidade afastada.

Processual penal — Denúncia — Sonegação fiscal — Sócio-gerente — Peça que descreve a participação do acusado, atribuindo-lhe responsabilidade pessoal no delito capitulado, decorrente do exercício da direção da sociedade à época dos fatos — Preenchimento dos pressupostos do art. 41 do CPP — Eventuais omissões que poderão ser supridas, a todo o tempo, antes da sentença final — Hipóteses de rejeição in limine da peça acusatória que não se fazem presentes — Exordial recebida quanto a este réu.

Processual penal — Administrador de fato — Denúncia que responsabiliza penalmente quem não participa da pessoa jurídica — Qualidade de sujeito passivo da obrigação, quem deveria recolher o tributo aos cofres públicos, não ostentada por este acusado — Manutenção da rejeição da peça inicial.

Recurso ministerial parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Criminal n. 98.004936-9, da comarca de Blumenau (2ª Vara), em que é recorrente a Justiça, por seu Promotor, sendo recorridos Márcio Cardoso e Alício Bonatti:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso.

Custas na forma da lei.

1 — Na comarca de Blumenau (2ª Vara Criminal), Alício Bonatti e

Márcio Cardoso foram denunciados ambos como incurso nas sanções do art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, c/c art. 71 do Código Penal, tendo este último sido incurso ainda no art. 63 do Estatuto Repressivo, porque, segundo narra a exordial acusatória:

“Os denunciados Alício Bonatti e Márcio Cardoso, na qualidade de administradores da empresa Fly Importadora Ltda., localizada nesta Cidade, na Rua Sete de Setembro, n. 1.213, loja n. 65 e outra loja estabelecida na Rua XV de Novembro, n.

1.090, passaram a sonegar ICMS, em detrimento de toda a sociedade catarinense.

“Apesar do contrato social omitir a participação do denunciado Márcio, é ele efetivamente sócio-gerente da empresa, tendo plenos poderes de gestão, fato que é público e notório na comunidade Blumenauense, bem como admitido pelo próprio denunciado, conforme termo de intimação fiscal de fls., além do que demonstra matéria publicada no caderno de economia do Jornal de Santa Catarina de 7 de julho 1996, sobre a empresa e o denunciado.

“Foi assim que embora tendo declarado o valor do imposto devido

(conforme se verifica através das GIAs — Guia de Informação e Apuração de ICMS — em anexo), previamente ajustados em obra comum, deixaram de efetuar integralmente o seu recolhimento, dentro do prazo legal, nos períodos abaixo relacionados.

“Assim agiram por inúmeras vezes, no período de janeiro de 1995 a maio de 1996, excetuando-se o mês de fevereiro de 1995, lesando o Estado em expressiva quantia e totalizando, em 16/6/97, um débito de R\$ 406.810,98 junto ao erário público, constatado através de comparação feita entre as GIAs e o extrato analítico fornecido pela Secretaria da Fazenda, conforme a seguir demonstrado:

Mês/Ano	Valor declarado	Imposto recolhido	Diferença a recolher
1/95	5.953,39	210,49	5.742,90
3/95	30.146,31	184,00	29.962,31
4/95	17.346,16	190,00	17.156,16
5/95	11.326,22	190,00	11.136,22
6/95	23.383,02	190,00	23.193,02
7/95	12.565,50	204,00	12.361,50
8/95	20.142,61	204,00	19.938,61
9/95	16.215,27	204,00	26.011,27
10/95	3.899,35	214,00	3.685,35
11/95	12.242,51	214,00	12.028,51
12/95	22.010,00	214,00	21.796,00
1/96	12.506,60	223,01	12.283,59
2/96	8.266,89	223,01	8.043,88
3/96	27.976,55	223,01	27.753,54
4/96	39.034,88	223,01	38.811,87
5/96	72.095,32	223,01	71.872,31

Na oportunidade, o Órgão Ministerial deixou de oferecer a proposta de suspensão condicional do processo aos acusados — art. 89 da Lei n. 9.099/95 —, posto que já haviam sido denunciados em outros processos por crimes da mesma natureza (fls. 52).

O Juízo a quo, entendendo que Márcio Cardoso não poderia figurar no pólo passivo da denúncia, uma vez que não era responsável legalmente pela empresa notificada, já que seu nome não constava do Contrato Social da “Fly Importadora Ltda.”, empresa notificada pelo Fisco Estadual, e argumentando que a inicial acusatória não poderia ser recebida parcialmente, tão-somente quanto a Alício Bonatti, que detinha a qualidade de sócio-gerente, houve por bem rejeitá-la no todo (fls. 53/57).

Inconformado, o Ministério Público interpôs recurso em sentido estrito, fundamentado no art. 581, I, do Código de Processo Penal, tempestivamente, requerendo o recebimento da peça acusatória, alegando que tanto Alício como Márcio devem responder pelos crimes denunciados, o primeiro, porque é administrador da empresa devidamente indicado no contrato social e o segundo, porquanto embora omitida sua participação no referido contrato social, haja vista seu impedimento para o exercício do comércio, decorrente da falência de outra empresa sua — a “Blumenau Acessórios” —, seria o “responsável de fato” pela administração e gestão da “Fly Importadora Ltda.”. Sustenta que os documentos que instruem a inicial acusatória atestam a autoria e materialidade do delito que aos recorridos é imputado e que a instrução criminal possibilitará a comprovação da

prática criminosa atribuída a ambos. Juntou cópia do recebimento da denúncia ofertada contra Márcio Cardoso, Alício Bonatti e outros, bem como da apreciação de pedido de prisão preventiva e interrogatório dos acusados nos autos do Processo Crime n. 897016308.6, em que também respondem por delito contra a ordem tributária (fls. 63/79).

Sobreveio petição dos recorridos requerendo, nos moldes do art. 34 da Lei n. 9.249/95, a extinção de suas punibilidades, haja vista o parcelamento do débito antes do recebimento da denúncia, o qual vem sendo regularmente pago, tendo, na oportunidade, trazido aos autos os documentos de fls. 82/87.

Foi juntada a procuração outorgada por Márcio Cardoso ao seu defensor (fls. 89).

Contra-arrazoado o recurso, onde novamente pediu-se a extinção da punibilidade dos denunciados pela aplicabilidade do art. 34 da Lei n. 9.249/95, e mantida a decisão atacada, os autos ascenderam a este Grau de Jurisdição, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo seu não conhecimento na oportunidade, determinando-se a baixa dos autos à comarca de origem, a fim de que fosse regularizada a representação de Alício Bonatti, uma vez que o advogado subscritor das contra-razões de fls. 92/94 não possuía procuração outorgada por este recorrido.

Acatando o parecer ministerial, determinou-se o retorno do caderno processual à Primeira Instância, para que: a) fosse intimado o ilustre defensor para apresentar o necessário instrumento de procuração outorgado por

Alício Bonatti; b) se procedesse a intimação pessoal dos recorridos do inteiro teor da decisão que rejeitou a denúncia, formalidade até então omitida (fls. 104).

Cumprido o determinado, os autos retornaram a este Tribunal, onde a ilustre Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e provimento do recurso ministerial.

É o relatório.

2 — Inicialmente, por se cuidar de matéria de ordem pública e também porque, se acatada, traduz-se em causa de rejeição liminar da denúncia (art. 43, II, do CPP), há que se analisar a pretendida declaração da extinção da punibilidade dos recorridos, fundada no alegado pedido de parcelamento do montante do tributo devido ao Fisco, antes do recebimento da denúncia, requerida em petição apartada e por ocasião da apresentação das contra-razões de recurso.

Relembrando brevemente o histórico da extinção da punibilidade nos crimes tributários, sabe-se que a Lei n. 8.137/90, em seu art. 14, considerava extinta a punibilidade pela “promoção do pagamento” do tributo, antes do recebimento da denúncia.

Notório que tal artigo restou revogado expressamente pela Lei n. 8.383, que entrou em vigor em 30/12/91; contudo, a Lei n. 9.249, de 26/12/1995, reeditou (represtinou), em seu art. 34, a extinção da punibilidade dos ilícitos tributários definidos na Lei n. 8.137/90, quando o agente promover o pagamento do tributo antes do recebimento da peça inicial acusatória.

A sonegação denunciada deu-se de janeiro de 1995 a maio de 1996 (fls. 3), havendo, portanto, que prevalecer o princípio da lei nova mais favorável, e não o do *tempus regit actum*, já que a lei penal retroage, quando mais benigna ao acusado. Via de consequência, a lei a reger o ato é a de n. 9.249/95, que em seu art. 34 estabelece que a promoção do pagamento do tributo, antes do recebimento da denúncia, extingue a punibilidade.

Os documentos juntados aos autos, fotocópias dando conta que Alício Bonatti, na qualidade de representante legal da empresa notificada, ingressou com “Pedido de Parcelamento de Débitos” na Diretoria de Administração Tributária da Secretaria de Estado da Fazenda de SC, referentemente à notificação fiscal objeto da denúncia, pleito datado de 24/11/97 (fls. 82), por não estar devidamente autenticado pelo órgão competente não podem comprovar, de forma indubitável, a formalização do parcelamento.

Não consta, ademais, que tal pedido tenha sido deferido pelo Fisco Estadual, não podendo, as guias de pagamento da 1ª parcela da dívida e do pagamento dos honorários relativos à 1ª parcela (fls. 83), datadas de 26/11/97, garantir, com segurança, que o parcelamento tenha sido concedido.

E, como já se decidiu:

“Penal — Crime contra a ordem tributária — Extinção da punibilidade — Prova do pagamento do tributo.

“A prova do pagamento do tributo, para efeito de extinção da punibilidade, deve ser idônea, inequívoca, não servindo cópia de documento não

autenticada e, ainda por cima, não assinada pelo funcionário da repartição fazendária. Decisão que se reforma, a fim de que o processo tenha prosseguimento" (TFR 1ª R. — Rec. — rel. Eustáquio Silveira — Rep. IOB Jur. 19/94, pág. 361, in "Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial", 6ª ed., São Paulo, RT, 1997, pág. 2.107).

Deste Tribunal, no mesmo vértice, coleta-se:

"Penal e processual — Sonegação fiscal — Denúncia — Não recebimento — Extinção da punibilidade — Parcelamento da dívida não comprovado — Art. 34, Lei n. 9.249/95 — Recurso ministerial provido.

"Inexistindo prova, inequívoca e segura, da extinção da punibilidade, a denúncia deve ser recebida" (RCR n. 98.013565-6, de Joinville, rel. Des. Amaral e Silva, j. em 3/11/98).

Assim, não há como se reconhecer, por ora, a causa extintiva de punibilidade inserta no art. 34 da Lei n. 9.249/95, invocada em favor dos recorridos.

3 — No mérito, merece provido o inconformismo ministerial, no que toca a Alício Bonatti.

Ambos os recorridos foram denunciados por infração ao disposto no art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, c/c art. 71 do Código Penal, que pune, com detenção, de 6 meses a 2 anos e multa, aquele que deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo da obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos, sendo Márcio incurso ainda no art. 63 do Estatuto Pe-

nal, em razão de sua alegada reincidência.

É de se registrar que toda denúncia é uma proposta de demonstração da ocorrência de fatos típicos e antijurídicos atribuídos a determinado acusado, sujeita, evidentemente, a comprovação e contrariedade, e, como orienta a doutrina e a jurisprudência, somente deve ser repelida quando não houver indícios da existência de crime, ou quando, de início, puder-se reconhecer, indubitavelmente, a inocência do acusado, ou quando não houver, pelo menos, indícios de sua participação. Hipóteses que, no caso, não se fazem presentes.

Com efeito, a notificação fiscal de n. 509086-27, que descansa a fls. 2/4 e fls. 5, dá conta da prática de crime de sonegação fiscal, em razão de "deixar de efetuar, parcialmente, o recolhimento de ICMS, correspondente ao valor apurado no livro de registro de apuração de ICMS, pelo próprio contribuinte, devidamente atualizado" (fls. 3 e fls. 5), por parte da empresa "Fly Importadora Ltda." que, no campo destinado ao quadro societário, aponta como sócios-gerentes Marlene da Silva Bonatti, a qual assinou a notificação fiscal de fls. 5, nesta condição, e Alício Bonatti, denunciado e ora recorrido.

Consoante a doutrina, com a edição do art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, "o que a lei visou coibir foi justamente que aquela pessoa obrigada a reter o tributo ou contribuição social se aproprie do numerário, deixando de recolhê-lo" (Rui Stoco, "Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial", RT, São Paulo, 1995, pág. 1.486, grifo nosso).

Sobre o tipo penal em questão, de acordo com Antonio Corrêa:

“O sujeito ativo do crime de sonegação fiscal, nas modalidades de supressão ou redução de tributos, contribuições sociais ou acessórios, esta última ausente o tipo em estudo, é o particular, que tem como objetivo final fraudar o Fisco.

“Este delito, como se viu, está voltado para o particular que recebeu a incumbência pela lei de reter os valores decorrentes de fatos geradores de obrigações tributárias e, com prazo para levá-las aos cofres públicos, as desvia em proveito próprio ou não” (“Dos Crimes Contra a Ordem Tributária”, Saraiva, São Paulo, 1994, págs. 175/176, grifamos).

E, no caso, as pessoas que o Contrato Social da “Fly Importadora Ltda.” refere-se como sócios-gerentes e respectivos administradores legais da sociedade em questão, aliás únicos sócios da referida firma, sempre foram Marlene da Silva Bonatti e o denunciado Alício Bonatti, consoante se infere de todas as alterações contratuais da empresa (fls. 31 a 41), obrigados legalmente, portanto, a proceder o recolhimento do tributo devido — ICMS — ao Fisco Estadual.

Relevante anotar, como já se decidiu, que “a condição de sócio, por si só, já autoriza, em crimes societários, como é o caso, o oferecimento de denúncia contra o agente, mesmo porque é co-responsável, direta ou indiretamente, pela fraude fiscal. E assim entendemos, com respaldo na melhor orientação doutrinária e jurisprudencial, mormente porque com a instrução criminal é que se há de aquilatar detidamente a participação do sócio nos fa-

tos descritos na denúncia e, conclusivamente, sua eventual responsabilidade penal” (TJSC — HC n. 12.369, de Turvo, rel. Des. Genésio Noll, j. em 8/8/1995).

Importa compulsar, por ora, se a peça vestibular foi redigida dentro dos ditames legais e se não se está diante de alguma causa para sua rejeição in limine.

Verifica-se que a denúncia acostada a fls. 49/51 está formulada em obediência aos requisitos insitos no art. 41 do CPP, uma vez que, com base nos elementos coletados na fase administrativa, descreve perfeitamente o fato típico denunciado, crime em tese, com todas as suas circunstâncias, atribuindo-o à pessoa certa, o ora recorrido Alício Bonatti, terminando por classificá-lo, ao indicar o tipo legal infringido por ele.

Infere-se, de mais a mais, que não se faz presente nenhuma das hipóteses para o não recebimento sumário da inicial acusatória, discriminadas no art. 43 do CPP.

Comentando sobre o tema, ensina E. Magalhães Noronha:

“Os arts. 41 e 43 tratam dos requisitos que ela deve conter. O último dispõe sobre as causas de rejeição da denúncia. O inc. I exige que o fato narrado, na forma do art. 41, tenha tipicidade, isto é, corresponda ou se subsuma em um tipo da lei penal. Não é mister, entretanto, que esteja provado, pois isso é objeto da instrução. (...)”

“O n. II refere-se à extinção da punibilidade, cujas causas são enumeradas pelo art. 107 do Código Penal. É mister, entretanto, que seja evidente e insofismável a causa de

extinção, para que a denúncia seja rejeitada, pois, a qualquer momento, o juiz é obrigado a declará-la, consoante o art. 61, não havendo prejuízo irreparável em que o fato melhor seja apurado.

“O n. III trata da qualidade de quem oferece a denúncia ou queixa, pois a primeira só o pode ser por membro do Ministério Público com atribuição para tal, e a segunda, como se verá, está também sujeita a várias exigências legais. Além disso, casos há em que a iniciativa do promotor está subordinada a condições previamente estabelecidas, como a representação (n. 12)” (“Curso de Direito Processual Penal”, 21ª ed., Saraiva, São Paulo, 1992, pág. 27).

Impende salientar que o fundamento utilizado pela decisão monocrática atacada para não receber a acusação feita contra Alício Bonatti, consistente em julgado do Superior Tribunal de Justiça que decidiu impossível o recebimento “parcial” da peça inicial acusatória, não se aplica ao caso presente, pois cuida de hipótese em que se analisou peça impulsiona da contra um único acusado, na qual imputava-se-lhe a prática de diversos delitos, o que não é o caso em epígrafe.

Aliás, a lição da doutrina não deixa dúvidas quando a possibilidade de recebimento da inicial acusatória, nessas circunstâncias, senão leia-se de comentários de Walter P. Acosta acerca das hipóteses de rejeição da denúncia:

“Sendo vários os acusados (ou querelados), o juiz pode receber a denúncia (ou queixa) em relação a uns e rejeitá-la em relação a outros: se o au-

tor da ação se conformar com a decisão, o processo prosseguirá contra os primeiros; se o autor recorrer, o processo ficará sobrestado até o julgamento do recurso, que deverá subir nos próprios autos (art. 583, inc. II)” (“O Processo Penal”, 20ª ed., 1990, Coleção Jurídica da Editora do Autor, pág. 156, o grifo é nosso).

Logo, a denúncia ofertada contra Alício Bonatti não poderia, em hipótese alguma, ser rejeitada, pois preenche todos os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, não se vislumbrando nenhum dos casos para sua recusa liminar, descritos no art. 43 do CPP, lembrando-se que eventuais omissões poderão ser supridas, a todo o tempo, antes da sentença final, a teor do disposto no art. 569 do CPP .

4 — Melhor sorte não socorre o Órgão Ministerial, referentemente ao almejado recebimento da acusação contra Márcio Cardoso, sob o argumento de ser ele gestor “de fato” da “Fly Importadora Ltda.”.

A matéria jornalística acostada a fls. 43/46, na qual Márcio, entrevistado em razão da inauguração de nova loja da “Fly Importadora Ltda.”, presta esclarecimentos acerca do funcionamento do novo estabelecimento, das projeções de lucros, qualidade da empresa e outras notícias pertinentes, e com a qual o recorrente pretende demonstrar a condição de sócio-gerente “de fato” deste acusado, não tem o condão de incluí-lo como sujeito ativo do crime denunciado.

Como exaustivamente lembrado no item precedente, o delito apontado na denúncia é o de “deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado

ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo da obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos” — art. 2º, II, da Lei n. 8.137/90.

O texto legal é bastante claro, ao indicar quem pode figurar na relação processual como réu deste tipo de crime, a saber, os mandatários ou responsáveis legais pela pessoa jurídica atuada pelo Fisco e, no caso, Márcio não figura no Contrato Social da empresa em questão e a notificação da Secretaria da Fazenda (fls. 2/4 e 5) não o inclui nem na hipótese de pessoa que tivesse concorrido para a prática da infração. Não pode, assim, figurar no pólo passivo da denúncia.

5 — Por todo o exposto, a Câmara conhece do recurso ministerial

interposto, dando-lhe provimento parcial para receber a denúncia ofertada contra Alício Bonatti.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Álvaro Wandelli, lavrando parecer, pela ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antonio Günther.

Florianópolis, 9 de dezembro de 1998.

Alberto Costa,
Presidente com voto;
Jorge Mussi,
Relator.

RECURSO CRIMINAL N. 99.000247-0, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

Relator: Des. Paulo Gallotti

Acidente de trânsito — Homicídio qualificado — Surpresa — Art. 410 do Código de Processo Penal — Dolo eventual — Ausência de elementos que indiquem ter o agente assumido o risco do resultado — Desclassificação para a modalidade culposa mantida — Recurso improvido.

A teor do art. 410 do Código de Processo Penal, não se convencendo o juiz da ocorrência de crime doloso contra a vida, desclassificará a infração.

Para que se caracterize o dolo eventual, é necessário que o sujeito, a despeito da previsão das possíveis conseqüências de seu ato, admita e aceite o risco do resultado, consentindo em sua produção.

“Quem, alcoolizado, dirige um veículo em excesso de velocidade, evidentemente está assumindo o risco de matar, ferir e até morrer, mas somente ante o fato concreto, presente no seu espírito, é

que na dogmática do Código Penal será possível que o agente concorde e adira ao resultado, mormente quando tem a possibilidade de desistir da ação. Sem essa representação do evento danoso, a ilicitude da conduta poderá raiar os umbrais da culpa consciente, sem penetrar, contudo, nos escaninhos sutis do dolo eventual” (Rec. Crim. n. 8.492, de Biguaçu, rel. Des. Ernani Ribeiro, julgado em 21.4.88).

Vistos, relatados e discutidos estes autos Recurso Criminal n. 99.000247-0, da comarca de Balneário Camboriú, em que é recorrente a Justiça, por seu Promotor, sendo recorrido Fábio Cabral de Barros:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por maioria de votos, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Balneário Camboriú, Fábio Cabral de Barros foi dado como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, IV, do Código Penal, porque, na madrugada de 17/9/95, por volta das 4h50min, quando conduzia o automóvel GM-Monza, placa UY 5936, em velocidade aproximada de 120 km/h, assumindo, com sua conduta, o risco de produzir o resultado, atropelou Karla Alexandra Sachelli, que veio a falecer em consequência dos ferimentos recebidos.

Regularmente processado, sobreveio a decisão que, com base no art. 409 do CPP, desclassificou a infração para homicídio culposo.

Inconformada, a Promotora de Justiça em exercício naquela unidade jurisdicional recorreu sustentando a existência de indícios suficientes de que o acusado agiu com dolo eventual, devendo, portanto, ser submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri.

Ouvido o assistente de acusação e apresentadas as contra-razões, subiram os autos, manifestando-se a Procuradoria-Geral de Justiça no sentido de ser dado provimento ao recurso.

A pretensão do órgão do Ministério Público não merece acolhimento, pois, dos elementos contidos no processo, não exsurge razão para que o recorrido seja levado ao Júri Popular.

A questão foi analisada com precisão pelo Magistrado a quo, o Dr. Leandro Passig Mendes, merecendo a sentença ser transcrita por seus fundamentos:

“Segundo o rito processual previsto para os crimes dolosos contra a vida, após a instrução do feito, o magistrado terá quatro opções: a) pronúncia, quando entender presentes a prova da materialidade da infração e indícios de sua autoria, nos termos do art. 408 do Código de Processo Penal; b) impronúncia, quando não houver prova da materialidade nem indícios de que o acusado seja seu autor; c) absolvição sumária, quando comprovada alguma causa que exclua o crime ou isente seu autor de pena, segundo o disposto no art. 411 do Código de Processo Penal, e d) desclassificação, na hipótese em que, em discordância com a queixa ou denúncia, estiver presente delito cuja competência não seja conferida ao Tribu-

nal do Júri, a teor do art. 410 do Código de Processo Penal.

“Para a viabilidade da acusação em crimes dolosos contra a vida, exigem-se a prova da materialidade da infração e indícios de que o acusado seja o seu autor.

“No caso em exame, a materialidade da infração penal se encontra demonstrada através do laudo pericial de exame necroscópico (fls. 51/52), que confirmou a morte da vítima em decorrência de traumatismo cranioencefálico, enquanto a autoria não é negada pelo acusado, segundo se observa da confissão prestada em Juízo na presença de defensor constituído (fls. 90v./91).

“Assim, numa primeira vista, os pressupostos objetivos para que seja firmada a competência do Tribunal do Júri se encontram presentes.

“Julio Fabbrini Mirabete ensina:

‘Como juízo de admissibilidade, não é necessário à pronúncia que exista a certeza sobre a autoria que se exige para a condenação. Daí que não vige o princípio do in dubio pro reo, mas se resolvem em favor da sociedade as eventuais incertezas propiciadas pela prova (in dubio pro societate). O juiz, porém, está obrigado a dar os motivos de seu convencimento, apreciando a prova existente nos autos, embora não deva valorá-los subjetivamente. Cumpre-lhe limitar-se única e tão-somente, em termos sóbrios e comedidos, a apontar a prova do crime e os indícios da autoria, para não exercer influência no ânimo dos jurados, que serão os competentes para o exame aprofundado da matéria. Isso não o dispensa, porém, de enfrentar e apreciar as teses apresen-

tadas pela defesa, sob pena de nulidade’ (Código de Processo Penal, Atlas, São Paulo, 1996, 4ª ed., pág. 481).

“A controvérsia, todavia, reside no elemento subjetivo do crime.

“Primeiramente, porém, deve-se arrear a possibilidade de absolvição tal como postulada pela defesa em suas alegações finais, uma vez que nesta oportunidade somente prova incontroversa de circunstância excludente de ilicitude ou culpabilidade poderia acarretar tal consequência, nos termos do art. 411 do Código de Processo Penal.

“A assertiva de que o acusado não agiu com culpa no evento é prematura.

“A imputação foi por dolo eventual.

“Segundo a denúncia, o acusado, sem pretender causar diretamente o resultado antijurídico, mas tendo esse resultado como provável, uma vez que conduzia o veículo de sua propriedade em alta velocidade, por rua central desta comarca, não observando a sinalização indicativa da passagem de pedestres nem tampouco procurando evitar o choque ou desviar da vítima, teria assumido conscientemente os riscos de atropelar e matar, o que realmente veio a acontecer.

“Na fase do art. 408 do Código de Processo Penal, como se sabe, não se deve apreciar minuciosamente o elemento subjetivo do crime, porquanto a indagação cabe ao conselho de sentença, no exercício de sua competência de índole constitucional.

“Entretanto, a classificação do tipo infringido é tarefa que compete

inicialmente ao magistrado, a quem cabe examinar a existência de crime doloso contra a vida, sobretudo nas hipóteses em que a questão não dependa de exame profundo e valorativo da prova produzida, pois a competência assegurada ao Tribunal do Júri é específica, nos termos dos arts. 5º, XXXVIII, d, da Constituição, e 74, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Penal.

“Para a existência da figura do dolo eventual não basta, todavia, a previsibilidade do resultado em razão da conduta praticada pelo agente, pois é igualmente imprescindível sua indiferença a esse resultado, sua aceitação voluntária e consciente, uma vez que a lei penal adotou neste particular a teoria do consentimento, em oposição a da probabilidade, nos termos do art. 18, I, 2ª parte, do Código Penal, prestigiando a teoria finalista da ação que inspirou a reforma penal.

“Quando o agente, embora prevendo o resultado que pode surgir de seu comportamento, mas confiando em sua habilidade e repelindo, embora inconscientemente, o resultado, tem-se a figura da culpa com previsão, que é limítrofe do dolo eventual, mas que tem contornos bem definidos.

“Na culpa consciente, o agente, mesmo prevendo o resultado, não o aceita, não assume o risco de produzi-lo, nem esse resultado lhe é tolerável ou indiferente, ao contrário do dolo eventual, em que o agente tolera a produção do resultado, assume o risco de produzi-lo, pois sua superveniência lhe é totalmente indiferente: der no que der, não renuncia à ação.

“Nelson Hungria deixou escrito sobre o dolo:

‘É a mais grave forma de culpabilidade. Ocorre crime doloso, diz o Código, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo. Vê-se que o nosso legislador de 40, ao fixar a noção de dolo, não se ateve à chamada teoria da representação (para a existência do dolo, basta a representação subjetiva ou previsão do resultado como certo ou provável), que, aliás, na sua pureza, está inteiramente desacreditada; e, com todo acerto, preferiu a teoria da vontade (dolo é a vontade dirigida ao resultado), completada pela teoria do consentimento (é também dolo a vontade que, embora não dirigida diretamente ao resultado previsto como provável, consente no advento deste ou, o que vem a ser o mesmo, assume o risco de produzi-lo. Dolo é, ao mesmo tempo, representação e vontade. Como argumenta Florian, a representação divorciada da vontade é cosa inerte della psique, e a vontade sem representação é, do ponto de vista da psicologia normal, uma impossibilidade. A representação é necessária, mas não suficiente à existência do dolo. Nada nos diz sobre a atitude psíquica do agente em face do resultado representação, e tal atitude (só reconhecível quando o agente quer ou aprova o resultado) é que decide da culpabilidade. O dissídio entre as teorias da representação e da vontade está, hoje, pode-se dizer, superado. Toda a controvérsia reduzia-se, a final, a pura logomaquia. Os mais prestigiosos defensores da teoria da representação, isto é, von Liszt e Frank, acabaram reconhecendo que a representação do resultado, por si só, não basta para exaurir a noção de dolo: é necessário um momento de mais intensa ou ínti-

ma relação psíquica entre o agente e o resultado; e tal momento, como adverte von Hippel, detidamente analisado, não é outra coisa que a concomitante volição do resultado. Na conceituação do dolo eventualis, von Liszt e Frank aderem ineludivelmente à teoria da vontade quando, em tal caso, declaram insuficiente a simples representação do resultado e exigem para este o consentimento do agente. Ora, consentir no resultado não é outra coisa senão um modo de querê-lo.

‘(...)

‘Também não é indeterminada a vontade no dolo eventual: quando a vontade, dirigindo-se a certo resultado, não recua ou não foge da prevista probabilidade de outro resultado, consentimento no seu advento, não pode haver dúvida de que esse outro resultado entra na órbita da vontade do agente, embora de modo secundário ou mediato. A menção expressa que faz o Código ao dolo eventual, para equipará-lo ao dolo direto (em que o resultado é querido de modo principal ou imediato), plenamente se justifica: não obstante a justeza do raciocínio de que ‘quem arrisca, quer’, tem-se pretendido, em doutrina e na jurisprudência, identificar o dolus eventualis com a culpa consciente (luxúria ou lascívia, do direito romano), isto é, com uma das modalidades da culpa stricto sensu. Sensível é a diferença entre essas duas atitudes psíquicas. Há, entre elas, é certo, um traço comum: a previsão do resultado antijurídico; mas, enquanto no dolo eventual o agente presta anuência ao advento desse resultado, preferindo arriscar-se a produzi-lo, ao invés de renunciar à ação, na culpa consciente, ao contrário, o agente repele, embora in-

consideradamente, a hipótese de superveniência do resultado, e empreende a ação na esperança ou persuasão de que este não ocorrerá. Eis a clara e precisa lição de Logoz, que merece transcrição integral: ‘...a distinção entre essas duas formas de culpabilidade (dolo eventual e culpa consciente) apresenta-se quando se faz a seguinte pergunta: por que, em um e outro caso, a previsão das conseqüências possíveis não impediu o culpado de agir? A esta pergunta uma resposta diferente deve ser dada, segundo haja dolo eventual ou culpa consciente. No primeiro caso (dolo eventual), a importância inibidora ou negativa da representação do resultado foi, no espírito do agente, mais fraca do que o valor positivo que este emprestava à prática da ação. Na alternativa entre as duas soluções (desistir da ação ou praticá-la, arriscando-se a produzir o evento lesivo), o agente escolheu a segunda. Para ele o evento lesivo foi como o menor de dois males. Em suma, pode dizer-se que, no caso de dolo eventual, foi por egoísmo que o inculpado se decidiu a agir, custasse o que custasse. Ao contrário, no caso de culpa consciente, é por leviandade, antes que por egoísmo, que o inculpado age, ainda que tivesse tido consciência do resultado maléfico que seu ato poderia acarretar. Neste caso, com efeito, o valor negativo do resultado possível era, para o agente, mais forte que o valor positivo que atribuía à prática da ação. Se estivesse persuadido de que o resultado sobreviria realmente, teria, sem dúvida, desistido de agir. Não estava, porém, persuadido disso. Calculou mal. Confiou em que o resultado não se produziria, de modo que a eventual-

lidade, inicialmente prevista, não pôde influir plenamente no seu espírito. Em conclusão: não agiu por egoísmo, mas por leviandade; não refletiu suficientemente.

‘São bem conhecidas, a respeito do dolo eventual, as chamadas fórmulas de Frank. A primeira delas assim decide: ‘a previsão do resultado como possível somente constitui dolo, se a previsão do mesmo resultado como certo não teria detido o agente, isto é, não teria tido o efeito de um decisivo motivo de contraste’. É esta a fórmula denominada da teoria hipotética do consentimento, a que o próprio Frank acrescentou esta outra (chamada da teoria positiva do consentimento): ‘se o agente se diz a si próprio: seja como for, dê no que der, em qualquer caso não deixo de agir, é responsável a título de dolo’ (Comentários ao Código Penal, 4ª ed., vol. I, tomo II, Forense, Rio de Janeiro, 1958, pág. 114/118).

“Alberto Silva Franco também preleciona:

‘A conjugação da consciência e da vontade representa o cerne do dolo e esses dois momentos definidores não são estranhos ao dolo eventual que, como observa Díaz Palos, ‘es dolo antes que eventual’ (Dolo Penal, Barcelona, pág. 97). E, por ser dolo e, desta forma exigir os dois momentos, não pode ser conceituado com desprezo de um deles, como fazem os adeptos da teoria da probabilidade, que se desinteressam, por completo, do momento volitivo. Assim, não basta para que haja dolo eventual que o agente considere sumamente provável que, mediante seu comportamento, se realize o tipo, nem que atue

consciente da possibilidade concreta de produzir o resultado, e nem mesmo que tome a sério o perigo de produzir possível consequência acessória” (Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial, RT, São Paulo, 1995, págs. 204/205).

“No dolo eventual, segundo Julio Fabbrini Mirabete, ‘a vontade do agente não está dirigida para a obtenção do resultado; o que ele quer é algo diverso, mas, prevendo que o evento possa ocorrer, assume assim mesmo o risco de causá-lo. Essa possibilidade de ocorrência do resultado não o detém e ele pratica a conduta, consentindo no resultado. Há dolo eventual, portanto, quando o autor tem seriamente como possível a realização do tipo legal se praticar a conduta e se conforma com isso’ (Manual de Direito Penal, Atlas, São Paulo, 1998, 13ª ed., vol. I, pág. 137).

“Vê-se, deste modo, que a teoria da probabilidade não basta para a afirmação do dolo eventual, que também depende para sua existência do consentimento prévio do agente, que não renuncia à ação, arriscando-se a produzir o resultado.

“A propósito:

‘Na hipótese de dolo eventual não é suficiente que o agente tenha-se conduzido de maneira a assumir o risco de produzir o resultado: exige-se mais, que ele tenha consentido no resultado’ (RT 607/274).

“E mais:

‘Não dando seu assentimento, sua aquiescência, sua anuência ao resultado, não age o acusado com dolo eventual, mas, sim, com culpa consciente, que é confinante com aquele, sendo sutil a diferença’ (RT 548/300).

“Logo, a probabilidade do resultado é insuficiente para que possa prosperar a tese de dolo eventual.

“Particularmente nos chamados crimes de trânsito, que até bem pouco tempo não possuíam diploma legislativo específico, que ocorreu com a vigência da Lei n. 9.503/97, que tipificou os delitos cometidos na direção de veículos automotores e aumentou sensivelmente as punições penais e administrativas, a questão mereceu tratamento bastante diversificado, não sendo raros os casos de pronúncia em infrações dessa natureza, que contaram com o apoio da mídia e de parcela significativa da população, abalada com os elevados índices de mortes no trânsito.

“Paulo Lúcio Nogueira, em obra bastante antiga, já deixava consignada a preocupação com as mortes ocorridas no trânsito:

‘Não é de hoje que se reclama maior atenção das autoridades para os delitos de automóveis, sem que uma medida séria tenha sido tomada. Aliás, no início do presente século, quando era insignificante o número de acidentes, já Viveiros de Castro fazia menção aos desastres de trânsito no Rio de Janeiro, assim dizendo:

‘Está chamando a atenção dos poderes públicos a escala sempre ascendente dos desastres nesta cidade. É uma verdadeira epidemia, tão mortífera como a febre amarela e a tuberculose’.

‘Mais recentemente, há quinze anos passados, quando publicou a sua clássica obra ‘Do Crime Culposo’, o festejado mestre Magalhães Noronha ao abordar a benignidade de nossa lei para com os delitos culposos

também já salientava os efeitos nocivos dos delitos de trânsito, lamentando que nossa lei não tivesse seguido o seu modelo italiano, que pune o homicídio culposo com pena de seis meses a cinco anos de reclusão e com três meses a dois anos a ofensa corporal graduando a pena consoante a natureza da lesão” (Delitos do Automóvel, 4ª ed., Sugestões Literárias, São Paulo, 1978, pág. 109).

“Antes da vigência da Lei n. 9.503/97, evidentemente, a matéria relativa aos crimes de trânsito não tinha disciplina específica e as mortes ocorridas eram tipificadas no art. 121, § 3º, do Código Penal, com pena de detenção entre um e três anos, que não raramente acarretavam penas menores que geralmente eram substituídas por restritivas de direitos, conforme a previsão do art. 44 do Código Penal.

“Todavia, a falta de legislação específica sobre a matéria e punições diferenciadas daquelas previstas pela lei penal comum para os crimes de trânsito não podem ser utilizadas como argumentos válidos para que haja ampliação indevida do conceito de dolo eventual, com flagrante violação dos princípios do direito penal moderno, que repele a responsabilidade objetiva ou decorrente de presunção.

“A respeito da caracterização do dolo eventual em acidentes de trânsito, que particularmente entendo possível em algumas situações, não se pode deixar de transcrever recente artigo publicado pelo advogado gaúcho Alexandre Wunderlich:

‘Teorias são defendidas e sofrem críticas e aplausos ao mesmo tempo. Isto está na essência da pró-

pria dogmática jurídica. In casu, a legislação brasileira adotou a teoria do consentimento para caracterizar o dolo eventual.

‘Ocorre que, quer se queira ou não, o espírito de vindita ainda impera no coração da humanidade. Os familiares das vítimas do trânsito clamam por penas mais severas e o fim da denominada ‘impunidade’.

‘Em face disso, como já se disse no pórtico desse estudo, existe uma tendência que, partindo de uma equivocada ilação jurídico-penal, cria o mais gravoso enquadramento jurídico nos casos de morte no trânsito.

‘A tendência em se enquadrar os crimes de trânsito na figura do dolo eventual foi evidenciada pelo Juiz do TACrimSP Carlos Biasotti, que sabiamente se manifestou:

‘Em verdade, ainda que em números discretos, conhecem-se casos de motoristas que respondem a processo perante o Júri, por haver causado a morte de pedestres. Tê-la-iam causado por inobservância desmarcada de regras de trânsito, como: dirigir em estado de embriaguez, trafegar em velocidade incompatível com a segurança, desobedecer ao sinal fechado ou à parada obrigatória, disputar corrida por espírito de emulação etc. A essência da qualificação legal do crime, a acusação pública deduzira-a desta fórmula: o motorista que, naquelas condições dirigia seu veículo, se não quis a morte da vítima (dolo direto), ao menos assumiu o risco de produzi-la (dolo indireto eventual). Pelo que, havendo cometido o crime dolosamente, deverá ser julgado pelo seu juiz natural: o Júri. Tal conclusão, que parece acautelada por sólido fun-

damento, desapresenta, no entanto, quando submetida ao crisol do raciocínio lógico, documento de seriedade: afeta encerrar silogismo inabalável, todavia, é menos que uma operação fantástica do espírito, porque é um imprudente sofisma (vênia!). Primeiro que o mais, a afirmação de que o autor de morte no trânsito, naquelas circunstâncias, deve ser julgado pelo Júri, porque praticou o delito dolosamente, contém falsa premissa. Deveras, não foi dolo o que aí pudera ter existido, nem sequer dolo eventual, senão culpa (ainda consciente). No dolo eventual, de feito, a doutrina imprimiu sempre esta nota conspícua: não basta a caracterizá-lo tenha o agente assumido o risco de produzir o resultado lesivo; necessita que nela haja consentido. Vindo ao nosso ponto: motorista, de quem se afirmasse que obra com dolo eventual, cumpria a que, além de ter assumido o risco de causar a morte da vítima, com isso mesmo houvera concordado, o que repugna ao bom senso e afronta a lição da experiência vulgar’.

“Parece que diante da grande discussão sobre o tema, Lenio Streck segue o caminho da razão e dos novos paradigmas do Direito Penal moderno, registrando que a figura do ‘dolo eventual não deve ser utilizada como pedagogia ou remédio contra a violência no trânsito’. Nesse sentido, como disse Streck, o Direito não deve ser aplicado ‘hobbesianamente’ ou, como bem acentuou Bitencourt, o Direito Penal não serve como ‘panacéia de todos os males’.

‘(...)

‘Na realidade, num planeta extremamente motorizado, a expressão

empregada na legislação brasileira tornou-se inadequada. 'Assumir o risco' é pouco. Em sentido lato, para 'assumir o risco' basta sentar à direção de um veículo. É preciso mais do que isso, sob pena de darmos demasiada elasticidade ao conceito e, assim, punirmos não só o agente que age dolosamente, mas até o motorista que age culposamente, como se em todos os crimes de trânsito com resultado morte estivesse presente a figura do dolo eventual.

(...)

'Portanto, totalmente equivocada e divorciada dos novos paradigmas do Direito Penal moderno a tentativa de se levar os crimes de trânsito ao plenário do Júri e, com isso, aplicar a reprimenda mais gravosa. Não podemos permitir que seja dada demasiada elasticidade à ficção jurídica *dolus eventualis*, nem que tripudiem sobre a teoria geral do delito, para suprir uma legislação inadequada ou para atender os ditos reclamos sociais' (O dolo eventual nos homicídios de trânsito: uma tentativa frustrada, *Revista dos Tribunais*, vol. 754, págs. 470/475).

"Por isso, se antes da Lei n. 9.503/97 não havia punição mais eficaz e severa em relação aos crimes de trânsito, não se pode racionalmente transferir a questão para o campo do dolo eventual e, com base nisso, acolher a denúncia por crime doloso contra a vida onde efetivamente não existem elementos para tanto.

"No caso concreto, segundo restou apurado nos autos, o acusado veio até esta comarca onde ficou até por volta das 4 horas da madrugada do dia 17/9/95 defronte à boate Baturi-

té com alguns amigos, tendo ingerido, conforme confessou, duas cervejas.

"Depois disso, retornou com o seu automóvel pela avenida Atlântica, na companhia de dois rapazes conhecidos, e, segundo relatou em seu interrogatório, trafegava a uma velocidade aproximada de 50 km/h quando passou por alguns buracos e um quebra-molas, vindo a atingir na seqüência um vulto à sua frente.

"Apavorado com o acidente e observando que uma pessoa já parava para prestar auxílio à vítima, o acusado não retornou para socorrê-la, dirigindo-se para sua casa, entrando em contato com seu professor de faculdade na mesma noite, que o apresentou à autoridade policial no dia seguinte, após transmitir-lhe a informação de que a vítima estava gravemente ferida e seria transportada para outra cidade, onde veio a falecer em decorrência de traumatismo cranioencefálico.

"Em seu interrogatório, disse o acusado:

'que na noite dos fatos resolveu dar uma passada na Barra Sul e ficou nas imediações da boate Baturité com conhecidos; que tomou apenas duas cervejas; que entre quatro e cinco horas da madrugada saiu com o veículo Monza placa TE 2094, de Itajaí, com destino à sua residência; que trafegava pela avenida Atlântica em velocidade, segundo recorda, no máximo na faixa de 50 km/h, pelo lado esquerdo da pista, quando foi surpreendido com vários buracos na faixa do asfalto de sua mão de direção, bem como por um quebra-molas, tudo sem qualquer sinalização; que imediatamente após transpor os buracos e o quebra-molas deparou-se com um vulto à sua frente

e sobre a pista; que tentou dar uma guinada para a direita, para evitar o choque, mas não houve possibilidade, posto que a vítima já estava muito próxima do carro; que não viu o vulto cruzar a frente do carro, mas deparou-se com o mesmo no local do choque; que a vítima bateu na ponta esquerda dianteira do veículo, acreditando o interrogando que se não tivesse tentado desviar para a direita teria batido na vítima com a parte frontal do carro' (fls. 90v.).

"O acidente teve apenas uma testemunha presencial que, nas oportunidades em que foi inquirida, relatou os fatos com coerência, valendo transcrever:

'que a vítima olhou para a rua antes de atravessá-la; que viu o depoente que vinha um carro, mas vinha distante; que ficou o tempo todo ao lado do quiosque; que faltava um passo para chegar à calçada, eis que estava atravessando a Avenida Atlântica na faixa de segurança; que faltava um passo para chegar na calçada quando o carro a atropelou; que o carro jogou a vítima para cima e foi parar em cima da calçada, bem na esquina; que o carro vinha em alta velocidade, calculando o depoente 'uns 120 km/h', sendo que na lombada o carro voou; que depois que o carro voou é que bateu na vítima; que viu que era um carro bordô; que ninguém esperava porque a velocidade do carro era alta; que a noite estava clara e nada impedia a visão do motorista; que o acusado não parou seu veículo após atingir a vítima; que o carro do acusado continuou em alta velocidade após a colisão com a vítima; que o carro veio reto e não fez nenhuma manobra no sentido de evitar o atropelamento' (fls. 126v.).

"Embora o relato seja indicativo de que o acusado realmente empregava velocidade superior ao local, não se pode desconsiderar que essa testemunha ficou bastante nervosa com a situação — o que é referido por outros testigos ouvidos em Juízo — e facilmente influenciável pela comoção causada com a morte da vítima, circunstâncias perfeitamente compreensíveis.

"Aliás, sobre a questão dos depoimentos em acidentes de trânsito, vale transcrever Otto e Quintero Olivares:

'Na caracterização do dolo eventual em acidente de trânsito que deu causa a homicídio, já que não se pode ingressar no complexo processo psicológico do agente, será necessário que se realize um exaustivo exame da moldura fático-probatória do contexto dos autos. Encontramos aqui certa dificuldade. Mais das vezes, a questão probatória é complicada, em face dos depoimentos de vítimas e testemunhas. Nós, seres humanos, carregamos uma virtual vulnerabilidade à hipérbole da emocionalidade, sempre presente em acontecimentos traumáticos, e, além disso, trazemos, cada um de nós, uma diversa introjecção e análise subjetiva dos fatos. Isto, acumulado à pressão realizada pela mídia, poderá, in these, acarretar até o 'linchamento moral' do agente que escapou ao 'linchamento físico'. O julgador deve sopesar os elementos probatórios de forma serena, o clamor social não está acima da lei. Aliás, o grande tratadista da prova, Mittermayer, lecionando sobre a devida prudência que o magistrado deve ter para apreciar a prova testemunhal, refere que, para se dar credibilidade ao de-

poente, este deve 'mostrar-se firme, verídico e surdo a todas as influências exteriores' (C. J. A. Mittermayer. Tratado da prova em matéria criminal, 3ª ed., Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917, pág. 422, apud RT 754/464).

"Nesse contexto, estar-se-ia diante do dolo eventual, vale dizer, o acusado, ao trafegar em alta velocidade por uma das ruas dessa comarca, às 5 horas da madrugada, teria consentido previamente em matar alguém? Ou ele levemente confiou que, mesmo em alta velocidade e não observando a faixa de pedestres, poderia controlar o veículo se fosse necessário ou desviar de alguém que, como a vítima, estava atravessando a avenida?

"Evidentemente não agiu dolosamente; evidentemente não tinha previamente aprovado a idéia ou consentido em matar alguém que por ventura viesse a cruzar-lhe a frente do automóvel, que conduzia seguramente em velocidade incompatível, senão aquela apontada pela testemunha Paulo Pedro, pelo menos o suficiente para não visualizar a vítima ou lograr desviar de seu corpo.

"Ora, ainda que se tenha presente que o acusado dirigia em velocidade incompatível para o local e as condições da pista, que não desconhecia certamente, e que veio a atropelar a vítima quando esta cruzava sobre a faixa de pedestres, não se pode conceber, sequer em tese, que tenha consentido no resultado, que tenha aceitado ou aquiescido com sua ocorrência, que tenha agido por egoísmo e não por leviandade, na convicção de que poderia evitar algum acidente,

embora trafegasse em desacordo com as regras básicas do trânsito.

"Segundo restou provado nos autos, o acusado à época dos fatos era estudante universitário, atualmente advogado e com família constituída, e não registrava nenhum outro envolvimento com outros crimes de trânsito, sendo que várias testemunhas, algumas com laços de parentesco e amizade, mas nem por isso suspeitas ou mentirosas, disseram que se tratava de pessoa comedida e responsável, inclusive ao volante.

"Não vislumbro, nesse contexto, a presença do dolo eventual, elemento indispensável para a afirmação da competência do Tribunal do Júri.

"Não fossem tais argumentos, que me parecem fundamentais para o exame do elemento subjetivo, tem-se ainda que houve a produção, unilateral é verdade, de uma prova que indica que a visão do motorista e de pedestres que trafegam pela Avenida Atlântica é dificultada por árvores colocadas em sua extensão e que a velocidade desenvolvida pelo automóvel do acusado não seria aquela indicada pela testemunha presencial, mas um pouco superior à permitida para o local segundo os regulamentos oficiais.

"Essa prova, cuja juntada a defesa somente requereu em alegações finais, quando fora produzida com bastante antecedência, não pode ser totalmente desprezada ou ignorada, até porque o magistrado forma livremente sua convicção, nos termos do art. 157 do Código de Processo Penal.

"Enfim, não se tem elementos mínimos que viabilizem a acusação por dolo eventual, sendo inarredável a

desclassificação do crime para a modalidade culposa" (fls. 337/353).

Acrescente-se ao que foi dito pelo Julgador de Primeiro Grau, que, *mutatis mutandis*, este Tribunal já decidiu:

"Sentença de pronúncia — Acidente de trânsito — Conseqüências dantescas e traumatizantes — Quatro homicídios e duas lesões corporais graves — Dolo eventual, entretanto, não caracterizado — Desclassificação dos crimes para a modalidade culposa.

"É muito raro, em tema de acidente de trânsito, que o agente assuma, conscientemente, o risco de produzir o resultado, dada a instantaneidade com que, comumente, ocorre um sinistro de circulação, quase sempre, isto sim, marcado pela conduta imprudente, negligente ou imperita.

"O dolo eventual somente se caracteriza quando o agente, prevenido concretamente um evento danoso, permite e aceita que ele aconteça, concorda com o resultado. Tal previsão não pode ser vaga, imprecisa e futura, mas sim, definitiva, determinada e concreta.

"Quem, alcoolizado, dirige um veículo em excesso de velocidade,

evidentemente está assumindo o risco de matar, ferir e até morrer, mas somente ante o fato concreto, presente no seu espírito, é que na dogmática do Código Penal será possível que o agente concorde e adira ao resultado, mormente quando tem a possibilidade de desistir da ação. Sem essa representação do evento danoso, a ilicitude da conduta poderá raiar os umbrais da culpa consciente, sem penetrar, contudo, nos escaninhos sutis do dolo eventual" (Rec. Crim. n. 8.492, de Biguaçu, rel. Des. Ernani Ribeiro, julgado em 21/4/88).

Por tais fundamentos, por maioria de votos, nega-se provimento ao recurso, vencido o Des. Genésio Nolli, que o acolhia, para pronunciar o réu como autor de homicídio simples.

Participaram do julgamento os Exmos. Des. Genésio Nolli e Souza Varella, lavrando parecer, pela Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Procurador Demétrio Constantino Serrattine.

Florianópolis, 25 de maio de 1999.

Amaral e Silva,
Presidente;
Paulo Gallotti,
Relator.

APELAÇÕES CRIMINAIS

APELAÇÃO CRIMINAL N. 97.010573-8, DE LAGUNA

Relator: Des. Alberto Costa

Apelação criminal. Tráfico de drogas. Recurso defensivo. Preliminares de nulidade do processo: a) porque o julgamento foi efetuado sem a oitiva de testemunha de defesa; b) pela falta de intimação da expedição de carta precatória à inquirição de testemunhas; e, c) por ser o auto de prisão em flagrante nulo, pois o delegado que presidiu sua lavratura participou das diligências e prestou depoimento como condutor. No mérito, acoima ser frágil a prova ameaçada, pois embasada nos testemunhos dos policiais que efetuaram a prisão e por não terem sido ouvidas outras pessoas que se encontravam no local. Alternativamente, pugna pela desclassificação do delito para o previsto no artigo 16 da Lei de Tóxicos. Alegações improcedentes. A expedição de carta precatória para a oitiva de testemunha de defesa não suspende a instrução criminal e, findo o prazo nela determinado, o julgamento poderá ser realizado. Inteligência do artigo 222 e seus §§ 1º e 2º do Código de Processo Penal. Da expedição de carta precatória para a inquirição de testemunhas, basta apenas a intimação do defensor. As nulidades ocorridas no auto de prisão em flagrante não se estendem à ação penal, com denúncia recebida, e tampouco foram suscitadas as aventadas nulidades in opportune tempore, ou seja, tanto na defesa prévia quanto em alegações finais. Mérito: Droga apreendida com o réu, colocada dentro de uma bolsa tipo pochete, a qual trazia pendurada

em sua cintura, e era destinada, a toda evidência, ao comércio. Depoimentos prestados pelos policiais que realizaram a diligência harmônicos e coerentes entre si, cujo valor probatório só pode ser desmerecido se suspeitos ou eivados de má-fé. Testemunhos de outras pessoas que se encontravam no local do delito requerido pela defesa. Desclassificação para uso próprio inadmissível, pois a condição de usuário, se ocorrente, não impede a de traficante. Preliminares rejeitadas. Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 97.010573-8, da comarca de Laguna (2ª Vara), em que é apelante Wellington Marcelo de Oliveira, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, rejeitadas as preliminares, conhecer do recurso, mas negar-lhe provimento.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Laguna, 2ª Vara, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Wellington Marcelo de Oliveira, dando-o como incurso nas sanções do artigo 12 da Lei n. 6.368/76, porque, segundo narra a exordial acusatória: "(...) em razão de informações obtidas de que o ora denunciado Wellington Marcelo de Oliveira estaria a comercializar material tóxico em uma barraca instalada no bairro Mar Grosso, nesta cidade, conhecida como 'Bar do Capeta', o senhor Delegado de Polícia, doutor Aníbal Jeremias, com outros policiais civis, passaram a realizar investigações.

"Assim foi que no dia 8 do corrente mês, por volta das 2 horas, dirigiram-se até o conhecido 'Bar do Capeta' e lá permaneceram a observar o

denunciado Wellington, oportunidade em que constataram, os policiais, que estava ocorrendo mercancia de drogas, ou seja, o denunciado com o artifício da venda de uma bebida denominada 'capeta', entregava pelo preço de R\$ 10,00 (dez reais) um copo da tal bebida e uma 'paranga' de cocaína.

"Ao se certificarem da traficância, os policiais abordaram o denunciado Wellington, quando então encontraram em seu poder, mais especificamente em uma bolsa, tipo pochete, que usava na cintura, 41 (quarenta e uma) 'parangas' de cocaína, devidamente acondicionadas em saquinhos plásticos lacrados com durex e fita crepe e, no interior da barraca, uma pequena 'paranga' de maconha, acondicionada em saco plástico, uma ponta de cigarro de maconha, um recipiente de lança-perfume vazio e a importância de R\$ 410,00 (quatrocentos e dez reais), em moeda nacional.

"Conforme é sabido a cannabis sativa e a cocaína são substâncias capazes de causar dependência física e/ou psíquica"(fls. 2/3).

Concluída a instrução criminal, o Dr. Juiz sentenciou, condenando o acusado Wellington Marcelo de Oliveira às penas de 3 (três) anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, à

razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, por infração ao disposto no artigo 12 da Lei n. 6.368/76.

Inconformado, o acusado apelou objetivando a absolvição, alegando, preliminarmente, a nulidade do processo, a partir da sentença, pois houve o julgamento do feito sem a oitiva de um testigo arrolado pela defesa, e, ainda, que ocorreu a falta de intimação da expedição da carta precatória para inquirição de testemunhas. Arremata, aduzindo que o auto de prisão em flagrante é nulo e, conseqüentemente, os atos posteriores, pois o delegado de polícia, que presidiu a lavratura daquele, participou das diligências de prisão do acusado, depondo como condutor no flagrante.

No mérito, afirma que as provas amealhadas são insuficientes para a prolação de um decreto condenatório, eis que baseadas exclusivamente no depoimento dos policiais que efetuaram sua prisão, e, tampouco, não foram tomadas as declarações das pessoas que trabalhavam em seu estabelecimento no momento do flagrante, e daquelas que estariam comprando drogas no local.

Alternativamente, requer a desclassificação do delito para o artigo 16 da Lei n. 6.368/76, em razão de ser usuário de drogas.

Oferecidas as contra-razões, os autos ascenderam a esta Superior Instância, opinando a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pela Dra. Walkyria Ruicir Danielski, pelo desprovimento do recurso.

A defesa, inicialmente, argüi a nulidade do processo crime, em face

dos vícios intrínsecos e extrínsecos havidos na lavratura do auto de prisão em flagrante do apelante, pois o delegado de polícia que presidiu aquele ato participou das diligências, servindo como condutor.

No tocante a essa matéria, assim se pronuncia a jurisprudência: a) — “Preso o infrator pela autoridade que o surpreendeu quando violava a lei penal, poderá funcionar aquela no auto como condutor e presidir a sua lavratura” (RT 480/337); b) — “À evidência, não poderá a autoridade cumular as posições de testemunha e presidente do auto de flagrante” (JTACRIMSP 63/242); e, c) — “Nulo é o auto de flagrante presidido e lavrado pelo próprio condutor, que ouviu a si próprio”.

Na verdade, in casu, ocorreu a última hipótese, mas nem por isso poder-se-á dar razão ao apelante anulando-se a ação penal contra ele instaurada, justamente por ser pacífico o entendimento da jurisprudência pátria, inclusive deste egrégio Tribunal, de que o recebimento da denúncia supre qualquer irregularidade ou eventual nulidade do auto flagrantial, ou do inquérito, a qual, porventura existente, não se espalha na ação penal.

No caso dos presentes autos, o auto de prisão em flagrante foi devidamente homologado e subscrito por 2 (dois) advogados, que com ele concordaram, inclusive o atual defensor do réu. De outra feita, tanto o delegado de polícia, como os dois policiais que serviram no flagrante, aquele como condutor e estes como testemunhas, reprisaram em Juízo, sem sofrerem qualquer tipo de contradita, tudo o que afirmaram no flagrante. Essa pro-

va, a judicial, foi outra prova, diversa da tomada no auto flagrancial, não podendo agora a ação penal ser invalidada apenas porque na fase policial desatendeu-se determinada formalidade legal, sem reflexo, registre-se, no andamento do processo crime, impendendo acrescentar que nenhum prejuízo o descumprimento de preceito legal trouxe ao apelante, o qual, na polícia perante advogados e ao depois em Juízo, igualmente com a assistência de advogado, negou a imputação que lhe foi feita.

Na verdade, aplicável na hipótese vertente o princípio *pás de nullité sans grief*, pois o procedimento da Lei de Tóxicos, especial, não sendo daqueles que se inicia por auto de prisão em flagrante, e logo, tendo sido a denúncia formalmente recebida, as eventuais nulidades do auto flagrancial não se estendem à ação penal, nem o apelante suscitou as aventadas nulidades in opportuno tempore, na defesa prévia, quando pela primeira vez pronunciou-se nos autos, ou nas alegações finais.

Por esses motivos, rejeita-se a primeira prefacial de nulidade suscitada.

No que pertine à segunda preliminar de nulidade invocada no apelo, visando a nulificação do processo, a partir da sentença, inclusive, por cerceamento de defesa decorrente, primeiro em virtude do feito ter sido julgado sem a inquirição de uma testemunha de defesa, e, segundo, pela ausência de intimação da expedição de carta precatória para a oitiva de testemunhas, arroladas pelo réu, sem razão, novamente, o douto advogado.

É que, na hipótese sub judice, o douto Magistrado a quo deu exemplar cumprimento ao disposto no artigo 222, e seus §§ 1º e 2º, do Código de Processo Penal, eis que, conforme ressoa dos referidos dispositivos legais, a expedição de carta precatória não suspenderá a instrução criminal e, findo o prazo nela marcado, o julgamento poderá ser realizado, determinando, no entanto, que, uma vez devolvida, a precatória será juntada aos autos, o que ocorreu no caso em tela, fato acontecido a fls. 177/179.

Demais disto, não se desconhece, porque de tranqüilo consenso na doutrina e jurisprudência, que da expedição de carta precatória para a inquirição de testemunha basta apenas a intimação do defensor. E, no caso sub examen, consoante consta a fls. 72v., o defensor do apelante foi devidamente intimado da expedição das cartas precatórias endereçadas às comarcas de Tubarão e Florianópolis.

Nessa conformidade, por despicinda a segunda prefacial de nulidade do processo, rejeita-se-a.

Quanto ao mérito, improcedem o pleito absolutório e a pretensão alternativa de desclassificação do delito, pois o ilustre doutor Juiz de Direito sentenciante deu ao processo a solução adequada.

Com efeito, anotou o doutor Juiz a quo na sentença guerreada:

“No mérito, vê-se que a materialidade do delito encontra-se comprovada às fls. 20 e fls. 35/43 e ainda fls. 62/66.

“A autoria negada pelo acusado que argumenta que a pochete onde foi encontrada a droga era de proprieda-

de de uma terceira pessoa que pediu para guardá-la. Alega, ainda, que eram de sua propriedade os dois cigarros de maconha e que havia achado o vidro de lança-perfume vazio.

“Da prova colhida temos o depoimento dos policiais que efetuaram a prisão do acusado, que nos dão a certeza da prática do delito, senão vejamos:

“Diz a testemunha Aníbal Jeremias (fls. 77v.), ‘...que dirigiu-se até o local acompanhado dos policiais Nilton e Leandro, quando viu o acusado vender drogas por duas vezes; que o primeiro a adquirir a droga chegou até o muro lateral do bar, falou alguma coisa com o acusado e lhe entregou dez reais; que o acusado deu dois passos para o fundo do bar, meio que se agachou, retornou e entregou alguma coisa ao cliente; que na primeira vez o depoente não viu onde o acusado tirou a droga; que na segunda vez o acusado procedeu da mesma forma só que não dissimulou, abriu a pochete pegou a droga e entregou ao cliente...’.

“Tal testemunho é confirmado pelos policiais José Nilton Leandro e Nildo Ulysséa Júnior (fls. 76/77), os quais acompanharam o delegado Aníbal quando do cumprimento da diligência.

“Além disso, segundo termo de apreensão de fls. 20, na pochete estavam os documentos pessoais do acusado, além, é claro, da cocaína e maconha. Assim, pergunta-se, se a pochete não era de propriedade do acusado, porque seus documentos pessoais estavam dentro da mesma.

“Ademais, declarou a testemunha de defesa (Rosane Goulart Bratti,

fls. 88/90), que no depósito tinha local, inclusive pregos, onde os objetos eram guardados, só que algumas vezes eram guardados embaixo do balcão.

“Portanto, se tal pochete não lhe pertencia, deveria ela estar guardada no local apropriado, e não na cintura do acusado, que não tinha motivo para portá-la.

“Assim, cai por terra a alegação da defesa de que a pochete não pertencia ao acusado, primeiro porque os policiais viram ele vendendo a droga que estava dentro da mesma; segundo porque seus documentos pessoais estavam dentro dela, e terceiro porque havia no estabelecimento local próprio para guardar os objetos deixados por clientes” (fls. 119/120).

Quanto ao argumento defensivo no sentido de que a prova recolhida nos autos e emanada dos policiais que realizaram a detenção do apelante seria inválida, dada a incoerência entre os depoimentos deles, atada ao fato de que ao flagrante deveriam ter sido trazidos os depoimentos de pessoas que se encontravam dentro do bar do “capeta”, carece de qualquer sustentação. Em primeiro lugar, porque os depoimentos dos policiais não possuem dissonância alguma, e, segundo, porque a própria defesa careceu para os autos o testemunho de pessoas que estavam no interior do bar, cujos respectivos depoimentos, no entanto, em nada socorreram ao propósito absolutório buscado pela defesa.

Os depoimentos de policiais, como é deedição conhecimento, têm o valor probatório, igual ao de qualquer outra testemunha, só podendo

ser desmerecidos se suspeitos ou evitados de má-fé, o que não é o caso dos presentes autos.

O apelante declarou em Juízo que a maconha encontrada em seu poder lhe pertencia, para uso próprio. Afirmou, ainda, ser viciado no uso da droga, mas não se reportou em que grau. Por isso o doutor Juiz de Direito sentenciante, a toda evidência, deixou de determinar a realização do exame de dependência toxicológica, este, por sinal, em momento algum pedido pela defesa.

Quanto à cocaína apreendida na tal pochete, evidentemente que pertencia ao apelante e se destinava ao comércio.

Por isso, justa a condenação ditada pelo Togado, que não merece nenhum reparo.

Nessas condições, rejeitadas as preliminares, conhece-se do recurso, mas nega-se-lhe provimento.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Álvaro Wandelli e Jorge Mussi. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, a Exma. Sra. Dra. Walkyria Ruicir Danielski.

Florianópolis, 14 de abril de 1998.

José Roberge,
Presidente;
Alberto Costa,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 97.010667-0, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

Relator: Des. Alberto Costa

Acidente de trânsito — Homicídio simples — Réu que dirige seu veículo em pista asfáltica de perímetro urbano, em velocidade excessiva e em estado de embriaguez — Presença de outros veículos na pista no mesmo e em sentido contrário de direção — Dolo eventual caracterizado — Decisão dos jurados que não contraria a prova dos autos, eis que respaldada no conjunto probatório amealhado, inclusive numa das versões dos fatos apresentadas pelo próprio réu — Apelação improvida.

— A decisão do Conselho de Sentença, respaldada na prova dos autos, inclusive numa das versões apresentada pelo próprio acusado, não pode ser acoimada de ter sido tomada completamente ao arrepio da lei, pois, na verdade, o réu dirigia seu veículo, no momento do acidente, sob a influência de bebida alcoólica e em velocidade excessiva, incondizente para as condições do local e do momento, eis que trafegava em perímetro urbano. Em assim agindo, indiscutível-

mente, assumiu o risco de produzir o evento danoso, quedando indicada, conseqüentemente, a existência de dolo eventual, já que não ignorava a presença de veículos transitando no mesmo sentido e no sentido contrário ao do seu.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 97.010667-0, da comarca de Balneário Camboriú (Vara Criminal), em que é apelante Santinho Pereira, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, dar provimento parcial ao recurso, apenas para afastar da condenação a agravante legal prevista no artigo 61, inciso II, letra I, do Código Penal.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Balneário Camboriú, Vara Criminal, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Santinho Pereira, dando-o como incurso nas sanções do artigo 121, § 2º, inciso II, do Código Penal, porque, conforme se depreende da exordial acusatória: "(...) no dia 7 de dezembro de 1996, por volta das 23h30min, o denunciado, em visível estado de embriaguez, trafegava pela Av. Santa Catarina, município de Camboriú, nesta comarca, com o veículo Camionete GM/A20 Custom, placa LXI 7150, cor vermelha, de sua propriedade, no sentido Camboriú/Baln. Camboriú.

"Em sentido contrário, a vítima Celso Silva pilotava a motocicleta Honda/CG 125 Titan, ano 1996, placa LXQ 4153, que encontrava-se em nome de Pedro Bernardes.

"Na altura do Clube Imperial, situado na Av. Santa Catarina, o denun-

ciado, em velocidade não compatível com o local, embriagado, deu início à ultrapassagem de um outro veículo que seguia em sua mão de direção.

"Diante do ataque inopinado praticado pelo denunciado, a vítima não pode esboçar qualquer defesa, haja vista que também não tinha razões para esperá-lo.

"Celso, com apenas vinte e dois anos de idade, em razão do violento e brutal acidente, veio a falecer no local, conforme demonstram as fotografias de fls., sendo vítima de inúmeras lesões, tendo como causa de sua morte traumatismo crânioencefálico (auto de exame cadavérico de fls.13).

"Ao final, conclui-se que o denunciado, com sua conduta irresponsável, assumiu voluntariamente o risco de matar Celso, obtendo total êxito" (fls.2/3).

Concluída a instrução criminal, o Dr. Juiz sentenciou, pronunciando o acusado Santinho Pereira nas sanções do artigo 121, caput, do Código Penal.

Submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri da comarca de Balneário Camboriú, restou o acusado condenado à pena de 7 (sete) anos de reclusão, em regime semi-aberto, por infringir o disposto no artigo 121, caput, do Código Penal.

Irresignado, o acusado apelou com fulcro no artigo 593, inciso I, do Código de Processo Penal, objetivando a anulação do julgamento, sob a

alegação de ter sido a decisão dos jurados contrária à prova dos autos, eis que deveria ter sido reconhecida em seu favor a tese do homicídio culposo, haja vista que, ao realizar a manobra de ultrapassagem, vindo a colidir sua camionete com a motocicleta da vítima, atingindo-a mortalmente, obrou na forma de imprudência, e não com dolo eventual.

Arremata, por derradeiro, que a pena deveria ter sido fixada em seu mínimo legal, em virtude de encontrar-se preso há quase um ano.

Oferecidas as contra-razões, os autos ascenderam a esta Superior Instância, opinando a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Sidney Barreiros, pelo provimento do recurso, a fim de ser aplicada, na 2ª fase da dosimetria da pena, primeiramente, a agravante da embriaguez, prevista no artigo 61, inciso II, letra I, do Código Penal, e, após, a atenuante da confissão espontânea.

O recurso defensivo, na parte em que pretende a anulação do julgamento do Tribunal do Júri, por ter sido a decisão deste manifestamente contrária à prova dos autos, imerece prosperar.

Na verdade, conforme muito bem anotado pela doutora Margaret Gayer Gubert, Promotora de Justiça da comarca de Balneário Camboriú, nas contra-razões recursais, que passam a integrar esta assentada de julgamento, *in verbis*:

“A prova carreada aos autos e exposta aos jurados foi no sentido de que o apelante agiu com dolo eventual, uma vez que, não querendo provocar ferimentos em qualquer pessoa, nem

mesmo na própria vítima, assumiu o risco de fazê-los através de um acidente de trânsito, porque, na ocasião, dirigia embriagado, em alta velocidade. Nestas condições, percebia que podia causar o resultado e, não obstante, não desistiu de sua conduta.

‘Quem se arroja, embriagado, numa rodovia federal de grande circulação, dentro do perímetro urbano, à noite, fazendo ziguezague, trafegando ora na pista, ora no acostamento, não pode fugir à responsabilidade de responder pelo resultado morte que causar, senão a título de dolo direto, mas, ao menos, a título de dolo indireto, eventual’ (TJSC — Rec. Criminal n. 96.010284-1, Rio Negrinho, Ac. Unân. — 2ª Câm. Crim. — rel. Des. José Roberge).

“Não se pode negar que o apelante, com sua ação desatinada, assumiu o risco de produzir danos, pois trafegar por uma rodovia de grande movimento, em perímetro urbano, embriagado e em alta velocidade, é efetivamente se arriscar conscientemente a produzir um resultado lesivo, o que possui o mesmo efeito que querê-lo. Mesmo que não pretendesse ceifar a vida da vítima, não se pode duvidar que agiu, consciente e decisivamente, para a consumação do delito, ou seja, assumiu o risco que poderia advir de seu reprovável comportamento.

“A prova dos autos dá amparo mais do que suficiente para chegar-se a tal convicção, o que levou, certamente, os Senhores Jurados a optarem por tal decisão, respondendo energicamente à conduta desajustada do apelante” (fls. 163).

De fato, a decisão dos jurados não contrariou frontalmente a prova

dos autos, e isto porque fundamentou-se em uma das versões fornecidas pelo próprio apelante, a do interrogatório judicial, oportunidade em que declarou ter tomado 2 (duas) cervejas em casa e com a família naquela noite.

Segundo essa versão, o acusado conduzia sua camionete GM/A20, Custom S, numa velocidade de 70 (setenta) a 80 (oitenta) km/horários, com o tempo bom e boa visibilidade. Tentou ultrapassar um automóvel Chevette que seguia à frente do seu veículo, quando viu a motocicleta da vítima trafegando em sentido contrário. Divisou a moto a uma distância de 50 (cinquenta) metros. Viu que não dava para ultrapassar e retornou a sua pista de rolamento, dando-se a colisão na pista dele e não na pista contrária (fls. 55v.).

Referida versão do apelante não encontra suporte na prova pericial acostada aos autos, assim como na testemunhal emanada dos policiais civis e militar que depuseram na instrução do processo e no Plenário do Júri, os quais, não obstante afirmem não terem presenciado o infaustoso acidente, todavia no local acorreram imediatamente, concluindo, em face das condições com as quais se defrontaram, ter o acusado sido o causador do acidente, haja vista conduzir o veículo embriagado e em velocidade totalmente incompatível com as condições do local e do momento.

Ademais, a prova técnica e a testemunhal coletada discrepa totalmente da afirmação do réu no sentido de que o acidente dera-se na sua mão de direção, pois, antes pelo contrário, o terrível sucesso ocorreu na contra-

mão de direção dele e na correta mão de direção da vítima.

De outra parte, impende enfatizar desvestir-se de qualquer cunho probatório as declarações da testemunha de defesa Salu Luiz da Silva, na diretiva de que vira um Chevette branco sendo conduzido pelo acostamento e entrado na pista, obrigando o acusado a desviar-se. Primeiro, porque a testemunha parece querer descrever a cena delituosa melhor que o apelante, que nada se reportou ao Chevette ter entrado abruptamente na pista, obrigando-o a desviar seu veículo. Segundo, porque a própria testemunha disse expressamente não poder afirmar se o acusado efetuou ou não a ultrapassagem, eis que ela, testemunha, vinha por uma rua que e (sic) não tinha visão, querendo com isso efetivamente dizer que não tinha boa visão da ocorrência.

Na realidade, a prova autuada conspira contra o apelante, aliada à circunstância de ele haver fornecido duas versões para o mesmo fato.

A primeira versão, externada no auto flagrantial, perante advogado, quando confessou a prática do delito (fls. 8) reprisada no interrogatório judicial (fls. 55/v.). A única discrepância nessa versão é referente à velocidade imposta à camionete. Na polícia 60 (sessenta) km/horários. Em Juízo, na fase instrutória, 70 (setenta) a 80 (oitenta) km/horários.

A segunda versão, oferecida no Plenário do Júri, por meio da qual estimou a velocidade entre 60 (sessenta) a 70 (setenta) km/horários, e engendrou a presença de uma elevação na pista obliterante de sua visão, tendo sido surpreendido com a presença do

Chevette na pista, obrigando-o a sair de sua mão de direção e logo em seguida retornando a ela, surpreendido novamente, agora pela presença da vítima em sua moto na mão de direção dele, dando-se a colisão imediatamente.

Essa versão não foi acolhida pelos senhores jurados, a toda evidência por não encontrar respaldo no contexto probatório.

De mais a mais, não se pode acoimar de decisão do Conselho de Sentença como tomada completamente ao arpejo da lei, quando ela encontra suporte na prova dos autos, e numa das versões apresentadas pelo próprio acusado, pois, na verdade, dirigia ele seu veículo, no momento do acidente, sob a influência de bebida alcoólica, em velocidade excessiva, incondizente para as condições do local e do momento, eis que trafegava em perímetro urbano, e, em assim agindo, indiscutivelmente, assumiu o risco de produzir o evento danoso, quedando indicado, conseqüentemente, a existência de dolo eventual, já que não ignorava a presença de veículos transitando no mesmo sentido e no sentido contrário ao do seu.

O Tribunal do Júri, optando por uma das versões constantes dos autos, nada mais fez do que exercer a sua soberania, consagrada na Constituição Federal.

Bem por isso, e tocante a este tema, colhe-se da doutrina e da jurisprudência pátrias o seguinte ensinamento:

“Ao Júri é assegurado o privilégio de escolher, na prova feita, aquilo a que quer dispensar consideração, desprezando o mais; tão-somente

quando o veredicto do Tribunal leigo é arbitrário, porque se dissocia integralmente da prova dos autos, isto é, não há qualquer elemento de prova que ampare, que apoie a solução adotada, surge a possibilidade de, repelindo o arbítrio, entrar o Tribunal de Recurso no mérito” (Eduardo E. Filho, Código de Processo Penal Anotado, vol. 5, pág. 434).

“A decisão dos jurados pode ter-se apoiado em prova suspeita, ou fraca, sem, no entanto, contrariar manifestamente a prova dos autos” (RTJ 44/748).

Como se vê, a decisão do Tribunal Popular, no caso sub judice, não contrariou frontalmente a prova dos autos, razão pela qual o recurso defensivo, na parte em que pretende anulação do julgamento, improcede.

Por outro vértice, a defesa não tem razão quando se insurge contra a fixação da pena-base acima do quantum mínimo abstratamente cominada ao delito de homicídio simples. É que, ao contrário do que entende a ilustre defesa, a pena-base foi fixada em 7 (sete) anos de reclusão, 1 (um) ano acima do mínimo legal, por não serem favoráveis ao apelante o conjunto dos elementos do artigo 59 do Código Penal, principalmente considerando a sua intensa culpabilidade, os seus maus antecedentes, sua má conduta social e personalidade deformada.

Sem embargo disso, a reprimenda deve ser devidamente adequada, reduzindo-se-a a sua justa proporção, uma vez que, embora reconhecida pelo Júri, inaplicável ao caso a agravante inscrita no artigo 61, II, letra I, do Código Penal (embriaguez preordenada), pois nenhuma prova existe

nos autos no sentido de que o apelante tenha cometido o crime depois de ter, propositadamente, se embriagado para praticá-lo. No caso, a embriaguez do apelante apresenta-se com os contornos de não acidental, mas voluntária, não excludente da imputabilidade penal.

Destarte, afastando-se da segunda fase da dosimetria da pena o aumento de 6 (seis) meses decorrente da aplicação da circunstância da agravante legal acima referida, a pena que o apelante deverá cumprir fica fixada definitivamente em 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Ante o exposto, decidiu a Câmara, à unanimidade, dar provimento

parcial ao recurso, apenas para afastar da condenação a agravante legal prevista no artigo 61, inciso II, letra I, do Código Penal.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Álvaro Wandelli e Jorge Mussi. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Sidney Bandarra Barreiros.

Florianópolis, 12 de maio de 1998.

José Roberge,
Presidente;
Alberto Costa,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 97.011155-0, DE RIO NEGRINHO

Relator: Des. Alberto Costa

Crime contra os costumes. Atentado violento ao pudor praticado por pai contra filhas menores de idade. Condenação. Recurso defensivo objetivando a absolvição ao enfoque de a) — não possuir discernimento acerca do crime praticado e da reprovabilidade penal de sua conduta, em face do seu baixo nível cultural; b) — dever ser aplicado ao caso a norma mais favorável, mas benigna, a estampada no parágrafo único do artigo 214 do Código Penal, acrescido pelo artigo 263, item 5, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA); e, c) — o aumento decorrente da continuidade delitiva deveria ter sido fixado no mínimo previsto, de 1/6 (um sexto) e não de 1/4 (um quarto). Argumentos defensivos improcedentes. Autoria confessada pelo réu, que declarou conhecer o caráter ilícito dos fatos por ele praticados. Inaplicabilidade do preceituado no parágrafo único do artigo 214 do Código Penal, acrescentado pela Lei n. 8.069/90 (ECA), em virtude de ter sido expressamente revogado pelos artigos 6º e 9º da Lei n. 8.072/90 e artigo 1º da Lei n. 9.281/96. Réu que manteve por reiteradas vezes atos libidinosos diversos da conjunção car-

nal com cada uma de suas 3 (três) filhas menores. Aumento de 1/4 (uma quarta) parte aplicado com muita benevolência. Causa especial de aumento inscrita no artigo 226, inciso III, do Código Penal, de aplicação indevida à hipótese vertente, à vista de o apelante ser pai das ofendidas e não poder reparar o mal pelo casamento. Precedentes jurisprudenciais. Afastamento da majorante especial na fixação da pena. Reprimenda reduzida. Recurso parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 97.011155-0, da comarca de Rio Negrinho, em que é apelante Aroldo de Oliveira, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, dar provimento parcial ao recurso, apenas para reduzir a reprimenda, mantidas as demais cominações da sentença recorrida.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Rio Negrinho, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Aroldo de Oliveira, dando-o como incurso nas sanções do artigo 214, caput, c/c os artigos 224, letra a, 225, § 1º, inciso II, 226, incisos II e III, e 71, caput, todos do Código Penal, porque, segundo narra a exordial acusatória: "O acusado Aroldo de Oliveira é pai das meninas R. de O., de 13 anos (3/10/82), A. O., de 12 anos (1º/8/83), e A. O., 9 anos (1º/3/86), e do menino, A. O., de 6 anos, e residia com eles e a mulher, J. de O. (...).

"Através de 'denúncia' chegada ao Conselho Tutelar desta cidade, no dia 5/9/95, foi realizada investigação pela autoridade policial, sendo constatado que o acusado vinha abusando sexualmente das filhas, há cerca de

um ano, praticando com elas atos libidinosos diversos da conjunção carnal, notadamente em acariciar-lhes os 'peitos', beijando-os e apertando-os, e ainda, passando a mão nas vaginas delas. Também costumava 'esfregar' o pênis entre as pernas das meninas até atingir o orgasmo. Em ocasiões diferentes, ele masturbou-se sobre as pernas das filhas R. e A., dizendo que assim o fazia porque não conseguia satisfazer-se sexualmente com sua mulher, com a qual, aliás, mantinha relações sexuais diante dos filhos, pois todos dormiam no mesmo quarto e na mesma cama.

"A mulher, J. de O., sabendo tratar-se o acusado de pessoa violenta e agressiva, e mesmo conhecendo os fatos e tendo presenciado, em algumas vezes, os atos que ele praticava com as filhas, não comunicou à autoridade policial porque, se assim o fizesse, ele prometeu de matá-la quando saísse da cadeia, onde, aliás, encontra-se preso preventivamente" (fls. 2).

Concluída a instrução criminal, a Dra. Juíza sentenciou, condenando Aroldo de Oliveira à pena de 9 (nove) anos, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime fechado, por infração ao disposto nos artigos 214, caput, c/c os artigos 224, letra a,

226, incisos II e III, e 71, todos do Código Penal.

Inconformado, o acusado apelou objetivando a redução da reprimenda, alegando, em síntese, que: a) não possuía discernimento acerca do crime praticado e da reprovabilidade penal de sua conduta, em decorrência de seu baixo nível cultural, considerando-a, no máximo, imoral; b) o princípio da norma mais favorável não foi observado pela Magistrada sentenciante, pois o parágrafo único do artigo 214 do Código Penal, acrescido pelo artigo 263, item 5, do Estatuto da Criança e do Adolescente, prevê pena mais benigna; e, c) a majoração pela continuidade delitiva deve ser a mínima prevista, de 1/6, e não de 1/4, aplicada in casu com excessivo rigor.

Oferecidas as contra-razões, os autos ascenderam a esta Superior Instância, opinando a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Sérgio Torres Paladino, pelo desprovimento do recurso.

Esta egrégia Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, concedeu habeas corpus, de ofício, para anular o processo a partir das alegações finais da defesa, inclusive, para que novas fossem apresentadas, em atenção aos ditames legais (acórdão de fls. 103/107).

Na origem, após o oferecimento das alegações finais pela defesa, nova decisão foi proferida, irrogando ao acusado Aroldo de Oliveira a pena de 9 (nove) anos, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime fechado, por infringir o disposto no artigo 214, caput, c/c os artigos 224, letra a, 61, inciso II, letra e, 226, inciso III, e 71, todos do Código Penal.

Inconformado com a prestação jurisdicional desfavorável, o acusado apelou objetivando a absolvição, argumentando que a prova amealhada é frágil para ensejar um decreto condenatório, pois não praticou o delito que lhe é imputado, por faltar em seu comportamento o elemento subjetivo, ou seja, o dolo específico necessário à caracterização do delito de atentado violento ao pudor.

Acrescenta, também, que o fato de morar em uma casa pequena, onde dormia com a esposa e filhos na mesma cama e mantinha relações sexuais com aquela e na frente destes, não é suficiente para dizer que praticava atos libidinosos com as vítimas, eis que, se as acariciava, era porque nutria por elas um "amor paterno".

Por derradeiro, requer a redução da pena aplicada, por exacerbada.

Oferecidas as contra-razões, os autos ascenderam a esta Superior Instância, opinando a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Sidney Barreiros, pelo provimento parcial do recurso, para retirar da condenação a condição especial de aumento de pena prevista no artigo 226, inciso III, do Digesto Penal, por incabível à espécie, mantendo-se, no mais, a sentença recorrida.

A negativa de autoria posta pelo apelante nas razões recursais carece de qualquer procedência.

Não se discute nos autos e nem a tanto fixar a exordial acusatória tivesse o apelante mantido relações sexuais com suas filhas menores.

A increpação do Órgão Ministerial alude-se à reiterada prática de atos libidinosos diversos da conjunção

carnal pelo apelante nas pessoas das ofendidas.

Tais atos que caracterizam crime de atentado violento ao pudor foram pormenorizadamente confessados pelo apelante tanto na polícia quanto em Juízo.

De fato, quando interrogado em Juízo em 22 de novembro de 1995, o recorrente declarou que acerca de 1 (um) ano vinha abusando sexualmente de suas filhas, praticando com elas atos libidinosos diversos da conjunção carnal, consistentes em acariciar-lhes os peitos, apertando-os e beijando-os, e, ainda, passando a mão em suas vaginas. Além do mais, disse o interrogando que também costumava esfregar o pênis entre as pernas das vítimas até atingir o orgasmo, tendo em outras oportunidades se masturbado sobre as pernas das filhas R. e A.

As palavras do apelante foram referendadas pelas ofendidas e pela mãe delas nas fases indiciária e judicial.

Ora, se os fatos assim ocorreram, inadmissível o acolhimento da tese de negativa de autoria sustentada pela defesa, não sendo frágil a prova amealhada, porque embasada nas palavras das ofendidas e da respectiva mãe, eis que, em crimes que tais, ocorrentes a descoberto de testemunhas de vista, dá-se valor probatório às declarações da vítima e de seus familiares, se sérios e harmônicos, conforme se apresentam no caso em tela, supedaneadas pela própria confissão do sujeito ativo.

A justificativa do recorrente de que procedia daquele modo com as filhas porque não conseguia satisfazer-se sexualmente com sua mulher

queda inadmissível e desnuda o precário senso moral e a terrível insensibilidade dele, apelante.

De outra parte, inadmissível dar-se guarida à postulação defensiva, no sentido de que ao delito de atentado violento ao pudor deva ser aplicada a pena prevista no parágrafo único do referido dispositivo legal, e não a cominada no seu caput. É que tangente às sanções previstas para os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, insitos no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), os dispositivos que a eles se reportam foram revogados pela Lei n. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) que lhe é posterior. Em suma: o parágrafo único do artigo 214 do Código Penal, alterado pela Lei n. 8.069/90, foi revogado pela Lei n. 8.072/90, antes da vigência daquela. Aliás, para pôr fim a qualquer controvérsia, o legislador, por intermédio da Lei n. 9.281, de 4 de junho de 1996, publicada com retificação no DOU de 5/6/96, revogou expressamente o parágrafo único do artigo 213 e o parágrafo único do artigo 214 do Código Penal.

Nessas condições, a condenação ditada pela doutora Juíza de Direito apresenta-se justa e merecida.

Todavia, reparo há que se fazer à dosimetria da pena, uma vez que se entende por inaplicáveis à hipótese vertente as causas de especial aumento consignadas no artigo 226, incisos II e III, do Código Penal.

Verdade é que a doutora Juíza de Direito sentenciante reconhecendo inadmissível a aplicação concomitante da agravante inscrita no artigo 61, inciso II, letra e, e a causa de especial aumento estampada no artigo 226, in-

ciso II, ambos do Código Penal, por configurar inegável bis in idem, afastou da dosimetria da pena a referida causa de especial aumento, mantendo a agravante, quando deveria ter agido de modo contrário, haja vista que o parentesco reconhecido nos autos constitui circunstância aplicável na terceira fase da dosimetria, nela utilizada como causa de especial aumento, conforme o entendimento jurisprudencial desta Corte de Justiça, in verbis: "quando a mesma circunstância for aplicável a mais de uma fase da dosimetria, deverá ser utilizada uma só vez, e na última fase em que couber. Assim, se o agente comete o crime de estupro contra sua filha, a agravante legal do artigo 61, II, e, descabe considerada, face à ocorrência da causa especial de aumento de pena do artigo 226, II, do Código Penal" (JC 14/440).

Todavia, como o reconhecimento da agravante genérica em lugar da aludida causa de especial aumento beneficiou ao recorrente e vedada a reformatio in pejus, nenhuma modificação poder-se-á fazer no decurso guereado quanto a este aspecto.

Por outro vértice, de enfatizar que, na terceira fase da fixação da pena, S. Exa. considerou a comparência da causa de especial aumento prevista no artigo 226, inciso III, do Digesto Penal.

No entanto, referido reconhecimento apresenta-se inaplicável à espécie versada nos presentes autos, na esteira de reiteradas decisões deste Tribunal, no sentido de que, sendo o apelante pai da ofendida, não poderá jamais reparar o mal pelo casamen-

to (JC 67/381; Apelação Criminal n. 28.742, de Itajaí; Apelação Criminal n. 28.859, de Tubarão; Apelação Criminal n. 32.318, de Joinville).

O que se colhe dos autos é que o réu foi amplamente beneficiado ao ser acolhida a continuidade delitiva entre os atentados violentos ao pudor praticados contra vítimas diversas, eis que, segundo a reiterada jurisprudência deste Tribunal, a hipótese seria de concurso material, atendida a continuidade delitiva tão-somente em relação a série de delitos praticados contra cada uma das vítimas.

Desta sorte, excluída da dosimetria da pena a causa de especial aumento preconizada no artigo 226, III, do Código Penal, e acolhendo-se a análise dos elementos do artigo 59 do Código Penal, feita pela Magistrada a quo, a pena do recorrente fica ajustada em 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, segundo a seguinte operação: Pena-base — 6 (seis) anos de reclusão, aumentada de 3 (três) meses, somando 6 (seis) anos e 3 (três) meses, em face da presença da agravante genérica prevista no artigo 61, II, e, do Código Penal; reduzida de 3 (três) meses, quantificando 6 (seis) anos, em virtude da comparência da atenuante da confissão espontânea (Código Penal, artigo 65, III, d). Finalmente, considerando que a conduta do recorrente deu-se em continuidade delitiva (Código Penal, artigo 71), e considerando o número de crimes (vários), a pena acima corporificada fica aumentada de 1/4 (uma quarta) parte, isto é de 1 (um) ano e 6 (seis) meses, totalizando a reprimenda reclusiva em 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Por esses motivos, deu-se provimento parcial ao recurso, apenas para reduzir a reprimenda, mantidas as demais cominações da sentença recorrida.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Álvaro Wandelli e Jorge Musisi. Lavrou parecer, pela douda Procura-

doria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Sidney Bandarra Barreiros.

Florianópolis, 10 de fevereiro de 1998.

José Roberge,
Presidente;
Alberto Costa,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 97.012070-2, DE TIMBÓ

Relator: Des. Alberto Costa

Apelação criminal — Tentativa de furto qualificado em concurso material com o crime de corrupção ativa, ambos do Código Penal, e artigo 16 da Lei n. 6.368/76 — Recurso defensivo objetivando a absolvição, por negativa de autoria quanto ao delito de tentativa de furto qualificado e por insuficiência de prova quanto aos demais delitos — Desconfiguração do delito de tentativa de furto qualificado relativamente ao apelante, à vista do conjunto probatório amealhado — Absolvição fulcrada no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal — Insuficiência de prova no tocante a imputação pertinente aos delitos descritos nos artigos 333 do Código Penal, e 16 da Lei de Tóxicos — Absolvição decretada com base no princípio do in dubio pro reo — Recurso defensivo provido — Concessão de habeas corpus de ofício para desclassificar o delito com relação ao co-réu, não apelante, reajustando-lhe a reprimenda.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 97.012070-2, da comarca de Timbó (2ª Vara), em que é apelante Ivan Traebert, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, dar provimento ao recurso de Ivan Traebert para absolvê-lo das imputações que

lhe foram feitas, e conceder habeas corpus, de ofício (art. 580, CPP), para desclassificar o delito em relação ao co-réu Arnaldo Casa, não apelante, dando-o como incurso nas sanções de tentativa de furto simples, reajustando-lhe a pena, expedindo-se o competente alvará de soltura, se por al não estiverem presos.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Timbó, 2ª Vara, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Arnaldo Casa e Ivan Traebert, dando-os como incurso, o primeiro, nas sanções do artigo 155, § 4º, incisos I e IV; 155, § 4º, inciso IV (duas vezes); e 155, § 4º, incisos I e IV, c/c o artigo 14, inciso II, todos combinados com o artigo 71 do Código Penal, e artigo 16 da Lei n. 6.368/76, e o segundo nas sanções do artigo 155, § 4º, incisos I e IV; 155, § 4º, inciso IV (duas vezes); e 155, § 4º, incisos I e IV, c/c o artigo 14, inciso II, combinados com o artigo 71, e artigo 333, todos do Código Penal, e artigo 16 da Lei n. 6.368/76, porque, segundo narra a exordial acusatória: "(...) que durante os meses de outubro e novembro de 1996, os denunciados, previamente acordados e com união de esforços, praticaram uma série de crimes contra o patrimônio no município de Rio dos Cedros e vizinhos.

"1 — No dia 7 de novembro de 1996, no período noturno, em horário que a instrução precisará, os denunciados, mediante arrombamento, adentraram na oficina mecânica de propriedade da vítima Elvis Roberto Pisetta, situada na Rua Pomeranos, n. 1.246, localidade de Santo Antônio, no município de Rio dos Cedros, e subtraíram para si do seu interior: um aparelho de solda oxigênio, modelo PP1, completo, com 2 cilindros; um lava-jato Karcher, modelo 310; uma lixadeira vibradora, marca Raymond; uma esmerilhadeira, marca Bosch, industrial; um paquímetro, médio, Mitotoio e uma trena de 5 metros de metal, avaliados em R\$ 1.888,00 (um mil, oitocentos e oitenta e oito reais) conforme auto de fls. 99.

"2 — No mesmo dia, também em horário a ser apurado, os denunciados subtraíram para si do interior da marcenaria de propriedade de Gelindo Dalpiaz, localizada em Pomeranos Central, município de Rio dos Cedros, desta Comarca, os seguintes bens: uma furadeira, marca Bosch, duas rotações, com martelete; uma lixadeira, marca Bosch, modelo MD 210; uma serra Tico-Tico, tamanho médio; uma esmerilhadeira de disco, marca Bosch, e um saco de rafia, medindo aproximadamente 1,50 x 1,00m, avaliados em R\$ 931,00 (novecentos e trinta e um reais) — autos de fls. 98.

"3 — Outra das vítimas dos denunciados foi Cássio Manoel Stingher, proprietário de uma oficina mecânica de reparos e manutenção de máquinas agrícolas, situada na localidade Caraváglio, município de Rio dos Cedros. Também no dia 7 de novembro de 1996, no período noturno, os denunciados furtaram para si do interior da oficina de propriedade da referida vítima uma furadeira, marca Bosch, média; uma esmerilhadeira, marca Bosch; um paquímetro médio, duas esmerilhadeiras de disco, marca Makita; três caixas de eletrodos, com 20kg cada, quatro baldes de óleo 90 e três baldes de óleo 40, avaliados em R\$ 1.724,00 (um mil, setecentos e vinte e quatro reais) — autos de fls. 101/102.

"4 — No dia 11 de novembro de 1996, por volta das 24 horas, os denunciados agiram novamente, sempre em conluio e união de esforços, oportunidade em que o denunciado Arnaldo Casa arrombou uma porta, localizada à esquerda do hall de entrada da Escola Reunidas Expedicionário Servino Mengarda (laudo de fls. 104), situada em Alto Pomeranos, Bairro Gló-

ria, município de Rio dos Cedros, desta Comarca.

“Uma vez no interior do referido estabelecimento, subtraiu um televisor em cores, 20 polegadas, marca Sanyo; um aparelho de videocassete 4 cabeças, marca Sanyo e um aparelho receptor para antena parabólica, marca American Sat, avaliados em R\$ 986,00 (novecentos e oitenta e seis reais) — auto de fls. 100, que escondeu no pátio do colégio, eis que havia combinado com o segundo denunciado, Ivan Traebert, que este viria buscar os objetos com o caminhão Ford/4000 — baú, por volta das 5 horas.

“Preso em flagrante por moradores da região quando escondia os objetos no pátio do colégio, o denunciado Arnaldo acabou confessando todo o plano, o que culminou com a prisão em flagrante também do segundo denunciado, quando este veio carregar os objetos furtados.

“5 — O denunciado Ivan Traebert, quando de sua prisão, visando se livrar solto e da responsabilidade pelos ilícitos que cometeu, ofereceu aos policiais militares Hanelor Censi e Wilson Luiz Agostini e ao policial civil Arnaldo da Costa, responsáveis por sua prisão, a quantia de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), representada pelo cheque n. 063151, conta n. 29.526-4, do Banco do Brasil, agência de Camaquã—RS, de titularidade de Mário Crespo Brum, constante às fls. 18 dos autos, para que omitissem na prática de ato de ofício, qual seja, de proceder sua prisão.

“6 — Na vistoria realizada no caminhão apreendido com o denunciado Arnaldo foi encontrado cerca de 30g

(trinta gramas) de maconha, substância esta entorpecente e capaz de determinar dependência física e psíquica, que portavam sem autorização e se destinava para uso próprio” (fls. 2/4).

Concluída a instrução criminal, os acusados restaram condenados. Arnaldo Casa, às penas de 1 (um) ano e 9 (nove) meses de reclusão, em regime fechado, e 13 (treze) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato, por infringir o disposto no artigo 155, § 4º, inciso IV, c/c o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, e Ivan Traebert, às penas de 2 (dois) anos, 11 (onze) meses e 7 (sete) dias de reclusão, em regime fechado, e 45 (quarenta e cinco) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à data do fato, por infração ao disposto no artigo 155, § 4º, inciso IV, c/c o artigo 14, inciso II, e artigo 333, ambos do Código Penal, e artigo 16 da Lei n. 6.368/76.

Irresignados, o representante do Ministério Público e os acusados apelaram. O primeiro objetiva a condenação do réu Arnaldo Casa nas sanções do artigo 155, caput, do Código Penal, haja vista restar comprovado nos autos ter ele subtraído, da mercadoria da vítima Gelindo Dalpiaz, um saco plástico, de “ráfia”, muito embora não fosse descrito corretamente nos termos de apreensão de fls. 11 e avaliação indireta de fls. 109.

O acusado Arnaldo Casa objetiva a absolvição, alegando não ter praticado o delito que lhe é imputado, pois apenas passava próximo do local dos fatos, sendo preso de inopino por policiais que ali se encontravam, e foi coagido por eles a admitir o furto e envol-

ver terceira pessoa como partícipe. Alternativamente, requer a desclassificação do delito para furto simples e, conseqüentemente, a redução da reprimenda e a aplicação do benefício previsto na Lei n. 9.099/95.

O acusado Ivan Traebert objetiva a absolvição, afirmando que não existem provas nos autos de sua participação no delito de furto a que restou condenado. Ademais, aduz que os delitos previstos nos artigos 333 do Código Penal e 16 da Lei n. 6.368/76 foram "preparados" pelos policiais, que participaram da diligência, para incriminá-lo. Como pedido alternativo, requer a desclassificação do delito para furto simples e a redução da pena, por exacerbada, com a eventual aplicação dos benefícios da Lei n. 9.099/95.

Oferecidas as contra-razões, os autos ascenderam a esta Superior Instância, opinando a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Maurílio Moreira Leite, pelo provimento do recurso aforado pelo representante do Ministério Público e, também, pelo provimento do recurso interposto pelo acusado Ivan Traebert, para que a pena da tentativa de furto seja diminuída de dois terços.

Esta egrégia Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, anulou de ofício a sentença recorrida, determinando que outra fosse proferida, restando prejudicados os recursos interpostos, eis que a fixação da pena não atendeu ao método trifásico previsto no artigo 68 do Código Penal (acórdão de fls. 320/326).

Na origem, prolatado novo decisum, restou o acusado Arnaldo Casa condenado às penas de 1 (um) ano

e 6 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, por infração ao artigo 155, § 4º, inciso IV, c/c o artigo 14, inciso II, todos do Código Penal, restando o acusado Ivan Traebert condenado às penas de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, 7 (sete) meses de detenção, e ao pagamento de 42 (quarenta e dois) dias-multa, por infração ao disposto no artigo 155, § 4º, inciso IV, e artigo 333, na forma do artigo 61, inciso I, todos do Código Penal, e artigo 16 da Lei n. 6.368/76.

Irresignado, o acusado Ivan Traebert apelou, requerendo o prazo previsto no § 4º do artigo 600 do Código de Processo Penal, para apresentar as razões de seu inconformismo.

Oferecidas as contra-razões, os autos ascenderam a esta Superior Instância, opinando a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. André Carvalho, que fosse cumprido o que determina o § 4º do artigo 600 do Código de Processo Penal.

Por despacho de fls. 389, os autos foram remetidos à Diretoria Judiciária e, por intermédio do Edital n. 198/97 (fls. 391), foi aberto prazo à defesa para apresentar as razões de apelação.

Em suas razões, o acusado objetiva a absolvição, alegando a negativa de autoria do delito de tentativa de furto, haja vista não restar configurada a posse em seu poder dos objetos subtraídos, eis que sequer estava presente no local dos fatos no momento do flagrante, sendo detido por policiais antes de chegar ao referido lugar, po-

dendo sua conduta enquadrar-se, no máximo, no crime de receptação.

Em relação à imputação dos crimes dos artigos 16 da Lei n. 6.368/76 e 333 do Código Penal, afirma que a prova carreada aos autos é insuficiente para a prolação de um decreto condenatório, devendo ser aplicado em seu favor o princípio do in dubio pro reo.

Oferecidas as contra-razões, os autos foram com vista à douta Procuradoria-Geral de Justiça que, em parecer da lavra do Dr. André Carvalho, opinou pelo provimento parcial do recurso, a fim de absolver o apelante do crime de furto tentado, e, de ofício, excluir da condenação do co-réu Arnoldo Casa a qualificadora do concurso de pessoas.

No tocante ao crime de tentativa de furto qualificado pelo concurso delinqüencial, o apelante persegue a absolvição ao argumento de não se encontrar no local dos fatos quando da respectiva ocorrência e do momento em que foi preso em suposto flagrante, tendo sido detido por policiais antes de chegar ao aludido local, para o qual se dirigia com o escopo de prestar ajuda ao co-réu, em atividade outra que não a criminosa descrita na denúncia, podendo sua conduta, em tese, enquadrar-se, no máximo, em tentativa de receptação.

Já no que tange aos crimes previstos nos artigos 333 e 16, respectivamente do Código Penal e da Lei de Tóxicos, o recorrente almeja a absolvição ao enfoque de não haver nos autos prova suficiente à prolação de um decreto condenatório.

Em judicioso parecer, o nobre Procurador de Justiça opina no senti-

do de prover-se parcialmente o recurso, a fim de absolver o apelante da increpação relativa ao crime de tentativa de furto qualificado, excluindo-se, de ofício, da condenação do co-réu não apelante Arnoldo Casa a qualificadora do concurso de pessoas.

Na verdade, o exame atento da prova autuada, principalmente da emanada dos depoimentos dos policiais militares Hanelor Censi e Wilson Luiz Agostini, que acorreram à Escola Reunida Expedicionário Serviço Mengarda para atender ocorrência ligada à prática de furto pelo acusado Arnoldo Casa, além das declarações deste último e da testemunha presencial Juvito Menestrina, autoriza concluir pela não participação do apelante na conduta delituosa cometida por Arnoldo Casa, tendo este, no flagrante, perante advogado, declarado que os objetos furtados iriam ser negociados com o apelante, o qual viria apanhá-los.

Certo que o co-réu retratou a confissão policial, mas aquelas declarações foram confirmadas pela testemunha Juvito Menestrina, pessoa que em companhia de outros circunstantes realizou a detenção de Arnoldo Casa e dele ouviu a afirmação de que os bens, cuja subtração do antes referido estabelecimento educacional fora tentada, seriam transportados por outro elemento.

Ora, se ao ensejo da realização da tentativa de furto, dita qualificada, o apelante não se encontrava presente no palco dos acontecimentos, não há como reconhecê-lo como um dos autores da antefalada tentativa.

Sua conduta, consoante deixa transparecer o contexto probatório citado, configuraria, em tese, o delito da

receptação, em momento algum, registre-se, descrito na exordial acusatória e por isso mesmo impunível.

Desta sorte, no que se refere ao crime de tentativa de furto descrito na denúncia, a absolvição do apelante impõe-se decretada com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Por outro vértice, assiste razão à defesa no pleito absolutório respeitante ao delito tipificado no artigo 16 da Lei de Tóxicos.

De fato, ainda que se reconheça forte valor probatório ao testemunho de policial quando no exercício da nobilitante função, necessário enfatizar, no entanto, que tal valor probatório não é absoluto, máxime quando, em face da peculiaridade do caso concreto, como na espécie versada nos presentes autos, as palavras dos policiais envolvidos na diligência de apreensão do material tóxico reportado na denúncia não encontram suporte na prova coletada, apresentando-se, portanto, desvestidas da necessária credibilidade.

Nesse passo, é bem de ver que o apelante negou veementemente a posse do aludido material tóxico, quando interrogado. Na oportunidade, sequer lhe foi indagado de eventual uso ou dependência, muito embora ao co-réu Arnaldo Casa, contra o qual não pesava idêntica increpação, o Magistrado, na mesma oportunidade, no interrogatório, tenha endereçado tal indagação. Demais disso, se o apelante, de viva voz não se declarou usuário, nem dependente do uso de maconha, e nenhuma pergunta nesse sentido lhe foi feita pelo Dr. Juiz de Direito a quo, de duas, uma: ou a droga

não pertencia ao apelante e fora plantada no seu caminhão, merecendo absolvição, no mínimo, pelo benefício da dúvida, ou a droga lhe pertencia, para qualquer outro fim, menos para uso próprio, e sua conduta estaria ínsita em um dos tipos inscritos no artigo 12 da Lei de Tóxicos, tornando-se de rigor, nessa hipótese, a tomada da providência preconizada no parágrafo único do artigo 384 do Código de Processo Penal. Mas nada disso foi feito.

Por derradeiro e sobre tudo isso, acrescenta-se que a diligência policial foi empreendida sem a devida clareza.

Com efeito, ressuma das declarações dos policiais militares já mencionados, das palavras do apelante e do depoimento de Juvito Menestrina, que o recorrente aportou no local da tentativa de furto quando o co-réu Arnaldo Casa já se encontrava detido por populares e nas mãos daqueles policiais militares. Desse contexto ressaí a dúvida na diretiva de se os policiais militares saíram do estabelecimento educacional com o co-réu Arnaldo Casa e ao depois retornaram para montar atalaia contra o apelante, ou se, informados pelo co-réu de que o recorrente surgiria no local, aguardaram-no, prenderam-no e partiram do local conduzindo o caminhão do apelante, estacionando-o na Delegacia de Polícia local. Em qualquer dos casos, a vistoria no caminhão foi feita sem a presença do apelante e das testemunhas de detenção daquele, de manhã ao que parece, no pátio da DP, pelos policiais Hanelor e Wilson, quando o apelante e o co-réu já haviam sido apresentados ao escrivão de polícia Arnaldo da Costa, se dizente responsável pela

Delegacia de Polícia de Rio dos Cedros.

Na realidade, de todo esse enquadramento, ressalta a dúvida sobre se a conduta dos agentes da lei deu-se dentro dos parâmetros de credibilidade que a doutrina e a jurisprudência lhe empresta, decorrendo daí, por inferência lógica, idêntica dúvida sobre a responsabilidade penal do apelante quanto à imputação em apreço.

Em vista disso, e com fulcro no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal, decreta-se a absolvição do apelante no pertinente à acusação pela prática do delito previsto no artigo 16 da Lei n. 6.368/76.

Finalmente, no que toca à deradeira súplica absolutória, faz mister ressaltar que o apelante é portador, na verdade, de péssimos antecedentes (certidão de fls. 122), sendo reincidente na plena acepção da palavra, conforme comprova o documento de fls. 123. Sua vida pregressa não o recomenda, tantas foram as vezes em que foi processado, ora condenado, ora absolvido, beneficiado pela prescrição, ou pelo sursis. A última condenação foi pela prática do delito previsto no artigo 333 do Estatuto Repressivo Penal, o mesmo pelo qual sofre o presente processo. Ao ser denunciado neste processo encontrava-se no gozo de sursis decorrente da condenação por violação ao artigo 333 do Código Penal acima indicado.

Entretanto, o apelante não está sendo julgado por seus antecedentes, e sim pelos crimes descritos na peça acusatória preambular de fls. 2/4.

E, quanto ao delito previsto no artigo 333 do Digesto Penal, não obs-

tante o valor que se dá ao testemunho do policial, em razão dos fatos que tomou conhecimento no decorrer de diligências por ele realizadas, in casu, todavia, impende anotar que a mesma dúvida, apontada quanto à caracterização do delito previsto no artigo 16 da Lei Antitóxicos, emerge forte quanto ao delito agora em exame. Ora, por mais cínico e insensível que possa o apelante parecer, de pessoa néscia não se trata nem se lhe pode insultar a inteligência, imputando-lhe a prática de corrupção ativa, quando não obstante sujeito passivo do delito o Estado, os agentes policiais que teriam sido subornados pelo apelante não depuseram com a indispensável convicção, de modo a inculcar no espírito do julgador a indispensável certeza sobre a configuração do delito e da respectiva autoria.

É que os policiais militares ao se aludirem à suposta conduta típica penal e antijurídica do apelante, sempre se aludiram de modo impessoal, afirmando que o recorrente tentara subornar os policiais. Ora, se os policiais vítimas do suborno foram eles, Wilson e Hanelor, porque não disseram cada qual ao Magistrado: o réu tentou me subornar oferecendo dinheiro. Ou: o acusado tentou nos subornar, a mim e a meu colega fulano, e vice-versa.

Não se nega, porque princípio basilar do direito penal, que para a inculpação bastam a prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria. Mas, para a condenação, exige-se certeza, calcada em prova esmerada, indubitosa.

In casu, a prova quanto à configuração do delito previsto no artigo 333 do Código Penal, não se apresen-

ta revestida da indispensável força capaz de gerar no espírito do julgador o convencimento sobre a culpabilidade do apelante. Daí, por que, imperiosa a absolvição dele, estritamente com fundamento no benefício da dúvida.

Nessas condições, decretada a absolvição do apelante das increpações contra ele intentadas, e mais especificamente à vista da exclusão de tipicidade da conduta dele no delito de tentativa de furto, excluída fica a qualificadora do concurso de pessoas inscrita no inciso IV, do § 4º, do artigo 155, do Código Penal, concernentemente ao co-réu Arnaldo Casa, exclusão decretável mediante a concessão de habeas corpus, de ofício, e que redundará na desclassificação do delito e no reajuste da reprimenda imposta.

Nesse passo, impende registrar que na dosimetria da pena o nobre Magistrado sentenciante incorreu nos mesmos equívocos apontados no aresto desta Câmara, constante às fls. 320/326, que anulou anterior decisão de S. Exa., por desobediência ao método trifásico previsto no artigo 68 do Código Penal. E foi mais adiante, pois, desta feita, contrariando todas as decisões deste Tribunal, majoritárias antes da edição da Reforma Penal de 1984, e unânimes após aquela edição, readotando o método de Roberto Lira, Basileu Garcia e Eduardo E. Filho, não adotado pelo Legislador de 1984, aplicou a pena-base em uma única operação, considerando os elementos do artigo 59 do Código Penal e a agravante da reincidência.

Aliás, nem reincidente o co-réu pode ser considerado, ante a dúvida apresentada pela certidão de fls. 120, por intermédio da qual não se pode

aférir se a pena do co-réu extinguiu-se pelo cumprimento, ou se pela prescrição, punitiva ou executória.

E, como a dúvida beneficia ao precitado co-réu, não se pode considerá-lo um reincidente.

Destarte, considerando as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, tem-se por altamente reprovável a culpabilidade do acusado Arnaldo Casa. Maior de 18 anos, mentalmente são, e logo imputável o referido réu ao tentar assacar contra o patrimônio alheio, sabia ou devia saber que atuava contrariamente ao direito. O réu é portador de antecedentes, conforme se auferiu da certidão de fls. 120. Registra má conduta social e personalidade deformada, voltada para a prática de condutas delituosas. Os motivos que o levaram à prática do crime devem ser considerados egoísticos, eis que visavam à obtenção de lucro fácil. As circunstâncias da infração põem em relevo a insensibilidade moral do réu em relação aos valores morais da sociedade. As conseqüências da infração não foram muito graves, enquanto que o comportamento das vítimas em nada concorreu para a conduta delituosa do apelado.

Nos termos do artigo 59 do Código Penal, analisados acima, fixa-se a pena-base em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão. Inocorrem agravantes legais, mas militando em favor do réu a atenuante da confissão espontânea (CP, art. 65, III, d), considerada na sentença para fundamentar a condenação, reduz-se a pena acima aplicada de 2 (dois) meses, quantificando-a em 1 (um) ano de reclusão. Finalmente na terceira fase da dosimetria, considerando que o crime

deu-se na sua forma tentada (CP, art. 14, II) e atendendo para as circunstâncias factuais da própria tentativa, haja vista ter o réu percorrido quase a metade do iter criminis, reduz-se a pena retroaplicada de 1/2 (metade), ou seja, de 6 (seis) meses, quantificando a pena reclusiva definitivamente em 6 (seis) meses, imerecendo ser substituída pela de multa, por serem desfavoráveis ao réu o critério do inciso III do artigo 44 do Código Penal.

A pena de multa-tipo fica estabelecida basicamente em 10 (dez) dias-multa, cada dia no seu valor mínimo legal, diminuída de 1/2 (metade), ou seja, de 5 (cinco) dias-multa, totalizando a pena pecuniária em 5 (cinco) dias-multa.

A pena de reclusão deverá ser cumprida em regime aberto, sem sur-sis, por não atender aos requisitos dos incisos II e III do artigo 77 do Código Penal.

Por todo o exposto, decide a Câmara, à unanimidade, dar provi-

mento ao recurso de Ivan Traebert para absolvê-lo das imputações que lhe foram feitas, e conceder habeas corpus, de ofício (art. 580 do CPP), para desclassificar o delito em relação ao co-réu Arnaldo Casa, não apelante, dando-o como incurso nas sanções do crime de tentativa de furto simples, reajustando-lhe a pena, expedindo-se o competente alvará de soltura, se por al não estiverem presos.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Álvaro Wandelli e Jorge Mussi. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. André Carvalho.

Florianópolis, 7 de abril de 1998.

José Roberge,
Presidente;
Alberto Costa,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 98.002704-7, DE SÃO BENTO DO SUL

Relator: Des. Alberto Costa

Roubo — Recursos objetivando a absolvição por insuficiência de prova e, alternativamente, a desclassificação do delito de roubo para o de furto privilegiado — Alegação de tratar-se a hipótese de crime impossível, em virtude de não ter havido a apreensão da res furtiva, e de o reconhecimento fotográfico desvestir-se de qualquer valor probatório, por desobediência aos ditames da lei — Condenação fulcrada nas declarações da vítima, na confissão extrajudicial dos apelantes e no conjunto probatório amealhado — Reconhecimento fotográfico que atendeu os parâmetros legais — Negativa de autoria inadmissível — Ausência da apreensão da res furtiva que

não destipifica o crime de roubo e tampouco caracteriza o crime impossível — Indemonstração da prática de coação policial na tomada das declarações extrajudiciais dos apelantes — Inadmissibilidade da desclassificação do crime de roubo para o de furto privilegiado, eis que, como de cediço conhecimento, no roubo, como no caso em tela, a violência é empregada contra a pessoa e, no furto, contra a coisa — Teses defensivas rechaçadas — Condenação mantida — Pena reclusiva dosada com excesso — Redução da reprimenda — Recursos parcialmente providos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 98.002704-7, da comarca de São Bento do Sul (1ª Vara), em que são apelantes Paulo Ronaldo Salenave, Mauro Rodiberto Salenave e Humberto Rocha de Moraes, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, dar provimento parcial aos recursos para adequar a pena.

Custas na forma da lei.

Na comarca de São Bento do Sul, 1ª Vara, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Paulo Ronaldo Salenave, Mauro Rodiberto Salenave e Humberto Rocha de Moraes, dando-os como incurso nas sanções dos artigos 157, § 2º, incisos I e II, e 288, parágrafo único, c/c o artigo 29, todos do Código Penal, sendo que os dois primeiros também nas sanções do artigo 307 do Digesto Penal, porque, segundo narra a exordial acusatória: “Na data de 13 de janeiro do corrente ano (1997), por volta das 13h15min, nesta cidade, os denunciados, acompanhados de outros dois elementos não identificados, rumaram com o veículo Volkswa-

gen/Parati, de cor cinza, placa IDG 8743, Porto Alegre/RS, em direção à agência bancária do Banco Bamerindus desta cidade, intencionando subtraírem coisa alheia móvel (dinheiro), de dita agência, em comunhão de vontades. O plano foi articulado antes de adentrarem nesta cidade.

“Ato contínuo, os denunciados e os outros dois elementos estacionaram o veículo em frente à agência bancária; enquanto o denunciado Mauro ficava ao volante, os demais meliantes adentraram no recinto da agência bancária, portando armas de fogo. Ditos elementos, mediante grave ameaça, reduziram a capacidade de resistência dos funcionários da agência e das pessoas que lá se encontravam.

“Já no interior da agência, os quatro meliantes posicionaram-se em pontos estratégicos, sendo que dois deles conduziram o tesoureiro da agência até o cofre da mesma, de onde subtraíram a quantia de aproximadamente R\$ 13.973,66 (treze mil, novecentos e setenta e três reais e sessenta e seis centavos).

“Após estarem na posse da res furtiva, os quatro elementos adentraram no veículo supracitado, rumando em direção à SC 301. Perto do Super-

mercado SESI, na Avenida Argolo, os denunciados Mauro e Paulo Salenave entraram no veículo Fiat/Tipo, cor cinza, placa IEI 5239, Porto Alegre/RS, sendo que Humberto e os outros dois elementos ficaram no veículo Parati. Os ocupantes do veículo Tipo rumaram em direção à Curitiba, sendo que, no município de Piên/PR, o veículo capotou, enquanto os denunciados Paulo e Mauro conseguiram empreender fuga, por poucos momentos, porquanto logo em seguida foram presos.

“Ao serem identificados, os denunciados Paulo e Mauro Salenave atribuíram-se falsa identidade, para obterem vantagem em proveito próprio, sendo que Paulo identificou-se com o nome de José Luis de Alencastro e Mauro com o nome de Mauro dos Santos. Isto para evadirem-se dos maus antecedentes.

“Dos ocupantes do veículo Parati, somente o denunciado Humberto é que foi preso, no município de Imbé/RS” (fls. 3/4).

Durante a instrução, o Órgão Ministerial aditou a denúncia, a fim de ser incluído na relação processual André Luiz Moraes da Silva, por ter praticado os delitos previstos nos artigos 157, § 2º, incisos I e II, e 288, parágrafo único, c/c o artigo 29, todos do Código Penal.

Concluída a instrução criminal, o Dr. Juiz sentenciou, condenando Paulo Ronaldo Salenave, Mauro Rodiberto Salenave e Humberto Rocha de Moraes às penas de 8 (oito) anos de reclusão, em regime fechado, e 21 (vinte e um) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à data dos fatos, por infringirem o disposto no artigo 157, § 2º, incisos I e II, do

Código Penal, e absolvendo-os das sanções do artigo 288, parágrafo único, do Digesto Penal. Os acusados Paulo Ronaldo Salenave e Mauro Rodiberto Salenave restaram absolvidos da imputação do artigo 307 do Código Penal e André Luiz Moraes da Silva do artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Codex Poenales.

Inconformados, os acusados apelaram objetivando a absolvição. Paulo Ronaldo Salenave e Mauro Rodiberto Salenave alegam que as provas amealhadas são frágeis para ensejar um decreto condenatório, uma vez que a confissão efetuada na fase investigatória fora obtida mediante coação policial. Ademais, acrescentam que não foram reconhecidos pelas vítimas que se encontravam, no momento do assalto, dentro da agência bancária e, tampouco, restou comprovada a materialidade do delito, pois não foi encontrada com eles a res furtiva, tratando-se, in casu, de crime impossível.

Alternativamente, pugnam pela desclassificação do delito para o de furto privilegiado, devendo ser aplicada somente a pena de multa, no seu mínimo legal.

O acusado Humberto Rocha de Moraes afirma que não restou comprovada sua participação no assalto efetuado contra a agência bancária, pois não foi reconhecido pelas pessoas que se encontravam naquele estabelecimento, e o reconhecimento fotográfico realizado é deficiente e não serve como prova, ainda mais levando-se em consideração que se encontrava preso e não foi feito o reconhecimento pessoal.

Oferecidas as contra-razões, os autos ascenderam a esta Superior Instância, opinando a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Hipólito Luiz Piazza, pelo desprovemento dos recursos, devendo, no entanto, ser adequada a pena, em razão de não ter sido levada em consideração a atenuante da confissão espontânea.

Os recursos aforados, no que tange à pretensão dos apelantes em ver acolhidas suas teses defensivas visando à absolvição, ou a desclassificação do delito de roubo para o de furto privilegiado, imerecem prosperar.

De fato, conforme destacou o ilustre Dr. Hipólito Luiz Piazza, no parecer de fls. 511/514, cujas considerações por agregadas ao presente aresto como razão de decidir vão transcritas na íntegra, como segue:

“1 — Na verdade e por primeiro, tem-se que a confissão do réu Paulo Ronaldo Salenave, feita perante a autoridade policial, na oportunidade havendo-se identificado como José Luiz Alencastro (fls. 23/24), foi colhida na presença de testemunha, nada indicando que aquela confissão tenha sido engendrada pela autoridade policial e de que tenha sido conseguida mediante ‘sevícias’. Aliás, ouvido em seguida, já reconhecida sua real identidade, perante a Delegacia de Polícia de São Bento do Sul (fls. 25), na presença inclusive de advogado — Dra. Maria Dias Beltrão, taxativamente informou:

‘...Que, diz o interrogado as armas de fogo usadas no assalto da agência bancária, eram do tipo revólver calibre 38 e pistola automática e ficaram em poder dos réus comparsas;

Que, diz o interrogado com relação aos veículos usados por ele e seus comparsas no assalto à agência bancária, quando integrou-se ao bando os mesmos já estavam de posse de tais veículos...’.

“Mauro Rodiberto Salenave, por sua vez, embora não confesse diretamente sua participação, isto quando se identificou falsamente como Mauro dos Santos (fls. 29), deixa claro que estava reunido ao bando, apenas procurando trazer em seu prol a esfarrapada versão de que nada sabia do assalto, apenas que teria aceito dirigir o veículo, mediante o pagamento de certa quantia. Ouvido, porém, após sua identificação real (fls. 31), opinou pelo direito de permanecer calado e somente falar em Juízo. Estava, porém, na presença de advogado e nada foi consignado em relação a ‘sevícias’.

“Todavia, reinterrogado às fls. 86, declarou:

‘...na ocasião daquele assalto na dita agência bancária, também fazia parte da quadrilha Humberto Rocha de Moraes...’.

“E Paulo Roberto Salenave (fls. 87):

‘...em nome de Humberto Rocha de Moraes, cuja fotografia, em xerox, encontra-se apreendida nos autos, o mesmo então afirma ser este indivíduo o terceiro integrante da quadrilha, à qual faz parte, e que se encontrava em sua companhia quando então assaltaram a agência bancária Bamerindus...’.

“2 — Os termos de reconhecimento de fls. 35 e 36, efetuados logo após os fatos e ainda perante a Delegacia de Polícia do Estado do Paraná,

nos quais as testemunhas José Hilário Schoroeder e Roseli L. de Souza foram convocados a proceder aquele ato na condição de vítimas do assalto, haja vista que eram funcionários e trabalhavam na agência bancária assaltada, indicam a pessoa de Paulo Roberto Salenave como um dos participantes do referido assalto.

“Ademais, Evaldo Gemim (fls. 66), Jucélia H. Hubl (fls. 67) e Daniel Buckman (fls. 68) declararam: ‘...diz o declarante reconhecer nesta oportunidade a pessoa de Paulo Roberto Salenave como sendo um daqueles indivíduos que roubou a agência bancária em questão e o obrigou a abrir o cofre na companhia do comparsa...’.

“Tem-se, ainda, os reconhecimentos feitos por fotografia, apenas como somatórios e corroboradores das provas acima apontadas (fls. 130, 131 e 132).

“Os depoimentos colhidos na fase judicial (fls. 289, 290, 293, 295 e 305) reforçam a prova coletada na fase investigatória, havendo aqueles testemunhos indicado o apelante Paulo e Humberto como os que efetuaram o assalto tratado na exordial acusatória.

“3 — Os antecedentes criminais (fls. 209, 210, 211, 214, 224 e 225) indicam tratar-se de elementos voltados para a prática da criminalidade.

“4 — De outra feita, nada comprovaram os apelantes em oposição ao colhido contra eles nos autos, o que bem demonstra do acerto, quanto ao mérito, da conclusão do julgador monocrático.

“5 — Entendemos que apenas um pequeno reparo está por merecer a sentença apelada.

“Observa-se que para seu convencimento o julgador a quo encontrou respaldo nas confissões extrajudiciais dos réus Paulo e Mauro Salenave, deixando, porém, de tê-las como atenuantes na fase própria da aplicação da pena.

“Assim, somos que se deva, na segunda fase, e em razão da atenuante da confissão espontânea, seja procedida a redução de 6 (seis) meses, o mesmo quantum adotado pela agravante da reincidência, isto em relação aos dois réus acima destacados”.

Como se vê, o conjunto probatório recolhido nos autos não sufraga nenhuma das teses defensivas postas nos apelos, impendendo acrescentar, como adinículo aos judiciosos argumentos do douto parecerista, as seguintes considerações:

I — A negativa de autoria constitui matéria inadmissível na hipótese versada nos presentes autos, e isto porque, primeiro, o apelante Mauro Rodiberto Salenave confessou a fls. 86 sua participação no assalto e confirmou a de seu irmão, o co-apelante Paulo Ronaldo Salenave.

II — A prática da coação policial aventada pelos apelantes não restou demonstrada nos autos, não podendo referida prática defluir exclusivamente das palavras dos apelantes, sem esteio dos demais elementos probatórios.

III — A falta de apreensão das res furtiva não destipifica o crime de roubo e, tampouco, caracteriza a hipótese de crime impossível (ver Apelação Criminal n. 30.683, de Campo Erê).

IV — A prova indiciária, desde que suficiente para gerar no espírito do julgador seu convencimento sobre

a participação dos apelantes na prática delituosa, constitui fundamento à prolação de um decreto condenatório.

Bem a propósito já decidiu a egrégia Primeira Câmara Criminal deste Tribunal: "Se as provas indiciárias e circunstanciais são claras e se dirigem à ação dos acusados e sua autoria, sendo a confissão do co-réu, embora extrajudicial, harmônica com as demais provas, a condenação se impõe pelo princípio do livre convencimento judicial" (Ap. Crim. n. 31.683, de São Bento do Sul).

V — O reconhecimento fotográfico, quando submetido, como no caso em tela, ao exame crítico do Magistrado e confirmado pelos elementos dos autos, tem valor probatório (cf. Ap. Crim. n. 32.713, de Blumenau).

VI — Inadmissível, no caso vertente, a pretendida desclassificação do crime de roubo para o de furto privilegiado, eis que, como de cediço conhecimento, no roubo a violência é empregada contra a pessoa, e, no furto, contra a coisa.

In specie, uma vez demonstradas e comprovadas, às escâncaras, a materialidade e a autoria do injusto típico penal descrito na denúncia, ficam rejeitadas as teses defensivas colocadas no apelo.

Sem embargo disso, os apelos merecem provimento parcial, apenas para que se ajuste o quantum da reprimenda imposta aos apelantes Paulo e Mauro, e igualmente ao réu não apelante Humberto Rocha de Moraes, quanto a este pela aplicação do disposto no artigo 580 do Código de Processo Penal.

É que o ilustre Togado sentenciante, ao realizar a dosimetria da pe-

na, deu azo à ocorrência do bis in idem, haja vista ter valorado duplamente a agravante da reincidência, ao fazê-la incidir na primeira e segunda fases da fixação da pena reclusiva de liberdade e de multa. Esclareça-se, por curial, que as circunstâncias legais de agravamento e atenuação da pena não interferem na dosagem da pena de multa.

Demais disso, o digno Magistrado considerou o apelante Paulo Ronaldo Salenave como reincidente, quando, na verdade, ele não o é.

De outra parte, S. Exa., na terceira fase da dosimetria admitiu uma das qualificadoras do roubo como circunstância agravante genérica do artigo 61 do Código Penal, posicionamento que não encontra respaldo na jurisprudência desta Corte de Justiça.

Com efeito, tem-se entendido que, sendo duas as qualificadoras do roubo, não pode servir uma delas como qualificadora do crime, na terceira fase, e a outra, via imigração, como agravante genérica do artigo 61 do Código Penal, haja vista não ter aquela qualquer adequação com o rol deste (vide Damásio E. de Jesus, Código Penal Anotado, 5ª ed. ampl. e atual. — São Paulo, Saraiva, 1995, pág. 191).

No tocante à dosagem da reprimenda, constata-se que os apelantes Paulo Ronaldo Salenave, Mauro Rodiberto Salenave e Humberto Rocha de Moraes agiram com elevado grau de culpabilidade ao perpetrarem o assalto descrito na denúncia, no início da tarde, quando o estabelecimento bancário ofendido estava em pleno horário de funcionamento, com os empregados a postos e alguns clientes presentes. Maiores de idade, mental-

mente são, e, logo, imputáveis, os réus dispunham da potencialidade de agirem de conformidade com o direito, respeitando o patrimônio alheio. Agindo de modo diverso, incidiram suas condutas na eiva de reprovabilidade. Os apelantes Mauro e Humberto Rocha de Moraes são reincidentes em crime doloso, por isso possuidores de maus antecedentes, má conduta social e personalidade voltada para a criminalidade. Como esses conceitos se confundem com o de reincidência, serão atendidos, relativamente a esses réus, na segunda fase da dosimetria da pena. Paulo Ronaldo Salenave revela maus antecedentes, péssima conduta social e personalidade deformada, voltada para o cometimento de prática delitiva. Os motivos que levaram os réus à prática do crime foram egoísticos, informados pelo desejo da obtenção de dinheiro fácil. As circunstâncias da infração revelam intensa insensibilidade moral dos apelantes em relação ao patrimônio e à segurança alheios, enquanto que as consequências do delito revestiram-se de acentuada gravidade, eis que ocorrido em comunidade ordeira, tendo as vítimas sofrido inegável abalo psíquico. Finalmente, e quanto ao comportamento das vítimas, de asseverar não ter concorrido para a antijurídica conduta dos réus.

Nessa conformidade, atendidos os elementos do artigo 59 do Código Penal, acima analisados, fixa-se a pena-base para o apelante Paulo Ronaldo Salenave em 5 (cinco) anos de reclusão. Inocorrem quaisquer agravantes legais. Militando, porém, em seu favor a atenuante da confissão espontânea (CP, art. 65, III, d), reduz-se a reprimenda em 6 (seis) me-

ses, totalizando 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses. Na terceira fase dosimétrica compõem as causas de especial aumento configuradas nos incisos I e II, do § 2º, do artigo 157 do Estatuto Repressivo Penal, e limitando-se a um só aumento (CP, artigo 68 e respectivo parágrafo único), acresce-se a pena de 1/3 (uma terça) parte, isto é, em 1 (um) ano e 6 (seis) meses, quantificada a reprimenda definitiva em 6 (seis) anos de reclusão.

A pena de multa-tipo fica estabelecida basicamente em 15 (quinze) dias-multa, cada dia no seu valor mínimo legal, acrescida de 1/3 (uma terça) parte, isto é, de 5 (cinco) dias-multa, totalizando 20 (vinte) dias-multa, em face da presença das causas de especial aumento acima referidas.

A reprimenda corporal deverá ser cumprida no regime semi-aberto.

Em face dos essenciais do mencionado artigo 59 do Código Penal, a pena-base do apelante Mauro Rodiberto Salenave fica ajustada em 5 (cinco) anos de reclusão, acrescida de 6 (seis) meses, em virtude da comparência da agravante da reincidência (art. 61, I, do CP, fls. 225), totalizando 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses, diminuída, no entanto, de 6 (seis) meses, somando 5 (cinco) anos, à vista da presença da atenuante da confissão espontânea (CP, art. 65, III, d). Na terceira fase da dosimetria concorrem contra o apelante as causas de especial aumento previstas nos incisos I e II do § 2º do artigo 157 do Código Penal, e limitando-se a um só aumento (CP, artigo 68 e respectivo parágrafo único), acresce-se a reprimenda de 1/3 (uma terça) parte, isto é, de 1 (um) ano e 8 (oito) meses, quantificada a

pena definitivamente em 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão.

A pena pecuniária-tipo fica estabelecida basicamente em 15 (quinze) dias-multa, cada dia no seu valor mínimo legal, acrescida de 1/3 (uma terça) parte, isto é, de 5 (cinco) dias-multa, somando 20 (vinte) dias-multa, em face da presença das causas de especial aumento acima referidas.

A pena reclusiva deverá ser cumprida no regime inicialmente fechado, em virtude da reincidência.

Ainda e com fundamento nos elementos do artigo 59 do Código Penal, fica a pena-base do apelante Humberto Rocha de Moraes estabelecida em 5 (cinco) anos de reclusão, acrescida na segunda fase de 6 (seis) meses, em virtude da presença da agravante da reincidência (CP, artigo 61, I, fls. 224), totalizando 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses. Inocorrem quaisquer atenuantes legais. Todavia, militando na terceira fase da dosimetria, em desfavor do réu as causas de especial aumento previstas nos incisos I e II do § 2º do artigo 157 do Código Penal, e limitando-se a um só aumento (CP, artigo 68 e respectivo parágrafo único), acresce-se a reprimenda de 1/3 (uma terça) parte, isto é, de 1 (um)

ano e 10 (dez) meses, quantificada a pena definitiva em 7 (sete) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

A pena de multa-tipo fica ajustada basicamente em 15 (quinze) dias-multa, cada dia no seu valor mínimo legal, acrescida de 1/3 (uma terça) parte, isto é, de 5 (cinco) dias-multa, somando a pena pecuniária 20 (vinte) dias-multa, ante o comparecimento das causas de especial aumento acima referidas.

A pena reclusiva será cumprida inicialmente em regime fechado, em face da reincidência.

Ante o exposto, dá-se provimento parcial aos recursos, tão-somente para adequar as penas irrogadas.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Álvaro Wandelli e Jorge Mussi. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Hipólito Luiz Piazza.

Florianópolis, 13 de outubro de 1998.

José Roberge,
Presidente;
Alberto Costa,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.000243-8, DA CAPITAL

Relator: Des. Amaral e Silva

Penal e processual — Extorsão — Grave ameaça — Ausência de prova — Princípio do in dubio pro reo — Estelionato — Cheque de terceiro — Absolvição — Recursos providos — Precedentes jurisprudenciais.

A extorsão exige grave ameaça, ou seja, atos idôneos à incapacidade de defesa ou de oposição por parte da vítima, que, intimida, faz, tolera que se faça ou deixa de fazer alguma coisa.

Sem fraude ou lesão patrimonial, não se cogita de estelionato.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.000243-8, da comarca da Capital, em que são apelantes Edson Dias de Jesus e Lindomar Vanderlei de Oliveira, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento aos recursos, para absolver os apelantes do crime de extorsão, com fulcro no art. 386, VI, do CPP, e do de estelionato, com fundamento no art. 386, III, do CPP.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Edson Dias de Jesus e Lindomar Vanderlei de Oliveira foram denunciados como incurso nas sanções dos arts. 158, § 1º, e 171, caput, c/c o art. 14, II, do Código Penal.

Segundo a vestibular:

“Infere-se dos presentes autos que os denunciados Edson Dias de Jesus e Lindomar Vanderlei de Oliveira, no dia 15 de maio de 1997, por volta das 21 horas, se acercaram da vítima R. N. F. na Rua Almirante Lamego, no centro desta Cidade, nas proximidades do Corpo de Bombeiros, o qual pretendia ir a uma farmácia, pedindo-lhe que lhes desse R\$ 10,00 (dez reais).

“Esclarecendo aos denunciados que não trazia dinheiro consigo,

mas somente cheque, foi instado a adentrar em um estabelecimento comercial e preencher um cheque no valor de R\$ 50,00 (cinquenta reais), trocando-o por moeda corrente para que fosse a eles entregue.

“Amedrontada, a vítima, até porque um dos denunciados vinha fumando um ‘baseado’, tratando-se aquela rua de uma via mal iluminada e de pouca circulação de pedestres, foi entrando em todos os estabelecimentos comerciais abertos, sempre na tentativa de trocar o cheque para poder liberar-se dos denunciados, oportunidades em que era alertado de que se fizesse qualquer coisa errada poderia ocorrer vingança, pois rondavam sempre a região.

“Não conseguindo trocar o cheque, quando já alcançavam a Pizza Hut, na Av. Otton Gama D’Eça, os denunciados a obrigaram a assinar o cheque n. 229381, da sua conta corrente junto ao Bamerindus da praça de Laguna, no valor de R\$50,00 (cinquenta reais), do mesmo se apossando, ameaçando a vítima de represálias caso avisasse a polícia.

“A única providência da vítima foi avisar sua mãe, por telefone, na cidade de Laguna.

“Já por volta da 1 hora do dia 16 de maio em curso, os denunciados foram ter ao Restaurante Roma, na Av. Hercílio Luz, 655, no centro desta Cidade, onde, após fazerem uma refeição, tentaram pagar as despesas com

o referido cheque, dizendo que só queriam R\$ 5,00 (cinco reais) de troco. O cheque não foi aceito pelo proprietário, que desconfiado da sua procedência ilícita, chamou a polícia, sendo os denunciados presos”.

Regularmente processados, resultaram condenados: Edson Dias de Jesus, à pena de 6 (seis) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime semi-aberto, e ao pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, no valor mínimo, como infrator dos arts. 158, § 1º, e 171, caput, c/c o art. 69, todos do CP; Lindomar Vanderlei de Oliveira, à pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime semi-aberto, e ao pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, por infração aos arts. 158, § 1º, e 171, § 1º, c/c o art. 69, todos do CP.

Recorrem Edson Dias de Jesus e Lindomar Vanderlei de Oliveira.

Edson Dias de Jesus alega, em síntese, que a extorsão não restou comprovada, pois a respeito existe apenas o depoimento da vítima; que a utilização do cheque absorveria a extorsão, porquanto o estelionato seria o crime fim; que o que houve foi mera tentativa de estelionato, em face da recusa do recebimento do cheque; que, por se tratar de réu primário e de pequeno valor o prejuízo, deve ser reconhecido o estelionato privilegiado.

Lindomar Vanderlei de Oliveira pede absolvição do crime do art. 158 do CP, haja vista que não houve violência física ou grave ameaça; alternativamente, a desclassificação para a contravenção de perturbação da tranquilidade.

O Dr. Promotor de Justiça contra-arrazoou os recursos, alegando,

também em resumo, que os crimes restaram comprovados, devendo, apenas, ser reconhecido ao apelante Edson Dias de Jesus o privilégio do § 1º do art. 171 do Estatuto Repressivo.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo desprovimento.

Os recursos seguiram os trâmites legais.

II — Voto

1 — A extorsão não restou suficientemente comprovada.

O simples temor da vítima, por si só, não caracteriza como grave a ameaça, que, para configurar a extorsão, deve ser relevante e considerável.

O adolescente R. N. F., por não possuir R\$ 10,00 em dinheiro, para dar aos apelantes, os acompanhou a vários bares na tentativa de conseguir trocar cheque no valor de R\$ 50,00 (cinquenta reais).

Não obtendo êxito, entregou a cártula.

Na Delegacia, informou:

“que, na noite de ontem, o declarante saiu de casa por volta das 21 horas, sozinho, para ir até uma farmácia, pois estava com inflamação na garganta; que, em frente ao Corpo de Bombeiros, ainda na rua onde o declarante reside, ou seja, na rua Almirante Lamego, foi abordado pelos dois conduzidos, os quais, em atitudes suspeitas, solicitaram ao declarante que lhes entregasse a importância de dez reais; que, o declarante informa que nenhum deles estava armado ou foi agressivo, contudo, só a situação de estarem ambos mal vestidos, um deles inclusi-

ve fumando um baseado, em uma rua escura e deserta, representou ao declarante uma clara ameaça, sendo que o declarante achou por bem em não reagir e entregar o dinheiro a eles, temendo o que os mesmos pudessem fazer" (fls. 23/24).

Em Juízo, ratificou versão extrajudicial (fls. 59).

Edson Dias de Jesus, em Juízo, disse que a vítima entregou o cheque.

Lindomar Vanderlei Oliveira, no auto de prisão em flagrante e em Juízo, manifestou-se apenas sobre o crime de estelionato.

Observo como única prova da grave ameaça a palavra da vítima, adolescente de 16 anos de idade, que não reside com os pais, possuindo conta corrente e talão de cheques, circunstâncias que demonstram não ser inexperiente, não havendo elementos de convicção de que estivesse, mesmo, seriamente intimidado.

O fato de os apelantes estarem mal vestidos, em uma rua dita escura e deserta, acarreta dúvida quanto ao meio intimidativo, requisito essencial à caracterização do crime.

Além disso, a vítima esteve em vários lugares movimentados, em contato separado com terceiros, com ampla possibilidade de recorrer à polícia.

Sobre a grave ameaça, explica João Roberto Parizatto:

"Como exige o próprio Código Penal na conceituação do crime de roubo, a ameaça deve ser grave. Vale ressaltar, assim, que, se a ameaça feita pelo agente contra a vítima for inoperante ou tornar-se não intimidati-

va, não haverá lugar para tal figura penal. Ameaça de um bêbado (JTACrimSP 98/281), expressão de simples palavras, desacompanhadas de gestos ameaçadores (JTACrimSP 86/358) (...) e superioridade numérica (JTACrimSP 90/281), por si, não podem servir para caracterizar grave ameaça.

"Não é qualquer gesto com característica de violência, ou de ameaça, que classifica de roubo a subtração ilícita. Essa transmutação é, apenas, resultado de proceder que acarreta na vítima incapacidade de defesa ou de oposição, seja por temor, seja por insuficiência física para tanto (JTACrimSP 90/330).

"(...)

"A configuração de ser ou não grave ameaça deve ser verificada pelas condições pessoais do sujeito passivo, tais como sexo, idade, complexão física, entre outras (BMJ 82/14). A gravidade da ameaça deve ser apreciada de conformidade com as condições peculiares da vítima (JTACrimSP 80/386 e 89/41)" (in *Dos Crimes contra o Patrimônio*, São Paulo, Saraiva, 1995, págs. 42/43).

Nesse sentido, já decidiu esta egrégia Corte:

"Extorsão — Art. 158 do Código Penal — Ausência de prova segura do constrangimento decorrente da suposta grave ameaça que teria sido dirigida à vítima — Aplicação do princípio in dubio pro reo — Absolvição mantida.

"A condenação exige demonstração segura da autoria e da materialidade da infração penal. Havendo incerteza, o que equivale à ausência de prova, aplica-se o clássico princí-

pio in dubio pro reo” (Ap. Crim. n. 97.015243-4, da Capital, rel. Des. Paulo Gallotti).

Do voto:

“A teor do art. 158 do Código Penal, pratica o crime de extorsão aquele que ‘constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa’.

“A propósito, Luiz Regis Prado e Cezar Roberto Bitencourt asseveram que ‘a conduta tipificada é constranger (coagir, obrigar), mediante violência (física, real) ou grave ameaça (vis compulsiva, violência moral). A finalidade do constrangimento é obter indevida vantagem econômica, para si ou para outrem’ (Código Penal Anotado, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997, pág. 586).

“Na espécie, muito embora existam fortes indícios de que o apela-do tenha se aproximado da vítima com o objetivo de auferir vantagem econômica, ao que parece, não foram utilizados meios capazes de suprimir a vontade do ofendido, de forma a anular completamente sua resistência”.

No mesmo sentido, anotaram Alberto Silva Franco e outros:

“A superioridade numérica, por si só, não constitui grave ameaça ou meio que impeça a vítima de resistir’ (TACrimSP — AC — rel. Hélio de Freitas — JUTACrim 90/281).

‘Para que se configure a grave ameaça, é preciso que ela seja séria e efetiva, a fim de impedir que as vítimas resistam, sendo certo que, a sim-

ples ordem de entrega de objetos, ainda que aliada ao número de agentes, não se mostra bastante e suficiente para configurar o crime de roubo’ (TACrimSP — AC — rel. Passos de Freitas — RJD 23/298)” (in Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, vol. 1, t. II, 6ª ed., São Paulo, RT, 1997, pág. 2.469).

Em síntese: Na extorsão, embora a palavra da vítima mereça crédito, não basta para convencer da grave ameaça, que tem de ser examinada de acordo com as particularidades de cada caso.

2 — Não se caracterizou o estelionato.

Os réus, após jantarem, utilizaram o cheque preenchido pelo adolescente R. N. F. para pagar a despesa.

José Carlos da Silva, gerente do restaurante, afirma que não recebeu a cambial por ser de terceiro, chamando a polícia diante da insistência dos apelantes:

“Que no dia dos fatos estava na gerência da pizzaria Roma quando os dois denunciados entraram e serviram-se na janta; que no momento de saldar as despesas apresentaram cheque de terceiros; que o depoente disse que não recebia cheque de terceiros, inclusive teria que voltar troco; que então o elemento de cor negra insistia que o declarante desse pelo menos R\$ 5,00 de troco; que o dito elemento encontrava-se perfeitamente sóbrio; que o declarante então, desconfiado, resolveu acionar a polícia; que ainda os elementos tentaram entrar em contato via telefone celular com o dono do cheque, porém não conseguiram” (fls. 61).

Para a configuração do estelionato é necessário:

1º) o emprego, pelo agente, de artifício, ardid ou qualquer outro meio fraudulento;

2º) induzimento ou manutenção da vítima em erro;

3º) obtenção de vantagem patrimonial ilícita pelo agente;

4º) prejuízo alheio.

O cheque tinha fundos, circunstância que descaracteriza o estelionato pela inexistência de ardid ou fraude, capazes de induzirem a erro.

Se o comerciante não foi enganado, se os apelantes não se utilizaram de qualquer ardid capaz de induzir a vítima em erro, não se cogita de estelionato, devendo ser absolvidos com base no inciso III do art. 386 do CPP.

“Para se configurar o delito de estelionato, torna-se indispensável a concorrência de dois requisitos: fraude e lesão patrimonial. Inexistindo um dos requisitos configuradores, o delito resta incompleto’ (TACrimSP — AC — rel. Renê Ricupero — RT 719/463)”

(Alberto Silva Franco e outros, in op. cit., pág. 2.672).

3 — Pelo exposto, dou provimento aos recursos, para absolver os apelantes do crime de extorsão, com fulcro no art. 386, VI, do CPP, e do de estelionato, com fulcro no art. 386, III, do CPP.

III — Decisão

Acompanharam o voto do relator, deram provimento aos recursos, para absolver os apelantes do crime de extorsão, com fulcro no art. 386, VI, do CPP, e do de estelionato, com fulcro no art. 386, III, do CPP.

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. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 30 de março de 1999.

Amaral e Silva,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.001788-5, DE LEBON RÉGIS

Relator: Des. Amaral e Silva

Penal e processual — Corrupção ativa — Confissão judicial — Prova emprestada — Recurso ministerial provido — Precedentes jurisprudenciais.

Quem promete ou dá quantia em dinheiro a guarda rodoviário, visando isentar-se de multa, pratica corrupção ativa, sujeitando-se às sanções do artigo 333 do Código Penal.

A prova emprestada autoriza a condenação, desde que aliada a indícios e circunstâncias.

Hipótese em que o acusado confessou haver oferecido, por solicitação do policial militar, vantagem indevida para não ser multado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.001788-5, da comarca de Lebon Régis, em que é apelante a Justiça, por seu Promotor, sendo apelado Sérgio da Silva:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Sérgio da Silva foi denunciado por infração ao art. 333, parágrafo único, do Código Penal.

Segundo a vestibular:

“No dia 9 de fevereiro de 1993, por volta das 17 horas, o denunciado trafegava pela Rodovia SC 302, no veículo Ford Pampa, placa LA 2111 de Lages/SC. Ao passar pelo Posto da Polícia Estadual de Lebon Régis/SC, nesta Comarca, fora abordado pelo Sr. Luiz Revaí de Oliveira, que prestava serviço naquele local, sendo, na oportunidade, constatado, por este, que o mesmo encontrava-se sem a devida documentação.

“Ato contínuo, verificada a irregularidade, ciente de que lhe era cabível aplicação de multa compatível com a respectiva infração, o denunciado ofereceu vantagem pecuniária ao funcionário, no intuito de corrompê-lo, motivando-o a determinar-se indevidamente, omitindo-se da prática de ato inerente ao seu ofício”.

Devidamente processado, foi absolvido com fulcro no art. 386, VI, do Código de Processo Penal.

Alega o Dr. Promotor, em síntese, que há prova suficiente da corrupção ativa, diante da confissão, segundo a qual, em face do pagamento de propina ao guarda rodoviário, o apelante logrou não ser multado, convencendo as declarações no processo administrativo, em que o apelado admitiu a prática delituosa.

Também, em resumo, diz o apelado que a r. sentença deve ser mantida pelos próprios e jurídicos fundamentos.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça é pelo conhecimento e provimento do apelo.

O recurso seguiu os trâmites legais.

II — Voto

1 — Com razão o zeloso Órgão do Ministério Público .

Há prova suficiente da corrupção ativa.

Além da confissão em Juízo, na qual o apelado admitiu haver pago propina, policiais confirmaram que ele subornou o guarda Luiz Revaí de Oliveira, logrando livrar-se da multa.

As declarações do apelado, no inquérito policial militar (fls. 13, 16, 20/22), são coerentes e convencem da corrupção:

“que no dia 9/2/93 viajava de Lages a Caçador com uma Ford Pam-

pa placa LA 2111 de Lages SC, de propriedade de seu pai Sr. Raimundo Pedro da Silva, quando passava pelo posto da Polícia Rodoviária Estadual de Lebon Régis, por volta das 17 horas, foi abordado por um Patrulheiro, o qual constatou que o declarante estava sem os documentos do veículo; neste momento o Patrulheiro começou a se ‘amarrar’ e dizer que aquela multa seria bastante grande, ou seja, por volta de um milhão e meio de cruzeiros, momento em que o declarante ofereceu Cr\$100.000,00 (cem mil cruzeiros) para o Patrulheiro, o que foi aceito de imediato, sendo que o declarante foi liberado, seguindo sua viagem” (fls. 16)

Em Juízo, confirmou:

“que, o policial continuou insistindo que a multa sairia caro, oportunidade em que, em face da insistência do policial, o interrogando disse: ‘o que tu queres? Dinheiro. Eu não tenho dinheiro para te dar’. Que, após dizer estas palavras o interrogando colocou a mão na carteira e mostrou ao policial que somente possuía dez ou quinze mil cruzeiros; que, nesta oportunidade o policial disse: ‘assim está bom’, pegando em seguida a referida importância” (fls. 82)

A versão encontra respaldo na acareação (fls. 14) e no auto de reconhecimento (fls. 23), realizados no processo crime contra o PM Luiz Revaí de Oliveira.

Pacífico o entendimento desta egrégia Corte:

“Corrupção ativa — Autoria e materialidade comprovadas — Delito configurado — Condenação mantida. Recurso desprovido.

“O oferecimento de vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a não praticar ato de ofício, configura o delito de corrupção ativa” (Ap. Crim. n. 28.663, de Itajaí, rel. Des. Genésio Nolli).

“Corrupção ativa — Oferecimento de dinheiro a policial em serviço de trânsito, com apreensão da quantia ofertada — Dolo específico ocorrente — Sentença confirmada.

“Pratica o crime de corrupção ativa quem, atuado em infração de trânsito, oferece dinheiro ao policial notificante no pleno exercício de suas atribuições, com o firme propósito de livrar-se do pagamento da multa imposta” (Ap. Crim. n. 32.838, de Itajaí, rel. Des. Aloysio de Almeida Gonçalves).

“O crime de corrupção ativa é um crime formal, que se consuma com a mera oferta ou promessa, cabendo fazer prova inequívoca de que tal oferta não ocorreu. Não o fazendo, inegável a caracterização do delito” (Ap. Crim. n. 31.030, de Blumenau, rel. Des. Solon d’Eça Neves).

No mesmo sentido, anotaram Alberto Silva Franco e outros:

“Pratica o delito de corrupção ativa quem oferece certa importância em dinheiro a funcionário incumbido da fiscalização do trânsito com o propósito de levá-lo a omitir o ato de autuação pela falta cometida’ (TJRS — AC — rel. Ladislau Fernando Röhnelt — RT 569/376)”.

“A corrupção ativa consiste em oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício. A lei não distingue se a oferta ou promessa se faz por suges-

tão ou solicitação do funcionário' (TJSP — HC — rel. Dante Busana — RT 684/316)" (in Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, vol. 1, t. II, 6ª ed., São Paulo, RT, 1997, págs. 3.735/3.736).

De qualquer modo a defesa não apontou motivo que justificasse a retratação das declarações prestadas pelo apelado no processo crime contra o PM, sendo irrelevante o fato de haver a sugestão ou solicitação do funcionário público relativamente à propina.

Caracterizou-se a causa de especial aumento de pena do parágrafo único do art. 333 do CP, porquanto o apelado, ao oferecer vantagem indevida, não foi multado.

Do parecer do culto Procurador de Justiça Dr. Jorge Orofino da Luz Fontes:

"Bem analisados os autos do processo criminal, temos que o recurso acusatório é de ser conhecido e provido, determinando-se a condenação de Sérgio da Silva nas reprimendas do art. 333 do Código Penal, com aplicação da causa especial de aumento de pena prevista em seu único parágrafo.

"Ocorre que a investigação do fato criminoso somente teve início porque o próprio acusado, ora apelante, afirmou em uma blitz ocorrida na cidade de Ponte Alta, que anteriormente havia pago certa quantia para um patrulheiro rodoviário estadual, fato acontecido na cidade de Lebon Régis. E que, ainda, tal pagamento se deu para que não fosse lavrado auto de infração às leis de trânsito.

"Nesse sentido foram suas declarações de fls. 13, sustentadas pelo

termo de acareação de fls. 14 e reforçadas pelo termo de declaração de fls. 16.

"Em todos estes momentos, sem qualquer constrangimento e, inclusive, na frente do policial que recebeu a vantagem indevida, o apelado confirmou que ofereceu Cr\$ 100.000,00 (cem mil cruzeiros) para o patrulheiro Luiz Revaí de Oliveira para que este não o multasse, o que acabou por acontecer, sendo ele liberado sem a consignação de qualquer infração de trânsito.

"Quando interrogado nestes autos, ainda que de forma velada e em claro posicionamento defensivo, Sérgio da Silva confirmou a ocorrência dos fatos, embora buscando o caminho da absolvição, querendo fazer crer que a iniciativa do pagamento da propina partiu do policial militar, somente ele concordando com a ação devido à insistência do funcionário castrense.

"Como se vê, a existência do fato não é negada, devendo assim prevalecer aqueles primeiros depoimentos por ele prestados em que assumiu o pólo ativo do delito, oferecendo vantagem indevida a funcionário público no intuito de que este se omitisse da prática de ato de ofício.

"Como bem elucidado através das decisões colacionadas nas razões do apelo, a lei não distingue se a oferta ou promessa de vantagem se faz, ou não, por sugestão ou solicitação do funcionário. Havendo proposta, pagamento e conseqüente omissão, o crime não só está consumado, como também exaurido, incidindo a regra prevista no parágrafo único do art. 333 do Código Penal".

2 — Sintetizando:

O apelado confessou o pagamento de propina a Luiz Revaí de Oliveira. Além disso, prestou declarações no processo crime contra o policial militar, confirmando a corrupção ativa e a não aplicação da multa.

3 — Dou provimento ao recurso para condenar o apelado nas sanções do artigo 333, parágrafo único, do Código Penal.

Passo à aplicação da reprimenda:

Sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, fixo a pena-base no mínimo, ou seja, 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa, no valor mínimo.

Reconheço a atenuante da confissão espontânea, mas deixo de aplicá-la, por já estar a reprimenda no mínimo.

Inexistem agravantes.

Ausentes causas de especial diminuição, mas presente a qualificadora, elevo a pena em um terço, nos termos do parágrafo único do art. 333 do CP, concretizando-a em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, mínimo legal.

Regime aberto.

Preenchidos os pressupostos do art. 44 do CP, com nova redação dada pela Lei n. 9.714/98, substituo a pena privativa de liberdade pelas penas restritivas de direito de prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas e limitação de fim de semana, nos termos do art. 44, § 2º, do Estatuto Repressivo, a serem disciplinadas em Primeiro Grau.

4 — Pelo exposto, dou provimento ao recurso para condenar o apelado nas sanções do parágrafo único do art. 333 do CP.

III — Decisão

Acompanharam o voto do relator. Deram provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Genésio Nollí e Paulo Gallotti. Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Jorge Orofino da Luz Fontes.

Florianópolis, 6 de abril de 1999.

Amaral e Silva,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.002284-6, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

Relator: Des. Amaral e Silva

Penal — Uso de documento falso — Carteira Nacional de Habilitação — Delito configurado — Precedentes jurisprudenciais.

Quem dirige veículo portando habilitação falsa, utiliza o documento em sua destinação específica, pelo que incide no tipo do artigo 304 do Código Penal.

Aquele que compra Carteira Nacional de Habilitação, deixando de submeter-se a exames, não pode alegar o desconhecimento da falsidade do documento.

“A exibição da carteira, assim, ainda que solicitada, é fato posterior à consumação” (STJ).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.002284-6, da comarca de Balneário Camboriú, em que é apelante João Pedro Valério, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

João Pedro Valério e Júlio Dionísio foram denunciados. O primeiro, como incurso nas sanções do art. 304, caput, do Código Penal e o segundo, nas sanções do art. 297, caput, do referido diploma repressivo.

Segundo a vestibular:

“No mês de novembro de 1994, nesta Cidade e Comarca, o denunciado Júlio falsificou, no todo, uma Carteira Nacional de Habilitação, a qual, conforme Laudo Pericial em anexo, não possui as características especiais do papel e de segurança, como possuem os autênticos. O denunciado João Pedro, pela quantia de R\$ 120,00 (cento e vinte reais), adquiriu referida carteira do denunciado Júlio, passando a fazer uso da mesma, quando, em 16 de maio de 1995, ao ser abordado por Policiais Rodoviários Federais, na BR 101, Meia Praia, Ita-

pema/SC, teve o documento apreendido”.

Regularmente processados, João Pedro Valério foi condenado à pena de 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, no mínimo legal, em regime aberto, com base no art. 304, caput, do Código Penal. Foi concedido o benefício do sursis.

Júlio Dionísio da Silva restou condenado à pena de 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 10 (dez) dias-multa, em regime fechado, por infração ao art. 297, caput, e art. 61 do Código Penal.

Descontente com a r. sentença, João Pedro Valério interpôs apelo, objetivando ser absolvido com base na falta de caracterização do crime por ausência do uso da CNH e desconhecimento da falsidade da carteira.

Alega o Ministério Público que a sentença deve ser mantida pelos próprios e jurídicos fundamentos.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento e provimento parcial do apelo para conceder o sursis.

O recurso seguiu os trâmites legais.

II — Voto

1 — O crime restou configurado.

A Carteira Nacional de Habilitação foi utilizada como verdadeira. O

rêu empregou o documento em sua finalidade, ou seja, para conduzir veículo automotor, tanto que a exibiu aos guardas rodoviários.

Damáσιο E. de Jesus explica:

“A conduta punível consiste em fazer uso de documento falso como se fosse verdadeiro. Assim, incrimina-se o uso de documento público ou particular material ou ideologicamente falso, de documento com falso reconhecimento de firma ou letra, de atestado, certidão ou atestado médico falsos.

“Usar documento falso significa empregá-lo em sua finalidade probatória especial, i. e., empregá-lo como prova do fato de importância jurídica a que diz respeito, como se fosse verdadeiro” (in *Direito Penal, Parte Especial*, vol. 4, 10ª ed., São Paulo, Saraiva, 1988, págs. 73/74).

Comentando o uso da CNH falsa:

“Dirigir veículo portando carteira de habilitação falsificada.

“Configura o delito, uma vez que somente com esse documento está o motorista autorizado a dirigir (STF, RECrIm n. 117.810, DJU, 31 mar. 1989, pág. 4.334; STJ, RCH n. 2.082, 6ª Turma, DJU, 8 set. 1992, pág. 14.373)” (in *Código Penal Anotado*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1994, pág. 784).

Heleno Cláudio Fragoso confirma:

“Há uso, no dizer de Antolisei (*‘Manuale’*, 505), quando o documento é utilizado para o fim a que serviria se não fosse falso. A esse conceito restrito, alguns autores contrapõem uma noção mais ampla, segundo a qual basta, para reconhecer-se o uso,

que o documento saia da esfera de atividade pessoal do agente, iniciando com outras pessoas relações que produzem conseqüências jurídicas” (in *Lições de Direito Penal, Parte Especial*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981, pág. 371).

2 — Data venia da esforçada defesa, a simples exibição da CNH, inclusive por ordem da autoridade, caracteriza o crime, confirmando o elemento subjetivo, posto que evidencia vontade livre e consciente de fazer uso do documento sabidamente falso.

Além disso, bastaria dirigir o veículo portando o documento.

Esclareceu o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, no Recurso Especial n. 51.915-2/SP:

“A Carteira Nacional de Habilitação é documento necessário à legal condução de veículo automotor, na via pública.

“O motorista, quando dirige o carro, no local mencionado, está obrigado por ordenamento jurídico, imposto pelo Estado.

“Assim, entre ambos, forma-se relação jurídica, cuja causa é o fato histórico — dirigir, sem a devida habilitação, veículo na via pública. Obrigação decorrente do Código Nacional de Trânsito.

“Nesses termos, a consumação do crime do art. 304 se dá no instante em que o motorista, portando a Habilitação falsa, dirige o carro, na via pública.

“Urge não confundir consumação e descoberta da consumação. A primeira pode ocorrer sem a segunda.

“A exibição da carteira, assim, ainda que solicitada, é fato posterior à

consumação. O uso era evidente. Completara, aliás, todas as exigências normativas" (RSTJ 66/450).

"Falsidade documental — Uso de documento falso — Carteira Nacional de Habilitação — Caracterização — Porte que equivale ao uso.

"Ementa da Redação: Dirigindo o veículo e portando habilitação que se apura falsa, já está empregando-a em sua destinação específica, pois o porte é legalmente obrigatório, subsumindo-se sua conduta ao tipo penal" (TJSP — Ap. n. 163.867-3/7 — rel. Des. Vito Guglielmi — j. 11/1/96, RT 727/469).

"Falsidade documental — Uso de documento falso — Carteira Nacional de Habilitação falsa — Exibição — Desnecessidade — Simples porte — Crime caracterizado — Prescrição da pretensão punitiva — Inteligência do art. 304 do CP.

"O porte da falsificada Carteira Nacional de Habilitação pelo motorista, por si só, caracteriza o uso, independentemente de exibição espontânea ou por determinação do agente da autoridade" (TJSP — Ap. n. 118.470-3/0 — rel. Des. Luiz Pantaleão — j. 17/5/93 — RT 697/281, op. cit.).

"Documento falso — Carteira Nacional de Habilitação. Uso. Solicitação por autoridade.

"Por força do Código Nacional de Trânsito, o simples portar a Carteira de Habilitação já implica em uso em potencial" (STJ — REsp. n. 4.655/SP — rel. Min. Edson Vidigal — DJU 22/10/90, op. cit.).

3 — O apelante não poderia desconhecer a falsidade.

Quem paga para obter CNH, sem efetuar teste ou, mesmo, comparecer perante a autoridade, tem todas as condições de saber da ilicitude do ato.

O réu confirmou:

"Que então foi orientado por amigos que em Balneário Camboriú tinha um senhor que fazia a referida carteira; que então procurou o mesmo para fazer a referida; que no mês de novembro pagou então para o referido senhor a quantia de R\$ 120,00 (cento e vinte reais)" (fls. 14).

É o que basta para convencer da intenção criminosa.

A respeito vale transcrever do voto do Desembargador Luiz Pantaleão do egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo:

"Contra o motorista que não se submete a exames regulares teóricos e práticos perante a autoridade de trânsito, milita a presunção de que conhece a falsidade da Carteira Nacional de Habilitação que usa" (Ap. n. 118.099-3/7) (RT 697/281).

"Crime contra a fé pública — Uso de documento falso — Exibição, à fiscalização policial, de Carteira Nacional de Habilitação cuja falsidade foi reconhecida no ato — Configuração do delito, uma vez que o fato de portar a carteira já caracteriza o uso — Hipótese em que, diante das circunstâncias, não há como afastar o dolo genérico — Inteligência e aplicação do art. 304 do CP.

"Ementa Oficial: Criminal. Uso de documento falso. Carteira Nacional de Habilitação adquirida sem prestação dos exames necessários e com assinatura falsa. Irrecusável o dolo

genérico, não sendo aceitável a escusa de que o desvio dos agentes da administração pública na expedição de carteiras de habilitação falsas dá margem a que se tenha como verdadeiras as Carteiras adquiridas sem o atendimento das exigências legais" (STF — RE n. 117.810-8/PR — rel. Min. Carlos Madeira — j. 28/2/89 — DJU 31/3/89 — RT 647/385).

"Uso de documento falso — Carteira Nacional de Habilitação para dirigir veículos — Condenação.

"(...)

"3. O dolo não decorre de afirmação do agente e extrai-se da cena geral, como os demais elementos do tipo. Pagar pela Carteira e não submeter-se a nenhum exame é segura indicação de ciência e vontade de comprar documento público que não pode ser desse modo fornecido" (TJPR — Ap. Crim. n. 32.696-3 — rel. Des. Lui Viel — j. 16/3/95 in *Juris Síntese* 1).

4 — Com razão o culto Procurador de Justiça Dr. Maurílio Moreira Leite. A segunda condição do sursis, imposta ao réu, de recolher-se até as 23h30min, não é adequada.

O apelante não possui condição financeira estável. A decisão elimina as possibilidades de trabalho noturno.

Outro ponto desfavorável é que o recolhimento em hora certa interfere no direito de ir e vir.

"Não há condicionar o benefício do sursis a recolhimento em hora certa, pena, inclusive, de interferir no direito

de ir e vir do beneficiado' (TACrimSP — AC — rel. Geraldo Pinheiro — JUTACrim 47/301).

'A condição ('recolher-se diariamente no máximo até as 23 horas'), se não guarda relação com o acontecido, e limita as possibilidades de emprego do sentenciado por vedar-lhe, praticamente, o trabalho noturno, e por isso deve ser cancelada' (TACrimSP — AC n. 262.795 — rel. Ercílio Sampaio)" (in *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, vol. 1, t. I, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, pág. 1.315).

Em síntese, excluo a segunda condição do sursis, por entendê-la não adequada.

5 — Relego ao Juízo da Execução o exame das condições de substituição previstas na Lei n. 9.174/98.

6 — Pelo exposto, nego provimento.

III — Decisão

Acompanharam o voto do relator. Negaram provimento.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Paulo Gallotti e Souza Varella. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Maurílio Moreira Leite.

Florianópolis, 30 de março de 1999.

Amaral e Silva,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.004613-3, DA CAPITAL**Relator: Des. Amaral e Silva**

Penal e processual — Tráfico de entorpecentes — Prova — Depoimento de policiais — Validade — Delito configurado — Pena — Substituição por restritivas de direitos — Inviabilidade no caso — Pena pecuniária — Valor do dia-multa — Adequação — Sentença condenatória mantida — Recurso desprovido.

Em regra, no tráfico de drogas é inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, visto que a providência não se demonstra suficiente à prevenção e à repressão de delitos de tal gravidade.

O benefício, salvo casos excepcionalíssimos, poderia incentivar a verdadeira onda de crimes dessa natureza, que a resposta penal visa prevenir e reprimir.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.004613-3, da comarca da Capital, em que é apelante Rosângela Maria Inácio, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso e, de ofício, ajustar o valor do dia-multa para o mínimo legal previsto no art. 38 da Lei n. 6.368/76.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Rosângela Maria Inácio foi denunciada como incurso nas sanções do art. 12 da Lei n. 6.368/76.

Consta da exordial:

“Inferese dos presentes autos de prisão em flagrante, que no dia 9 de dezembro do ano em curso (1998),

policiais civis da especializada antitóxicos, da Deic, que haviam recebido a informação, de que o meliante Juarez Galvão Ribeiro, na Servidão Lucas, Rio Vermelho, neste Município, estava comercializando drogas ilícitas, foram ter ao local e, por volta das 22h30min, acabaram prendendo o mesmo e a sua esposa, oportunidade em que ele delatou a ora denunciada, Rosângela Maria Inácio, como pessoa dada ao comércio ilegal de cocaína, na região. Por isso, aproveitaram para localizar a denunciada, o fazendo em um bar daquela localidade, oportunidade em que a mesma foi instada a lhes entregar a droga que possuía, tendo ela os levado até a casa de irmão seu, onde este, por orientação dela, entregou aos policiais uma caixa do medicamento Pacemol, que lá mantinha guardada, no interior da qual havia 13 (treze) papéletes de cocaína, embalados para a comercialização. Em face disso, recebeu voz de prisão em flagrante. Prosseguindo na

diligência, foi revistada a casa da denunciada, em cujo interior foram encontrados guardados mais 3 (três) papélotes da mesma substância, já embalados para o comércio ilegal.

“A substância apreendida é cocaína, segundo o Laudo de Constatação de fls. 8, pesando cerca de 8,7g (oito gramas e sete decigramas), sendo considerada capaz de produzir dependência física e/ou psíquica a quem dela fizer uso, consoante as Portarias 28/86, da Dimed/MS e 344, de 12/5/98, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, sendo, por isso, ilegal a sua posse, guarda, transporte, e bem assim a sua comercialização e uso, no território brasileiro”.

Devidamente processada, restou condenada à pena de 3 (três) anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 50 (cinquenta) dias - multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, por infração ao art. 12 da Lei n. 6.368/76.

Alega a apelante, em resumo, que não há prova da comercialização. Reconhecendo ser usuária esporádica, pleiteia a desclassificação do tráfico para o uso próprio. Alternativamente, a substituição da pena por reprimenda restritiva de direitos de acordo com a Lei n. 9.714/98.

Também em síntese, diz o Dr. Promotor que a r. sentença deve ser mantida pelos próprios e jurídicos fundamentos.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça é pelo conhecimento e desprovimento do apelo.

O recurso seguiu os trâmites legais.

II — Voto

1 — O tráfico restou comprovado.

A materialidade está devidamente comprovada pelo Auto de Apreensão (fls. 10) e pela Constatação Provisória (fls. 11) que atesta ser cocaína a substância encontrada nos papélotes, definindo seu peso em 8,7 gramas, e Laudo de Exame Toxicológico (fls. 66/69), que confirma a natureza do material e redefine o seu peso para 7,0 gramas.

À prova técnica somam-se as declarações incriminadoras dos policiais que realizaram o flagrante.

Nada obstante a acusada ter silenciado quando da lavratura do Auto de Prisão em Flagrante, e de haver admitido no interrogatório a posse de apenas 5 (cinco) papélotes, argumentando mantê-los para utilizá-los nas festas de final de ano, o tráfico exsurge incontestável ante a prova testemunhal, apontando-a como traficante.

Carlos Eugênio Ávila Arruda, policial civil lotado na Deic, detalhadamente, esclareceu:

“que participou da diligência narrada na denúncia; que ao efetuar a prisão de Juarez, este lhes disse que sua vizinha, a acusada, seria sua ‘patroa’; que esclarece que a expressão patroa significa a pessoa que repassa a droga para ser vendida; que Juarez lhe informou onde a acusada morava, o que por coincidência era ao lado da casa dele; que a esposa de Juarez, Luciana, mostrou aos policiais o local onde a acusada costumava frequentar e vender drogas; que o bar indicado, onde a acusada foi encontrada, se localiza próximo à casa da

acusada; que o depoente foi até o Bar e dirigiu-se à acusada, identificando-se como policial civil; que o depoente passou a conversar com a acusada dizendo que já tinha informações de que ela comercializava drogas e indagou o local onde ela guardava as mesmas; que não fez nenhuma pressão física sobre a acusada; que a acusada falou para o depoente que a droga estava guardada na casa de seus pais, e pediu para que o depoente a acompanhasse até lá para não fazer muito alarde; que o depoente seguiu juntamente com a acusada e mais dois policiais civis até a casa dos pais dela, onde então a ré bateu na janela do irmão que estava dormindo e pediu sua caixa de remédios; que dentro da caixa foram encontrados 13 papélotes de cocaína; que os papélotes estavam prontos para revenda; que depois disso, deu voz de prisão para a acusada e se dirigiram até a casa dela; que a acusada autorizou a entrada dos policiais em sua residência; que os policiais efetuaram uma revista superficial na casa da acusada, tendo o comissário Gilmar encontrado dentro do espelho do banheiro mais três papélotes de cocaína; que além da droga apreendida não foi encontrado nenhum outro objeto relacionado ao tráfico de entorpecentes; (...) que já tinha ouvido notícias acerca do envolvimento da acusada com o tráfico de drogas, mas não a conhecia pessoalmente. (...) que segundo a informação que lhe foi dada por Juarez e Luciana, a droga era vendida pela acusada no Bar e em casa; (...) que dentro da casa havia iluminação artificial, mas a revista foi apenas superficial porque achavam que a droga estava guardada fora da casa onde era escuro e não

havia condições de se realizar a busca" (fls. 84/85).

Os depoimentos dos outros policiais foram coerentes e harmônicos com o relato do companheiro:

Hamilton Valentin da Silveira disse:

"que no dia dos fatos efetuaram a prisão de Juarez, por estar traficando drogas no Rio Vermelho, momento em que este contou para os policiais que a acusada, sua vizinha, vendia cocaína no Rio Vermelho; (...) que dentro da caixa (de remédios) foram encontrados 13 papélotes de cocaína; (...) que a acusada permitiu a entrada dos policiais na casa, abrindo a porta; que dentro da casa foi efetuada uma revista, sendo encontrados pelo policial Gilmar três papélotes de cocaína no espelho do banheiro; (...) que havia informações de que existia droga guardada nos fundos da casa, mas por ser muito escuro não foi feita a busca; que já tinham ouvido notícias de que uma loira chamada Rosangela passava drogas no Rio Vermelho" (fls. 80/81).

O policial Gilmar Abelardo Vicente Júnior asseverou:

"que após a prisão de Juarez, este disse para sua esposa Luciana entregar a acusada; (...) que o policial Arruda pegou a caixa (de remédios) e encontrou no seu interior 13 papélotes de cocaína; que o depoente viu os papélotes, os quais estavam prontos para a comercialização; neste momento foi dada voz de prisão para a acusada tendo os policiais se dirigido até a casa dela, onde após efetuarem uma revista, o depoente encontrou dentro do espelho do banheiro mais 3 papélotes de cocaína, embalados e prontos para a venda; (...) que já tinha ouvido diver-

sas denúncias de que a acusada estaria comercializando drogas no Rio Vermelho” (fls. 86).

Ressalte-se que os policiais foram ouvidos em Juízo, prestando compromisso legal, sem qualquer alegação de má-fé ou falsidade.

É cediço que os depoimentos de policiais merecem fé como o de qualquer outra testemunha, sendo praticamente uníssona a jurisprudência nesse sentido:

“Prova criminal — Depoimento de policiais que participaram da prisão de indivíduo portador de entorpecente — Validade — Inexistência de interesse dos militares na incriminação do preso, a quem não conheciam — Condenação mantida — Inteligência do art. 207 do CPP” (TJSP — Ap. n. 30.194-3 — rel. Des. Cunha Camargo — j. 3/9/1984, RT 591/313).

“Crime contra a saúde pública — Prova — Condenação baseada no depoimento de policiais que efetuaram a prisão do acusado — Admissibilidade — Versão amparada no conjunto probatório dos autos — Inexistência de má-fé ou abuso de poder.

“Sedimentado na jurisprudência predominante que o testemunho de policiais quanto aos atos de diligências, prisão e apreensão devem merecer credibilidade desde que não evidenciados sua má-fé ou abuso de poder, encontrando sua versão amparo no conjunto probatório dos autos” (TJPR — Ap. n. 298/86 — rel. Des. Henrique César — j. 16/10/1986, RT 619/329).

Nesta Corte:

“O testemunho de policial não pode ser rejeitado só por sua condi-

ção funcional; quando coerente, firme e consoante com os demais elementos carreados aos autos, serve como elemento para embasar decreto condenatório” (Ap. Crim. n. 96.001739-9, de Araranguá, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

“Em sede de prova penal queda majoritário o entendimento de que os policiais não estão impedidos de depor sobre fatos de cujo conhecimento tomaram em decorrência de diligências que participaram, dando-se ao testemunho, no caso concreto, o valor que, como qualquer depoimento merecer, tendo, portanto, peso probatório” (Ap. Crim. n. 32.718, de Criciúma, rel. Des. Alberto Costa).

Por outro lado, irrelevante que a acusada, ao ser presa, não estivesse portando ou comercializando drogas.

Para o crime do art. 12 da Lei n. 6.368/76, é prescindível que o agente seja flagrado no momento da comercialização. O depósito ou guarda do entorpecente, cuja destinação comercial é comprovada por circunstâncias e indícios, basta à configuração do delito.

Como já se explicitou, a apelante foi indicada como fornecedora de drogas e, localizada, entregou à polícia o tóxico em condições que indicam que se destinava à comercialização. De qualquer modo, mantinha em depósito entorpecentes.

Anotaram Alberto Silva Franco e outros:

“O crime de tráfico ilícito de entorpecente não exige o dolo específico, contentando-se, entre outras, com a conduta típica de ‘ter em depósito, sem autorização’ (STF — HC n.

70.344 — rel. Paulo Brossard — RTJ 149/521)" (in *Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial*, vol. 2, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, pág. 993).

"Para a caracterização do tráfico de entorpecente, irrelevante se torna o fato de que o infrator não foi colhido no próprio ato da venda da mercadoria proibida.

'Ademais, esse delito é de caráter permanente, consumando-se com a detenção do tóxico pelo agente para comercialização' (TJSP — AC n. 172.503-3/8 — rel. Jarbas Mazzoni — RT 714/357 e JTJ 170/288)" (op. cit., pág. 979).

"Em tema de entorpecente, a conduta de ter em depósito, sem autorização legal ou regulamentar, a droga proibida, basta para integrar a figura criminosa do tráfico ilícito.

'Vender, em tema de entorpecente, é uma das condutas típicas, e não *condictio sine qua non* de delito de tráfico ilícito.

'Caracteriza o delito de tráfico ilícito de substância entorpecente, pela inexigibilidade do dolo específico, a conduta típica e exclusiva de ter em depósito, sem autorização legal ou regulamentar, drogas proibidas' (TJRJ — Agr n. 10/94 — rel. Enéas Machado Cotta — RDTJRJ 24/307)" (op. cit., pág. 980).

Independente da quantidade da droga, a maneira em que foi encontrada, distribuída em dezesseis invólucros plásticos vulgarmente conhecidos como "papelotes", indica que se destinava à comercialização, fato que, somado às informações que a apelante traficava, leva à certeza da prática do crime do artigo 12.

Como consequência lógica, o pedido desclassificatório para o do art. 16 da Lei n. 6.368/76 é de todo improcedente.

"É inteiramente procedente a ação penal que atribui infração ao art. 12 da Lei n. 6.368/76 ao agente preso em flagrante na posse ilícita de substância tóxica, acondicionada em invólucros plásticos, em pequenas quantidades, sendo inadmissível a desclassificação para o art. 16 da referida lei, se não foi produzida prova idônea para evidenciar a finalidade exclusiva de uso próprio, especialmente quando os elementos probatórios tendem a convencer que o réu dedicava-se à venda da droga, caracterizando a traficância' (TAPR — AC n. 84.521-4 — rel. Luiz César de Oliveira — RT 733/683)." (op. cit., pág. 980).

"A divisão do entorpecente em diversos pacotinhos, guardados na residência do apelante, induz que se destinavam a ser repassados a terceiros, caracterizando-se, assim, o delito previsto no art. 12 da Lei n. 6.368/76' (TJAC — AC n. 342/92 — rel. Francisco das Chagas Praça — RTJE 109/277)" (op. cit., pág. 991).

"Não há falar em desclassificação do delito de tráfico para o de porte de entorpecente, para uso próprio, se está provado que o réu portava determinada quantidade de maconha, acondicionada em diversos pacotinhos, com a finalidade exclusiva de destiná-los à venda" (TJMG — Ap. Crim. n. 21.032 — rel. Des. Edelberto Santiago — j. 1º/12/1988, apud Vieira, João. "O Magistrado e a Lei Antitóxicos", Rio de Janeiro, Forense, 1992, pág.110).

Do nosso Tribunal:

“Se a análise das diretrizes contidas no art. 37 da Lei de Tóxicos aponta infração ao art. 12, tendo em vista a divisão da droga apreendida em pequenos saquinhos e a imputação insuspeita dos policiais, não se pode acolher a alegação de insuficiência de provas para a condenação, bem como o pedido de desclassificação para o crime de uso” (Ap. Crim. n. 98.015051-5, de Itajaí, rel. Des. Paulo Gallotti).

Ainda:

“Sendo o réu surpreendido na posse de considerável quantidade de cocaína, devidamente acondicionada em pacotinhos, pronta para a venda e distribuição no mercado dos usuários e viciados, em continuação à atividade que já vinha se desenvolvendo há algum tempo, não se pode falar em guarda para consumo próprio, com a conseqüente desclassificação para o delito previsto no artigo 16 da Lei n. 6.368/76, mas sim em tráfico ilícito” (Ap. Crim. n. 97.004499-2, de Balneário Camboriú, rel. Des. José Roberge).

2 — Quanto a dosimetria, merece pequeno reparo a sentença no tocante ao valor do dia-multa. É que o referido valor foi estabelecido de acordo com a disciplina do Código Penal e nos delitos previstos pela Lei de Tóxicos, incide o artigo 38.

Nesse sentido:

“A fixação do valor do dia-multa em sede de delitos de tóxicos segue os parâmetros do artigo 38, §§ 1º e 3º, da Lei n. 6.368/76 (lei especial) e não a sistemática dos artigos 49 e 60, caput, do Código Penal” (Ap. Crim. n. 32.087, da Capital, rel. Des. Alberto Costa).

3 — Data venia das respeitáveis opiniões em contrário, em regra, os benefícios da Lei n. 9.714/98 não devem ser estendidos à narcotraficância.

Seguindo a moderna tendência de opção pelas alternativas à privação de liberdade, a Lei n. 9.714/98 reservou o encarceramento às hipóteses mais graves, o que atende aos princípios da boa política criminal.

Consta da nova redação do art. 44 e seus incisos, do Código Penal:

“Art. 44 — As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

“I — aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;

“II — o réu não for reincidente em crime doloso;

“III — a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente”.

Simplex exegese literal ensejaria ter-se como obrigatória a substituição em todos os casos em que a pena cominada não ultrapassasse quatro anos.

Não nos parece ser essa a melhor interpretação.

A exegese sistemática, harmonizando as novas disposições com sistema jurídico penal e a interpretação histórica dos motivos que levaram a introdução das alternativas, conven-

cem da necessidade de cautela quando se cogita do tráfico de drogas.

Victor Eduardo Rios Gonçalves argumenta em interessante artigo intitulado "O Âmbito de Incidência da Lei n. 9.714/98 (Penas Alternativas)":

"Apesar de a pena mínima cominada para esses ilícitos ser de três anos, parece-nos absolutamente inviável a aplicação dos benefícios da nova lei aos traficantes. Com efeito, existe lei especial tratando do tema, qual seja, a Lei n. 8.072/90 que, em seu art. 2º, § 1º, estabelece o cumprimento integral da pena em regime fechado para os crimes hediondos, tráfico de entorpecentes e terrorismo. As novas regras são genéricas e, portanto, não podem se sobrepor à lei especial que é expressa a respeito do assunto. Como substituir a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, se existe lei dispondo o cumprimento integral em regime fechado? Ademais, chega a ser extremamente estranho que o juiz imponha uma pena substitutiva ao traficante e, caso este descumpra a pena imposta, seja revogado o benefício e tenha ele de cumprir a pena privativa de liberdade no sistema integralmente fechado.

"Este, entretanto, não é o único argumento. Com efeito, o art. 44, III, do CP (com a nova redação) somente permite a aplicação das penas substitutivas quando, dentre outros requisitos, a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias do crime indicarem que essa substituição seja suficiente. Ora, admitir a aplicação da pena substitutiva ao traficante significa ignorar que ele comete o delito apenas em busca de lucros financeiros, sem qualquer pu-

dor em relação a toda gama de malefícios que traz à sociedade. O traficante, de grande ou de pequeno porte (já que os esforços se unem para que o tóxico chegue ao destinatário final), é um dos responsáveis diretos pela onda de crimes que avassala o País: chacinas cometidas quase que diariamente na luta por pontos de venda do entorpecente, a corrupção tomando proporções inimagináveis, jovens praticando toda sorte de crimes patrimoniais para obtenção de recursos visando à aquisição da droga, crianças atuando como intermediários do tóxico etc. Além disso, não podemos esquecer os malefícios que a droga traz para a saúde e para a própria vida do usuário, seja ele viciado ou não.

"Por todos esses motivos, parece-nos que a substituição por pena restritiva de direitos não é medida suficiente para a repressão e prevenção do crime, de tal sorte que o traficante não se amolda no mencionado art. 44, III, do CP" (in Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais — IBCCrim n. 75 — fevereiro/1999 — pág. V).

Saliento, ainda, que o constituinte equiparou o tráfico de entorpecentes aos crimes hediondos (art. 5º, XLIII), dando tratamento mais rigoroso do que aos demais delitos, circunstância que tornaria o crime incompatível com as alternativas, reservadas aos delitos de menor gravidade.

Na Exposição de Motivos do Projeto de Lei n. 689, de 18/12/96, de autoria do Ministro Nelson Jobim:

"Mas, se infelizmente não temos, ainda, condições de suprimir por inteiro a pena privativa de liberdade, caminhamos a passos cada vez mais

largos para o entendimento de que a prisão deve ser reservada para os agentes de crimes graves e cuja periculosidade recomende seu isolamento do seio social. Para os crimes de menor gravidade, a melhor solução consiste em impor restrições aos direitos do condenado, mas sem retirá-lo do convívio social. Sua conduta criminosa não ficará impune, cumprindo, assim, os desígnios da prevenção especial e da prevenção geral. Mas a execução da pena não o estigmatizará de forma tão brutal como a prisão, antes permitirá, de forma bem mais rápida e efetiva, sua integração social. Nessa linha de pensamento é que se propõe, no projeto, a ampliação das alternativas à pena de prisão” (grifei) (apud Martins, Jorge Henrique Schaefer. “Penas Alternativas”, Curitiba, 1999, págs. 18/19).

Em que pese a possibilidade de alterar o ponto de vista, principalmente com fundamento no artigo 12 do Estatuto Repressivo, pois as alterações ocorreram na parte geral do Código e a Lei dos Crimes Hediondos é uma Lei Especial, fixando um regime de cumprimento de penas incompatível com as substituições, tenho que, em casos peculiares, com base no artigo 59 do Código, seja possível conceder o benefício.

Na espécie, em que pese ser favorável a dosimetria da pena, as circunstâncias indicam que a substituição não exsurge suficiente à prevenção e repressão do crime.

Embora primária, a recorrente fornecia drogas a outros traficantes e era conhecida como traficante.

A pouca quantidade entregue, data venia, por si só, não enseja certeza moral da inexistência de sérios riscos à sociedade decorrentes da repercussão da branda resposta pela prática delituosa.

Convencido, ao menos no momento, de que é possível a substituição, mas que o caso não se enquadra nas hipóteses excepcionalíssimas em que a medida seja suficiente à prevenção e repressão da hedionda prática, mantenho a reclusão e o respectivo regime.

4 — Pelo exposto, nego provimento ao recurso, adequando, de ofício, o valor do dia-multa para o mínimo legal previsto no art. 38 da Lei n. 6.368/76.

III — Decisão

Acompanharam o voto do relator. Negaram provimento ao recurso e, de ofício, adequaram o valor do dia-multa para o mínimo legal previsto no art. 38 da Lei n. 6.368/76.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Genésio Nollí e Paulo Gallotti. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 27 de abril de 1999.

*Amaral e Silva,
Presidente e Relator.*

APELAÇÃO CRIMINAL N. 98.010529-3, DE TIMBÓ**Relator: Des. Álvaro Wandelli**

Apelação criminal. Tráfico de entorpecentes. Réu flagrado com pequena quantidade de drogas, mas que nunca forneceu drogas a terceiros. Prévio acerto do agente com colega de vício. Mera cogitatio insuficiente para lastrear condenação no artigo 12 da Lei Anti-tóxicos. Prisão ocorrida antes da consumação da transação, realizada por indução dos policiais militares. Pretensão desclassificatória procedente. Recurso provido. Adequação da pena.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 98.010529-3, da comarca de Timbó, em que é apelante André Almeida, sendo apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento ao recurso para desclassificar o delito para o do artigo 16 da Lei n. 6.368/76, aplicando-se a pena de 6 (seis) meses de detenção e pagamento de 20 (vinte) dias-multa, substituindo-se a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, declarando-se extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, nos termos dos arts. 109, inciso VI, e 110, §§ 1º e 2º, do Código Penal.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Timbó, o representante do Ministério Público denunciou André Almeida por infração ao disposto no artigo 12 da Lei n. 6.368/76, por que:

“No dia 9 de março de 1996, por volta das 21 horas, a guarnição da polícia militar foi alertada de que na Rua Belém havia um elemento, cuja descrição foi fornecida, em atitude

suspeita, rondando a região. Incontinenti a viatura dirigiu-se para o local e, não encontrando o indivíduo, vasculhou nas proximidades, logrando encontrar o acusado já perambulando pela Rua Aristiliano Ramos. Ao se aproximarem, este tentou desfazer-se de uma sacola de plástico de cor branca. Recolhido o invólucro e examinado seu conteúdo, os policiais constataram tratar-se de um torrão de maconha com peso de 197 gramas.

“Indagado a respeito dos fatos, o denunciado alegou que houvera comprado a droga na cidade de Itajaí, pela quantia de R\$ 100,00 e que assim o fez, para atender a uma encomenda que lhe havia sido feita pelo menor O. L. P., a quem, ainda naquela noite, entregaria a droga, num local previamente combinado.

“Seguindo as determinações da polícia, e acompanhado desta, o denunciado seguiu para Rio dos Cedros e depositou a maconha no local pactuado (sob uma pedra ao lado da lançonete central). A polícia ficou no local, disfarçadamente, aguardando. Posteriormente, lograram deter o menor consumidor, quando este tentava apoderar-se da substância entorpecente.

“Somente para o menor consumidor, esta é a segunda oportunidade em que o denunciado vende maconha” (fls. 2/3).

O processo seguiu os seus trâmites, restando condenado, ao final, por infração ao art.12, caput, da Lei n. 6.368/76, à pena de 3 (três) anos de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo.

Inconformado com o teor da prestação jurisdicional desfavorável, o acusado apelou, alegando, em síntese, não ser traficante, e requerendo a desclassificação do delito.

Contra-arrazoado o apelo, foram os autos remetidos à douta Procuradoria-Geral de Justiça que opinou, em parecer da lavra do Dr. Paulo Huáscar Viana, pelo conhecimento e provimento parcial do recurso para desclassificar o delito para o do artigo 16 da Lei Antitóxicos.

É o relatório.

Em que pese a digna e bem-lançada sentença prolatada pelo Magistrado a quo, o pedido defensivo é procedente.

A materialidade do delito restou comprovada pelo laudo provisório de constatação (fls. 10) e pericial (fls.49).

Também é incontestável a posse da droga pelo apelante, pois, além de ter sido preso com a substância ilícita sob seu domínio (autos de prisão em flagrante — fls. 5/7), o réu confessou, na fase policial, que era usuário de drogas e ratificou em Juízo essas assertivas.

Ademais, nas próprias razões de apelação é admitida a condição de usuário de drogas (fls. 244), sendo clamada a desclassificação da conduta realizada pelo agente, sob o fundamento que este nunca foi narcotraficante, mas sim mero escravo do vício.

Aduz, ainda, a nobre defesa que o réu, após ter sido libertado pelo habeas corpus concedido (fls. 185/187), conseguiu reabilitar-se e obter emprego fixo (comprovantes às fls. 205/214), com o qual sustenta sua família.

Diante disso, a quaestio se resume na correta classificação da conduta realizada pelo réu.

Prefacialmente, cumpre ressaltar que o dispositivo no qual o apelante foi condenado pelo Juízo a quo (art. 12 da Lei n. 6.368/76) possui 18 núcleos do tipo, dentre eles adquirir, vender e trazer consigo, indicando as diversas condutas que, isoladas ou em conjunto, configuram o crime de tráfico de drogas.

Por outro lado, nesta mesma norma, no seu artigo 16, estão tipificadas algumas destas mesmas condutas, tais como adquirir, guardar e trazer consigo, o que, numa análise perfunctória, poderia provocar certa perplexidade.

Ocorre que tais normas destinam-se a sujeitos distintos, o traficante e o usuário, aplicando penas mais severas ao agente que fornece entorpecentes a outrem e com isso favorece a propagação dos males que tais substâncias provocam à sociedade.

Por outro lado, comina-se pena mais branda a quem é mero consumidor de drogas, pois este, apesar de oferecer perigo abstrato à coletividade,

de, é, ao mesmo tempo, uma vítima do vício que o uso de tais entorpecentes provoca.

Assim, a correta diferenciação destes delitos é de vital importância para a justa aplicação da medida repressiva adequada à conduta realizada, porquanto, ao mesmo tempo que existe grande similitude entre os tipos penais dos artigos 12 e 16, as penas ali prescritas têm graus de severidade completamente diversas.

Nesses termos, a destinação específica do entorpecente surge como o elemento diferenciador entre os dispositivos citados, e dela decorre o montante da sanção penal a ser aplicada.

Por outro lado, como bem salienta o doutrinador Damásio de Jesus, “a cogitação que não constitui fato punível é a que não se projeta no mundo exterior (in Direito Penal, volume I, 14^a ed., São Paulo, Saraiva, 1990, pág. 285), e, portanto, torna-se necessária a demonstração, por fatos objetivos, que as substâncias ilícitas não se destinavam ao consumo próprio, mas sim ao de terceiros.

Nesse mesmo rumo, já escreveu o doutrinador Maurício Antônio Ribeiro Lopes, ao analisar a relação entre os princípios da Insignificância e da Lesividade no âmbito do Direito Penal:

“Isto não quer dizer que o Direito Penal não se interessa pela atitude interna do homem. Antes da perspectiva da culpabilidade encontraremos esse interesse no dolo (isto é, na consciência e vontade do autor acerca da conduta objetiva proibida), bem como em intenções, motivos e certos estados especiais de ânimo. Em qual-

quer hipótese, todavia, é imprescindível que a atitude interna esteja nitidamente associada a uma conduta externa” (Princípio da Insignificância no Direito Penal, São Paulo, RT, 1997, pág. 80) (grifei).

Cumpra destacar, ainda, que a correta caracterização dos crimes supracitados deve ser realizada com a observância das circunstâncias enumeradas no art. 37 da referida norma, dentre elas a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local e as condições de desenvolvimento da ação delitiva e a prévia conduta e antecedentes do agente.

Diante de todas estas considerações, não se pode furtar à conclusão que a dúvida sobre a finalidade da posse da substância entorpecente deve ser resolvida pela aplicação do princípio *in dubio pro reo*, como, aliás, já é o entendimento da jurisprudência, pois é medida adequada a “desclassificação delitual para o art. 16 da Lei n. 6.368/76, quando inexistente qualquer prova de que a droga se destinasse à traficância ou a consumo de terceiro. A dúvida milita em favor do réu, presumindo-se que se destinava a uso próprio” (TJRS — AC — rel. Manoel Celeste dos Santos — RJTJRS 7/85).

Por tudo isso, torna-se necessária e imprescindível a comprovação da narcotraficância de forma absoluta e plena no caso em exame.

Extrai-se dos autos que o apelante era usuário de drogas e detinha a substância ilícita com intuito de repassá-la, mas que não chegou a fazê-lo por vontade própria.

Consta, ainda, que tal prática era, para ele, inédita, porquanto o réu nunca forneceu drogas a outrem, ten-

do sido aquela a primeira vez que compraria drogas para outra pessoa.

Foi afirmado pelo acusado que ele sempre comprava a droga para si, sendo esta a primeira vez que traria a substância ilícita para outrem, inexistindo nenhuma prova objetiva nos autos do processo que indicasse o contrário.

Na verdade, colhe-se do depoimento judicial daquele que seria o potencial cliente do acusado:

“Esta foi a primeira vez que o acusado trouxe maconha para o depoente de Itajaí, sendo que nunca havia cedido maconha ao depoente anteriormente. O depoente nunca havia consumido droga em companhia do acusado (...) O depoente nunca soube que o acusado tivesse trazido drogas desse município para alguém ou mesmo de outro lugar” (fls. 81) (grifei).

Os depoimentos de Osvaldino Volandi (fls. 85) e Cinira Maria Rope-latto (fls. 83) afirmaram que o acusado nunca foi conhecido por usar ou traficar drogas, que estava desempregado e com um filho recém-nascido.

Da mesma forma, os policiais Ângelo Arlindo Zucchi (fls. 78), Joaquim Novaes (fls. 79) e Jonas de Souza (fls. 80) afirmaram que desconheciam qualquer atividade ilícita anterior do apelante.

Infere-se, ainda, que, embora são e penalmente responsável, o acusado era vítima do vício decorrente do uso daquelas substâncias, eis que, na época dos fatos, o acusado afirmou “consegue passar alguns dias, talvez três a quatro dias sem consumir drogas, uma vez que passado este período começa a ficar nervoso” (fls. 26).

Certo é que tal fato não elide a conduta do agente, nem se constitui em excludente de criminalidade ou punibilidade, mas, aliado às demais circunstâncias do caso, torna inquestionável que o acusado, num momento de infelicidade, foi tentado à narcotráfica, visando, unicamente, à satisfação de seu vício.

Contudo, o exame detalhado dos autos revela que tal situação não chegou a consumir-se, pois as provas trazidas ao processo demonstram que o agente tinha a intenção de repassar as drogas, mas não chegou a fazê-lo por vontade própria, pois o único ato exterior e objetivo que poderia demonstrar a destinação de drogas a terceiros é o flagrante, mas este está elidido de nulidade, pois se trata de situação de flagrante preparado.

Com efeito, os depoimentos colhidos na fase de instrução demonstram que o réu “por determinação dos policiais acabou colocando a substância entorpecente no local combinado” (fls. 26).

Sublinhe-se, ainda, os depoimentos dos próprios membros da corporação militar que declararam “foi então que o depoente entrou em contato com outros dois policiais, Jonas e Prade, os quais, à paisana, se dirigiram até o local indicado pelo denunciado, colocando num outro pacote, digo, um outro pacote (que não o da droga) no mesmo local que o acusado havia previamente acertado com o comprador de drogas” (fls. 78).

O conjunto dessas assertivas demonstra que o réu não chegou a consumir a conduta mercantil, pois a transação acertada somente veio a ocorrer com a participação, estímulo e

auxílio dos membros da corporação militar.

Não custa lembrar o clássico exemplo no qual o agente que é surpreendido armando emboscada e portando uma arma comete simples atos preparatórios, e se estes não são puníveis por si só, então não há crime nem tampouco sanção penal a ser aplicada.

É certo que “a mera cogitatio não basta para configurar o conatus” (TJSP — AC — rel. Marino Falcão — RT 605/287 e RJTJSP 98/426), mesmo porque “o simples fato de tencionar alguém adquirir substância entorpecente e pôr-se aos aprestos, sem, contudo, dar início à transação delituosa, não ultrapassa a zona cinzenta dos atos preparatórios, indiferentes sob o ponto de vista repressivo penal” (TACrimSP — AC — rel. Alexandre Lourenço — RT 515/392).

Colhe-se, ainda, da jurisprudência pátria:

“A mera cogitatio do agente, a simples intenção de traficar tóxico que traz consigo, não é elemento bastante para configurar o delito previsto no artigo 12 da Lei n. 6.368/76” (TJSP — AC 41.117-3 — Rel. Jarbas Mazzoni — RT 610/336).

E, espancando a questão, destaca-se o expressivo aresto:

“Simples propósito de comercialização da substância proibida não basta ao reconhecimento da traficância, pena de impor ao agente um seríssimo gravame tão-só por eventual intenção, suprimindo-se do Código Penal os institutos do arrependimento eficaz e de desistência voluntária” (TACrimSP — AC — rel. Costa Mendes — JUTACrim 51/203).

Dessa forma, incorrendo atos exteriores que denotem a destinação das drogas a terceiros, a indução à prática de tais ações é hipótese que configura o flagrante preparado, que, nos termos da Súmula 145 da Suprema Corte, é crime impossível.

Por conseguinte, a única conduta plenamente comprovada é a posse de drogas para uso próprio, e por ela deve o apelante sofrer a sanção penal.

Em caso semelhante ao que agora é analisado, esta Corte já decidiu:

“Crime contra a Saúde Pública — Absolvição — Sentença que considerou hipótese de flagrante preparado — Recurso do Ministério Público, objetivando a condenação no art. 12, caput, da Lei n. 6.368/76 — Impossibilidade — Condenação por uso (art. 16 da Lei n. 6.368/76) que se impõe. O fato de alguém ser induzido à prática de crime apenas com o fim de conseguir-se a sua prisão em flagrante, torna possível a incidência da Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal: ‘Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação’. A ação típica praticada pelo apelado, qual seja, a de trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente, é precedente ao flagrante e consumada anteriormente à provocação realizada pelos policiais, o que dá ensejo à condenação nas sanções do art.16 da Lei Antitóxicos” (Ap. Crim. n. 97.007980-0, de Santa Cecília, rel. Des. Álvaro Wandelli, j. em 30 de outubro de 1997) (grifei).

Por esses motivos, o delito deve ser desclassificado para o previsto

no artigo 16 da Lei n. 6.368/76, e, mantida a análise das circunstâncias judiciais elaborada pelo Magistrado a quo, fixa-se a pena-base em 6 (seis) meses de detenção e 20 (vinte) dias-multa, tornada definitiva ante a ausência de atenuantes, agravantes, e causas de especial aumento ou diminuição da pena.

Atendendo aos critérios determinados pelo artigo 38, § 2º, da Lei n. 6.368/76, o valor unitário do dia multa é fixado em R\$ 0,48 (quarenta e oito centavos).

Quanto à aplicação da Lei n. 9.714, de 25/11/98, em vigor, poderia ser requerida no Juízo da Execução, para a substituição da pena corporal por restritiva de direitos, na forma do art. 46, § 3º, do referido diploma legal, consoante vem decidindo esta Câmara.

Contudo, depreende-se do exame dos autos que decorreram 2 anos, 2 meses e 15 dias entre o recebimento da denúncia (13 de março de 1996) e a publicação da sentença condenatória (28 de maio de 1998), configurando, portanto, a prescrição da pretensão punitiva, eis que as penas impostas têm como lapso prescricional o prazo de dois anos, conforme dita o artigo 109, VI, do Código Penal.

Em face da alteração da pena imposta, deve ser declarada extinta

a punibilidade do agente, porquanto entre o recebimento da denúncia (13/3/96 — fls. 2) e a publicação da sentença condenatória (28/5/98 — fls. 223v.) decorreu mais de 2 (dois) anos, nos termos dos arts. 109, inciso VI, e 110, §§ 1º e 2º do Código Penal.

Por todo exposto, decide a Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento ao recurso para desclassificar o delito para o do artigo 16 da Lei n. 6.368/76, aplicando-se a pena de 6 (seis) meses de detenção e pagamento de 20 (vinte) dias -multa, substituindo-se a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, declarando-se extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, nos termos dos arts. 109, inciso VI, e 110, §§ 1º e 2º, do Código Penal.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jorge Mussi, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Huáscar Vianna.

Florianópolis, 15 de dezembro de 1998.

José Roberge,
Presidente com voto;
Álvaro Wandelli,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 98.012886-2, DE JOAÇABA

Relator: Des. Álvaro Wandelli

Crime contra a Saúde Pública.

Recurso ministerial colimando a condenação da acusada nas infrações do art. 12 da Lei n. 6.368/76 — Absolvição em Primeira

Instância — Mulher de preso que levava maconha para fornecer ao companheiro no presídio — Graves ameaças — Inexigibilidade de conduta diversa diante das circunstâncias.

A absolvição deve ser mantida, se restou sobejamente comprovado nos autos que a companheira de preso viciado não poderia ter agido de forma diferente, diante das ameaças, levando-se em conta que “as condições de resistibilidade ou não da ameaça devem ser examinadas concretamente, diante das condições psicológicas do ameaçado” (JUTACrim 49/387) que, por ser humano, sente medo, independentemente de sexo e força física.

Absolvição mantida.

Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 98.012886-2, da comarca de Joaçaba (1ª Vara/Infância e Juventude e Registros Públicos), em que é apelante a Justiça Pública, por seu Promotor, sendo apelada Gilmara Aparecida da Costa:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer e negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Joaçaba, Gilmara Aparecida da Costa foi denunciada como incurso nas sanções do art. 12 da Lei n. 6.368/76, por que:

“No dia 6 de julho de 1996, por volta das 14 horas, a denunciada compareceu no presídio local a fim de levar mantimentos para seu amásio Marcelo da Silva Medeiros, que se encontra recluso neste ergástulo.

“Ao ser procedida uma revista nos víveres, foi constatado que a denunciada trazia consigo, escondido

dentro de um pastel, para fornecer a seu amásio, para que este a consumisse no interior do presídio, cerca de 2 (duas) gramas de maconha, substância entorpecente causadora de dependência física e psíquica, envolta em plástico de cor branca (termo de apreensão de fls.11)” (fls. 2/3).

Concluída a instrução criminal, restou condenada ao cumprimento da pena de 3 (três) anos de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 60 (sessenta) dias-multa, cada dia no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente na época dos fatos, por infração ao art. 12 da Lei Antitóxicos.

Inconformada, apelou, arguindo, em preliminar, a nulidade da sentença, por ausência de fundamentação acerca das teses defensivas e, no mérito, a absolvição, sob o argumento de que agiu sob coação.

Processado o recurso, esta Segunda Câmara Criminal, por unanimidade, decidiu dar provimento parcial ao apelo para anular o processo a partir da sentença, inclusive.

Na nova decisão prolatada, o Magistrado sentenciante acolheu a tese da coação moral irresistível, absolvendo Gilmara Aparecida da Costa.

Inconformado, apelou o representante do Ministério Público, colimando a condenação de Gilmara Aparecida da Costa nos termos do art. 12 da Lei de Entorpecentes, ao argumento de inexistência de provas de que Gilmara agira sob o manto da excludente da coação moral irresistível.

Com as contra-razões, manifestou-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Maurílio Moreira Leite, pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Data venia do entendimento do douto parecerista, o recurso não deve ser provido, porquanto há nos autos provas suficientes de coação.

A autoria é confessada pela apelada nas duas fases procedimentais (fls. 8/9 e 27v.), nas quais assume que preparou os pastéis, dos quais um deles contendo maconha para ser entregue a Marcelo da Silva Medeiros, seu companheiro, no presídio, circunstância que em momento algum contestou.

O fato é que sua conduta, pelo que se infere dos elementos probatórios, evidencia que, com medo das inúmeras ameaças por parte de Marcelo — caso não lhe fornecesse a maconha solicitada —, atendeu aos seus pedidos, culminando com sua prisão.

Com efeito, extrai-se do interrogatório da apelada:

“Foi a interroganda quem preparou e levou para o presídio os pastéis tendo acondicionado em um deles

a maconha encontrada por ocasião da revista; que assim procedeu a pedido de seu companheiro Marcelo da Silva Medeiros que se encontra recolhido no presídio local; que Marcelo é viciado em drogas; que seguidamente Marcelo lhe solicitava que lhe trouxesse maconha, porém a interroganda sempre negava e na última oportunidade praticamente obrigou a interroganda a atender o seu pedido. Pegando-lhe pelos braços, ficando bastante alterado, dizendo que se não trouxesse a maconha não precisaria mais aparecer, pois pretendia desfazer o concubinato, que ficou preocupada com a reação de Marcelo e por isso resolveu atender seu pedido” (fls. 27v.).

O contexto probatório navega nesse sentido.

Marcelo da Silva Medeiros, o companheiro de Gilmara, por sua vez, afirmou:

“Que ameaçou a acusada de que caso não trouxesse tóxico, iria providenciar de que pessoas que estavam do lado de fora da cela, iriam ‘lhe dar um couro’, ou seja, uma surra; que no período que viveram juntos, por diversas vezes agrediu a acusada fisicamente (...) que possuía pessoas do lado de fora da cadeia que poderiam dar a surra na acusada; que fez a ameaça para acusada em virtude de que é viciado; que confirma que a acusada sofreu um aborto em virtude de agressões exercitadas pelo informante (...) que o informante ameaçou a acusada de morte caso a mesma o entregasse à polícia (...) que quando a acusada estava grávida, batia nela em diversas partes do seu corpo; que batia no ventre da acusada; que tinha

conhecimento de sua gravidez; que a acusada encontrava-se com tempo de dois meses de gestação (...) que inclusive sua irmã interveio impedindo que continuasse a agredir a acusada; que dita agressão consistia em socos e pontapés (...) que na madrugada posterior aos fatos teve que encaminhar a acusada ao hospital quando então veio a abortar..." (fls. 59v. e 60) (grifei).

O testemunho de Avaldi Domingues, carcereiro que flagrou a apelada com o entorpecente quando da visita realizada no presídio, confirmou que Gilmara disse que havia sido forçada a trazer o tóxico ao seu companheiro, esclarecendo:

"Que no dia dos fatos, encontrava-se de plantão junto ao presídio local, quando lá compareceu a acusada a fim de fazer uma visita e entregar alimentos ao seu amásio e ora presidiário, Marcelo da Silva Medeiros. Que como é de praxe passou a efetuar uma revista junto a sacola que a acusada carregava consigo. Que no interior da mesma havia ovos, um pacote de café, coador descartável e um pote tampado. Que abrindo dito pote constatou de que no interior deste havia alguns pastéis de massa crua. Que observou de que alguns pastéis possuíam a massa bem uniforme e um outro havia uma certa saliência. Que achando tal fato estranho resolveu abrir para ver o que havia no interior do mesmo, quando constatou a presença de um pequeno plástico contendo uma pequena quantidade de maconha. Que acusada já estava saindo quando resolveu chamá-la e indagar-lhe acerca do que havia encontrado. Que a princípio a acusada não manifestou-se a respeito e em se-

guida, acabou confessando de que um amigo de seu amásio a havia obrigado a trazer tóxico, ocasião em que entrou em contato com a delegacia de polícia para a adoção das providências legais. Que retifica dizendo de que quem havia forçado a trazer o tóxico foi seu amásio. Que a acusada alegou de que não conhecia a pessoa que havia-lhe fornecido a droga (...) Que acusada não mencionou tratar-se de usuária de tóxico. Que a acusada disse de que em visita anterior, o seu amásio havia insistido para que trouxesse droga" (fls. 44) (grifei).

As testemunhas de defesa revelam os maus tratos infligidos por parte de Marcelo contra Gilmara, quando ainda não estava preso, cujas ameaças foram tão sérias que acabou resultando em um aborto, ressaltando, ainda, que sua atividade esportiva em virtude do sofrimento diminuiu.

Acácio Ysão Yamaguti contou:

"Que tem alegar que a acusada sempre foi uma atleta valorosa, o que observou nos últimos tempos foi que houve um decréscimo na parte técnica da acusada e, inclusive, houve perda de peso corporal da mesma. Que de igual forma acusada diminuiu a sua assiduidade junto aos treinos e campeonatos. Que em determinada ocasião acusada esteve hospitalizada quando então tomou conhecimento de que havia abortado. Que ouviu comentários de terceiros de que acusada sofria maus-tratos por parte de seu amásio. Que não tem conhecimento se a acusada é usuária de drogas (...) Que o fato da acusada ter perdido muito peso corporal, bem como baixado o rendimento técnico em sua atividade esportiva, deve-se ao sofrimento atri-

buído ao seu amásio, que teria maltratado” (fls. 47 e v.) (grifei).

Ana Rose da Silva Machado confirmou:

“Que é colega de treinamento, na área esportiva, da acusada (...) Que tem conhecimento de que a acusada veio abortar em virtude de maus-tratos praticados pelo seu amásio” (fls. 48 e v.) (grifei).

Adriana Alves Capela falou:

“Que tomou conhecimento através de um professor de judô de que a acusada teria abortado em virtude de maus-tratos praticados pelo seu amásio” (fls. 49 e v.) (grifei).

Insubsistente, portanto, a alegação da acusação de inexistência de provas de que Gilmará não cometera o evento delituoso em razão de coação, exercida pelo seu companheiro, quando se denota, dos depoimentos acima, que foi obrigada a levar maconha ao presídio mediante as invencíveis ameaças, que a impossibilitaram de agir de modo diverso.

Tal, se não caracteriza a coação moral irresistível, é o que basta para o reconhecimento da não exigibilidade de conduta diversa, por restar comprovado que da apelante não se pudesse exigir outra conduta, diante das circunstâncias, do que levar o tóxico ao companheiro viciado.

Celso Delmanto e outros, na edição atualizada do seu festejado Código Penal Comentado, ensina que “a possibilidade de exigir-se conduta diversa é, segundo a teoria finalista adotada pelo nosso Código, um dos pressupostos da culpabilidade, ou seja, da reprovabilidade penal de uma ação ou omissão típica e antijurídica.

Da mesma forma que não há liberdade sem responsabilidade, não pode haver responsabilidade penal sem liberdade, pois esta é fundamento da-quele. No CP, a inexigibilidade de conduta diversa é a essência de algumas causas legais de exclusão, tanto da culpabilidade (como no caso da coação moral irresistível), quanto da antijuridicidade (por exemplo, na legítima defesa e no estado de necessidade). Todavia, nos casos em que a conduta do agente não se encaixe perfeitamente nas excludentes legais, a doutrina diverge ao se admitir, ou não, a inexigibilidade de conduta diversa como uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade” (4ª edição, Renovar, Rio de Janeiro, 1998, pág. 39).

Mutatis mutandis, a jurisprudência já admitiu a inexigibilidade de conduta diversa como forma de exclusão da culpabilidade no caso da esposa que dispensa a droga pertencente ao marido ante a chegada da polícia. Vide RJTJSP 111/515 e 110/476.

E esta egrégia Câmara Criminal, no julgamento da Apelação Criminal n. 97.014293-5, em que fui relator, j. em 10/3/98, por votação unânime, decidiu pelo improvimento da apelação do Ministério Público que visava a reforma da sentença que absolvera avó de réu traficante, porquanto “não merece prosperar pretensão condenatória lastreada em mera presunção de co-autoria, se a avó do acusado, surpreendida por policiais, procura esconder prova material do delito em sua roupa íntima, fato que comprova apenas o intuito de proteger seu neto, o que é humano e compreensível”.

Por outro lado, nem se diga que se coação houve, era perfeitamente resistível, haja vista que seu companheiro estava preso e impossibilitado de cumprir, naquela oportunidade, as ameaças que teria proferido, porquanto o próprio coactor afirmou “que possuía pessoas do lado de fora da cadeia que poderiam dar a surra na acusada” (fls. 60) (grifei).

No caso em apreço, vê-se nas afirmativas da apelada e também pelas declarações das testemunhas da defesa, Acácio Ysão Yamaguti (fls. 47 e v.), Ana Rose da Silva Machado (fls. 48 e v.) e Adriana Alves Capela (fls. 49 e v.), as quais apontam o companheiro da apelada como pessoa violenta, que antes de ser preso a agredia (sofrera, inclusive, um aborto em consequência), que as condições mentais desta não permitiram vencer o mal prometido, o que justifica o ato da acusada, deslindando em uma conduta antijurídica.

Assim preconiza a jurisprudência:

“As condições de restibilidade ou não da ameaça devem ser examinadas concretamente, diante das condições psicológicas do ameaçado, verificando-se se as condições mentais deste permitem ou não vencer o mal prometido” (JUTACrim 49/387).

De outro vértice, não se poder aceitar como suficiente para condenar a apelada, somente porque os policiais militares Gilmar Antônio Bonamigo, João Carlos Cardoso (fls. 7/8 e 45 e v., 46 e v.) disseram que Gilmara no momento da sua prisão não havia mencionado a eles qualquer tipo de ameaça ou constrangimento por parte do seu amásio.

Tal afirmação revela-se um tanto quanto evasiva, pois a apelada mencionou em que circunstâncias cometera o ilícito, ou seja, o constrangimento sofrido, tanto perante a autoridade policial como em Juízo, alegando que sofrera inúmeras ameaças, sendo obrigada a atender às exigências do companheiro, não encontrando outra saída a não ser levar a maconha para ele no presídio.

De mais a mais, é “sedimentado na jurisprudência predominante que o testemunho de policiais quanto aos atos de diligências, prisão e apreensão deve merecer credibilidade desde que não evidenciados sua má-fé ou abuso de poder, encontrando sua versão amparo no conjunto probatório dos autos” (RT 619/329), o que não ocorreu no caso em tela (grifei).

Pois bem, diante da exposição da prova coletada, não se vislumbra qualquer circunstância que evidencie tivesse a intenção de traficar. O que se tem não passa de meras suposições, pois afirmou taxativamente de que não era viciada.

Além disso, já se tem sustentado que “‘não basta o simples encontro da substância com o suspeito para erigir uma prova de autoria pois deve estar definida em termos de dolo do agente. A posse deve estar ligada ao uso ou ao tráfico. Daí a simples 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, Juriscredi/SP)” (TACrimSP

— AC — rel. Geraldo Gomes, JUTACrim 56/238) (grifei).

Registre-se, ainda, que a circunstância de tratar-se de pessoa vice-campeã e campeã brasileira de judô, ostentando faixa marron, não quer dizer que não estivesse fragilizada, porquanto o fato de o ser humano sentir medo independe de sexo e força física.

Em que pese o esforço expendido pelo Promotor de Justiça, inclusive citando julgado desta Casa do eminente Des. Nilton Macedo Machado (em que não havia notícias de qualquer comportamento violento anterior do coator), entenda-se, nas circunstâncias particulares deste processo, a inexigibilidade de conduta diversa restou suficientemente comprovada.

Por outro lado, apontar a apelada como traficante, impondo-lhe pena reclusiva de relativa duração, porque, mediante ameaça, cedeu aos insistentes pedidos de seu companheiro, em última análise, revelar-se-ia uma injustiça.

Certo é que a doutrina e a jurisprudência têm procurado abrandar o rigor da norma penal do tráfico, procurando amenizar o efeito da expressão contida no caput, do art. 12 da Lei n. 6.368/76, no que se refere à cessão ou fornecimento gratuitos.

Nesse diapasão, Celso Delmanto ensina:

“Um dos maiores defeitos deste art. 12 é estabelecer a punição a con-

dutas que podem ser praticadas por outras pessoas que não os verdadeiros traficantes de drogas. A não exigência do propósito de comércio ou o fim de lucro (o artigo 12 pune o fornecimento ainda que gratuito) dá margem a punições que serão injustas, se a lei não for aplicada com prudência, nesse particular. Punir-se, com as mesmas graves penas, tanto o traficante profissional que ganha a vida às custas daquele comércio, como o usuário que cede ou passa a outro, ocasionalmente, parte do tóxico que adquiriu não seria justo” (in Tóxicos, Saraiva, São Paulo, 1982, pág. 18).

E a jurisprudência fez eco nos julgados publicados na RJTJESP 88/339, RJTJRS 102/17, RT 530/341, 649/265, 667/265 e JTJ 206/279.

Assim, a absolvição é de ser mantida nos termos da sentença.

Diante do exposto, decidiu a Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer e negar provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jorge Mussi, e lavrou parecer subscrito pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Maurílio Moreira Leite.

Florianópolis, 17 de novembro de 1998.

José Roberge,
Presidente com voto;
Álvaro Wandelli,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 98.015710-2, DE ITAJAÍ**Relator: Des. Álvaro Wandelli**

Apelação criminal. Furto tentado e falsa identidade. Recurso ministerial objetivando a aplicação de pena privativa de liberdade. Recurso desprovido. Reformatio in melius. Inteligência do artigo 617 do Código de Processo Penal. Habeas corpus concedido de ofício para afastar a condenação pelo crime do art. 307 do Código Penal.

Não se considera tipificado o crime de falsa identidade se o réu comete o crime apenas para fugir de passado criminoso. A um, porque é constitucionalmente garantido ao preso o direito ao silêncio (art. 5º, LXIII e § 2º da CF) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque, do qual o Brasil é signatário, atesta que ninguém é obrigado a depor contra si mesmo, nem a confessar (art. 14, 3, g) ou declarar-se culpado (Pacto de San José de Costa Rica, art. 8º, 2, g). A dois, porque a expressão vantagem, inserta no art. 307 do Código Penal, embora se refira tanto à vantagem patrimonial como a moral, não abrange “o simples propósito de o delinqüente procurar esconder o passado criminal, declinando nome fictício ou de terceiro (real), perante autoridade pública ou particular, pois quem age assim visa a obter vantagem processual, comportamento que deveria estar previsto nos crimes praticados por particulares contra a administração da justiça” (RT 511/402).

Vistos relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 98.015710-2, da comarca de Itajaí, em que é apelante a Justiça Pública, por seu Promotor, e apelado Marco Aurélio Cugnier:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, e, de ofício, afastar a condenação pelo crime do art. 307 do Código Penal, mantidas as demais cominações da sentença.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Itajaí, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Cristian Cugnier (Marco Aurélio Cugnier) dando-o como incurso nas sanções do art. 155, caput, c/c art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, por que:

“Consta da peça flagrantial que no dia 19 de julho de 1998, por volta das 23 horas, na Rua Heitor Liberato, centro, nesta Cidade e Comarca, o denunciado Cristian Cugnier, fazendo uso de uma faca, abriu a ventarola esquerda do veículo Chevette, placa LXW 3004, de propriedade de Paulo Roberto Vieira Júnior, dali subtraindo

um toca-fitas da marca Pioneer, avaliado na importância de RS 180,00 (centro e oitenta reais).

“Após sair do automóvel, o denunciado acabou sendo preso em flagrante delito por populares, que acionaram a Polícia Militar, não consumando seu intento por circunstâncias alheias a sua vontade” (fls. 2/3).

No decorrer do processo, apurou-se a verdadeira identidade do apelado, Marco Aurélio Cugnier, razão pela qual o representante do Ministério Público apresentou aditamento e ratificação da denúncia para, além do nome, incluir na capitulação ofendida, o delito do art. 307 do Código Penal (fls. 36/37).

Concluída a instrução o acusado restou condenado à pena de 6 (seis) meses de reclusão e 17 (dezesete) dias-multa, por infração ao art. 155, caput, c/c art. 14, inciso II, e art. 307, na forma do art. 69, todos do Código Penal.

Inconformado, o representante do Ministério Público apelou, objetivando a reforma do decísum para alterar a pena imposta ao apelado pelo delito de falsa identidade (art. 307 do CP).

Após as contra-razões, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Valdir Vieira, opinou pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

Inicialmente, relembre-se que o apelante foi condenado por delito de falsa identidade cometido em autodefesa, ao ser preso, circunstância em que a doutrina e a jurisprudência, em entendimento majoritário, não consi-

dera tipificado o crime. A um, porque é constitucionalmente garantido ao preso o direito ao silêncio (art. 5º, LXIII e § 2º da CF) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque, do qual o Brasil é signatário, atesta que ninguém é obrigado a depor contra si mesmo, nem a confessar (art. 14, 3, g) ou declarar-se culpado (Pacto de San José da Costa Rica, art. 8º, 2, g). A dois, porque a expressão vantagem, inserta no art. 307 do Código Penal, embora se refira tanto a vantagem patrimonial como a moral, não abrange “o simples propósito de o delinqüente procurar esconder o passado criminal, declinando nome fictício ou de terceiro (real), perante autoridade pública ou particular, pois quem age assim visa a obter vantagem processual, comportamento que deveria estar previsto nos crimes praticados por particulares contra a administração da justiça” (RT 511/402).

Com efeito, prescreve o Código Penal:

“Art. 307. Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem:

“Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave” (grifei).

Não houve vantagem ou prejuízo, ausente, portanto, o dolo específico do tipo, consistente, in casu, na vantagem processual.

Vale a transcrição:

“Não comete o delito de falsa identidade o agente que a adota tão-somente para fugir a passado criminoso, visando à obtenção de em-

prego, ausente, assim, o dolo específico" (RT 613/347).

Destarte, diante de tais circunstâncias o recurso ministerial não deve merecer provimento, não podendo persistir a condenação do apelado nas penas do art. 307 do Código Penal.

Por outro lado, o art. 617 do Código de Processo Penal limita a extensão e a seara decisória do juízo de apelação quando somente o réu interpõe recurso, proibindo a reformatio in pejus. Admissível, assim, a reformatio in melius, apelando apenas o Ministério Público.

Segundo o ilustre doutrinador, Fernando da Costa Tourinho Filho, não obstante "o rigor lógico do raciocínio, o art. 617 do CPP torna claro que o apelo do Ministério Público devolve, integralmente, ao Juízo ad quem o conhecimento do thema decidendum. É que naquele dispositivo, não há nenhuma proibição à reformatio in melius" (Processo Penal, vol. 4, São Paulo, Saraiva, 1992, pág. 322).

Embora a decisão do STF seja a de que não é possível a reformatio in melius, pelo fato de haver coisa julgada para o réu, parte da doutrina, bem como o STJ e tribunais estaduais vêm aceitando e adotando a reformatio in melius, por considerar que sendo o recurso exclusivo da acusação, há efeito devolutivo, podendo o Tribunal decidir extra petita em favor do condenado.

Afirma ainda o ilustre doutrinador que, "entendem os doutrinadores pátrios — e ao que parece sem discrepância — poder o Tribunal, ante apelo exclusivo do Ministério Público visando à exasperação da pena, agravá-la,

abrandá-la, mantê-la ou, até mesmo absolver o réu, em face até do papel que o Ministério Público representa nas instituições políticas" (Tourinho Filho, ob. cit., pág. 324).

Entende-se, dessa forma, que interposto recurso da acusação, tão-somente, não tem a Instância superior que se manter limitada ao princípio do tantum devolutum quantum appellatum.

É da jurisprudência:

"Recurso — Reformatio in melius — Absolvição do réu em recurso exclusivo da acusação interposto para agravar a pena — Admissibilidade — Proibição apenas da reformatio in pejus.

"Se a acusação recorre da sentença condenatória visando à imposição de pena mais grave, não está o Tribunal impedido de reduzi-la ou de absolver o réu da imputação, ainda que este não tenha apelado, posto que o ordenamento processual penal proíbe a reformatio in pejus, mas não a reformatio in melius (RT 628/319, 12ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo).

Nesse sentido também já decidiu esta egrégia Corte de Justiça:

"Furto qualificado — Concurso de agentes — Delito caracterizado — Condenação mantida — Pena-base excessivamente elevada — Adequação — Diminuição estendida ao co-réu de ofício — Reformatio in melius — Inteligência do art. 617 do Código de Processo Penal" (Ap. Crim. n. 32.626, de Joinville, deste Relator, j. em 24/4/95).

E nem se diga, por fim, que tal correção não seria possível ante o re-

curso exclusivo da acusação, desde que, conforme o sabido no art. 617 do CPP e na respeitada jurisprudência pátria "além do que, argumentos de lógica formal não devem ser utilizados na justiça criminal, para homologar erros e excessos. E não é razoável remeter-se, na hipótese, o interessado para uma revisão criminal, de desfecho provavelmente tardio, após cumprida a pena, com prejuízos para o indivíduo e para o Estado: àquele pela perda da liberdade, a este pela obrigação de reparar o dano" (Ap. n. 44.446-4, 4ª. Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, j. 28/11/91 — rel. Juiz Maranhão de Loyola).

Diante do exposto, decidiu a Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e

negar-lhe provimento, e, de ofício, afastar a condenação pelo crime do art. 307 do Código Penal, mantidas as demais cominações da sentença.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jorge Mussi, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Valdir Vieira.

Florianópolis, 22 de dezembro de 1998.

José Roberge,
Presidente com voto;
Álvaro Wandelli,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.001361-8, DE ITAJAÍ

Relator: Des. Genésio Nolli

Apelação criminal. Comércio ilícito de entorpecentes. Cocaína. Condenação fundada nas palavras — firmes, coerentes e livres de qualquer sentimento de vingança ou má-fé — dos policiais federais que prenderam os apelantes em flagrante.

O testemunho dos policiais que efetuaram a prisão do réu é válido, ainda mais quando coadunados com os elementos de prova coligidos. Pequenas divergências são perfeitamente compreensíveis e, desde que não afetem a essência do que contêm, não elidem a robusta prova condenatória.

Segundo o art. 37 da Lei n. 6.368/76, a natureza e quantidade da substância apreendida, o local da apreensão, as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias da prisão e a conduta e antecedentes do réu são elementos que autorizam a condenação.

À configuração do delito descrito no art. 12 da Lei n. 6.368/76, não é preciso que o agente se encontre, quando da prisão em flagrante, exercendo atos de comércio, sendo suficientes outras provas e indícios, que conduzam à certeza da condenação.

Comprovada a associação eventual para a prática dos crimes descritos na lei de tóxicos, mister a incidência da causa especial de aumento do artigo 18, inciso III, da supracitada norma legal.

“Entorpecentes. Tráfico. Tentativa. Inadmissibilidade. Consumação que se dá ao mesmo tempo em que se exerce a conduta.

“É inadmissível a tentativa quando se trata de crimes da lei de tóxicos, pois consumam-se ao mesmo tempo em que se exercita a conduta, e os crimes de mera conduta não admitem a forma tentada” (Apelação Criminal n. 98.004308-5, de Itajaí — relator Des. José Roberge).

Comprovado pericialmente que o automóvel apreendido foi adredemente preparado para o transporte da droga e que o dinheiro apreendido provinha do tráfico e seria reutilizado com o mesmo fim, correta é a decisão que declara a perda destes bens. Exegese do art. 91, inciso II, a, do CP, art. 34, caput, da Lei n. 6.368/76, e parágrafo único do art. 243 da CF.

A confissão apenas parcial do delito e prestada com o nítido intuito de atenuar a pena não enseja o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, III, d, do CP.

Não exurgindo da análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP elementos que autorizem a elevação da pena-base em seu dobro, imperiosa é a sua diminuição. Em se tratando de delitos de tóxico o valor do dia-multa deve nortear-se pelo disposto no art. 38 da Lei própria.

Recursos providos parcialmente para reduzir as penas.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.001361-8, da comarca de Itajaí (2ª Vara), em que são apelantes César Herculano Correa, Telma Regina Mafra e Elias Neri Bispo, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento parcial aos recursos.

Custas de lei.

Perante o Juízo de Direito da comarca de Itajaí (2ª Vara), o representante do Ministério Público ofere-

ceu denúncia contra César Herculano Correa, Telma Regina Mafra e Elias Neri Bispo, por terem violado a norma contida no artigo 12, caput, c/c o artigo 18, inciso III, da Lei n. 6.368/76.

Segundo a preambular acusatória:

“Os denunciados César Herculano Correa, Telma Regina Mafra e Elias Neri Bispo associaram-se com o fito de comercializarem substâncias entorpecentes, visando posterior divisão dos lucros obtidos.

“Assim, em data de 29 de setembro do ano de 1998, pela parte da manhã, o denunciado Elias chegou a esta cidade de Itajaí, conduzindo o veículo WV/Santana Quantum GL, ano 86, mod. 87, cor cinza, chassi n. 9BWZZZ33ZHP214036, placa BNT 7539, de Nova Odessa/SP, veículo este em nome de Luís Gustavo Favari, proveniente da cidade de Curitiba/PR, trazendo oculto dentro de um tanque falso de combustível 22.140g (vinte e dois mil, cento e quarenta gramas) de cocaína, distribuídos em 24 (vinte e quatro) tabletes, sendo 20 (vinte) deles com pesos de aproximadamente 1.000g (um mil gramas) e 4 (quatro) com pesos de aproximadamente 500g (quinhentos gramas).

“Como Elias não conhecia a cidade, dirigiu-se até o estacionamento do Supermercado Vitória, situado no bairro Cordeiros, nesta cidade, onde contactou via telefone com a denunciada Telma Regina, que foi buscá-lo em seu veículo GM/Kadett, de cor cinza, enquanto que o veículo WV/Santana Quantum permaneceu estacionado naquele local, dirigindo-se ambos até a residência daquela, localizada na

Rua Alberto Werner, n. 230, nesta cidade e comarca de Itajaí.

“Posteriormente, também o denunciado César Herculano se dirigiu até a residência da denunciada Telma, onde os três meliantes se encontraram.

“Em seguida, os três denunciados saíram da dita residência, todos tripulando o veículo Fiat/Palio, ano/mod. 98, de cor branca, placa LZZ 4414, de Itajaí, dirigindo-se novamente ao estacionamento do Supermercado Vitória, onde o denunciado Elias desembarcou e adentrou no veículo WV/Santana Quantum, que lá havia deixado estacionado, para seguir o veículo Fiat/Palio, onde estavam os outros dois agentes, deslocando-se todos até a residência do denunciado César Herculano, localizada na Rua Hildebrando da Silva, n. 85, bairro São João, nesta cidade de Itajaí.

“Chegando na residência, o denunciado César Herculano estacionou o veículo na rua, abrindo o portão, para que o denunciado Elias adentrasse e estacionasse a camionete WV/Santana Quantum no pátio, mais aos fundos, para depois fechar novamente o portão.

“Neste momento, agentes da Polícia Federal que investigavam a atividade ilícita desenvolvida pelos denunciados, posto que haviam recebido notícia que os mesmos estavam traficando na região, adentraram na residência e convidaram os mesmos a acompanhá-los até a Delegacia da Polícia Federal, levando junto o veículo WV/Santana Quantum, cuja chave estava sobre a mesa do escritório do denunciado César Herculano.

“Já na Delegacia de Polícia, o veículo WV/Santana Quantum foi submetido à rigorosa vistoria, onde foram encontrados no tanque de combustível falso os 24 (vinte e quatro) pacotes de cocaína, pesando 22.140g (vinte dois quilos e cento e quarenta grammas), droga esta que os denunciados transportaram e guardavam, para fins de comércio ilegal de drogas, sem autorização e em discordância com a determinação legal, substância esta entorpecente, capaz de causar dependência física e/ou psíquica, conforme termo de apreensão de fls. 10/11 e laudo de constatação de fls. 15.

“Na ocasião ainda, realizada revista pessoal nos denunciados, foi apreendido em poder da denunciada Telma a quantia de R\$ 2.615,00 (dois mil seiscentos e quinze reais) e US\$ 100,00 (cem dólares), numerário este advindo e utilizado para dar andamento ao comércio ilegal que exerciam, conforme termo de apreensão de fls. 10/11.

“Em razão destes fatos foi dado voz de prisão aos denunciados.

“É de se constar, ainda, que o veículo WV/Santana Quantum havia sido previamente preparado para transportar a droga, sendo este evidente instrumento utilizado na prática do delito de traficância”.

Devidamente processados, ao final sobreveio a sentença que julgou procedente a denúncia e condenou os acusados às penas individuais de 8 (oito) anos de reclusão, em regime fechado, mais o pagamento de 133 (cento e trinta e três) dias-multa, cada um no valor de R\$ 0,51 (cinquenta e um centavos).

Inconformados com o decisório apelaram:

César Herculano Correa pleiteou sua absolvição, sustentando que inexistem provas suficientes para a sua condenação, mormente porque as declarações dos policiais são contraditórias. Sustentou, ainda, que a Polícia Federal de Itajaí/SC já “plantou” drogas para incriminar uma advogada na comarca.

Telma Regina Mafra alegou também que deveria ser absolvida diante da fragilidade das provas produzidas contra si. Alternativamente, requereu o reconhecimento do crime tentado, ou a aplicação da pena no seu mínimo legal, além da restituição do dinheiro apreendido, porque sustenta ser sua legítima proprietária.

Elias Neri Bispo, por seu turno, requereu a absolvição, baseado na carência probatória. Pleiteou ainda, caso inacolhido o pleito anterior, o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea em seu favor, ou, ainda, a fixação da pena no seu mínimo.

Rebatidos os inconformismos, os autos rumaram a esta Superior Instância, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e desprovimento dos apelos.

É o relatório.

Pequeno reparo há de se fazer na r. sentença, a fim de reduzir as penas. No mais, a condenação merece persistir por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Depreende-se da prova colhida que a Polícia Federal de Itajaí, após ter recebido denúncias anônimas de que os acusados César e Telma esta-

vam comercializando drogas, passou a investigá-los.

Agentes da Polícia Federal de Itajaí/SC, em data de 8/9/98, observaram os acusados César e Telma chegarem ao escritório de César no seu Fiat/Palio, seguidos do WV/Santana Quantum, que, da mesma maneira descrita na denúncia, foi escondido nos fundos da sua residência.

Prosseguindo nas suas investigações, acompanharam três viagens feitas pela acusada Telma à cidade de Florianópolis/SC.

Uma, acompanhada de Fabrício da Silva, quando entregaram o carro de César a uma terceira pessoa no estacionamento do Supermercado Angeloni, que, segundo informaram os policiais, provavelmente foi providenciar o descarregamento de droga existente no seu interior.

Outras duas, na companhia do acusado César. Na primeira, ao chegarem em Florianópolis/SC, dirigiram-se novamente ao estacionamento do Supermercado Angeloni, onde entregaram à mesma pessoa um pacote. Na segunda vez, um terceiro entregou-lhes pela janela do carro um pacote que, segundo informações dos policiais, continha dinheiro, pois a droga em Itajaí havia acabado.

No dia 29/9/98, data mencionada na denúncia, o acusado César saiu de Itajaí e dirigiu-se ao Hospital Santa Inês, em Balneário Camboriú, para doar sangue.

Neste ínterim a acusada Telma Regina saiu de sua casa e dirigiu-se até o estacionamento do Supermercado Vitória, onde encontrou o acusado Elias. Ato contínuo Elias embarcou na carro de Telma e os dois foram para a

casa dela. De se ressaltar que Elias dirigia o carro Santana Quantum onde se encontrava a cocaína, que ficou no estacionamento do supermercado.

O acusado César informado deste fato, após sair do hospital, dirigiu-se até a casa da acusada Telma, onde encontrou os dois. Ato contínuo, os três se dirigiram até o estacionamento do supermercado no automóvel do acusado César, e lá o acusado Elias pegou o automóvel Santana Quantum e seguiu Telma e César até o escritório deste.

Ficou demonstrado nestes autos que o escritório de advocacia do acusado César está localizado na parte térrea de uma edificação, sendo que na parte superior fica sua residência.

Ressalte-se que o acusado César parou seu carro na rua e indicou o pátio para que Elias colocasse o WV/Santana Quantum. Colocado o carro no interior do pátio, César e Telma providenciaram imediatamente o fechamento do portão.

Ficou claro também que após esconder o veículo Santana Quantum no pátio do escritório de César, de modo a não ser observado da rua, os três acusados ali entraram, oportunidade em que o acusado Elias Bispo colocou sobre a mesa do citado escritório as chaves do carro, dentro do qual estavam os 22 quilos de cocaína.

Neste momento os agentes federais adentraram no escritório de César, convidando os réus então a se dirigirem à Delegacia. Já no órgão policial, foi procedida revista minuciosa no carro, tendo os policiais logrado apreender em um compartimento dentro do tanque de combustível aproxi-

madamente 22 (vinte e dois) quilos de cocaína. Submetidos à revista pessoal, foram apreendidos com Telma Regina mais de dois mil reais e cem dólares americanos.

Evidenciou-se a associação para a prática de tráfico de entorpecentes, na medida em que César e Telma adquiriram um carregamento de 22 quilos de cocaína, transportado por Elias, destinado ao nefasto comércio.

Esses fatos encontram-se comprovados pelo testemunho do policial Eudro Flávio Saraiva de Oliveira:

“que o depoente afirma que a Polícia Federal recebeu várias denúncias a aproximadamente sessenta dias atrás de que os acusados César e Telma estavam traficando drogas e que a acusada Telma já era conhecida pela Polícia por causa de tráfico desde a época em que o irmão dela foi preso por tráfico de entorpecentes, sendo ele de nome Edemir, apelido Batata; que os policiais então partiram para as investigações buscando endereços e carros que eram usados no tráfico; que o depoente no dia 8 de setembro do corrente ano estava fazendo campana quando viu o acusado César dirigindo seu veículo Palio e tendo atrás a caminhonete Santana Quantum que foi a mesma que foi apreendida no dia da prisão; que naquele dia o acusado César chegou com o veículo Palio e deixou em frente da residência e o veículo Santana Quantum foi levado para a garagem da residência que fica nos fundos da casa; que o depoente diz que no outro dia em companhia do policial Sergio Wahys perseguiram a acusada Telma e Fabrício que dirigiu o veículo Palio

do acusado César até Florianópolis; que lá em Florianópolis estacionaram o veículo no pátio do supermercado Angeloni e chegou um terceiro elemento e saiu com o veículo Palio; que a acusada Telma e Fabrício ficaram no pátio do supermercado esperando; que o depoente depois das investigações tem certeza de que naquele dia o veículo Palio tinha droga e que o elemento levou o carro para retirar a droga; que o depoente diz que Fabrício é parente da acusada Telma e é viciado em drogas e durante as investigações chegaram à conclusão de que ele fazia entregas pequenas de drogas nesta cidade; que o depoente diz que as investigações concluíram de que Fabrício depois da entrega das drogas recebia em pagamento cocaína; que o depoente ficou sabendo que numa segunda ocasião a acusada Telma e o acusado César foram no veículo Palio até Florianópolis; que no dia da prisão o depoente e o policial Sergio foram seguindo o acusado César em seu veículo Palio até Balneário Camboriú onde ele entrou no Hospital Santa Inês; que ficaram aproximadamente uma hora e ele retornou a esta cidade; que enquanto o depoente e o policial Sergio estavam em Balneário Camboriú foi comunicado que a acusada Telma saiu da residência dela com o veículo Kadett e foi até o supermercado Vitória, em Cordeiros, e lá apanhou o acusado Elias...; que os policiais também constataram que a acusada Telma juntamente com o acusado Elias foram até a residência dela; que o depoente e o policial Sergio seguiram o acusado César e ele foi até a residência da acusada Telma onde pegou-a juntamente com o acusado Elias e no veículo Palio foram até o supermerca-

do Vitória; que no supermercado Vitória o acusado Elias saiu do primeiro veículo e embarcou no veículo Santana Quantum e enquanto isso o acusado César e a acusada Telma no veículo Palio vinham na frente até a casa do acusado César; que o policial Sergio viu quando o acusado César e a acusada Telma vieram no veículo Palio e estacionaram na frente da residência; que o policial Sergio também viu quando o acusado César abriu o portão da residência e a Santana Quantum foi colocada na garagem e fechado o portão; que o depoente diz que a chave do veículo Santana Quantum estava sobre a mesa do escritório de advocacia; que o depoente diz que na Delegacia na presença dos acusados foi aberto o tanque de gasolina do veículo Santana Quantum e havia uma janela e na parte de cima a droga foi apreendida; que eram 24 pacotes de cocaína embalados em fita crepe num total aproximado de 22 quilos; que na Delegacia de Polícia Federal na bolsa da acusada Telma foi apreendida uma quantidade de dinheiro mas o depoente não sabe a quantidade...; que os policiais concluíram que lá em Florianópolis no último dia da campanha a acusada Telma recebeu dinheiro que foi encontrado na bolsa dela e que seria uma entrada na droga apreendida ou para pagar o acusado Elias" (fls. 171/173).

No mesmo sentido são os testigos de Sergio Luiz Wahys (fls. 167 verso/170) e Dirceu Leoni (fls. 174/175).

Não bastasse esta conclusiva prova, existem indícios que emprestam verossimilhança ainda maior aos depoimentos dos policiais, senão vejamos:

O veículo WV/Santana já havia sido visto na casa do acusado César pelos agentes da Polícia Federal no dia 8 de setembro de 1998. A escritura pública de declaração de fls. 288/290, além de não ter sido prestada sob o crivo do contraditório pois o foi de forma unilateral, não tem o condão de elidir esta prova.

No dia da prisão dos acusados, César deixou de colocar o seu carro na garagem e deixou-o na rua, colocando o conduzido por Elias no pátio de seu escritório, procurando ainda escondê-lo de quem passasse pela rua.

Conforme foi dito, o acusado Elias Bispo ao chegar de Curitiba/PR em Itajaí/SC, transportando no veículo Santana Quantum 22 quilos de cocaína apreendida, foi até o estacionamento de uma filial do Supermercado Vitória e ali ficou esperando pela acusada Telma.

Esta, sabendo do que se tratava, foi com seu automóvel Kadett até o referido estacionamento e lá apanhou o acusado Elias Bispo, levando-o no carro dele até a sua residência.

Não é verdade, pois, tenha o acusado Elias Bispo ido à casa da acusada Telma a pé.

Os autos demonstram que tão logo a acusada Telma soube que o acusado Elias Bispo tinha chegado na cidade de Itajaí/SC imediatamente entrou em contato com seu parceiro, o também acusado César Herculano Correa.

Este, que tinha ido ao Hospital Santa Inês, em Balneário Camboriú, dirigiu-se em seu automóvel Fiat Palio até a casa da acusada Telma e ali a

apanhou e o acusado Elias Bispo, levando-os até o estacionamento do supermercado onde se encontrava o automóvel dirigido pelo acusado Elias, no qual estavam escondidos 22 quilos de cocaína.

Lá chegando, César deixou o acusado Elias que entrou no automóvel Santana Quantum e seguiu o carro do primeiro, que foi para seu escritório levando em sua companhia a acusada Telma.

Chegando em frente ao prédio onde fica sua casa e o escritório de César, este estacionou seu carro na rua, enquanto orientou o acusado Elias Bispo a entrar no estacionamento que fica nos fundos de seu escritório, fechando em seguida o portão, de modo que o carro não fosse visto da rua.

Todas essas manobras estavam sendo acompanhadas por agentes da Polícia Federal, conforme esclareceram em seus depoimentos.

Escondido o automóvel Santana Quantum no pátio do escritório do acusado César, os três acusados entraram na sala, oportunidade em que Elias Bispo, que conduzia o veículo que transportava a droga, colocou as chaves sobre a mesa de César.

O álibi invocado, de que Elias Bispo teria procurado Telma para que o levasse até um advogado, a fim de que advogasse para um amigo seu de nome "Rogério" que se encontrava preso, não restou claramente comprovado, ao menos este preso não foi identificado e não se fez nenhuma relação entre ele e o acusado Bispo ou com outra pessoa que pudesse interessar-se por sua situação.

O mesmo raciocínio acima se aplica à alegação de Telma de que o

dinheiro apreendido em seu poder pertencia ao seu marido. Também aqui o suposto marido de Telma não foi identificado, nem sua alegada empresa.

César não era e nunca foi advogado do acusado Bispo. Aliás o próprio Bispo alegou que não sabia quem lhe havia indicado o Dr. César Herculano.

Como explicar o relacionamento de César e Telma, que viviam andando juntos para lá e para cá, inclusive Telma utilizando não raras vezes o carro de César?

Os próprios acusados se contradisseram:

Elias Bispo, na fase policial, disse que veio de Curitiba/PR de carona e que, atendendo solicitação de César e Telma, foi pegar o carro com a droga no supermercado. Em Juízo, procurando ajudar os comparsas, disse que estava trazendo droga do Paraná, porém se destinava a pessoas em Florianópolis, das quais também não comprovou a existência.

Na fase policial Telma admitiu que foi pegar o acusado Bispo no supermercado. Já, em Juízo, disse que foi ele quem se dirigiu até a sua residência.

O acusado César disse que Telma foi quem abriu o portão da casa para colocar o WV/Santana. Já Telma, disse que não sabia quem havia aberto o portão.

Consabido é que a palavra dos policiais, quando encontra apoio na prova e não é elidida por prova contrária, tem força suficiente para embasar uma condenação.

A propósito, Julio Fabbrini Mirabete preleciona:

“Não se pode contestar, em princípio, a validade dos depoimentos dos policiais, pois o exercício da função não desmerece, nem torna suspeito seu titular, presumindo-se, em princípio, que digam a verdade, como qualquer testemunho” (in *Processo Penal*, Ed. Atlas, 1997, pág. 294).

Nesse prisma, é a orientação da jurisprudência:

“Os depoimentos policiais devem ser cridos até prova em contrário. Não teria sentido o Estado credenciar agentes para exercer 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 precípuas” (TJRJ — RDTJRJ 7/287).

“A condição funcional — agentes da Polícia Federal — por si só não tem o condão de tornar imprestável o depoimento, porque merecem em seus relatos a normal credibilidade dos testemunhos em geral, a não ser quando se apresente razão concreta de suspeição, hipótese última que não se verificou” (in RT 616/186).

“Prova. Testemunho de policiais. Validade.

“Em sede de prova penal queda majoritário o entendimento de que os policiais não estão impedidos de depor sobre fatos de cujo conhecimento tomaram em decorrência de diligência que participaram, dando-se ao testemunho, no caso concreto, o valor que, como qualquer depoimento, merece, tendo, portanto, peso probatório” (Ap. Crim. n. 32.718, de Criciú-

ma, rel. Des. Alberto Costa, j. em 5/2/96).

“Os depoimentos de policiais quando coerentes, firmes e consonantes com os demais elementos carreados aos autos são suficientes a embasar um decreto condenatório” (Apelação Criminal n. 26.906, da Capital, rel. Des. Marcio Batista, in JC 68/397).

As pequenas discrepâncias havidas nos depoimentos dos policiais são perfeitamente compreensíveis, dada a quantidade de casos idênticos que batem a suas portas todo dia. Mesmo porque se fossem idênticos, aí sim seria de se desconfiar. A propósito: “Pequenos desencontros nos depoimentos de policiais não retiram a validade da prova, posto que se referem a acontecimentos periféricos, não essenciais à caracterização do crime” (Ap. Crim. n. 32.940, de Itajaí, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. em 11/10/93).

A alegação de que todo o processo não passou de uma armação da polícia além de ser pouco crível, diante da falta de provas a este respeito, não merece maiores considerações.

Conforme bem analisou o Dr. Promotor de Justiça em suas contra-razões:

“Não obstante os fatos narrados, mister se faz atentar para o disposto no art. 37 da Lei n. 6.368/76, segundo o qual, para a caracterização do crime de tráfico, deve ser levada em conta a natureza e a quantidade da substância apreendida (os apelantes foram apreendidos com vinte e dois quilos e cento e quarenta gramas de cocaína), o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa (a

polícia surpreendeu os agentes portando a substância entorpecente, que se encontrava escondida no interior do veículo WV/Santana Quantum que, por sua vez, estava dentro da propriedade de César Herculano), bem como a conduta e os antecedentes dos agentes (os policiais acompanharam os passos criminosos dos apelantes por vários dias até prendê-los em flagrante), que não deixam dúvidas de que os apelantes traficavam substância tóxica proibida por lei”.

O fato de os apelantes não terem sido flagrados em atos de mercancia não impede a condenação nas disposições do artigo 12 da Lei n. 6.368/76, porquanto “Para a tipificação do tráfico do art. 12, da lei própria, não é exigido que o infrator seja colhido no próprio ato de mercancia. A certeza que a condenação exige pode emergir do conjunto de circunstâncias e indícios que cercam o indivíduo” (Apelação Criminal n. 32.615, rel. Des. José Roberge, in DJ n. 9.212, 10/4/95, pág. 8). E mais: “O comércio ilícito de drogas é comprovado pelas circunstâncias da prisão, a forma do material tóxico apreendido, a conduta do acusado e pelas informações das testemunhas da prisão. Tais indícios levam à conclusão inequívoca da mercancia, admitindo uma condenação na ação penal” (Apelação Criminal n. 32.516, rel. Des. Solon d’Eça Neves, in DJ n. 9.215, 17/4/95, pág. 7).

O acusado Elias, ao contrário do que entende sua defesa, infringiu o disposto no art. 12 da Lei n. 6.368/76, eis que transportou a droga para os acusados César e Telma. Nesse sentido: JUTACrim 29/199.

Já os acusados César e Telma violaram o dispositivo legal quando adquiriram o entorpecente e o estavam guardando.

Mui apropriadamente citou a Magistrada na sua respeitável sentença:

“Para a configuração do delito de tráfico de entorpecentes não é preciso que os agentes se encontrem quando da prisão em flagrante na posse direta da droga, sendo suficiente outros indícios que possam conduzir à certeza das suas responsabilidades pelo material tóxico apreendido, bem como do destino que lhe seria dado (narcotráfico), tais como a quantidade de maconha (in casu, 660,7g), e a insuspeita indicação policial” (Apelação Criminal n. 96.002708-4, de Urussanga, publicado no Diário da Justiça n. 9.562 de 11/9/96, pág. 12).

“Crime contra a saúde pública. Entorpecente.

“A caracterização do tráfico não exige a flagrância do ato de comércio, podendo restar provada por indícios que evidenciam a ação delituosa” (Apelação Criminal n. 97.002083-0, da comarca de Lages, publicada no Diário da Justiça n. 9.789 de 15/8/97, pág. 19).

“Tráfico — Caracterização independentemente de o agente se encontrar, no momento do flagrante, na posse direta da droga — Para a configuração do delito de tráfico de entorpecentes não é preciso que o agente se encontre, quando da prisão em flagrante, na posse direta da droga, sendo suficiente outras provas que possam conduzir à certeza da sua responsabilidade pelo material tóxico apreendido” (JC, vol. 75, pág. 656).

Da mesma forma, merece ser mantido o reconhecimento do concurso de agentes. Os apelantes se uniram, conforme exaustivamente analisado acima e, mancomunados, participaram do tráfico de entorpecentes, onde utilizavam o escritório de advocacia do acusado César. Este e a acusada Telma faziam transações e o acusado Elias transportava a droga para os dois, objetivando lucro fácil com o transporte e a comercialização de cocaína.

A respeito da matéria:

"1. A associação eventual ou *concursum delinquentium*, causa majorante da pena nos delitos de entorpecentes, prevista na lei extravagante, equivale ao concurso de pessoas do direito penal codificado.

"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).

"Associação eventual — Concurso de agentes — Configuração — Condenação mantida.

"A associação eventual para a prática do crime de tráfico de entorpecentes equivale ao concurso de agentes do Código Penal; havendo prova suficiente da colaboração de mais de uma pessoa no cometimento do deli-

to, o que ocorreu nos presentes autos, impõe-se o reconhecimento da causa especial de aumento prevista no art. 18, inciso III, da Lei Antitóxicos" (Apelação Criminal n. 98.008434-2, da Capital — relator Des. Álvaro Wandelli).

Razão não assiste à defesa de Telma Regina quando pretende ver reconhecido o crime na sua forma tentada.

Diante do que consta dos autos, é inegável o fato de que a apelante já havia ajustado a compra do entorpecente, consumando-se o tipo previsto no art. 12 da Lei n. 6.368/76.

A decisão monocrática tem respaldo na mais abalizada corrente doutrinária e jurisprudencial da inadmissibilidade do crime tentado quando se trata de crime da lei de tóxicos.

Em regra, os crimes previstos na lei antitóxicos, constituindo mero perigo de dano, não admitem a forma tentada. Continua prevalecendo a tese da inadmissibilidade de crime tentado em matéria de tóxicos. Certo que, em havendo ato concreto de transporte e guarda, consuma-se o crime.

Com efeito, o tráfico 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 insertos no artigo 12 da Lei n. 6.368/76. É cediço que o crime se consuma com a prática de qualquer das ações incriminadas no texto legal, independentemente de qualquer consequência ulterior, daí mostrar-se inviável a tentativa, na espécie.

Nesse sentido é o entendimento consagrado dos Tribunais pátrios:

“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).

“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 JC 68/427).

Quanto ao confisco do automóvel e do numerário apreendido em poder de Telma, mais uma vez razão não lhe assiste.

Dispõe o art. 34 da Lei n. 6.368/76:

“Art. 34 — 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 a sua regular apreensão, ficarão sob custódia da autoridade de polícia judiciária, excetuadas as armas, que serão recolhidas na forma da legislação específica”.

“§ 1º (...);

“§ 2º Transitada em julgado sentença que declare a perda de qualquer dos bens referidos, passarão eles à propriedade do Estado.”

Na hipótese destes autos, verificou-se que o automóvel foi adrede preparado para a narcotraficância (perícia de fls.110/116), possuindo compartimento no tanque de combustível próprio para o transporte do estupefaciente.

A propósito:

“Veículo preparado especificamente para o transporte de substância entorpecente — Nexo etiológico entre o delito e o instrumento utilizado na sua prática demonstrados — Controvérsia quanto à propriedade do bem — Discussão afeta ao Juízo Cível (art. 120, § 4º, do CPP) — Aplicabilidade dos arts. 243, parágrafo único, da CF, 91, II, b, do CP, e 34, § 2º, da Lei n. 6.368/76 — Confisco decretado” (Apeiação Criminal n. 98.007687-0, de Balneário Camboriú — relator Des. Jorge Mussi).

Igualmente correto o confisco do numerário apreendido em poder da acusada Telma Regina.

Da prova extrai-se que os policiais observaram que Telma e César dirigiram-se a Florianópolis para entregar drogas e receberam um pacote, certamente contendo o dinheiro do comprador e que serviria para pagar o transporte do acusado Elias.

Ademais, a acusada Telma não justificou a procedência do numerário. Conforme anteriormente exposto, não comprovou a alegação de que pertencia ao seu marido ou à empresa deste. Outrossim, como uma doméstica, que não comprovou outra fonte de renda, poderia possuir tal montante em sua bolsa, além de possuir um automóvel Kadett?

Assim, porque plenamente justificado e correto, o confisco é mantido.

Inviável também o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, d, do CP). O acusado Elias admitiu apenas que possuía droga no carro (fase judicial), asseverando ainda que não se destinava aos outros dois acusados.

Ficou claro que a sua “confissão” teve o manifesto intuito de obter a atenuante e afastar a causa de especial aumento do art. 18, inciso III, da Lei n. 6.368/76.

A propósito:

“Só se configura a atenuante da confissão espontânea quando brota do íntimo do agente, demonstrando arrependimento na prática delituosa, e não quando este procura eximir-se da responsabilidade ou mitigar as conseqüências do fato” (RT 733/646).

Por fim, merecem provimento os apelos no que tange à fixação da pena.

Da análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, não se vislumbra motivação capaz de elevar a pena-base ao seu dobro. A existência de algumas circunstâncias desfavoráveis, in casu, não autoriza tal elevação.

Dessa forma, a pena-base é reduzida para 5 (cinco) anos de re-

clusão, mais o pagamento de 60 (sessenta) dias-multa, no valor estabelecido no art. 38 da Lei n. 6.368/76.

Reconhecida a causa de especial aumento do art. 18, III, da Lei n. 6.368/76, a pena é elevada da terça parte, ficando definitivamente fixada em 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, e pagamento de 80 (oitenta) dias-multa. Mantidas as demais cominações da sentença.

Nesses termos é dado provimento parcial aos recursos.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Des. Amaral e Silva, e dele participaram, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Paulo Gallotti e Souza Varella, tendo lavrado parecer pela douda Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Luiz Fernando Sirydaki.

Florianópolis, 24 de março de 1999.

Genésio Nolli,

Presidente para o acórdão e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.003306-6, DE ITAJAÍ

Relator: Des. Genésio Nolli

Crime contra a ordem tributária. Artigo 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/90. Apelante que fraudou o Fisco deixando de recolher o ICMS devido aos cofres públicos. Confissão do co-réu que aliada à confissão parcial do apelante, ao testigo do fiscal de tributos, e à notificação fiscal autorizam a condenação. Recurso desprovido.

Não socorre ao apelante a alegação de que a constituição do crédito tributário deu-se quando não pertencia mais aos quadros da empresa. Alterações contratuais da empresa que atestam a presença do apelante na administração e gerência da empresa quando da

omissão. Fase administrativa que não constitui condição de procedibilidade da ação penal.

Alegação de dificuldades financeiras, com possibilidade de excluir a culpabilidade, que não restou comprovada. Ônus da prova que cabe ao apelante. Inteligência do art. 156 do CPP.

Continuidade delitiva caracterizada. Crime que ocorreu à cada data de recolhimento do ICMS. As mesmas circunstâncias que determinaram o desígnio da conduta antecedente reiteraram-se periodicamente.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.003306-6, da comarca de Itajaí (2ª Vara), em que é apelante Evandro de Oliveira, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

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

Custas de lei.

Perante o Juízo de Direito da comarca de Itajaí (2ª Vara), Evandro de Oliveira, juntamente com Dilson Luiz Kierski, foi condenado à pena de 7 (sete) meses de detenção e 12 (doze) dias-multa, concedido o sursis, por infração ao disposto no inciso II do art. 2º da Lei n. 8.137/90, c/c o art. 71 do CP, porquanto deixaram de recolher, no prazo legal, valor de tributo descontado ou cobrado na qualidade de sujeito passivo da obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos.

Inconformado com o decreto condenatório que lhe foi adverso, Evandro de Oliveira interpôs recurso de apelação. Sustentou que a constituição do crédito tributário deu-se quando não era mais sócio da empresa, que o ônus da prova da indisponibilidade de recurso caberia ao órgão

acusador e que inexistiu continuidade delitiva.

Rebatido o inconformismo, nesta Superior Instância a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo seu desprovimento.

É o relatório.

Sem razão o apelante.

O crime do inciso II do art. 2º da Lei n. 8.137/90 está assim definido:

“Art. 2º. Constitui crime da mesma natureza (contra a ordem tributária):

“II — deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos”.

Por oportuna, trazemos a doutrina do eminente jurista Pedro Roberto Decomain (in Crimes Contra a Ordem Tributária, Obra Jurídica Editora, 1994, págs. 59/61):

“O inciso II do artigo 1º da lei examinada procura proteger a correta escrituração dos livros e documentos fiscais.

“A regulamentação de diversos tributos exige que o contribuinte dos mesmos mantenha livros, destinados

a escriturar as operações realizadas, e que acarretam em débito do tributo, bem como destinados a apurar, ao final de certos períodos (quinzena, mês), qual o montante do débito tributário a ser satisfeito.

"Para que esse montante seja apurado com precisão, cumpre que todas as operações que impliquem fatos geradores do tributo sejam convenientemente escrituradas.

"A legislação tributária também exige, no tocante a determinados tributos, a expedição de documentos representativos de operações tributáveis, dentre as quais destacam-se, pela sua maior importância, as notas fiscais. Outros, contudo, também são exigidos, e a escrituração fraudulenta de qualquer deles configura crime, desde que acarrete supressão ou redução de tributo.

"No Estado de Santa Catarina a Lei n. 7.547, de 27 de janeiro de 1989, que dispôs sobre o Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal de Comunicação — ICMS, estabelece, em seu artigo 37, que 'as operações relativas à circulação de mercadorias e às prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação devem ser consignados em documentos fiscais próprios, de acordo com os modelos oficiais.

'...

'Consistirá então crime a redução ou supressão de tributo, desde que resulte de escrituração mendaz de livro fiscal ou documento exigido pelas leis tributárias, com inclusão nesses de elementos inexatos ou omissão

de operações tributáveis" (grifo nosso).

Segundo restou comprovado, o apelante, juntamente com seu sócio Dilson Kierski, responsáveis pelos negócios da empresa Mercontrans Agência, Comércio e Transportada Ltda., omitiram, deliberadamente, o pagamento do ICMS no vencimento correspondente, relativamente às vendas de mercadorias realizadas nos meses de outubro de 1995 e dezembro de 1995 a maio de 1996.

A materialidade do delito ficou comprovada pela Notificação Fiscal n. 307.882-01 (documentos de fls. 11/12 e 16/22).

Já a autoria foi confessada em pormenores pelo co-réu Dilson que, inclusive, indicou a participação do apelante Evandro.

O próprio Evandro admitiu que "a partir de 31 de julho de 1995 não foram quitados alguns tributos estaduais por absoluta falta de caixa, tendo em vista que os administradores da empresa foram obrigados optar entre pagar os tributos ou quitar outras despesas vitais para o funcionamento da firma mencionada" (fls. 58 verso).

Conforme se verifica da Cláusula 7ª, da 2ª Alteração Contratual da empresa (fls. 43/44), no mês de outubro de 1995, quando deveria haver o recolhimento do tributo até o dia 10 de novembro do mesmo ano, quem desempenhava as funções de administração e gerência eram os co-réus. A Cláusula 7ª, da 3ª Alteração Contratual da empresa (fls. 55/56), indica que entre dezembro de 1995 a maio de 1996, quando deveria haver o recolhimento do tributo até os dias 10 de janeiro de 1996 a junho de 1996, quem adminis-

trava e gerenciava a empresa eram os co-réus.

Corroborando ainda a prova acima mencionada, o testemunho do Fiscal de Tributos Estaduais Sr. César Eduardo Grando Coletti (fls. 63 verso).

Quanto ao argumento defensivo de que o apelante não pôde realizar a defesa administrativa, eis que a constituição do crédito tributário realizou-se em 25/10/96, com a notificação da empresa, data em que não mais pertencia ao quadro da empresa, não pode prosperar.

Conforme já analisado anteriormente, as Alterações Contratuais da empresa revelam que o apelante a administrava e gerenciava quando não houve o recolhimento dos tributos, data consumativa do crime.

Leciona Antonio Corrêa que “a omissão da operação não admite tentativa. Este é delito formal, que se esgota com a ação negativa ou omissiva. Como em delitos omissivos são instantâneas as ações, não permitindo aquele desdobramento conhecido como iter criminis, em que a execução pode ser interrompida, esgotada a ação e exaurido o crime, está ele consumado” (in *Dos Crimes Contra a Ordem Tributária — Comentários à Lei n. 8.137, de 27/12/1990, 2ª ed. rev. e ampl., Saraiva, 1996, pág. 112*).

Ademais, imperioso ressaltar que a fase administrativa não obsta a autonomia das instâncias penais.

Nesse sentido é assente:

“RHC — Penal tributário — Processual penal — Crime tributário — Instância administrativa — Condição de procedibilidade — Lei n. 9.430/96 — O Ministério Público é titu-

lar de ação penal. A instância administrativa não constitui condição de procedibilidade. A Lei n. 9.430/96 tem outro sentido. Determina que, havendo indícios de crime, a autoridade administrativa deverá comunicar o fato ao Ministério Público” (Recurso de Habeas Corpus n. 6.162, 97/002148-3, de São Paulo, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. em 1º/4/97).

Quanto à indisponibilidade de recursos para o pagamento integral do débito, caberia à parte comprovar tal situação.

Dispõe o art. 156 do CPP que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”.

Se as dificuldades financeiras fossem devidamente comprovadas, poderiam dar ensejo à excludente de culpabilidade, pois não se poderia exigir conduta diversa ante a tal impossibilidade de pagamento.

Sobre a matéria assim já foi decidido:

“Crime contra a ordem tributária. Lei n. 8.137/90. Preliminar de nulidade do processo, ante a ausência de perícia contábil indispensável à propositura da ação penal. Mérito. Negativa de autoria. Alegação de dificuldades financeiras. Prefacial de nulidade afastada. Confissão do réu na fase investigatória e judicial. Negativa de autoria afastada. Alegação de dificuldades financeiras para recolher os tributos incomprovada. Dolo específico do agente demonstrado nos autos. Delito configurado. Condenação mantida. Recurso desprovido” (Apelação Criminal n. 96.005339-5, Timbó, rel. Des. Alberto Costa, j. pela Segunda Câmara Criminal, em 29/10/1996).

"Sonegação fiscal — Lei n. 8.137/90 — Art. 2º, II (deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos) — ICMS declarado que integrou preço de mercadoria vendida e não recolhido aos cofres públicos — Dolo evidenciado — Alegação de dificuldades financeiras, com possibilidade de excluir a culpabilidade, embora discutível, não comprovada — Ônus que competia ao acusado — Condenação mantida" (Apelação Criminal n. 32.695, de Itaiópolis, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. em 24/10/1995).

Por fim, sustentou o apelante que a figura da continuidade delitiva (art. 70 do CP) não restou caracterizada.

Data venia, mas o argumento não merece acolhida.

Não há falar em uma única ação desdobrada em atos distintos.

Cada mês que o apelante e o co-réu deixavam de recolher o imposto devido configurava-se uma infração.

Ademais, na notificação fiscal constam várias infrações (sete).

Conforme mui apropriadamente analisou o Dr. Promotor de Justiça em suas contra-razões de recurso:

"O ICMS deve ser recolhido mensalmente. O apelante, in casu, repetiu a manobra ilícita por longos períodos, pois, a cada mês do período compreendido entre dezembro de 1995 e maio de 1996, não houve o recolhimento de tal imposto nas datas respectivas".

Ante o exposto, comprovada quantum satis a infração à norma penal da Lei n. 8.137/90, nega-se provimento ao apelo.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Paulo Gallotti e Souza Varella, tendo lavrado parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Paulo Huáscar Viana.

Florianópolis, 6 de abril de 1999.

Amaral e Silva,
Presidente;
Genésio Nolli,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.003815-7, DE SOMBRIO

Relator: Des. Genésio Nolli

Assalto a banco. Emprego de armas e concurso de agentes. Apelante que foi reconhecido em ambas as fases pelo vigia da agência. Testemunho do gerente que, embora não tenha reconhecido o apelante, confirma a autoria. Em nosso sistema processual não vigora o princípio testis unus, testis nullus. Prova hábil para a condenação.

ção. Recurso provido parcialmente para reduzir a pena.

Sabidamente, para o reconhecimento da causa especial de aumento do emprego de arma é desnecessária a sua apreensão.

Já quanto à causa de especial aumento do concurso de agentes, a não identificação do comparsa não impede o seu reconhecimento.

A circunstância de estarem concorrendo duas causas de aumento no delito de roubo, por si só não autoriza a fixação do quantum de aumento em patamar acima do seu mínimo. O aumento acima do seu mínimo será possível desde que devidamente justificado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.003815-7, da comarca de Sombrio, em que é apelante Alessandro Tomaz Mendonça, sendo recorrida a Justiça, por seu Promotor:

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

Custas de lei.

Alessandro Tomaz Mendonça foi denunciado com incurso nas sanções do artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, porque, segundo a denúncia:

“No dia 21 de julho do ano de 1998, o denunciado Alessandro Tomaz Mendonça em companhia de seu comparsa, ainda não identificado nos autos, previamente mancomunados entre si, munidos, cada um deles, de uma pistola automática, de grosso calibre, dirigiram-se à Agência do Bradesco, localizada na Avenida Jaguari, s/n, município de Santa Rosa do Sul—SC, nesta comarca, objetivando a prática de roubo.

“Assim é que, lá chegando, por volta das 12h10min, horário em que

havia pouco movimento na referida agência bancária, pois ali encontravam-se apenas 6 pessoas, incluindo funcionários, o denunciado e seu comparsa adentraram no banco e, enquanto o agente não identificado sacou uma arma e anunciou o assalto, indo até o vigilante Aleir Machado Matis, rendendo-o, o denunciado Alessandro foi até os caixas e, mediante a ameaça de outra arma, subtraiu, para si e para seu companheiro, a quantia aproximada de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais).

“Ato contínuo, enquanto o denunciado subtraía o dinheiro dos caixas, o agente não identificado, após ter rendido o vigia do banco, dirigiu-se ao gerente, determinando que fossem até o cofre da aludida agência, a fim de pegarem o dinheiro que estava em seu interior.

“Ocorre que o cofre da aludida agência só abre em horários previamente determinados, restando a porta do mesmo trancada, razão pela qual os assaltantes saíram do banco, e, embarcando em uma motocicleta CB 400, rumaram no sentido norte, pela BR 101, levando com eles o dinheiro subtraído dos caixas.

“O denunciado Alessandro Tomaz Mendonça foi reconhecido como sendo um dos assaltantes pelo vigia do banco, conforme termo de reconhecimento de fls. 21, do pedido de prisão temporária”.

Devidamente instruído o feito, sobreveio a decisão que houve por bem julgar procedente a denúncia e condenar o acusado à pena de 6 (seis) anos e 9 (nove) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, mais o pagamento de 18 (dezoito) dias-multa.

Irresignado com a prestação jurisdicional entregue, apelou o acusado pleiteando a sua absolvição. Sustentou, para tanto, que a condenação foi lastreada em prova tênue, isto é, apenas o depoimento de uma testemunha e que não é corroborado pelo restante da prova produzida.

Rebatido o inconformismo, rumaram os autos a esta Superior Instância onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo seu desprovimento.

É o relatório.

Reforma parcial merece a sentença no que tange à fixação da reprimenda.

A materialidade restou efetivamente comprovada pelo Boletim de Ocorrência (fls. 9), Termo de Apreensão (fls. 31) e prova testemunhal.

Quanto à autoria, em que pese a negativa do apelante em ambas as fases, é inegável.

O vigia do banco, que a tudo presenciou, reconheceu tanto na fase policial (por foto) como em Juízo (pessoalmente) o apelante como um dos assaltantes da agência.

Esta egrégia Corte tem assim entendido:

“Em crime de roubo, geralmente perpetrado face a face, o reconhecimento do assaltante, formalizado na fase policial, e ratificado, sem titubeio, perante a autoridade judiciária, constitui a peça basilar do elenco probatório e é suficiente para a prolação do veredicto condenatório” (Ap. Crim. n. 21.444 — Criciúma — rel. Des. Tycho Brahe — in JC 53/433).

“Registra-se que o gerente do banco corroborou a versão do vigia, só não tendo condições de efetuar o reconhecimento (fls. 67). Mesmo assim em nada invalida o conjunto probatório, pois o depoimento da testemunha citada é firme e coerente com todos os detalhes ocorridos durante o assalto.

Em caso análogo já foi assentado:

“Nada impede que depoimento único, desde que coerente e crível, como ocorre no caso, seja levado em conta para embasar o decreto condenatório, pois de muito superado o velho brocardo do testis unus, testis nullus, porquanto de acordo com o sistema processual vigente, a prova vale não pela sua quantidade, mas sim pela credibilidade” (Ap. Crim. n. 16.455, Capital, rel. Des. Rid Silva, in JC 34/507).

Todavia, mesmo considerando a única testemunha inquirida como vítima, em face de estar no interior do banco e ter sido ameaçada, tem-se manifestado de forma pacífica o entendimento jurisprudencial que a palavra da vítima também autoriza a prolação de um decreto condenatório”

(JUTACrim/SP — 95/268 — 90/362 — 86/226 — 88/231 — 94/341).

Outrossim, o apelante não conseguiu provar o álibi invocado.

Sustentou que estava na casa de seus parentes. No entanto não trouxe aos autos qualquer prova nesse sentido, nem mesmo o depoimento de um desses seus parentes.

Da dicção do art. 156 do CPP, resta cristalina que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer. Ora, "Quem afirma um álibi deve comprová-lo sob pena de, não o fazendo, ser nenhum o valor probatório da negativa da autoria" (JC 59/288).

As causas de especial aumento, da mesma forma, merecem ser mantidas.

A utilização de armas, embora não apreendidas, restou evidente da prova coligida, mormente dos depoimentos do vigia e do gerente da agência bancária. Já se disse que "a ausência de apreensão da arma, empregada pelo agente quando da prática de roubo, não impede o reconhecimento da qualificadora, máxime se confirmada pela vítima e testemunha presencial" (TACrimSP — rel. Azevedo Franceschini — RJD 10/117).

Extrai-se também da prova coletada que a co-autoria caracterizou-se. Embora não se tenha identificado o outro agente, tal fato não impede o reconhecimento da causa de especial aumento (RT 704/348).

Reparo há de se fazer na sentença objurgada no que tange à pena.

A pena-base foi corretamente fixada em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e pagamento de

12 (doze) dias-multa, sopesando-se as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal.

Verificada a presença de duas causas de especial aumento, — inexistiram agravantes, atenuantes ou causas de especial diminuição — o Magistrado majorou a pena de metade.

No entanto, para que o aumento se afaste do mínimo, mister é que as circunstâncias revelem uma maior periculosidade do agente, maior risco para a vítima, ou maior dificuldade no exercício de eventual defesa.

A propósito:

"A simples existência de duas qualificadoras não é o bastante para se determinar exasperação maior do que a mínima estabelecida no § 2º do art. 157 do CP, sendo necessário, para tanto, que haja concorrência de circunstâncias especiais que indiquem a existência de uma maior eficácia intimidativa decorrente dessa situação" (RJTACrimSP 31/232).

Assim o aumento deve ser de 1/3 (um terço), tornando a pena definitivamente fixada em 6 (seis) anos de reclusão, mais o pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa no seu valor mínimo legal. Mantido o regime inicialmente fechado para o resgate da pena.

Ante o exposto, dá-se provimento parcial ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Paulo Gallotti e Souza Varella, tendo lavrado parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 13 de abril de 1999.

*Amaral e Silva,
Presidente;
Genésio Nolli,
Relator.*

APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.003820-3, DE BLUMENAU

Relator: Des. Genésio Nolli

Tribunal do Júri. Apelação com fundamento nas alíneas a, c e d, inciso III, do art. 593, do Código de Processo Penal.

Não conhecimento do apelo em relação ao fundamento na alínea c, porquanto o apelante não demonstrou em que consistiu o erro ou injustiça na aplicação da pena, sequer fez menção a ela em suas razões.

Nulidade posterior à pronúncia. Inocorrência. Jurados que foram questionados por crime que embora estivesse descrito na pronúncia e no libelo, neste último não foi capitulado. Mera irregularidade. Acusado que se defende do fato descrito e não da capitulação. Ausência de provas de surpresa ou prejuízo para a defesa.

Apelante que, sem motivos, aproveitou-se da embriaguez da vítima e aplicou-lhe uma surra, culminando por jogá-la no rio onde veio a óbito por asfixia. Decisão do Conselho de Sentença que se fundou nas palavras coerentes das testemunhas. Versão defensiva isolada. Somente pode ser inquinada de contrário à prova dos autos o veredicto que se divorcia por completo da prova, o que não ocorre in casu.

Recurso não conhecido em relação ao fundamento da alínea c, inciso III, art. 593, do CPP, e conhecido e desprovido em relação aos demais.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.003820-3, da comarca de Blumenau (1ª Vara), em que é apelante Deosmar dos Santos Lima, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, não conhecer do recurso pela letra c e negar provimento quanto aos demais.

Custas de lei.

Perante o Juízo de Direito da comarca de Blumenau (1ª Vara Criminal), Deosmar dos Santos Lima foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 121, § 2º, incisos III e IV, do Código Penal, c/c o artigo 307 do mesmo diploma legal.

Segundo a denúncia:

“No dia treze de setembro do ano em curso (leia-se 1997), por volta das 6h30min, o denunciado caminhava com a vítima nas proximidades da cervejaria Continental, nesta cidade, sendo que durante o trajeto se mostrava bastante nervoso, falando de forma agressiva com a vítima, Irmã de Lemos. Denunciado e vítima deslocaram-se no sentido da Rua XV de Novembro e em determinado ponto, por motivos ainda não esclarecidos, o denunciado passou a agredir a vítima, desferindo-lhe socos e pontapés, culminando por atirar a mesma dentro do Rio Itajaí-Açu, sendo que logo em seguida o corpo foi encontrado próximo à cervejaria Continental. A vítima sofreu em decorrência das agressões equimose na pálpebra, escoriações profundas em ambos os cotovelos, sendo que o denunciado jogou a vítima ainda com vida na água e esta, sem condições de se defender, veio a óbito por asfixia, conforme auto de exame cadavérico de fls. 7.

“O denunciado praticou o crime qualificado por asfixia, usando ainda de recurso que dificultou e impossibilitou a defesa da vítima, pois, agredida de forma covarde, embriagada que estava, não teve qualquer chance de defesa.

“Preso pela autoridade policial, o denunciado identificou-se falsamente como Aldonir José Borges, sendo

que também no dia sete de outubro do ano em curso (leia-se 1997), ao ser detido pela autoridade policial militar, identificou-se, também falsamente, com o nome de Jackson Ferreira Souza. Assim, além da prática do bárbaro homicídio, o denunciado atribuía a si falsa identidade para obter vantagem em proveito próprio”.

Finda a instrução, sobreveio a sentença que pronunciou o acusado nos termos da denúncia. Submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, restou condenado à pena de 13 (treze) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e 4 (quatro) meses de detenção, além do pagamento de 10 (dez) dias-multa, no mínimo legal. O regime fixado para o cumprimento da pena é o fechado.

Irresignado com a decisão dos senhores jurados interpôs recurso de apelação com fundamento no disposto no art. 593, inciso III, letras a, c e d, do Código de Processo Penal.

Sustentou em suas razões de recurso que ocorreu nulidade posterior à pronúncia, porquanto houve quesitação de crime não capitulado no libelo. Alegou também que a decisão dos senhores jurados divorciou-se da prova coletada, eis que não há prova da autoria.

Contra-arrazoado o apelo, nesta Superior Instância a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo seu desprovimento.

É o relatório.

Sem razão o apelante.

Primeiramente, com relação ao fundamento na letra c, inciso III, do art. 593, do CPP, inviável é o conhecimento do apelo.

O apelante não fez menção à pena e qual teria sido o seu erro ou injustiça.

Não obstante haver a defesa invocado ter havido erro ou injustiça na aplicação da pena, não indicou em que consistiria referido erro ou injustiça, encontrando-se a postulação desprovida de qualquer fundamento, desacompanhada dos motivos pelos quais o apelante quer a reforma do veredicto com base em tal dispositivo legal.

É sabido que no procedimento recursal instaurado para impugnação das decisões do Tribunal do Júri, o princípio do *tantum devolutum quantum appellatum* sofre sensível restrição, posto que a Superior Instância fica circunscrita aos motivos invocados no recurso ou, pelo menos, nos fundamentos esposados quando da apresentação tempestiva das razões.

Julio Fabbrini Mirabete, sobre o tema, ensina:

“Nesse caso, o recurso de apelação tem caráter restrito, não se devolvendo à Superior Instância o conhecimento pleno da causa criminal decidida; fica o julgamento adstrito exclusivamente aos fundamentos e motivos invocados pelo recorrente para interpô-lo” (Código de Processo Penal Interpretado, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 1994, pág. 679).

E ainda:

“O princípio *tantum devolutum quantum appellatum* sofre, no que concerne à sua aplicabilidade, sensível restrição no procedimento recursal instaurado pela interposição de apelação das decisões proferidas pelo Tribunal do Júri. A apelação criminal, no procedimento do Júri, não devolve,

ordinariamente, ao Tribunal ad quem, o integral conhecimento da causa penal. A Instância Superior fica necessariamente limitada aos motivos invocados pelo apelante no ato de interposição recursal” (STF — 1ª Turma — HC n. 68.109-3—PE — rel. Min. Celso de Mello — DJU 21/2/92, pág. 1.693).

Assim sendo, impossível conhecer do pedido em relação à alínea c do inciso III do artigo 593 do Código de Processo Penal, porquanto o apelo encontra-se totalmente infundado, não apontando qualquer erro ou injustiça na aplicação da pena, que pudessem ensejar a reforma da sentença.

Em relação aos demais argumentos o apelo deve ser conhecido, porém desprovido.

A alegada nulidade posterior à pronúncia incorreu.

Alegou o apelante que a mácula consistiu em ser quesitado aos senhores jurados o crime do art. 307 do CP, quando no libelo tal delito não foi capitulado.

No entanto, tal omissão não passou de mera irregularidade, e que não trouxe prejuízos à defesa.

Quando da decisão de pronúncia (fls. 163), que admitiu integralmente a denúncia, o acusado soube que seria julgado pelo Conselho de Sentença, pelos crimes de homicídio qualificado e falsa identidade.

Ademais, quando do oferecimento do libelo crime foi descrito:

“Que no momento da prisão o acusado identificou-se falsamente com o nome de Aldonir José Borges e posteriormente também com o nome falso de Jackson Ferreira Souza, atri-

buindo a si falsa identidade em proveito próprio” (fls. 172).

Sabidamente vige o princípio de que o acusado se defende do fato descrito e não do capitulado. E no libelo crime, peça acusatória, o crime do art. 307 está descrito. Ademais, o apelante inclusive confessou tal delito em plenário.

Logo, a quesitação referente ao crime de falsa identidade não causou surpresa nem prejuízo à defesa, o que impede o reconhecimento de nulidade.

A propósito:

“O eventual equívoco no Libelo Crime Acusatório é incapaz de anular o Júri, quando não trouxer prejuízo ao réu por referir-se a falha na tipificação, quando é por demais sabido que o réu defende-se do fato, máxima se a aludida irregularidade não foi alegada no momento oportuno” (TJAP — RDJ 7/222).

Assim, é rechaçado o argumento da alínea a, inciso III, do art. 593, do CPP, nulidade posterior à pronúncia.

Quanto ao último fundamento, decisão manifestamente contrária à prova dos autos (alínea d, inciso III, art. 593, CPP), mais uma vez razão não assiste ao apelante.

Conforme minuciosamente analisou o Dr. Procurador de Justiça, em seu parecer de fls., “ao reverso do alegado, a prova produzida é toda no sentido de que efetivamente o apelante praticou o crime descrito na exordial acusatória.

“O próprio apelante confessa em Juízo que, no dia dos fatos no horário consignado na denúncia, o mes-

mo encontrou-se com a infeliz vítima, inclusive oferecendo bebida à mesma e levando-a até o local onde a mesma foi encontrada morta.

“O apelante nega apenas o óbvio, ou seja, ter agredido e morto a vítima, contudo, os demais elementos contidos nos autos indicam com certeza sua culpabilidade.

“A testemunha Alfredo Joaquim dos Santos, inquirida às fls. 102, viu quando a vítima caminhava em companhia de uma pessoa parecida com o apelante e inclusive declarou que o mesmo retornou minutos após ter levado a mulher, com a calça e sapatos sujos de barro, pedindo-lhe uma escova para a testemunha, senão vejamos:

“Pedi ao taxista que lhe emprestasse uma escova para que limpsse seu tênis e sua calça...” (interrogatório em plenário — fls. 255).

“A testemunha Marildo José Luiz — fls. 112, também confirma o reconhecimento do apelante.

“Por outro lado, conspira contra o mesmo o fato de que, tão logo foi detido pela autoridade policial, deu dois nomes falsos e inclusive fugiu agredindo um policial e posteriormente fugiu da cadeia pública e também do Fórum, o que indica que de forma alguma queria submeter-se a julgamento popular pelo crime.

“Na fase policial, todas as testemunhas reconheceram o apelante como a pessoa que foi vista com a vítima, puxando-a até o local do crime e discutindo com a mesma. Da mesma forma, a própria companheira do apelante declarou que no dia do crime o mesmo chegou em casa com a roupa manchada de sangue e a vítima, con-

forme a prova pericial, sofreu ferimentos no corpo.

“Ora, o apelante confessou que estava com a vítima e, para tentar eximir-se da responsabilidade, diz ter deixado a vítima próximo ao rio e que sua companheira teria chegado no local e travado discussão com a vítima, tendo então o mesmo saído do local.

“Esta versão é totalmente fantasiosa e não resiste a uma análise perfunctória, até porque em momento algum as testemunhas viram na cena do crime outras pessoas que não o apelante e a vítima.

“Assim, à exceção do momento consumativo do crime de homicídio praticado, o apelante confessou todo o iter criminis e, não havendo mais ninguém no momento em que a vítima faleceu, a única conclusão, principalmente em face do comportamento do apelante, com três fugas após se ver descoberto, é que não há dúvidas sobre a culpabilidade do apelante.

“Quanto às qualificadoras, todas encontram amparo nos autos e em momento algum houve afronta à prova dos autos.

“De igual forma, tendo os jurados optado por versão sustentável nos autos, vigora o princípio da soberania do Júri popular e nesse sentido é a lição:

“Se a prova dos autos autoriza o reconhecimento de duas versões sobre o crime: uma fundada na palavra do co-réu, negando a sua participação; e a outra extraída de parte da prova testemunhal, que lhe atribuiu culpa solidária, não é proibido ao Conselho de Sentença optar por uma das versões em confronto. In casu, os

membros do Júri preferiram a tese mais segura, porque vazada em parte da prova testemunhal, quando reconheceram que o recorrido era co-autor do crime de homicídio. Conseqüentemente, a determinação de novo julgamento, por parte do Tribunal a quo, por entender que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos, ofendeu o art. 593, inc. III, do Código de Processo Penal, o que merece reparo através do especial. A jurisprudência da Suprema Corte já consagrou o entendimento de que a opção, por uma das versões fluentes da prova, não enseja nulidade do julgamento” (RSTJ 47/433).

O recurso é também desprovido em relação ao fundamento da alínea d, inciso III, art. 593, CPP.

Pequena ressalva há de ser feita para esclarecer que a pena mais grave será executada primeiro (art. 76 do CP), isto é, cumprir-se-á primeiro a pena de reclusão no regime fechado. Posteriormente, cumprir-se-á a pena de detenção, esta em regime semi-aberto (art. 33 do CP).

Nesses termos a decisão.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Paulo Gallotti e Souza Varella, tendo lavrado parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Paulo Huáscar Viana.

Florianópolis, 13 de abril de 1999.

Amaral e Silva,
Presidente;
Genésio Noll,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 98.005732-9, DE TIMBÓ**Relator: Des. Jorge Mussi**

Meio ambiente — Poluição de água doce decorrente de atividade industrial (art. 15, caput, § 1º, II, da Lei n. 6.938/81, c/c a Lei n. 7.804/89) — Negativa de autoria — Delito de perigo que atinge o equilíbrio ecológico (art. 225 da CF) — Prova pericial e testemunhal dando conta do alto grau de corrupção causada em córrego, em face do despejo de dejetos químicos e resíduos tóxicos pela empresa de propriedade do acusado — Padecimento de diversas cabeças de gado pertencentes à vizinhança — Conhecimento de que o material era poluente — Configuração do dolo — Crime contra a natureza perfeitamente caracterizado — Condenação mantida — Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 98.005732-9, da comarca de Timbó (1ª Vara), em que é apelante Carlos Roberto Mola, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso defensivo.

Custas na forma da lei.

1 — Na comarca de Timbó (1ª Vara), o Ministério Público ofertou denúncia contra Carlos Alberto Mola e Mafalda Rios de Oliveira dando-os como incurso nas sanções do art. 271 do Código Penal e do art. 15, § 1º, inciso I, alínea a, e inciso II, da Lei n. 6.938/81, c/c arts. 29 e 69, ambos do Código Repressivo, porque, segundo narra a exordial acusatória de fls. 2 a 5:

“Noticiam os autos suso que Valdir Voigtler é proprietário de uma área de terras, situada à Rua

Fritz Lorenz (n. 1962), estremando no lado direito (na direção norte), com terras onde está instalada a empresa ‘HP — Indústria Comércio Importação e Exportação de Alimentos Ltda.’. Acima dessas terras existe uma nascente natural de água que abastece muitos moradores, tanto para o lado de cima, quanto para baixo. Boa parte dos terrenos localizados naquela região contam com pastagens naturais e artificiais para o pastoreio do gado que é de comum criação pelos proprietários dessas áreas. Um desses proprietários, Valdir Voigtler, nos últimos tempos vem sofrendo prejuízos com a morte de inúmeras cabeças de gado, animais sadios, que ficam repentinamente, enfatuados, com exuberante inchaço, perecendo, em poucas horas, de forma estranha. Consta, também, que outros animais, nas redondezas, servindo-se da mesma água, padeceram dos mesmos sintomas que foram a causa de suas mortes. O problema depois de muito comentado na região, com informações aos responsáveis pelo Município e no-

ticioso na rádio local, transcendeu à imprensa catarinense, com destacada matéria na página 3 do Diário Catarinense, edição de 16 de março do ano passado, consoante recorte de fls. 3. Por recomendação do Ministério Público a autoridade policial instaurou o caderno indiciário em exame. Após algumas coletas de água no córrego acima referido, com o encaminhamento para exame, pelo I.P.T. da FURB, o primeiro resultado (fls. 5/6), embora comprometedor, não revela maior gravidade. Entrementes, o segundo exame da água colhida nas imediações da indústria de transformação de sebo e fábrica de sabão, da empresa HP — Ind. Com. Import. Export. de Alimentos Ltda., de propriedade dos denunciados Carlos Alberto Mola e Mafalda Rios de Oliveira, revelou a gravidade da poluição causada às águas daquele riacho, por substâncias químicas e resíduos tóxicos despejados pela empresa indiciada. O último laudo, inserido a fls. 11/12, elaborado pelo Instituto de Pesquisas Tecnológicas da Fundação Universidade Regional de Blumenau, a partir de amostras colhidas no ponto de instalação da Indústria de Sebo e fábrica de sabão, mantidas pelos denunciados, constatou que as águas do regato que nascem e percorrem servindo diversas propriedades com destinação residencial e agropecuária, encontram-se poluídas por ação dolosa dos denunciados. A referida análise físico-química dessas águas revela a hiperacidez, provocada por ação da empresa dos denunciados ao lançar naquele manancial substâncias tóxicas. O resultado do pH é de 0,2. A acidez a fenofaleína ou total (em CaCO) está em 65.459,4 (mg/l). A demanda bioquímica de oxigênio atingiu 5.194,4 (mg/l). Enquanto que a demanda química de oxigênio alcançou 16.400,00 (mg/l). O fósforo total chegou a 110,6 (mg/l). Os óleos e graxas elevaram-se a 6.099,0. O sulfato subiu para 6.256,3 (mg/l). Pela Resolução n. 20, de 18 de junho de 1986, do Conselho Nacional do Meio Ambiente — Conama, encartada a fls. 23/31, vê-se que as águas em exame estão destinadas à proteção das comunidades aquáticas (classes 1 e 2); e, inclusive, para dessedentação de animais (classe 3). Para as águas da classe 1 os óleos e graxas devem apresentar-se virtualmente ausentes, enquanto o pH, entre 6,0 e 9,0. O fosfato total não pode exceder a 0,025 (mg/l). Os sulfatos têm o limite de 250 (mg/l). Para as águas da classe 2 são estabelecidos os mesmos limites ou condições da classe 1, com pequenas exceções. No caso das águas da classe 3, destinadas dentre outros fins, para a dessedentação de animais, os óleos e graxas também devem estar virtualmente ausentes e o pH entre 6,0 e 9,0. Os fosfatos e os sulfatos, no caso da classe 3, devem estar nas mesmas proporções das classes anteriores. A comparação entre o laudo de fls. 11/12, oriundo de Instituição idônea, cotejado com a resolução do Conama, revela a elevada desproporcionalidade de elementos, provocada por ação delituosa dos denunciados, na industrialização de sebo e sabão, composta por substância de alta toxicidade. Lançados nas águas do prefalado riacho os rejeitos corrompem as suas águas que, ao serem ingeridas pelos animais, produzem neles o envenenamento letal. O hábitat das comunidades aquáticas está destruído, ameaçando a vida. Mesmo que se

destinem aquelas águas a usos menos exigentes, conclui-se, a fortiori, que a poluição causada pelos denunciados é criminosa, bastando verificar os padrões estabelecidos pela classe 4, da mesma resolução. As revelações fotográficas de fls. 16/22 demonstram, com absoluta segurança, que a ação dos denunciados, além de destruir a vida das águas do riacho e de todos os seres que dele dependem, também está exterminando a vegetação que circunda as suas margens. A fotografia superior encartada a fls. 22 (foto n. 13) demonstra, com clareza meridiana, o aspecto horrível das águas, com a queima da vegetação circundante. O ribeirão poluído, aproximadamente, na curta distância de 400 metros, vai lançar suas águas fétidas e envenenadas no Rio Benedito. Poluídas, as águas do ribeirão vão contaminar o Rio Benedito, onde desembocam. Por sua vez, este ao se encontrar com o Rio Itajaí-Açu transporta a carga venenosa por águas que se destinam a muitos fins, especialmente captada para uso e consumo humano”.

Concluída a instrução criminal, Carlos Roberto Mola restou condenado à pena de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, sendo-lhe concedido o sursis pelo prazo de 2 (dois) anos, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, no valor unitário de 1 (um) salário mínimo vigente à época dos fatos, por infração ao art. 15, caput, § 1º, inciso II, da Lei n. 6.938/81 (com a nova redação dada pela Lei n. 7.804/89); e absolvida Mafalda Rios de Oliveira, com base no art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

Inconformado com a prestação jurisdicional entregue, Carlos Roberto Mola recorreu, a tempo e modo, objetivando a sua absolvição, sob o argumento de que a sentença baseou-se na prova técnica e esta confirma apenas a possibilidade da poluição ter sido causada pelas atividades da empresa do apelante, aduzindo, ainda, que não há prova segura de que as amostras utilizadas para realização dos exames foram realmente colhidas daquele estabelecimento, alegando, por fim, a inexistência do elemento subjetivo do tipo (dolo) por parte do acusado.

O Ministério Público, entendendo ser aplicável no caso o disposto no art. 89 da Lei n. 9.099/95, propôs a suspensão condicional do processo (fls. 220v.), a qual, porém, foi julgada prejudicada, diante do desconhecimento do paradeiro do réu (Despacho de fls. 238).

Contra-arrazoado o recurso, os autos ascenderam a este Grau de Jurisdição, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo seu conhecimento e desprovimento.

É o relatório.

2 — Primeiramente, importante ressaltar que a Constituição Federal de 1988 lançou norma a respeito do meio ambiente, a qual confere a todas as pessoas a convivência em lugar “ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (art. 225); dispositivo que também vem explícito na Carta Estadual (art. 181).

E como afirmava Rui Barbosa:

“Não há, numa Constituição, cláusulas, a que se deve atribuir meramente o valor moral, de conselhos, avisos ou lições. Todas têm força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos” (“Comentários à Constituição Brasileira”, São Paulo, pág. 489).

Da mesma forma, mister destacar alguns aspectos examinados por doutrinadores pertinentes aos “Crimes Ecológicos”, os quais vêm de modo evolutivo aperfeiçoando a aplicabilidade do Direito Ambiental, possibilitando melhor resposta aos problemas existentes tocantes aos delitos contra a natureza.

Antônio Herman V. Benjamin, in “Dano Ambiental: prevenção, reparação e repressão”, cita artigo elaborado por Gilberto Passos de Freitas referente à tutela penal do meio ambiente, nos seguintes termos:

“O direito penal, como é sabido, não pode manter-se afastado da realidade social. Deve receber os valores que a consciência social do momento façam por merecer a sua tutela.

“Em matéria ambiental, tal assertiva não só se faz presente, como se constitui uma necessidade, uma vez que se trata de um direito em evolução permanente, que deve acompanhar os avanços da ciência e da tecnologia.

“Consoante preleciona Everaldo da Cunha Luna, ‘certos fatos, por império das circunstâncias atuais, exigem que se lhes reconheça dignidade penal’” (São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 2, 1993, pág. 310).

“O Direito Ambiental nasce, pois, num contexto que leva em conta as relações interpessoais e as rela-

ções entre a Sociedade e o Estado. De um lado, inequivocadamente, embasa-se como um dos Direitos Humanos fundamentais: o direito que o cidadão tem a uma vida saudável, isto é, direito ao ar puro, a água limpa, ao calor do sol etc.” (Carlos Gomes de Carvalho, in “Introdução ao Direito Ambiental”, 2ª ed., São Paulo, Letras & Letras, 1991, pág. 117).

Quanto aos delitos ambientais, Paulo Affonso Leme Machado destaca a infração pela qual o acusado restou condenado como exemplo de perigo abstrato, ou seja, crime que não exige o dano para sua configuração, estando satisfeito o tipo penal com a mera possibilidade de deteriorização, veja-se:

“É de ser acentuado que o perigo exigido pelo art. 15 da Lei n. 6.938/81 (...) não exige como se vê no art. 132 do CP — que o perigo seja direto e iminente” (in “Crimes Ambientais”, RPM/RG 21/61).

O tipo ecológico em testilha só é punível a título do dolo, quer pela vontade livre e consciente do agente ou pelo risco de produzir e assumir o resultado (dolo eventual), o qual revela a indiferença do autor em relação ao fato.

Nesse sentido apresenta-se a jurisprudência:

“A indiferença na ocorrência do resultado, previsto, aliás, pelo agente, e a possibilidade de sua verificação são indicativos seguros que caracterizam o dolo eventual, visto como assumiu o agente o risco do resultado que se lhe apresentou agindo dentro do que lhe ditou sua vontade” (RT 380/302).

"Usualmente, o poluidor age com dolo eventual, i. e., conhece o potencial lesivo de sua conduta ou atividade, mas prefere não decliná-la, assumindo o risco de que esse potencial danoso gere sério perigo, ou contribua para o perigo já existente, e, mais, que gere o próprio dano, nada obstante não sejam estes o seu intuito" (IBCCrim n. 49, pág. 11).

E adiante, destaca que "o art. 15 da Lei n. 6.938/81 tem um salutar papel a cumprir na defesa do meio ambiente e da vida digna da coletividade. Acertou o legislador ao instituí-lo e acertará, ainda mais, o magistrado, ao aplicá-lo".

Carlos Gomes de Carvalho, conceituando poluição industrial, assevera que se trata de "qualquer alteração das propriedades físicas, químicas ou biológicas do meio ambiente, causadas por qualquer forma de energia ou de substância sólida, líquida ou gasosa, ou combinação de elementos despejados pelas indústrias, em níveis capazes, direta ou indiretamente, de:

"I — prejudicar a saúde, a segurança e o bem-estar da população;

"II — criar condições adversas às atividades sociais e econômicas;

"III — ocasionar danos relevantes à flora, à fauna e outros recursos naturais" (in "Dicionário Jurídico do Ambiente", São Paulo, Letras & Letras, 1991, pág. 282).

E consoante dispõe o art. 3º, inciso III, da Lei n. 6.938/81, entende-se por poluição a "degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; b) criem condições adversas às atividades so-

ciais e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos".

Mais especificamente, quanto à poluição da água, pode-se definir como aquela devida ao lançamento "de substâncias, orgânicas ou minerais, naturais ou sintéticas, algumas das quais são mais ou menos biodegradáveis e outras tóxicas para a flora e a fauna aquáticas, assim como para o homem" (Henri Freidel citado por Vladimir Passos de Freitas, in "Direito Ambiental em Evolução", Curitiba, Juruá, 1998, págs. 137/8).

O mesmo autor, salienta diversas considerações relativas às águas doces, vejam-se:

"Água doce é o corpo de água que contenha resíduo mineral menor do que 0,1%, com proporções variáveis de carbono, bicarbonato e sulfatos (...) seu uso é indispensável à sobrevivência do homem e sua importância alcança também a irrigação, navegação, aquicultura e harmonia paisagística. A água é considerada poluída quando a sua composição for alterada tornando-a imprópria para alguma ou todas as suas utilizações em estado natural. As causas mais comuns da poluição da água doce são os dejetos humanos e industriais, os produtos químicos e radioativos. A Resolução n. 20, de 18/6/86, do Conama, estabelece os níveis suportáveis de presença de elementos potencialmente prejudiciais nas águas" (pág. 365).

Destaca-se que o lançamento de substância tóxica em um rio, além

da água, vai afetar a flora, a fauna e o homem.

Diante de todas as considerações suso expostas, passa-se à análise da prova encartada aos autos.

Ressumbra do processado que o apelante, como proprietário da empresa "HP — Indústria Comércio Importação e Exportação de Alimentos Ltda.", a qual fabrica sabão, por meio de transformação de sebo, há muito vinha despejando substâncias químicas e resíduos tóxicos nas águas doces de um riacho que passa no terreno de seu estabelecimento e que corre nas terras de diversos moradores da região. Um deles, Valdir Voigtler, pessoa que possui criação de gado bovino, deparou-se com a repentina morte de alguns animais que, após beber daquela água, ficavam inchados e estufados até o total perecimento. Preocupado e desconfiado que a causa de tal ruína provinha da poluição das águas que naquele córrego percorriam, levou o caso ao conhecimento das autoridades municipais, terminando em divulgação pela imprensa, razão pela qual o Órgão Ministerial requereu investigação sobre os fatos. Instaurado Inquérito Policial e feitas algumas coletas de amostras daquelas águas, constatou-se que ela estava extremamente poluída.

É sabido que para a configuração do delito disposto no art. 15 da Lei n. 6.938/81, é indispensável prova pericial e esta, como se denota dos laudos confeccionados, bem demonstra que as águas daquele local estavam com elevado grau de poluição.

Numa primeira análise, o Instituto de Pesquisas Tecnológicas da FURB verificou que o pH da amostra

coletada era igual a 6,6; a alcalinidade ao metil orange ou total (em CaCO) de 79,0mg/l; a demanda bioquímica de oxigênio de 28,6mg/l; a demanda química de oxigênio de 92,0mg/l; os óleos e graxas de 204mg/l e o sulfato de 15,3mg/l (fls. 11 e 12).

Posteriormente, feito exame no terreno de Valdir, pela perícia criminalística, foi constatado que "resíduos da fábrica de sabão são jogados no córrego", conforme revela a fotografia acostada a fls. 25, bem como "a vegetação nas margens do córrego está morta e ressequida" (foto de fls. 28), concluindo que:

"O córrego que atravessa o terreno de Valdir Voigtler recebe, antes de atravessá-lo, resíduos da fábrica de nome HP — Comércio Importação e Exportação de Alimentos Ltda. Resíduos estes que estão matando a vegetação que margeia o referido córrego" (fls. 16).

Em outra oportunidade, realizada nova análise das águas daquele local, o mesmo instituto de pesquisas verificou o pH em 0,2; a acidez a fenolftaleína ou total (em CaCO) de 65.459,4mg/l; a demanda bioquímica de oxigênio de 5.194,4mg/l; a demanda química de oxigênio de 16.400 mg/l; os óleos e graxas de 6.099mg/l e o sulfato de 6.256,3mg/l (fls. 17 e 18).

Ora, a Resolução n. 20/86 do Conama, Conselho Nacional do Meio Ambiente, classifica as águas doces da classe 1 e 2, aquelas destinadas à proteção das comunidades aquáticas, e da classe 3, as destinadas à dessedentação de animais (art. 1º, incisos I, II, alínea b, III, alínea b, e IV, alínea c).

A mesma norma estabelece que para as águas da classe 1, óleos

e graxas devem ser virtualmente ausentes; a demanda bioquímica de oxigênio até 3mg/l; a demanda química de oxigênio não inferior a 6mg/l; pH entre 6 a 9; fosfato total de 0,025mg/l e sulfatos 250mg/l (art. 4º, alíneas b, g, h, l e m).

Para a classe 2 a demanda bioquímica e química de oxigênio não inferior a 5mg/l (art. 5º, alíneas e e f), enquanto que para a classe 3 os óleos e graxas devem ser virtualmente ausentes; a demanda bioquímica de oxigênio até 10 mg/l; a demanda química de oxigênio não inferior a 4 mg/l, pH entre 6 a 9; fosfato total de 0,025mg/l e sulfatos 250 mg/l (art. 6º, alíneas b, g, h, l e m).

As fotografias de fls. 80 e 81 refletem, sem sombra de qualquer dúvida, a poluição ocorrida nas águas da-quele local.

Por fim, foi juntada aos autos fotocópia do laudo pericial efetuado para fins de instrução da ação civil pública que foi movida contra o apelante, de onde se extrai as seguintes observações:

"Quais são os principais produtos químicos necessários à produção de sabão e no que são transformados, ou seja, quais são os efluentes desses produtos?"

"Material graxo (gordura ou glicéridio): podem ser utilizados óleos e gorduras vegetais ou animais, tais como: óleo de coco, óleo de soja, óleos provenientes de plantas oleógenas em geral, gordura de porco ou boi (sebo);

"(....).

"(....) Nas empresas que produzem industrialmente o sabão, tem que

ser considerada a presença de impurezas na matéria-prima e a consequente geração de resíduos.

"(....) Verificamos in loco a existência de uma grande quantidade de material, basicamente sabão, sedimentado e também arraigado à vegetação que margeia a valeta que conduz estes efluentes até o córrego. Coletamos este material e demonstramos, na presença do assistente técnico, que trata-se de sabão.

"(....).

"O nível C representa um potencial de degradação máximo.

"A atividade desenvolvida pela empresa encontra-se listada como potencialmente causadora de degradação ambiental no nível C (....).

"(....), ou seja, poluição ambiental (....).

"(....).

"1º — Apresentou uma concentração alta de óleos e graxas, ora esta é uma das matérias-primas utilizadas pela empresa. A título de comparação informamos que o máximo que uma empresa pode emitir em termos deste parâmetro, a luz do Decreto n. 14.250/81, seriam 50 mg/l (somando-se o máximo permitido para óleos minerais, vegetais e gorduras animais). O laudo detectou 6.099,0mg/l um valor consideravelmente superior ao permitido.

"2º Demonstrou que o afluente apresenta uma elevada demanda química e biológica de oxigênio. Estes parâmetros traduzem a quantidade de oxigênio necessária para oxidar química e biologicamente os compostos oxidáveis, basicamente matéria orgânica, presentes na amostra, permi-

te-se (Decreto n. 14.250/81) que uma empresa lance um efluente com uma DBO de até 60 mg/l O, ou que remova através do Sistema de Tratamento de Efluente pelo menos 80% (oitenta por cento) da DBO do efluente original. O referido laudo detectou uma DBO de 5.194,4mg/l um valor extremamente elevado.

“3º (...).

“(....).

“Além do estado crítico do depósito de soda cáustica cabe destacar a importância da instalação de um Sistema de Tratamento de Efluentes corretamente dimensionado (...).

“c.1 — Amostra de solo: Verificase in loco e visualmente uma grande quantidade de sabão sedimentada dentro da valeta e arraigada à vegetação que margeia a referida. Os testes de laboratório confirmaram ser sabão.

“(....).

“(....) O referido laudo 145 PS atesta alta concentração de DBO de lançamento e uma concentração de microorganismos do grupo coliforme total e fecal tão alta que extrapolou o máximo detectável pelo método empregado pelo laboratório para análise deste parâmetro.

“(....).

“Conforme se demonstrou à sociedade, a empresa em questão, operando em condições normais, gera efluentes com elevada capacidade de comprometer os recursos hídricos para os quais canaliza tais despejos (...).

“(....).

“Portanto, conforme se depreende dos resultados analíticos, o ribeirão antes de passar pela empresa não

possui um alto grau de poluição (...).” (fls. 153/163).

Nesse passo, exaustivamente perfectibilizada a materialidade delitativa, passa-se à comprovação da autoria por parte do acusado.

Muito embora o réu negue a prática antijurídica, alegando que não solta resíduos poluentes naquelas águas (fls. 51 e 60v.), há farta prova testemunhal dando conta de que as atividades desenvolvidas na empresa, da qual é proprietário, findaram em poluir o córrego em questão, especialmente da ocorrência de várias mortes de reses que habitavam áreas próximas ao estabelecimento.

Valdir Voigtlenner, prejudicado com o padecimento de aproximadamente 13 (treze) cabeças de gado, asseverou que a empresa do réu causou a poluição das águas do riacho que ali corre, vindo a contaminar seus animais até o letal perecimento (fls. 40 e 74).

Benno Nau, perante a autoridade policial, ressaltou que “aproximadamente dois anos passados, foi notado que o gado da empresa acima, estava perdendo o seu peso, em razão do gado estar tomando água de um córrego que passa nos fundos do terreno, córrego este que advém das terras de Valdir Voigtlenner e da empresa Sabão Pampa, esclarecendo que o citado córrego vem carregado de detritos de sabão (...) viu que o gado de Valdir, algumas reses vieram a morrer, porque tomaram água poluente do citado córrego; que, a água do córrego vem espumosa (...).” (fase policial, fls. 41); depoimento ratificado em Juízo (fls. 75).

No mesmo diapasão são as declarações de Vicente Rozza (fls. 42 e

76), Inês Klitzke (fls. 43 e 77) e Rui Klitzke (fls. 44).

Se não bastasse, há também, o testemunho do Professor Químico Haymo Mueller assinalando que “a amostra é extremamente ácida, o que se comprova através do valor do pH e acidez fenolfaleína, a amostra é de natureza orgânica apresentando altos índices de DQO e DBO; Que o índice de fósforo total, óleos e graxas e sulfato são anormais, o que em análise geral é um alto índice de poluição” (fls. 47); na fase judicial aduziu que “pelos exames realizados, a água examinada estaria fora dos padrões estabelecidos pelo Conama e pela Fatma” (fls. 130v.).

E, ainda, constam nos autos as declarações do Assessor Especial do Meio Ambiente da Prefeitura Municipal de Timbó, à época dos fatos, o qual relatou que foi procurado pelo Sr. Valdir, em virtude do que vinha ocorrendo, destacando que, providenciada a análise das águas que percorriam a empresa de sabão, de propriedade do réu, verificou-se “índices alarmantes de poluição, efetivamente capazes de causar a mortandade de animais”, bem como “que da empresa vinha uma valeta que dava para o córrego, a qual estava completamente impregnada de agentes poluentes, inclusive, sebo, materiais estes decorrentes da produção de sabão” (em Juízo, fls. 78).

Assim, não há como se acolher a alegação defensiva de que não há prova nos autos do perigo causado ou que os laudos somente demonstraram a possibilidade de a empresa ter poluído o córrego. Da mesma forma, impossível amparar-se na incerteza de que os exames que foram realizados não utilizaram amostras que eram das

águas que percorriam os fundos da empresa, ou mesmo, que não agiu com dolo, caindo por terra a negativa de autoria.

Da jurisprudência destaca-se:

“Comete o crime previsto no art. 15 da Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, alterado pela Lei n. 7.804, de 18 de julho de 1989, o proprietário de curtume que lança no rio matérias orgânicas putrefactas, matérias não biodegradáveis, substâncias tóxicas, poluindo-o, criando, assim, uma situação de perigo para a vida humana, animal e vegetal” (LEX 85/394).

Portanto, comprovado, pela prova pericial, o alto grau de poluição existente no riacho, cujo material — água colhida para exame — foi retirada de uma distância entre 3 (três) a 5 (cinco) metros da fábrica de propriedade do réu; presentes diversos testemunhos dando conta da morte de várias reses, consoante exemplo que se infere das fotografias de fls. 80, onde, inclusive, verifica-se a coloração totalmente esbranquiçada da água, deixando claro, como diz a perícia, da presença de componentes químicos, impossível absolver-se Carlos ou desclassificar a infração para o tipo culposo, devendo, por isso, ser mantida a bem-lançada sentença que o condenou como violador do disposto no art. 15, caput, § 1º, inciso II, da Lei n. 6.938/81, com a nova redação dada pela Lei n. 7.804/89, ou seja, poluição decorrente de atividade industrial que expôs a perigo a incolumidade humana, animal e vegetal.

3 — Ex positis, nega-se provimento ao recurso defensivo.

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

Alberto Costa, e subscreveu parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Valdir Vieira.

Florianópolis, 9 de dezembro de 1998.

José Roberge,
Presidente com voto;
Jorge Mussi,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 98.010740-7, DE INDAIAL

Relator: Des. Jorge Mussi

Corrupção de substância alimentícia (art. 272, caput, § 1º, do CP) — Desclassificação para o delito descrito no art. 132 do CP (perigo para a vida ou saúde de outrem) — Crime que estabelece como sujeito passivo pessoa determinada e não a coletividade e que possui como bem jurídico o indivíduo em vez da incolumidade pública — Pretensão afastada.

Venda de produto considerado impróprio para o consumo humano — Vidros de palmitos em conserva — Laudo pericial comprovando a presença de bactérias do grupo coliforme de origem fecal — Incerteza no tocante à existência do elemento subjetivo do tipo (dolo) — Desclassificação do delito para a modalidade culposa (art. 272, caput, § 2º, do CP) operada.

Corrupção ativa (art. 333 do CP) — Acusado que ao ser flagrado cometendo delito ofereceu recompensa a policial civil — Negativa de autoria — Anemia probatória quanto à conduta do agente — Pronunciamento do non liquet que se impõe.

Extinção da punibilidade — Prescrição da pretensão punitiva do Estado na forma retroativa — Decretação de ofício — Exegese dos arts. 107, IV, 109, VI, 110, §§ 1º e 2º, e 114, inciso II, todos do CP — Inteligência do art. 61 do CPP — Matéria de ordem pública.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 98.010740-7, da comarca de Indaial (2ª Vara), em que é apelante Vilmar Anacleto, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso defensivo, a fim de absolver o apelante das sanções descritas no art. 333 do Código Penal, com fundamento no art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal; e desclassificar o delito disposto

no art. 272, caput, e § 1º, do Estatuto Repressivo, para o crime previsto no § 2º do mesmo dispositivo, fixando-se a pena em 6 (seis) meses de detenção, em regime aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, cada qual no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à data dos fatos, decretando-se, de ofício, extinta a punibilidade do acusado pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, na forma retroativa, consoante preceituam os arts. 107, inciso IV, 109, inciso VI, e 114, inciso II, c/c o artigo 110, §§ 1º e 2º, todos do Codex Penal, observado o estipulado no art. 61 do Código de Processual Penal.

Custas na forma da lei.

1 — Na comarca de Indaial (2ª Vara), o Órgão do Ministério Público ofereceu denúncia contra Vilmar Anacleto, dando-o como incurso nas sanções do artigo 272, caput, e § 1º, e artigo 333, ambos do Código Penal, porque, como se infere da inicial acusatória de fls. 2 e 3:

“No dia 26 de junho de 1992, cerca das 8 horas, o denunciado estava vendendo, próximo ao terminal rodoviário de Indaial, palmito em conserva com má aparência, sendo que os vidros estavam com as tampas enferrujadas.

“Desconfiado da qualidade do produto, o policial civil Silvio Mariotti efetuou a apreensão de 136 vidros de palmitos inteiros e 29 picados (termo de folhas 3).

“Submetida à análise uma amostra de dez vidros de palmitos, junto ao Instituto de Pesquisas Tecnológicas da FURB, verificou-se que o produto fabricado e comercializado

pelo denunciado é impróprio para consumo humano, em virtude de estar contaminado por bactérias do grupo coliforme de origem fecal (fls. 5/7).

“Ainda no pátio do Terminal Rodoviário, visando procurar fugir de um indiciamento, pois tinha consciência de que o produto que fabricava e vendia estava infectado, tornando-se nocivo à saúde humana, o denunciado tentou subornar o policial, oferecendo-lhe uma caixa de vidros de palmitos, para que ele se omitisse de encaminhá-lo para indiciamento”.

Concluída a instrução criminal, a denúncia foi julgada procedente, condenando-se Vilmar Anacleto à pena de 2 (dois) anos de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, cada qual à razão de 40 (quarenta) Unidades Fiscais de Referência (UFIR), pelo valor mensal vigente ao tempo do crime, por violação ao art. 272, caput, e § 1º do Código Penal, e à sanção de 1 (um) ano de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor antes referido, por infração ao art. 333 do mesmo diploma legal, ambos em concurso material (art. 69 do CP), totalizando em 3 (três) anos de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa.

Inconformado com o decidido, o réu recorreu, a tempo e com fulcro no art. 593, inciso I, do Código de Processo Penal, objetivando a reforma da sentença, postulando a absolvição do delito de corrupção ativa, sob o argumento de que a prova coletada aos autos é insuficiente para ensejar uma condenação. No tocante ao crime de corrupção de substância alimentícia, requereu a desclassificação para o ilícito de perigo para a vida ou saúde de

outrem, tipo penal previsto no art. 132 do Código Penal. Em alternativa, pugnou a redefinição da infração para a modalidade culposa, prevista no art. 272, § 2º, do mesmo estatuto, haja vista a ausência do elemento subjetivo, consistente no dolo de causar dano à saúde de terceiros, além da inexistência de prova de que o produto apreendido destinava-se objetiva e especificamente ao público em geral.

Contra-arrazoado o recurso, os autos ascenderam a este Grau de Jurisdição, manifestando-se a ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça pelo seu conhecimento e provimento parcial, a fim de que se proceda a desclassificação do delito para a sua forma culposa, absolvendo-se o apelante do crime de corrupção passiva, por insuficiência de provas.

É o relatório.

2 — A pretendida redefinição do tipo descrito no art. 272, caput, e § 1º do Código Penal, para o crime disposto no art. 132 do mesmo diploma legal — perigo para a vida ou saúde de outrem — não pode ser acolhida.

É que a conduta do acusado não corresponde à ação antijurídica inserta naquele preceito, o qual possui como bem jurídico a vida e a saúde da pessoa humana e sujeito passivo vítima determinada.

O delito narrado na exordial acusatória é praticado contra a incolumidade pública, resultando em perigo comum e não individual como ocorre no dispositivo suso mencionado, que visa à proteção da indenidade de pessoa certa, veja-se:

“Para que se configure o crime do art. 132 do CP, o perigo criado de-

ve ser individual, isto é, deve existir uma vítima certa que esteja sendo visada pelo réu (...).” (RT 544/424).

Na mesma esteira:

“Na hipótese do art. 132 do CP, o perigo criado deve ser individual: se ocorre perigo comum, isto é, extensivo a um determinado número de pessoas, o crime passará a ser contra a incolumidade pública (...).” (RT 450/420).

Assim, impossível desclassificar o delito pelo qual foi denunciado o apelante para o tipo descrito no art. 132 do Código Penal, eis que a proemial expõe e descreve os fatos de crime praticado contra a incolumidade pública e não contra determinada pessoa, como legalmente é exigido para sua caracterização.

3 – No tocante à postulada desclassificação do ilícito pelo qual restou condenado para a figura disposta no art. 272, § 2º, do Estatuto Repressivo, o qual reconhece o crime na sua forma culposa, melhor sorte lhe assiste.

Não obstante indisfarçáveis os fatos em sua realidade material, pois que, a final, o parecer técnico elaborado pelo Instituto de Pesquisas Tecnológicas da FURB, o qual realizou análise microbiológica da amostra dos vidros de palmitos apreendidos em poder do réu, quando este pretendia vendê-los, ter dado exata noção de que o produto era impróprio para o consumo humano, e a despeito, também, destacou a presença de bactérias do grupo coliforme de origem fecal (fls. 8/10), cumpre reconhecer que a admissão do crime a que se refere o art. 272, caput, e § 1º do Código Penal, deve decorrer de evidente dolo.

E pelo que consta dos autos, nenhuma prova segura demonstra que o réu tenha agido de forma dolosa.

O policial civil que efetuou a apreensão dos vidros de palmitos em conserva em poder do acusado, quando inquirido na fase administrativa e judicial, não se referiu ao conhecimento deste quanto à corrupção do produto (fls. 14 e 37).

A testemunha Adilson Becker, ajudante de Vilmar, prestando compromisso legal, salientou que nas hipóteses em que a mercadoria aparentava estragada o apelante sempre substituíria por outra de boa qualidade. Ressaltou também que era o acusado quem preparava o produto, na sua própria casa, porém, “sempre adotando cuidados com a limpeza, de sorte que nunca recebeu alguma reclamação de seus clientes” (em Juízo, fls. 38).

Carmem Schubert, pessoa que há aproximadamente 9 (nove) anos compra o produto vendido pelo réu, relatou que “adquire palmito em conserva do acusado, para consumo de sua família, afirmando que compra em boa quantidade e nunca se deparou com um vidro sequer contendo produto deteriorado”, destacou, inclusive, que os vidros “eram sempre fornecidos pela depoente”; aduziu, ainda, que durante “este tempo todo que tem sido fornecida pelo acusado, apenas uns dois ou três vidros de conserva se deterioraram, apresentando um líquido escuro, de cor marrom, mas o acusado substituíria a mercadoria estragada por outra de boa qualidade” (fase judicial, fls. 39).

O réu quando interrogado não negou o delito, todavia demonstrou desconhecer a qualidade contaminada da mercadoria que preparava e vendia (fls. 29).

Assim, incerta restou a sua conduta na forma dolosa — elemento subjetivo do tipo — em face da inexistência de provas da intenção, consciência e vontade livre do apelante em corromper o produto que vendia e que lhe servia como meio de sobrevivência, caracterizando, desse modo, o crime na figura culposa, na modalidade de negligência, porque as tampas se encontravam enferrujadas, e imperícia, eis que não tinha qualificação para a confecção e produção da mercadoria que expunha à venda, cuidados exigíveis na vida da relação.

A respeito da matéria, Julio Fabbrini Mirabete, in “Manual de Direito Penal”, leciona:

“Neste caso o agente não quer o resultado, nem assume o seu risco, mas, por desatenção e falta de cuidados, causa a corrupção ou a adulteração da substância ou a mantém em depósito, expõe à venda, vende ou entrega a consumo” (São Paulo, Atlas, vol. 3, pág. 140).

Da ensinança de Nélson Hungria, cita-se:

“A corrupção ou adulteração da substância pode resultar de imperdoável descuido na escolha dos elementos de sua fabricação, preparação ou beneficiamento, do mesmo modo que, na hipótese do § 1º, pode existir, não intenção maligna, mas grosseira desatenção quanto à deturpação ou falsificação da substância. Ainda em tais casos, porém, responderá penalmente o agente a título de culpa stricto

sensu, na conformidade do § 2º do art. 272" ("Comentários ao Código Penal", pág. 116).

E do repertório jurisprudencial, traz-se à tona:

"O dolo do agente, em crime tais, além da vontade dirigida a qualquer de tais ações (corromper, adulterar, falsificar), deve compreender a ciência e consciência das referidas destinação e nocividade" (RT 420/104).

Dessa forma, restando duvidosa a conduta dolosa do apelante na venda do produto, desclassifica-se o delito para a figura culposa, tipo previsto no art. 272, § 2º, do Código Penal.

4 — Do mesmo modo, merece provimento o recurso defensivo quando almeja a absolvição do apelante do crime disposto no art. 333 do Codex Penal, com fundamento no art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal, porquanto, na realidade, não se consegue, pela leitura dos elementos existentes nos autos, chegar-se a uma conclusão positiva de que tivesse ele efetivamente oferecido qualquer vantagem indevida ao policial civil, para que este evitasse seu indiciamento.

Ressumbra do processado que o acusado estava iniciando a venda de palmitos em conserva, quando chegou o policial civil, Silvio Mariotti, e apreendeu a mercadoria por suspeita de estar contaminada.

Este policial afirmou que para se esquivar do indiciamento, o apelante ter-lhe-ia ofertado uma caixa de vidros de palmitos (fls. 14 e 37).

Todavia, a autoria delitiva restou obscura, eis que do processado nenhum elemento certo vislumbra-se dando conta de que ele tivesse realmente praticado a empreitada criminal.

Os indícios presentes no caderno processual limitam-se ao depoimento do policial Silvio que efetuou a apreensão do produto pertencente ao réu, porém, não relatou os fatos com segurança suficiente para ensejar um decreto condenatório contra Vilmar pelo crime de corrupção ativa.

Essa testemunha, quando oitavada pela autoridade judicial, depois de mais de 1 (um) ano e 6 (seis) meses da data em que foi ouvida no inquérito, alegou que outro policial, Edgar Alves Drum, estava em sua companhia naquele ato, fato que estranhamente omitiu quando foi inquirido pela primeira vez.

Esse seu colega, nas declarações que prestou, em Juízo, afirmou que o vendedor de palmitos ofereceu a Silvio metade da carga ou dinheiro para que este não providenciasse o indiciamento.

Como visto, não há harmonia entre os depoimentos prestados por eles a concluir-se seguramente pela culpabilidade do réu, mormente em se lembrando que este negou veementemente que tivera agido daquela forma, veja-se:

"(...) Não é verdadeiro que eu tenha tentado subornar o policial civil que me deteve vendendo tais produtos; nada ofereci pra ele" (interrogatório, fls. 29).

Diante de tal situação, vê-se a existência tão-somente de indícios que não se coadunam com os demais

elementos probatórios coligidos aos autos, o que é insuficiente para dar suporte à condenação, diante da dúvida surgida na instrução contraditória.

Assim, nenhuma prova concreta foi construída no sentido de ter ele efetuado qualquer suborno, especialmente material, havendo somente indícios. Porém, da prova incriminatória, composta tão-somente do depoimento do policial civil, não se vislumbra a certeza que se exige para a prolação de um decreto condenatório.

Pode até ser tivesse ele realmente oferecido a mercadoria com o intuito de esquivar-se do indiciamento, mas os elementos probatórios dos autos não são fortes o bastante para embasar a sentença repressiva. Há dúvida e não certeza de sua ocorrência.

Em tais casos, a jurisprudência assim se apresenta:

“(…) Insuficiência de provas para condenação — Dúvida — Absolvição decretada (art. 386, VI, CPP).

“No processo criminal, máxime para condenação, tudo deve ser claro como a luz, certo como a evidência, positivo como qualquer expressão algébrica. Condenação exige certeza absoluta, fundada em dados objetivos indiscutíveis, de caráter geral, que evidenciem o delito e a autoria, não bastando a alta probabilidade na consciência do julgador, sob pena de se transformar o princípio do livre convencimento em arbítrio” (Ap. Crim. n. 29.991, da Capital, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

O colendo Supremo Tribunal Federal desta forma assentou:

“Ante a inexistência ou insuficiência dos elementos probatórios, deve o juiz, como ordinário efeito consequencial, proferir o non liquet” (RTJ 143/160).

A orientação jurisprudencial deste Tribunal também é uníssona neste sentido, conforme se demonstra em julgado:

“(…) Dúvida quanto à autoria. Absolvição. Aplicação do princípio in dubio pro reo. Prova insuficiente para arrimar a condenação.

“(…) 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:

“(…) Prova inconcludente acerca da autoria — Absolvição decretada — Recurso provido.

“(…) é de rigor pronunciar o non liquet, pois a suspeita jamais pode ser confundida com o indício, este sim que pode servir para fortalecer a convicção condenatória, mas cuja avaliação exige cautela redobrada por parte do julgador, justamente por ser vizinho da dúvida, esta que leva, irremediavelmente, à absolvição (art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal)” (Ap. Crim. n. 96.000796-2, da Capital, rel. Des. Álvaro Wandelli, j. em 25/3/97).

Também em caso análogo:

“Conjunto probatório insuficiente para a manutenção da condenação. Aplicação da máxima in dubio pro reo.

Absolvição decretada. Inteligência do art. 386, VI, do CPP.

“Recurso provido” (Ap. Crim. n. 34.595, de Jaraguá do Sul, deste Relator, j. em 7/5/96).

No mesmo sentido, decisões de outros Tribunais, citadas por Camargo Aranha, vejam-se:

“Sob pena de cometer possível erro judiciário, não pode o juiz criminal proferir condenação sem a certeza total da autoria e da culpabilidade” (Ap. n. 178.245, TACrim, rel. Goulart Sobrinho, apud “Da Prova no Processo Penal”, São Paulo, Saraiva, 1994, pág. 67).

“Ainda que plausível, em tese, a versão dada pela acusação aos fatos, deve prevalecer a presunção de inocência que milita em favor do réu quando o Estado não prova, estreme de dúvida, o fato criminoso imputado na ação penal” (Ap. 126. 465, TACrim, rel. Geraldo Ferrari — ob. cit, pág. 67).

Este doutrinador traz, também, a lição de Heleno Cláudio Fragoso:

“Nenhuma pena pode ser aplicada sem a mais completa certeza dos fatos. A pena, disciplinar ou criminal, atinge a dignidade, a honra e a estima da pessoa, ferindo-a gravemente no plano moral, além de representar a perda de bens ou interesses materiais”.

E completa, com a ensinança de Eberhardt Schmidt: “constitui princípio fundamental do Processo Penal de que o acusado somente deve ser condenado quando o juízo, na forma legal, tenha estabelecido os fatos que fundamentam a sua autoria e culpabilidade, com completa certeza. Se subsistir ainda apenas a menor dúvida,

deve o acusado ser absolvido” (ob. cit., pág. 64).

A jurisprudência trazida à colação no repertório de Darcy Arruda Miranda também segue este rumo:

“Não pode haver condenação sem prova plena do crime e de sua autoria. Indícios, ainda que veementes, desautorizam-na” (RT 181/89, in Repertório de Jurisprudência, vol. 33, pág. 124).

A solução, portanto, não poderia ser outra senão a absolvição, pois não é possível fundar edito repressivo em prova que não conduza à certeza, como afirmava Heleno Cláudio Fragoso, acrescentando: “este é um dos princípios basilares do processo penal em todos os países democráticos (...). A condenação exige a certeza e não basta, sequer, a alta probabilidade, que é apenas um juízo de incerteza de nossa mente em torno à existência de certa realidade. Que a alta probabilidade não basta, é o que ensina Walter Stree, em sua notável monografia *In dubio pro reo*, 1962, 19 (Eine noch so grosse Wahrscheinlichkeit genügt nicht)” (Jurisprudência Criminal, 3ª ed., vol. 2, pág. 806, n. 446).

Por derradeiro, destaca-se registro de Nélson Hungria: “A dúvida é sinônimo de ausência de prova”.

Dessa forma, o pronunciamento do non liquet é medida que se impõe.

5 — Passa-se, então, à aplicação da pena no tocante à desclassificação operada, condenando o apelante no delito descrito no art. 272, § 2º, do Código Penal.

Analisado o contido no art. 59 do Estatuto Penal, tem-se favoráveis

ao réu todas as circunstâncias judiciais, razão por que fixa-se a pena-base em 6 (seis) meses de detenção, em regime aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, cada qual no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à data dos fatos, que assim resta definitiva, em face da ausência de agravantes, atenuantes e causa de especial aumento ou diminuição da sanção.

6 — Por outro lado, dos autos exsurge clara a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, na forma retroativa, devendo, assim, ser extinta a punibilidade do agente.

Compulsando-se o processado, vê-se que a denúncia foi recebida em 22/3/93 (fls. 2) e que a sentença condenatória, reformada em grau de recurso, foi publicada na data de 5/9/96 (fls. 69).

Ora, a reprimenda irrogada ao acusado foi de 6 (seis) meses de detenção e pagamento de 10 (dez) dias-multa, quantum que se enquadra no disposto nos artigos 109, inciso VI, e 114, inciso II, ambos do Código Penal, ou seja, lapso temporal de 2 (dois) anos, para o reconhecimento da causa extintiva da punibilidade do apelante.

Assim, verifica-se operada a prescrição da pretensão punitiva do Estado, nos termos dos artigos 109, inciso VI, e 114, inciso II, c/c o artigo 110, §§ 1º e 2º, todos do Codex Penal, eis que entre a data do recebimento da denúncia e a publicação da sentença transcorreu hiato temporal superior a 2 (dois) anos.

Neste diapasão, extrai-se da jurisprudência:

“Prescrição retroativa. Se entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença transcorreu lapso de tempo prescricional, extinta está a pretensão punitiva do Estado” (Ap. Crim. n. 30.528, de Urubici, rel. Des. José Roberge, j. em 22/10/93).

7 — Diante do exposto, dá-se provimento parcial ao recurso defensivo, a fim de absolver o apelante das sanções descritas no art. 333 do Código Penal, com fundamento no art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal; e desclassificar o delito disposto no art. 272, caput, e § 1º do Estatuto Repressivo, para o crime previsto no § 2º, do mesmo dispositivo, fixando-se a pena em 6 (seis) meses de detenção, em regime aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, cada qual no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à data dos fatos, decretando-se, de ofício, extinta a punibilidade do apelante, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, na forma retroativa, de acordo com o preceituado nos artigos 107, inciso IV, 109, inciso VI, e 114, inciso II, c/c o artigo 110, §§ 1º e 2º, todos do Codex Penal, observado o preceituado no artigo 61 do Código Processual Penal.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Alberto Costa, e subscreveu parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Hipólito Luiz Piazza.

Florianópolis, 24 de novembro de 1998.

José Roberge,
Presidente com voto;
Jorge Mussi,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 98.014861-8, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

Relator: Des. Paulo Gallotti

Apelação criminal — Infração de menor potencial ofensivo — Impossibilidade de formulação imediata de acusação oral — Necessidade de instauração de inquérito policial — Processo que seguiu o rito previsto no Código de Processo Penal — Recurso conhecido.

Verificada uma das causas de modificação da competência dos Juizados Especiais Criminais, no caso, circunstâncias que impediram a formulação imediata de acusação oral (art. 77, § 2º, da Lei n. 9.099/95), sendo necessária a instauração de inquérito policial e oferecimento de denúncia escrita, passando o processo para o juízo comum, inclusive com observância do procedimento previsto no Código de Processo Penal, compete ao Tribunal de Justiça conhecer de apelação interposta contra a sentença final.

Lesão corporal culposa — Co-autoria — Acidente de trânsito provocado por menor de idade que conduzia automóvel de sua mãe — Vínculo psicológico — Ausência de prova segura — Absolvição mantida.

Ainda que seja admissível a caracterização da co-autoria em crimes culposos, nas situações excepcionais em que pais emprestam veículos ou negligenciam o dever de vigilância sobre os filhos menores, é indispensável a prova do vínculo psicológico para a produção do resultado, pois o direito penal não admite a responsabilidade objetiva nem a presunção de culpa.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 98.014861-8, da comarca de Balneário Camboriú, em que são apelantes a Justiça, por seu Promotor, e seu assistente, sendo apelada Milnês Aparecida Carneiro Rotilli:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, não conhecer do recurso interposto pelo assistente de acusação e, rejeitadas as preliminares suscitadas, negar provimento ao apelo da representante do Ministério Público.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Balneário Camboriú, Milnês Aparecida Carneiro Rotilli foi denunciada por infração ao disposto no art. 129, § 6º, combinado com o art. 29, ambos do Código Penal, porque em 12/8/95 teria consentido que seu filho Mario Cesar Rotilli Filho, então com apenas dezesseis anos de idade e, portanto, inabilitado, conduzisse seu automóvel Citroën, placa BB 8008, ocasião em que o menor, em razão da excessiva velocidade com que trafegava, acabou, na BR 101, no município de Itapema, por perder o controle do veículo, saindo fora da pista e batendo em um barranco, causando gravíssimos ferimentos em Rodrigo Scariot, que o acompanhava no carro e que acabou ficando paraplégico.

No julgamento do Habeas Corpus n. 97.000932-1, esta Câmara determinou o trancamento da ação penal por falta de justa causa. Oferecida nova denúncia, fundamentada em outras provas, foi impetrado novo writ, o de n. 97.012073-7, com o mesmo objetivo, no qual foi denegada a ordem. Irresignada, a acusada interpôs o Recurso em Habeas Corpus n. 7.146, no Superior Tribunal de Justiça, onde também foi frustrada sua pretensão de trancar a ação penal.

Finda a instrução, sobreveio a sentença que absolveu Milnês Aparecida Carneiro Rotilli com base no art. 386, VI, do Código de Processo Penal, por insuficiência probatória.

Inconformada, a representante do Ministério Público apelou pretendendo a condenação, ao argumento de que a ré tinha conhecimento e consentia que seu filho menor dirigisse,

sendo, dessa forma, co-autora do crime de lesão corporal culposa.

Também não aceitando a decisão de Primeiro Grau, o assistente de acusação recorreu sustentando, preliminarmente, que as alegações finais da defesa são intempestivas, pelo que requer a anulação do feito. No mérito, pleiteou a reforma da sentença.

Com as contra-razões, subiram os autos, manifestando-se a Procuradoria-Geral de Justiça pelo não conhecimento do apelo, com a remessa dos autos à Turma de Recursos.

Inicialmente, registre-se que a questão da competência para apreciar o presente recurso, suscitada no parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, já foi decidida no Habeas Corpus n. 97.012073-7, valendo transcrito o que ficou assentado naquela oportunidade:

“Em relação à competência para apreciar o feito — trata-se de infração penal cuja pena máxima cominada é igual a um ano — não se pode olvidar particularidades da ação penal que estão a recomendar a manutenção do rito processual mais amplo.

“Foi formulado, na primeira audiência, requerimento pelo Promotor de Justiça, com base no art. 77, § 2º, da Lei n. 9.099/95, para que os autos fossem remetidos ao Juízo comum, diante da complexidade da questão, o que efetivamente foi observado (fls. 55).

“Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes ensinam:

‘Na seção III, do capítulo III, a Lei n. 9.099/95 introduz e disciplina o

procedimento sumaríssimo das infrações penais de menor potencial ofensivo, definidas no seu art. 61, em atendimento ao comando constitucional (art. 98, I, CF). Trata-se, entretanto, de procedimento cuja aplicação aos casos concretos dependerá da possibilidade de citação pessoal do acusado (art. 66, parágrafo único), bem como da possibilidade de formulação oral da denúncia ou queixa, diante da pouca complexidade e das circunstâncias do fato (art. 77, §§ 1º e 2º); do contrário, como determinam as disposições mencionadas, as peças existentes serão encaminhadas ao Juízo comum para adoção do procedimento previsto em lei sumária dos crimes ou das contravenções' (Juizados Especiais Criminais, RT, São Paulo, 1996, pág. 137).

"E adiante:

'É claro o dispositivo comentado sobre a incompatibilidade entre o procedimento sumaríssimo e necessidade de obtenção de outros elementos para a formulação da denúncia, mesmo que se trate de infração incluída na competência dos Juizados. Se o promotor não dispõe de todos os dados para oferecer desde logo a denúncia oral, deverá requerer a devolução à Polícia para realização de inquérito, ou mesmo pedir diretamente a peça faltante, mas, em qualquer caso, o rito procedimental passará a ser o comum, perante o Juízo competente' (obra citada, págs. 140/141).

"A questão, portanto, estava submetida ao prudente arbítrio do magistrado que, concordando com a promoção do representante do Ministério Público, como ocorreu na espécie, determinou que o feito observasse o pro-

cedimento comum previsto pelo Código de Processo Penal" (fls. 161/163 destes autos).

Rejeitada a prefacial, cumpre observar que o retorno dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça, para se manifestar sobre o mérito, é desnecessário.

Neste sentido:

"Recurso crime — Apelação — Intervenção do Ministério Público no Segundo Grau — Parecer omisso quanto ao mérito — Preliminar rejeitada — Desnecessidade de retorno para novo parecer.

"O Ministério Público tem total liberdade de analisar e suscitar, no parecer, o que entender conveniente; todavia, pronunciando-se apenas sobre questão preliminar e em sendo esta rejeitada, inexige-se o retorno dos autos para complementação com novo parecer, porque isto implicaria em privilégio e tratamento desigual às partes, em evidente desequilíbrio e afronta ao contraditório; somente haveria nulidade no julgamento caso não fosse dada a oportunidade para oferta do parecer" (Ap. Crim. n. 33.333, de Canoinhas, rel. Des. Nilton Macedo Machado, julgada em 22/8/95).

De outra parte, conforme bem observado no despacho de fls. 281v., muito embora a Promotora de Justiça houvesse interposto tempestiva apelação abrangendo toda a matéria decidida na sentença, posteriormente foi recebido e processado recurso apresentado pelo assistente do Ministério Público, contrariando o disposto no art. 598 do Código de Processo Penal, que lhe confere caráter supletivo.

A propósito, Julio Fabbrini Mirabete esclarece:

“O assistente, que deve ser intimado da sentença conforme dispõe o artigo 391, também tem legitimidade para recorrer, porém apenas em caráter supletivo. Não pode, pois, apelar se o Ministério Público interpôs apelação plena, nem se tem seu apelo o mesmo conteúdo daquele proposto pelo órgão acusatório oficial; haveria dualidade de recursos com o mesmo objetivo” (Código de Processo Penal Interpretado, Atlas, São Paulo, 1997, 5ª ed., pág. 765).

Assim, não se conhece da apelação interposta pelo assistente de acusação, tomando-se a peça de fls. 256/266 como razões do recurso formulado pela representante do Ministério Público.

No tocante à preliminar argüida pelo assistente da acusação, que pretende ver anulado o processo a partir das alegações finais da recorrida, ao argumento de que elas foram apresentadas quando já decorrido o prazo previsto no art. 500 do Código de Processo Penal, é de se ter em conta que não se trata, na espécie, de prazo preclusivo, de cuja inobservância decorra a perda da faculdade processual. Assim, a apresentação das alegações finais, pela defesa, fora do prazo legal constitui mera irregularidade, não acarretando qualquer penalidade, nem mesmo o desentranhamento da peça serôdia.

Neste passo, quanto à alegação de que o defensor de Milnês Aparecida Carneiro Rotilli teria entregue suas alegações finais diretamente ao Sentenciante, num domingo, altas horas da noite, cumpre observar que a afirmação é destituída de fundamento, pois a data e o horário indicados

pelo assistente de acusação – 9/8/98, às 23h25min (fls. 218) — são aqueles em que foi prolatada a sentença ora atacada, tendo a última peça de defesa sido apresentada em cartório em 4/8/98, às 17h30min, conforme protocolo mecânico de fls. 218v.

No mérito, embora seja admissível a co-autoria em crimes culposos, sua caracterização requer prova segura da existência de um vínculo psicológico para a produção do resultado.

Sobre o assunto, outra vez o magistério de Julio Fabbrini Mirabete:

“De há muito está assentada a possibilidade de concurso em crime culposos. Existente um vínculo psicológico entre duas pessoas na prática da conduta, ainda que não em relação ao resultado, concorrem elas para o resultado lesivo se obrarem com culpa em sentido estrito. São co-autores, por exemplo, dois empregados que lançam imprudentemente uma tábua do andaime, ferindo um transeunte; duas pessoas que preparam uma fogueira, causando por negligência um incêndio etc. Também haverá co-autoria entre o motorista que dirige em velocidade incompatível com o local e o passageiro que o instigou a tal, causadores ambos de lesões corporais ou morte decorrentes das condutas imprudentes” (Manual de Direito Penal, Atlas, São Paulo, 1998, vol. I, pág. 233).

No mesmo norte, do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo:

“Em se tratando de crime culposos, para que haja incidência da co-autoria, é imprescindível a cooperação consciente de alguém na imprudência ou negligência de outrem, sendo certo que a culpa assenta-se na previsibilidade do evento decorrente

direta e ordinariamente do fato causal” (RJDTACrim 19/81).

No caso, a conduta culposa imputada à recorrida, na modalidade de imprudência, consistiria no fato de ela ter permitido que seu filho Mario Cesar Rotilli Filho, de apenas dezesseis anos de idade, dirigisse seu automóvel, concorrendo, desse modo, para o acidente ocorrido na madrugada de 12/8/95, que lamentavelmente deixou a vítima Rodrigo Scariot paraplégica.

Contudo, o elenco probatório não permite a formação de um seguro juízo de convicção que demonstre que a acusada houvesse consentido, ou mesmo soubesse, que seu filho, no dia dos fatos, estaria conduzindo o veículo de sua propriedade.

Segundo consta dos autos, circunstância não contestada, desde meados de 1995 a acusada se encontrava sob cuidados médicos, pois apresentava um quadro de depressão profunda, tendo permanecido internada no período compreendido entre 3 e 7 de agosto daquele ano — o fato tido como delituoso ocorreu no dia 12 daquele mês — em razão de uma tentativa de suicídio (fls. 95 e 96), permanecendo em tratamento psiquiátrico durante quase toda a instrução (fls. 123/126 e 156/157).

Em todas as oportunidades em que foi ouvida, Milnês Rotilli foi categórica ao afirmar que nunca entregou as chaves de seu automóvel para o filho, sequer sabendo que ele dirigia (fls. 63 e 169/171).

Em Juízo, Mario Cesar Rotilli Filho, o condutor do veículo sinistrado, disse:

“que no dia dos fatos narrados na denúncia, na parte da tarde, o in-

formante e mais alguns colegas resolveram fazer um passeio à cidade de Florianópolis, marcando a saída para as 21h ou 22h; que foram três veículos para a Capital, sendo um conduzido pelo informante, um por Rafael e outro por Jonathan; que conduziu o veículo de propriedade de sua mãe, porém esta não tinha conhecimento que o informante faria aquela viagem no dia dos fatos; que sua mãe estava dormindo quando o informante pegou as chaves para conduzir o veículo; que as chaves ficavam guardadas numa gavetinha em um armário próximo à cozinha; que o local onde ficavam guardadas as chaves era de fácil acesso; que em data anterior aos fatos o informante já havia saído por algumas vezes com o veículo de propriedade de sua mãe, porém esta nunca tinha conhecimento que o informante saía com o veículo; que ela não tinha conhecimento porque o informante saía com o veículo quando já era tarde da noite; que durante o dia nunca conduziu aquele veículo e nem mesmo em horário compreendido até as 20h; que aprendeu a dirigir com os amigos e alega que seus pais deveriam saber que o informante sabia conduzir veículos; que na casa do informante nunca se conversou no sentido do informante poder ou não conduzir veículos de propriedade de seus pais; (...) que no dia dos fatos a mãe do informante havia retornado do hospital e estava sob efeito de medicamentos” (fls. 187/189).

E Maria dos Anjos, empregada da acusada, relatou:

“que na época dos fatos a acusada possuía um veículo de cor branca, cuja marca a informante não sabe precisar; que as chaves do veículo

permaneciam sempre em poder da acusada, na bolsa ou no quarto da mesma; que a chave nunca ficava guardada na gaveta de um armário que estava localizado próximo à cozinha da casa da acusada; que a informante não sabe informar se a acusada entregava a chave do veículo a seu filho Mario Cesar, pois nunca viu isto; que no dia dos fatos a acusada estava de cama, pois tinha recém-chegado do hospital" (fls. 201).

Não obstante Paulo Roberto Cardoso dos Santos (fls. 190), Jonathan Fabrício Seibel (fls. 192) e Vilmar Theis (fls. 194) tenham afirmado que por diversas vezes viram Mario Cesar trafegando com o carro da mãe, nenhuma dessas testemunhas soube esclarecer se ele tinha ou não permissão dos pais para dirigir os automóveis da família. Apenas a vítima afirmou que a ré consentia que o filho conduzisse seu veículo (fls. 185).

Inexistindo no contexto probatório a certeza absoluta de que a acusada sabia e autorizava que seu filho menor dirigisse automóvel de sua propriedade, não há como ligá-la à trágica ocorrência, sendo, portanto, inadmissível o reconhecimento da co-autoria.

É da jurisprudência:

"Para o envolvimento do pai como co-autor de delito praticado por filho inimputável, a sua culpa deve ser demonstrada acima de qualquer dúvida razoável, não se justificando o decreto condenatório fundado em presunções ou ilações dedutivas, máxime quando estas nem chegam a revelar uma conduta anormal" (RT 462/379).

E:

"Não há falar em co-autoria quando se trata de delito culposo, se o vínculo psicológico (previsibilidade) não ficou seguramente demonstrado por fatos certos e objetivos" (JUTACrim 65/239).

E desta Corte:

"Desde que comprovado o nexo subjetivo entre a conduta-causa e o efeito, é admissível a co-autoria em crime culposo. Todavia, inexistente a prova do nexo psicológico, descabe a condenação por mera presunção" (52/444).

Mais recentemente:

"Embora seja admissível a co-autoria em crimes culposos, para seu reconhecimento é indispensável prova segura do vínculo psicológico relativo à produção do resultado, pois o Direito Penal não admite a responsabilidade objetiva e nem a presunção de culpa" (Ap. Crim. n. 98.008170-0, de Campo Erê, julgada em 1º/9/98).

Por tais fundamentos, não se conheceu do recurso interposto pelo assistente da acusação e, rejeitadas as preliminares suscitadas, negou-se provimento ao apelo da representante do Ministério Público.

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. Souza Varella, lavrando parecer, pela Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Procurador Dr. Valdir Vieira.

Florianópolis, 23 de fevereiro de 1999.

Amaral e Silva,
Presidente com voto;
Paulo Gallotti,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.001498-3, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ**Relator: Des. Paulo Gallotti**

Processo crime — Inquérito policial — Indiciado preso em flagrante delito — Nomeação de defensor — Ausência — Irrelevância — Exegese do art. 5º, LXIII, da Constituição Federal — Auto de prisão em flagrante — Demora na homologação — Nulidades incoerentes.

Sendo o inquérito procedimento preparatório da ação penal, de natureza eminentemente inquisitiva, a autoridade policial não está obrigada a providenciar assistência por profissional habilitado para o indiciado, assegurando o preceito insculpido no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, tão-somente a possibilidade de o preso fazer-se assistir por advogado, se assim o desejar.

“Tratando-se de prisão em flagrante por tráfico, a respectiva homologação em data superior aos cinco dias previstos em lei, por si só, não constitui constrangimento ilegal, competindo ao interessado comprovar o excesso de prazo” (HC n. 97.003570-5, de Joinville, rel. Des. Amaral e Silva, julgado em 29/4/97).

Eventuais irregularidades constatadas no auto de prisão em flagrante não possuem o condão de anular a ação penal dele originada, ficando superadas com o recebimento da denúncia.

Crime contra a saúde pública — Tráfico de entorpecentes — Apreensão de expressiva quantidade de cocaína e de instrumentos destinados à sua prensagem — Depoimentos de policiais — Associação eventual — art. 18, III, da Lei n. 6.368/76 — Caracterização — Condenação mantida.

Não há falar em insuficiência de provas ou dúvida que justifique a absolvição pela prática do crime de tráfico de entorpecentes, quando os elementos contidos nos autos, especialmente a apreensão de significativa quantidade de cocaína e de equipamentos destinados à sua prensagem, aliada aos depoimentos harmônicos e coerentes dos policiais que participaram da diligência que culminou com a prisão dos acusados, formam um conjunto sólido, autorizando um seguro juízo de convicção.

Havendo prova suficiente da associação de duas ou mais pessoas no tráfico de entorpecentes, ainda que para a prática de um úni-

co crime, impõe-se o reconhecimento da causa especial de aumento prevista no art. 18, III, da Lei de Tóxicos.

Sanção penal — Pena-base — Estipulação acima do mínimo legal — Possibilidade.

A resposta ao crime, consubstanciada na imposição de pena, deve ser adequada à consecução dos próprios fins da reprimenda, quais sejam, a censura do delito e tutela da sociedade contra a sua reiteração. Assim, reconhecidas como desfavoráveis várias das circunstâncias do art. 59 do Código Penal, é correto que a pena-base se distancie de seu mínimo legal.

Regime prisional — Crime hediondo — Aplicação do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 — Constitucionalidade — Revogação pelo art. 1º, § 7º, da Lei n. 9.455/97 — Inocorrência — Disciplina específica, de aplicação limitada aos crimes de tortura — Recurso improvido.

“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” (STF).

O § 7º do art. 1º da Lei n. 9.455/97, por se tratar de disciplina específica, com aplicação limitada, não revogou o § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, tendo o legislador ordinário, em atenção ao dispositivo constitucional pertinente, bem ou mal, dado tratamento mais benéfico aos condenados por tortura do que aos apenados pelos delitos considerados hediondos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.001498-3, da comarca de Balneário Camboriú, em que são apelantes Eduardo Resende Dourado e Marizeth Freitas Avila, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime,

rejeitadas as preliminares, negar provimento aos recursos.

Custas na forma da lei.

Cuida-se de ação penal pública incondicionada deflagrada na comarca de Balneário Camboriú contra Carlos Jara, Eduardo Resende Dourado, Marizeth Freitas Avila e Ronaldo Albuquerque Sihe, denunciados como in-

cursos nas sanções do art. 12, combinado com o art. 18, III, os dois da Lei n. 6.368/76, porque, no dia 5/7/98, foram presos por agentes da Polícia Federal quando transportavam aproximadamente treze quilos e meio de cocaína, substância destinada a posterior comercialização.

Regularmente processados, sobreveio a sentença que, com base no art. 386, VI, do CPP, absolveu Ronaldo Albuquerque Sihe, condenando os demais às penas que seguem:

— Carlos Jara, ao cumprimento de cinco anos e quatro meses de reclusão, em regime integralmente fechado, e ao pagamento de oitenta dias-multa;

— Eduardo Resende Dourado, ao cumprimento de cinco anos e oito meses de reclusão, em regime integralmente fechado, e ao pagamento de setenta e três dias-multa; e

— Marizeth Freitas Avila, ao cumprimento de seis anos e oito meses de reclusão, em regime integralmente fechado, e ao pagamento de oitenta dias-multa.

Irresignados, Eduardo Resende Dourado e Marizeth Freitas Avila apelaram.

O primeiro, após apontar a existência de irregularidades na formalização do auto de prisão em flagrante, aduziu que o acervo probatório é insuficiente para lastrear a condenação. Alternativamente, requereu a redução da pena-base que lhe foi irrogada e o afastamento da causa de especial aumento contida no art. 18, III, da Lei de Tóxicos, bem como a estipulação do regime fechado apenas para o início do resgate da sanção corporal, aqui

ao argumento de que o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072, é inconstitucional.

Já a segunda, além da absolvição por falta de provas, igualmente postulou a redução da reprimenda básica e a exclusão do aumento decorrente da associação.

Com as contra-razões, subiram os autos, manifestando-se a Procuradoria-Geral de Justiça no sentido de ser negado provimento aos recursos.

As preliminares suscitadas no apelo de Eduardo Resende Dourado não podem ser agasalhadas.

No que concerne à falta de nomeação de defensor aos acusados quando da lavratura do auto de prisão em flagrante, é de se ter em conta que, tratando-se o inquérito policial de procedimento preparatório à ação penal, de natureza eminentemente inquisitiva, a autoridade policial não está obrigada a providenciar ao indiciado assistência por profissional do Direito, assegurando o preceito insculpido no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, tão-somente a possibilidade de o preso fazer-se acompanhar por advogado, se assim o desejar.

Nosso Tribunal tem decidido:

“A ausência de advogado na lavratura do flagrante não tem o condão de anulá-lo, porquanto o preceito constitucional invocado não tem o alcance pretendido, sendo bastante que o preso seja cientificado de seus direitos, já que a Constituição vigente não mudou o caráter inquisitorial do procedimento preparatório instaurado pela autoridade policial” (HC n. 10.750, de Tijucas, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, julgado em 6/1/93).

Ou:

“Para a validade do auto de prisão em flagrante não é necessária a nomeação ou presença do defensor do acusado, sendo assegurada ao então indiciado apenas a possibilidade de fazer-se assistir por defensor técnico” (Ap. Crim. n. 34.451, de Joinville, rel. Des. Nilton Macedo Machado, julgada em 9/4/96).

Ainda:

“Não constituindo a lavratura do flagrante ato processual, mas apenas procedimento preparatório, em seu desenrolar não há necessidade da presença de defensor. O texto constitucional refere-se ao preso no sentido amplo” (Ap. Crim. n. 28.051, de Lages, rel. Des. José Roberge, julgado em 3/4/92).

Na mesma esteira, do Supremo Tribunal Federal:

“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, de persecução e da investigação penais” (RECrim. n.

136.239-1, de São Paulo, rel. Min. Celso de Mello, publicado no DJU de 14/8/92, pág. 12.227).

E do Superior Tribunal de Justiça:

“Não há obrigatoriedade em nomear advogado à pessoa, maior de idade, presa em flagrante” (HC n. 7.326, de São Paulo, rel. Min. Anselmo Santiago, publicado no DJU de 10/8/98, pág. 82).

Quanto à alegada demora na homologação da custódia cautelar, determina o art. 21 da Lei n. 6.368 que, “ocorrendo prisão em flagrante, a autoridade policial dela fará comunicação imediata ao juiz competente, remetendo-lhe juntamente uma cópia do auto lavrado e o respectivo auto nos cinco dias seguintes”.

No caso, a prisão de Carlos Jara, Eduardo Resende Dourado, Marizeth Freitas Avila e Ronaldo Albuquerque Sihe deu-se em 6/7/98, tendo sido no dia seguinte (fls. 67) comunicada à autoridade judiciária, que homologou o flagrante em 17/7/98 (fls. 72v.), data em que recebeu os respectivos autos.

Assim, muito embora o prazo estabelecido pelo art. 21 da Lei de Tóxicos para o envio do auto de prisão em flagrante tenha sido excedido em alguns dias, inexistente qualquer vício a invalidar o feito.

Já se decidiu:

“Tratando-se de prisão em flagrante por tráfico, a respectiva homologação em data superior aos cinco dias previstos em lei, por si só, não constitui constrangimento ilegal, competindo ao interessado comprovar o excesso de prazo” (HC n. 97.003570-5, de

Joinville, rel. Des. Amaral e Silva, julgado em 29/4/97).

Além disso, registre-se que eventuais irregularidades constatadas no auto de prisão em flagrante não possuem o condão de anular a ação penal dele originada, ficando superadas com o recebimento da denúncia.

Veja-se:

“O recebimento da denúncia supre qualquer irregularidade ou eventual nulidade do auto de prisão em flagrante, a qual, caso existente, não faz eco na ação penal instaurada” (HC n. 11.654, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Solon d’Eça Neves, julgado em 21/6/94).

Também oportuna a lição do Min. Jesus Costa Lima, do Superior Tribunal de Justiça:

“Já é tempo para deixar-se de espiolhar nulidades em tudo, prejudicando a essência do processo que é encontrar a verdade” (RHC n. 3.150-6, de São Paulo, publicado no DJU de 22/11/93, pág. 24.968).

No mérito, a pretensão absoluta não merece acolhimento, pois, ao contrário do que sustentam os apelantes, a prova reunida nos autos é suficiente para alicerçar a prolação de um decreto condenatório.

Os elementos colhidos no curso da instrução processual foram analisados com percuciência pelo Magistrado Sentenciante, valendo transcritas as considerações expendidas pelo Dr. Leandro Passig Mendes, as quais se adotam como razão de decidir:

“A materialidade e a autoria do crime em relação aos três primeiros acusados despontam dos termos de apreensão da droga e de objetos utili-

zados para sua prensagem e acondicionamento (fls. 13 e 15), laudos periciais de substância entorpecente (fls. 82/83), exame em veículos (fls. 87/94) e exame em material (fls. 96/101), da confissão de um deles em juízo (fls. 108/109), sobretudo dos depoimentos dos policiais federais (fls. 176/179 e 183/184), além de indícios e circunstâncias trazidas ao processo, como os antecedentes de um dos acusados (fls. 159) e da nota fiscal referente à aquisição do equipamento utilizado para prensar a droga (fls. 18), indicando seguramente que Carlos Jara, Marizeth Freitas Avila e Eduardo Resende Dourado infringiram os arts. 12 e 18, III, da Lei n. 6.368/76.

“Relativamente ao mérito da acusação formulada contra os denunciados, não se pode olvidar que as investigações feitas pelos policiais federais começaram a partir da comunicação dos agentes da delegacia de Santa Maria, segundo a qual a denunciada Marizeth Freitas Avila e alguém chamado Ronaldo — possivelmente Ronaldo de Albuquerque Sihe — estariam se deslocando do Rio Grande do Sul para Santa Catarina a fim de adquirir um carregamento de entorpecentes, sendo que eles ocupariam um automóvel Gol cujas placas, cor e demais características conferem perfeitamente com as fotografias acostadas aos autos através do exame de vistoria e avaliação de fls. 91.

“Além disso, os policiais federais tinham conhecimento de que a acusada estaria em livramento condicional decorrente de condenação por crime de tráfico de entorpecentes e associação eventual, sendo certo que seu pai e seu namorado igualmente

estariam recolhidos pela prática de delitos idênticos.

“Com tais informações, absolutamente verdadeiras, os agentes federais começaram a seguir os passos da acusada nesta comarca — e ela realmente transitava com o Gol indicado pelos policiais federais gaúchos, inclusive com os acessórios descritos — tomando conhecimento de que ela alugara dois apartamentos em edifícios diversos.

“Um dia antes da operação policial que culminou com a prisão dos acusados e apreensão da expressiva quantidade de entorpecente — 13,655 quilos de cocaína — a acusada Marizeth Freitas Avila e o acusado Ronaldo de Albuquerque Sihe foram pela manhã até o aeroporto de Florianópolis e trouxeram para esta comarca o também denunciado Eduardo Resende Dourado, retornando por volta do meio-dia.

“No dia seguinte, por volta das 8 horas, os quatro acusados saíram de um dos apartamentos locados pela acusada Marizeth Freitas Avila, sendo que essa denunciada e o acusado Ronaldo ocupavam o automóvel Gol, enquanto eram seguidos, a curta distância, por outro veículo, dirigido pelo acusado Carlos Jara, que tinha em sua companhia o denunciado Eduardo Resende Dourado, seguindo todos na direção sul da rodovia BR 101, quando os agentes então resolveram abordar o segundo automóvel no posto da polícia rodoviária federal em Itapema.

“Após abordarem os acusados Carlos Jara e Eduardo Resende Dourado — que se mostraram nervosos segundo os depoimentos dos policiais

federais em juízo — e nada sendo encontrado em revista pessoal, os agentes federais conduziram o automóvel até a concessionária autorizada da cidade de Itajaí, onde foi feita uma procura nos compartimentos do veículo e encontrados os 13,655 quilos de cocaína, devidamente prensados e armazenados nas duas caixas de ventilação, conforme se observa das fotografias de fls. 92, 93 e 94.

“Uma vez encontrada a droga, os policiais foram até as dependências da delegacia e deram voz de prisão aos acusados Carlos Jara e Eduardo Resende Dourado, que se reservaram, como sói acontecer nessas situações, o direito de somente prestar declarações em juízo.

“Além das prisões dos acusados Carlos Jara e Eduardo Resende Dourado, que foram abordados no posto da polícia rodoviária federal, os agentes entraram em contato com policiais federais de Florianópolis, solicitando auxílio para a abordagem do veículo Gol — que aparentemente tinha notado a presença dos policiais e conseguido escapar — o que ocorreu no posto da polícia rodoviária de São José, sendo que dentro do automóvel foram apreendidos um macaco hidráulico (fls. 99) e uma prensa artesanal (fls. 100), equipamentos cujo uso combinado pode ser empregado para ‘prensar alguma coisa, podendo ser cocaína’ (laudo de exame em material — item 3º — fls. 97).

“Interessante notar que, além de apreender os referidos equipamentos dentro do automóvel conduzido pela acusada Marizeth Freitas Avila — e não dentro do automóvel Vectra conduzido pelo réu confesso Carlos

Jara —, os policiais ainda encontraram a nota fiscal referente à compra do macaco hidráulico no porta-luvas do veículo Gol, em nome do acusado Eduardo Resende Dourado, conforme se verifica do documento de fls. 18.

“Segundo as defesas dos quatro acusados, tudo não passaria, senão em relação ao acusado Carlos Jara, que expressamente confessou estar transportando a droga para terceiros, de mera e infeliz coincidência.

“A alegação não é crível, evidentemente.

“No tocante ao acusado Carlos Jara, a prova não oferece maiores dificuldades, porquanto a detalhada confissão judicial, prestada na presença de defensor, aliada aos indícios e circunstâncias, como o fato de o automóvel lhe pertencer, indicam seguramente que ele estava transportando cocaína que seria destinada à comercialização, quer pela sua quantidade, quer pela forma de seu acondicionamento.

“Ao ser ouvido em juízo, embora tenha livrado — ou tentado livrar — os demais co-réus de qualquer responsabilidade, o acusado confessou:

‘que quem dirigia o Vectra era o interrogando; que a droga estava no Vectra, que vinha sendo pilotado pelo interrogando; que no Vectra havia 13 quilos de cocaína, que seriam entregues para Reginaldo Escola Barros; que o interrogando estava fazendo frete e ia receber R\$ 3.000,00; que o interrogando foi barrado na polícia rodoviária federal em Itapema; que foi Ednaldinho quem colocou a droga no veículo do interrogando e o interrogando apenas a transportaria; que havia um ferro quadrado que o interro-

gando não sabe para que servia, cujo instrumento estava no Vectra e não no veículo Gol; que o macaco hidráulico não estava no Vectra do interrogando’ (fls. 108/109).

“Ora, diante de tão expressiva confissão, vale transcrever as palavras de Julio Fabbrini Mirabete:

‘A confissão era considerada pelos antigos como a prova por excelência, probatio probatissima, ‘rainha das provas’, a única que podia, num processo criminal, assegurar a consciência do juiz e permitir-lhe, sem escrúpulos, como sem remorso, pronunciar o castigo capital. Hoje, porém, não desfruta de tanto prestígio, diante do sistema adotado na nossa legislação. Como se diz na Exposição de Motivos, a própria confissão do acusado não constitui, fatalmente, prova plena de sua culpabilidade, já que todas as provas são relativas, nenhuma tendo valor decisivo. Dispõe, aliás, o artigo 197: ‘O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância’.

‘Deve-se ponderar, entretanto, que a confissão judicial livre, espontânea e não posta em dúvida por qualquer elemento dos autos pode levar à condenação do acusado. Já se tem decidido, por isso, que a confissão judicial é prova para a condenação, máxime quando compatível com a materialidade do delito e realizada na presença do defensor ou corroborada por depoimentos, mesmo do inquirido

policial' (Processo Penal, Atlas, São Paulo, 1995, 4ª ed., págs. 284/285).

"E realmente, não fosse a detalhada confissão, o restante da prova colhida na fase policial e depois renovada em juízo, na presença dos defensores, aponta sem a menor dúvida que o acusado Carlos Jara estava transportando a droga dentro das caixas de ventilação de seu automóvel para terceiro.

"No tocante aos demais, que negaram em juízo qualquer envolvimento com o transporte do entorpecente, a prova me parece segura apenas em relação aos acusados Marizeth Freitas Avila e Eduardo Resende Dourado, pois os indícios e as circunstâncias conspiram contra as versões defensivas.

"Neste particular, como já se disse anteriormente, não se pode desconsiderar o trabalho de investigação feito pelos agentes da polícia federal, que, após informados sobre a viagem que a acusada Marizeth Freitas Avila faria para esta comarca com a finalidade de adquirir uma carga de entorpecentes, começaram a vigiá-la seguidamente, tanto que colheram valiosos subsídios para o acolhimento da acusação.

"Em primeiro lugar, a acusada Marizeth Freitas Avila estava sob liberdade condicional, condenada que fora ao cumprimento da pena de quatro anos de reclusão pelo crime do art. 12 da Lei n. 6.368/76, cujo pai e namorado igualmente foram condenados (certidão de fls. 159), sendo realmente pouco crível a alegação de que teria se deslocado para esta comarca com a finalidade de comprar uma lançonete.

"Nenhuma prova razoável nesse sentido foi produzida pela defesa, afora as declarações da própria acusada e dos demais co-réus.

"Em segundo lugar, os policiais federais estavam seguindo a acusada Marizeth Freitas Avila e constataram que ela, agora na companhia do acusado Ronaldo de Albuquerque Sihe, foi até o aeroporto de Florianópolis um dia antes da prisão e apanhou o co-réu Eduardo Resende Dourado, retornando todos por volta do meio-dia para esta comarca.

"No dia seguinte, segundo os depoimentos prestados pelos policiais federais, por volta das 8 horas da manhã, a acusada Marizeth Freitas Avila e o acusado Ronaldo de Albuquerque Sihe saíram no Gol de propriedade da primeira, sendo seguidos, a certa distância, pelo automóvel Vectra em que estavam Carlos Jara e Eduardo Resende Dourado, quando, minutos depois, houve a abordagem ao segundo veículo, enquanto o primeiro, possivelmente ciente da operação, somente foi detido por policiais federais na cidade de São José.

"Ora, pelos elementos de convicção trazidos ao processo, lastreados com segurança nas palavras dos policiais federais, que antes da operação exerceram firme vigilância nos passos dos acusados, não se pode falar em falta de provas para o decreto condenatório.

"Ao contrário.

"Conforme se verifica das provas produzidas, os acusados, embora tenham negado o cometimento do crime, com exceção de Carlos Jara, que tudo admitiu durante seu interrogatório, tiveram efetiva participação no

transporte da droga, que seria, pela quantidade e forma de acondicionamento, repita-se, destinada ao comércio ilegal.

“A ligação envolvendo todos os acusados, com exceção de Ronaldo de Albuquerque Sihe, cuja prova, embora indiciária, neste particular não tem consistência para sustentar seu envolvimento, indica que os demais agiram num só objetivo, tanto que o transporte da droga era feito com o auxílio do primeiro veículo — conduzido por Marizeth Freitas Avila — que transportava os objetos utilizados para que a droga fosse previamente prensada e colocada nas caixas de ventilação do Vectra de propriedade de Carlos Jara.

“Ademais, segundo a prova documental produzida, o acusado Eduardo Resende Dourado, que ocupava o carro de Carlos Jara, foi a pessoa encarregada da compra do macaco hidráulico utilizado para fazer funcionar a prensa artesanal, materiais esses cuja destinação pode ser facilmente comprovada pelo laudo de fls. 96/98 e pelas fotografias de fls. 99/101.

“Conforme a conclusão a que chegaram os peritos — e isto me parece importante nas circunstâncias do caso concreto, em que a droga foi prensada de tal forma a poder ser acondicionada naqueles locais retratados nas fotografias de fls. 94 —, o envolvimento de Eduardo Resende Dourado é inquestionável.

“Disseram os peritos:

‘Na seqüência, foram realizados testes usando o macaco hidráulico em concurso com a peça de ferro questionada, sendo as chapas avul-

sas utilizadas uma como fundo e a outra como tampa. O uso combinado do material em questão funcionou eficientemente como prensa de substâncias que possam ser colocadas dentro da caixa existente na base da peça.

‘O abaulamento observado nas duas chapas e na barra inferior da peça em questão leva a concluir que houve forte pressão sobre as mesmas. Na barra inferior, inclusive, ficou claro tratar-se de uma força exercida de cima para baixo. Esses elementos são compatíveis com o uso combinado do material apresentado a exame com a finalidade de prensar alguma coisa, podendo ser cocaína’ (fls. 97).

“Essa conclusão não pode ser afastada por nenhum argumento defensivo.

“E esses materiais, segundo o termo de apreensão de fls. 15 e as declarações dos policiais federais, foram encontrados dentro do automóvel Gol de propriedade da acusada Marizeth Freitas Avila, sendo significativo indício de seu envolvimento com o transporte da droga a circunstância de os demais acusados — Carlos Jara e Eduardo Resende Dourado — afirmarem que tal equipamento fora encontrado dentro do Vectra, quando isso absolutamente não é verdadeiro.

“É inquestionável nos autos que a droga foi prensada e colocada estrategicamente dentro das caixas de ar do automóvel conduzido por Carlos Jara para dificultar a apreensão, mas os equipamentos empregados para aquela finalidade foram apreendidos dentro do automóvel da acusada Marizeth Freitas Avila, que é reincidente em crimes previstos nos arts. 12 e 18 da Lei n. 6.368/76.

“A tese de que tudo, absolutamente tudo, não passou de coincidência, não resiste a melhor análise.

“Exigir prova mais robusta do que a produzida nos autos, envolvendo os exames periciais, as palavras dos policiais federais, a apreensão dos equipamentos utilizados na prensagem da droga, os antecedentes da acusada Marizeth Freitas Avila, a confissão judicial do acusado Carlos Jara, a apreensão da nota fiscal referente à compra do macaco hidráulico adquirido poucos dias antes por Eduardo Resende Dourado dentro do veículo Gol, que seguia pouco à frente do carro em que estava o entorpecente, seria verdadeiro despropósito.

“Aliás, os depoimentos dos policiais federais — longe de ser contraditórios — bem demonstram o envolvimento pelo menos dos acusados Carlos Jara, Marizeth Freitas Avila e Eduardo Resende Dourado no transporte do entorpecente apreendido.

“Juelci Pinheiro Gularte relatou:

‘que a polícia federal de Santa Maria denunciou à polícia federal desta cidade que a acusada Marizeth, possivelmente em companhia do acusado Ronaldo, vinha à cidade de Balneário Camboriú, onde aguardaria um carregamento de drogas vindo de Mato Grosso; que a acusada Marizeth e o pai dela já foram presos em Santa Maria pela polícia federal e condenados por tráfico de drogas, inclusive a acusada Marizeth encontrava-se em livramento condicional; que a denúncia dizia que a acusada Marizeth e seu comparsa vinham num veículo Gol com placas de Santa Maria e então a polícia federal deslocou uma equipe para a BR 101, na entrada de Balneá-

rio Camboriú; que o depoente não estava na equipe, mas policiais federais acompanharam a chegada do veículo Gol e passaram a persegui-lo e descobriram que os dois acusados mencionados alugaram um apartamento na Avenida Brasil, no prédio São Leopoldo IV; que posteriormente os acusados mencionados alugaram um apartamento do edifício Londrina; que os acusados Marizeth e Ronaldo não eram casados, apenas comparsas de tráfico; que passada uma semana, a polícia continuou acompanhando os dois e, no dia antes da prisão, a acusada Marizeth deslocou-se juntamente com Ronaldo ao aeroporto de Florianópolis, onde pegaram um elemento que depois os policiais ficaram sabendo que era o acusado Eduardo e vieram para o apartamento na Avenida Atlântica; que continuaram a campana pelo dia 6 de julho, por volta das 8 horas, entraram no edifício já mencionado dois homens, uma mulher e uma criança de três anos e os policiais suspeitaram, porque tais pessoas se trajavam com roupas costumeiramente usadas no Mato Grosso; que dentre os elementos que chegaram ao prédio, depois os policiais descobriram que um deles era o acusado Carlos; que passados aproximadamente trinta minutos, o veículo Gol preto saiu com os acusados Ronaldo e Marizeth e a pé simultaneamente saiu o acusado Carlos e também o acusado Eduardo; que o pessoal que veio do Mato Grosso estava num veículo Vectra que ficou estacionado aproximadamente a 200 metros do prédio, sendo que os acusados Eduardo e Carlos caminharam a pé e depois entraram no veículo Vectra; que o veículo Gol seguiu na frente, atrás o veículo Vectra e os policiais

saíram em perseguição; que na altura da Santur os dois carros iam em velocidade moderada, de aproximadamente 60 km/h, e inesperadamente o veículo Gol disparou em alta velocidade e o depoente acha que os acusados Marizeth e Ronaldo perceberam a presença dos policiais; que os policiais continuaram acompanhando o veículo Vectra e abordaram o mesmo na altura da polícia rodoviária federal de Itapema; que acionaram a polícia federal de Itajaí, via rádio, e ela acionou a polícia federal de Florianópolis, que interceptou o veículo Gol na altura da cidade de São José; que o veículo Vectra foi levado à empresa Itavel, onde os mecânicos encontraram dentro das câmaras de ar a droga; que nas câmaras de ar foram encontrados aproximadamente 13 quilos de cocaína, sendo que ela estava embalada em plásticos adaptados ao tamanho da câmara de ar e sobre eles foi colocada muita graxa e amarrados com barbante para que depois pudessem ser puxados; que eram 27 tabletes de cocaína; que o Gol apreendido na cidade de São José tinha dentro dele uma prensa própria para prensar droga, juntamente com um macaco hidráulico perfeitamente adaptável àquela prensa; que no veículo Gol também havia uma nota fiscal do macaco hidráulico comprado em Santa Maria, em nome do acusado Eduardo' (fls. 176v./177).

"A transcrição desse depoimento, rico em detalhes porque a operação feita pelos policiais federais foi cautelosa, dispensa a reprodução dos relatos dos agentes Rogério Stoffels e Carlos Roberto Monteiro Garcia.

"E diante de tais depoimentos, que sequer foram impugnados com a

alegação de suspeita ou má-fé, aliados àquelas provas constantes do processo, consubstanciadas em termos de apreensão, laudos periciais, certidão de antecedentes e nota fiscal de um equipamento utilizado para prensar a droga, não há como corroborar a alegação de ausência de provas para sustentar o decreto condenatório.

"Vale lembrar que os depoimentos prestados por agentes policiais, ainda que a ciência do fato tenha sido proveniente do exercício de suas funções, têm o mesmo valor daquele conferido a outra testemunha, salvo prova da intenção de prejudicar, o que não é o caso dos autos, onde eles sequer foram contraditados.

"Neste sentido se tem decidido:

'Validade do depoimento testemunhal de agentes policiais.

'O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais — especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório — reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal.

'O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar — tal como ocorre com as demais testemunhas — que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos' (HC n. 74.608-0, de São Paulo, rel. Min. Celso de Mel-

lo, julgado em 18/2/97, publicado no DJU n. 69, de 11/4/97, pág. 12.189).

“Do nosso Tribunal:

‘Crime contra a saúde pública — Maconha — Prova — Depoimentos de policiais — Validade — Condenação mantida.

‘O testemunho de policial não pode ser rejeitado só pela condição funcional do depoente, merecendo valor probante se isento de má-fé ou suspeita’ (JC 62/283).

“E finalmente:

‘Os depoimentos de policiais, quando coerentes, firmes e consoantes com os demais elementos carreados aos autos, são suficientes a embasar decreto condenatório’ (Ap. Crim. n. 96.009947-6, de São Francisco do Sul, rel. Des. Nilton Macedo Machado, julgada em 26/11/96).

“Por isso, não tenho dúvidas de que os acusados Carlos Jara, Marizeth Freitas Avila e Eduardo Resende Dourado, em comunhão de vontades e propósitos, estavam transportando os 13,655 quilos de cocaína apreendidos na bem-sucedida operação da polícia federal, incidindo numa das condutas sancionadas pelo art. 12 da Lei n. 6.368/76.

“A propósito:

‘Para a configuração do delito de tráfico de entorpecentes não é preciso que os agentes se encontrem quando da prisão em flagrante na posse direta da droga, sendo suficientes outros indícios que possam conduzir à certeza das suas responsabilidades pelo material tóxico apreendido, bem como do destino que lhe seria dado (narcotráfico), tais como a quantidade de maconha e a insuspeita indicação

policial’ (Ap. Crim. n. 96.002708-4, de Urussanga, rel. Des. Álvaro Wandelli, julgada em 27/8/96).

“E finalmente:

‘Em se tratando de crime de tráfico de entorpecentes, não há que se exigir prova direta, especialmente com testemunho presencial de mercancia, porquanto uma das características de tal delinquência perversa é a clandestinidade de sua prática, embora notoriamente difundida. É suficiente para a condenação a constatação de indícios e circunstâncias que autorizem, indubitavelmente, a conclusão da prática de uma das condutas típicas descritas na lei especial’ (Ap. Crim. n. 96.000134-4, de Içara, rel. Des. Nilton Macedo Machado, julgada em 10/9/96)” (fls. 249/260).

É de se ter em conta, ainda, que a afirmação lançada pelos defensores dos apelantes, no sentido de que o macaco hidráulico encontrado no carro de Marizeth Freitas Avila foi adquirido por Eduardo Resende Dourado para ser utilizado na troca de pneus de um automóvel de passeio, é de todo despropositada, ante a manifesta impropriedade do equipamento para tal finalidade, valendo lembrar que em momento algum os réus sustentaram que pretendiam usá-lo com esse objetivo.

Registre-se, também, que a circunstância de não terem sido ouvidas as testemunhas que presenciaram o momento em que a droga foi apreendida, ao contrário do que se afirmou nas razões do recurso de Eduardo Resende Dourado, não possui o condão de lançar dúvidas sobre o relato dos policiais que efetuaram a prisão dos acusados, eis que nem sequer foi con-

testada a existência de quase quatorze quilos de cocaína nas caixas de ar do automóvel conduzido por Carlos Jara.

Do mesmo modo, inafastável a conclusão de que entre os recorrentes havia um liame associativo, embora de caráter eventual, pois o modo como se desenvolveu a ação criminosa revela que Marizeth Freitas Avila e Eduardo Resende Dourado concorreram com seus esforços para o transporte do entorpecente apreendido no veículo pilotado por Carlos Jara, não sendo necessária, ao contrário do que pretende a defesa, a existência de um vínculo estável e permanente para a incidência da causa de especial aumento contida no art. 18, III, da Lei de Tóxicos.

Outra vez do Supremo Tribunal Federal:

“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” (RTJ 155/872).

Destarte, a condenação de Eduardo Resende Dourado e Marizeth Freitas Avila por infração ao art. 12, combinado com o art. 18, III, ambos da Lei n. 6.368/76, era mesmo de rigor.

De outra parte, inexistente qualquer reparo a ser feito nas penas irrogadas aos recorrentes, tendo o Magistrado examinado detidamente as diretrizes do art. 59, caput, do CP, procedendo à exasperação nas reprimendas básicas em razão de várias

das circunstâncias judiciais lhes serem desfavoráveis.

Cumprir observar, neste passo, que a resposta ao crime, consubstanciada na imposição de pena, deve ser adequada à consecução dos próprios fins da sanção, quais sejam, a censura do delito e tutela da sociedade contra a sua reiteração, não sendo assegurado a nenhum condenado, nem mesmo ao primário e sem antecedentes criminais, o direito subjetivo à estipulação da pena-base em seu menor grau.

Dos julgados deste Tribunal:

“O condenado, ainda que primário e sem maus antecedentes, não tem o direito a ver sua pena aplicada no mínimo legal; o magistrado, diante das diversas circunstâncias do art. 59, caput, do CP, pode aumentá-la para alcançar os objetivos da sanção (prevenir e reprimir o crime)” (Ap. Crim. n. 97.000011-1, de Chapecó, julgada em 12/8/97).

Em arremate, é de se ter em conta que, ainda que a decisão concessiva da progressão de regime prisional para condenados por crime hediondo tenha amparo em respeitável corrente doutrinária e em alguns precedentes jurisprudenciais, o entendimento do Supremo Tribunal Federal e também desta Corte aponta no sentido de que a regra de exceção inserta no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, que estabelece o cumprimento da sanção privativa de liberdade em tais crimes em regime fechado, não ofende o princípio da individualização da pena contido no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal.

Do Supremo Tribunal Federal:

“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. 69.603-1, de São Paulo, rel. Min. Paulo Brossard, publicado no DJU de 23/4/93, pág. 6.922).

Sobre a aplicação do regime prisional imposto pela Lei dos Crimes Hediondos, o Min. Vicente Leal deixou consignado:

“Mas não somos uma casa legislativa. Não temos a autoridade que tem o legislador para estabelecer a melhor disciplina. Nosso foro é corretivo, e só podemos extirpar do trabalho do legislador ordinário — bem ou mal avisado, primoroso ou desastrado — aquilo que não pode coexistir com a Constituição. Permaneço fiel à velha tese do Ministro Luís Gallotti: a inconstitucionalidade há de representar uma afronta manifesta do texto ordinário ao texto maior.”

“No mesmo diapasão, afirmou o Ministro Paulo Brossard, *litteris*:

‘A lei fez bem, a lei fez mal? O Tribunal não julga a lei em seu merecimento. A mim, por exemplo, não agrada a lei, mas eu não sou legislador, sou Juiz e só posso dizer que não aplico a lei se ela realmente tratar norma constitucional.’

“Sítuo-me nesta mesma linha de pensamento. Embora entenda que

a norma em cogitação seja destoante do sistema normativo codificado — Código Penal e Lei das Execuções Penais — e da melhor doutrina; embora me repugne a famigerada idéia do *malum propter malum*; embora seja apologista de uma política de humanização da pena, o que o regime de progressão viabiliza, não vejo como afastar o cumprimento do preceito que ordena o cumprimento integral em regime fechado da pena imposta aos agentes de crimes hediondos” (REsp. n. 91.852, de Minas Gerais, publicado no DJU de 5/5/97, pág. 17.139).

Desta Corte, dentre inúmeros precedentes:

“Execução penal — Crime hediondo — Cumprimento da pena integralmente em regime fechado (art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90) — Constitucionalidade.

“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 § 1º do art. 2º 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, julgado em 17/9/96).

Por outro lado, também cumpre salientar que o § 7º do art. 1º da Lei n. 9.455/97, por tratar de disciplina específica, com aplicação limitada e, portanto, incapaz de alterar norma de caráter geral, não revogou o § 1º do art.

2º da Lei n. 8.072/90, tendo o legislador ordinário, em atenção ao dispositivo constitucional pertinente, bem ou mal, não cabe aqui discutir, dado tratamento mais benéfico aos condenados por tortura do que aos apenados pelos delitos considerados hediondos e demais equiparados.

Julio Fabbrini Mirabete pondera:

“A norma que permite implicitamente a progressão prevista na Lei n. 9.455/97, por ser lei especial com relação aos crimes hediondos ou equiparados, não pode ser interpretada de modo a ter derogado a norma geral prevista na Lei n. 8.072/90, continuando a ser proibida a progressão da pena nos crimes hediondos e equiparados, com exceção da tortura” (RT 746/481).

Mais uma vez da Suprema Corte:

“Improcede, por fim, a alegação de que indevida a imposição de regime integralmente fechado.

“A Constituição Federal, no inciso XLIII do art. 5º, estabeleceu: ‘a lei considerará 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 respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem’.

“Não se cuida aí de regime de cumprimento de pena.

“A Lei n. 8.072, de 26/7/90, aponta, no art. 1º, os crimes que considera hediondos (latrocínio, extorsão qualificada pela morte, extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada,

estupro, atentado violento ao pudor, epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte, e genocídio; tentados ou consumados).

“No art. 2º acrescenta: os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

“I — anistia, graça e indulto;

“II — fiança e liberdade provisória.

“E no § 1º: a pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.

“Inclusive, portanto, o de tráfico de entorpecentes, como é o caso dos autos.

“A Lei n. 9.455, de 7/4/97, que define os crimes de tortura e dá outras providências, no § 7º do art. 1º esclarece: ‘o condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado’.

“Vale dizer, já não exige que, no crime de tortura, a pena seja cumprida integralmente em regime fechado, mas apenas no início.

“Foi, então, mais benigna a lei com o crime de tortura, pois não estendeu tal regime aos demais crimes hediondos, nem ao tráfico de entorpecentes, nem ao terrorismo.

“Ora, se a Lei mais benigna tivesse ofendido o princípio da isonomia, seria inconstitucional. E não pode o Juiz estender o benefício decorrente da inconstitucionalidade a outros delitos e a outras penas, pois, se há inconstitucionalidade, o juiz atua como

legislador negativo, declarando a invalidade da lei. E não como legislador positivo, ampliando-lhe os efeitos a outras hipóteses não contempladas.

“De qualquer maneira, bem ou mal, o legislador resolveu ser mais condescendente com o crime de tortura do que com os crimes hediondos, o tráfico de entorpecentes e o terrorismo.

“Essa condescendência não pode ser estendida a todos eles, pelo Juiz, como intérprete da lei, sob pena de usurpar a competência do legislador e de enfraquecer, ainda mais, o combate à criminalidade mais grave.

“A Constituição Federal, no art. 5º, inciso XLIII, ao considerar 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, não tratou de regime de cumprimento de pena. Ao contrário, cuidou, aí, de permitir a extinção de certas penas, exceto as decorrentes de tais delitos.

“Nada impedia, pois, que a Lei n. 9.455, de 7/4/97, definindo o crime de tortura, possibilitasse o cumprimento da pena em regime apenas inicialmente fechado — e não integralmente fechado.

“Pode não ter sido uma boa opção de política criminal. Mas não propriamente viciada de inconstitucionalidade” (HC n. 76.543-5, de Santa Catarina, rel. Min. Sydney Sanches, publicado no DJU de 17/4/98).

E de voto do Min. Moreira Alves, proferido em outro julgamento:

“Por fim, é improcedente, também, o ataque à vedação da progres-

são do cumprimento da pena, porquanto, cometido na vigência da Lei n. 8.072/90, é aplicável seu art. 2º, § 1º, que determina que seja ela cumprida integralmente em regime fechado. De outra parte, o Plenário desta Corte já firmou a orientação de que essa norma é constitucional. E não se pode pretender que ela tenha sido revogada pelo art. 1º, § 7º, da Lei n. 9.455, de 7/4/97, que trata de crime diverso, como é o crime de tortura, e que só se aplica expressamente às modalidades mais graves” (HC n. 75.858, do Mato Grosso do Sul, julgado em 16/12/97).

Entre nós o entendimento não é outro:

“Recurso de agravo — Tráfico ilícito de entorpecentes — Progressão de regime — Impossibilidade — Aplicação do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90 — Constitucionalidade — Lei n. 9.455/97 — Diploma específico relativo tão-somente ao crime de tortura — Improvimento.

“A Lei n. 9.455/97, que dispõe sobre o crime de tortura, é de caráter especial, relativo tão-somente ao delito ali constante, e não tem o condão de derogar a norma geral prevista na Lei n. 8.072/90, no tocante à vedação da progressão de regime” (Recurso de Agravo n. 98.002171-5, de Itajaí, rel. Des. José Roberge, julgado em 31/3/98).

E em caso semelhante ao dos autos:

“O regime de cumprimento da pena por infração ao art. 12 da Lei n. 6.368/76 continua sendo integralmente fechado. A Lei de Tortura, por sua especialidade, não se aplica aos demais crimes hediondos” (Ap. Crim. n.

98.001935-4, de Criciúma, rel. Des. Amaral e Silva, julgada em 28/4/98).

Por tais fundamentos, rejeitadas as preliminares, nega-se provimento aos recursos.

Participou do julgamento o Exmo. Des. Souza Varella, lavrando parecer, pela Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Promotor de Justiça

convocado Dr. Jorge Orofino da Luz Fontes.

Florianópolis, 6 de abril de 1999.

Amaral e Silva,
Presidente com voto;
Paulo Gallotti,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.001759-1, DE ANITA GARIBALDI

Relator: Des. Paulo Gallotti

Crime contra os costumes — Vítima menor de quatorze anos — Violência presumida — Consentimento da ofendida não demonstrado — Impossibilidade de ser afastada a ficção jurídica contida no art. 224, a, do Código Penal, ainda que reconhecido seu caráter relativo.

Muito embora se admita como relativa a violência ficta nas práticas sexuais envolvendo menor de 14 anos de idade, o afastamento da presunção contida no art. 224, a, do Código Penal, requer prova cabal do consentimento da ofendida, bem como de que ela possuía maturidade e discernimento suficientes para concordar com o relacionamento.

Estupro — Conjunção carnal não consumada por circunstâncias alheias à vontade do agente — Prova — Palavra da ofendida confirmada por testemunha que surpreendeu o réu e a vítima abraçados, ambos parcialmente despidos — Tentativa caracterizada — Condenação — Recurso provido.

“A intenção do agente é o elemento pelo qual se afere se houve tentativa de estupro ou atentado violento ao pudor. Num, a conjunção carnal é o fim, noutra, o ato de libidinagem” (Julio Fabbrini Mirabete).

Nos crimes contra a liberdade sexual, normalmente cometidos às escondidas, longe da presença de testemunhas, as declarações da ofendida, mesmo que menor, se seguras e coerentes, dão o lastro necessário para a condenação, especialmente quando confir-

madras por pessoa que surpreendeu o réu e a vítima abraçados, ambos parcialmente despidos.

Suspensão condicional da pena — Crime hediondo — Possibilidade — Concessão.

“A suspensão condicional da pena, desde que satisfeitos os requisitos do art. 77 do CP, pode ser deferida ao réu que praticou crime considerado hediondo, à falta de expressa vedação legal” (STJ).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.001759-1, da comarca de Anita Garibaldi, em que é apelante a Justiça, por seu Promotor, sendo apelado Adenilson Moraes:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento ao recurso, para condenar Adenilson Moraes por infração ao disposto no artigo 213, combinado com os artigos 14, II, e 224, a, todos do Código Penal, fixando a reprimenda, por maioria de votos, em dois anos de reclusão, concedido o sursis, vencido o Des. Genésio Nolli, que estipulava a sanção em três anos de reclusão, denegando o referido benefício.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Anita Garibaldi, Adenilson Moraes foi denunciado como incurso nas sanções do art. 213, combinado com os arts. 224, a, e 14, II, todos do Código Penal, porque, em data não esclarecida, tentou manter conjunção carnal com M. dos S. M., que à época contava com apenas onze anos de idade, não se consumando o intento por circunstâncias alheias à sua vontade.

Finda a instrução, sobreveio a sentença que o absolveu com base no

art. 386, VI, do CPP, afastando a presunção de violência contida no art. 224, a, do CP, ao argumento de que a vítima, apesar de ainda não ter quatorze anos completos, de certa forma concordou com o ato praticado pelo réu.

Inconformado, o Promotor de Justiça apelou sustentando, em síntese, que a prova trazida ao feito é suficiente para lastrear a prolação de um decreto condenatório, acrescentando que a menor, devido à sua inexperiência e pouca idade, não detinha o pleno domínio da vontade, sendo incapaz de consentir validamente com o ato sexual.

Com as contra-razões, subiram os autos, manifestando-se a Procuradoria-Geral de Justiça no sentido de ser dado provimento ao recurso.

A pretensão esposada no inconformismo do representante do Ministério Público merece acolhimento.

Antes de mais nada, cumpre observar que, muito embora se admita como relativa a violência ficta nas práticas sexuais envolvendo menores de quatorze anos de idade, o afastamento da presunção contida no art. 224, a, do Código Penal, requer prova cabal do consentimento da ofendida, bem como que ela possuía maturidade e

discernimento suficientes para concordar com o relacionamento sexual.

Segundo a Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal, o “fundamento da ficção legal de violência, no caso dos adolescentes, é a *innocentia consilii* do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento”.

Sobre o assunto, Julio Fabbrini Mirabete observa:

“O primeiro caso de violência presumida (indutiva ou ficta) é de ser a vítima menor de catorze anos. Embora seja certo que alguns menores, com essa idade, já têm maturidade sexual, na verdade não ocorre o mesmo com o desenvolvimento psicológico. Assim, o fundamento do dispositivo é a circunstância de o menor de catorze anos não poder validamente consentir pelo desconhecimento dos atos sexuais e de suas conseqüências (*innocentia consilii*). O consentimento em casos que tais é absolutamente nulo” (Manual de Direito Penal, Atlas, São Paulo, 1997, 12ª ed., vol. II, pág. 477).

Magalhães Noronha, de sua parte, não diverge:

“A Exposição de Motivos acrescenta ter sido fundamento a *innocentia consilii* da vítima. É a impossibilidade de compreender o menor em toda a extensão o ato que é levado a praticar. Faltam-lhe madureza fisiológica e capacidade psicoética para ter alcance, para estimar com precisão o ato violador dos bons costumes, donde não se pode falar em consentimento pleno e livre e donde conseqüentemente há presunção de violência”

(Direito Penal, Saraiva, São Paulo, 1986, 18ª ed., vol. III, pág. 225).

No caso, a prova não permite concluir que M. dos S. M. fosse capaz de consentir validamente com a prática do ato sexual.

O auto de exame corporal de fls. 6 revela que, quando do ocorrido, a vítima ainda era virgem, não se tendo notícia, também, de que ela tivesse namorados ou que fosse informada sobre os assuntos referentes à sexualidade e às suas conseqüências.

Ademais, não é possível reconhecer que a ofendida concordou com a prática do ato sexual, tendo declarado, em todas as oportunidades em que foi ouvida, que o acusado tapou sua boca com as mãos para que não gritasse, circunstância que foi confirmada por E. da S. V. M., sua mãe adotiva, que surpreendeu Adenilson Moraes no momento em que ele tentava consumir seu intento.

O Supremo Tribunal Federal decidiu:

“Presume-se a violência no crime de estupro quando a vítima é menor de quatorze anos. Não há nos autos qualquer prova de que o consentimento da vítima foi relevante para atenuar o rigor da norma” (HC n. 75.414, de Minas Gerais, rel. Min. Maurício Corrêa, julgado em 24.6.97).

E desta Corte:

“O fundamento da violência ficta nas práticas sexuais envolvendo menores de 14 anos é a proteção daqueles que, em virtude da pouca idade, ainda não possuem a exata noção das conseqüências de seus atos, o que lhes retira o pleno domínio da vontade e torna inválida a anuência

emprestada ao relacionamento sexual” (Ap. Crim. n. 97.015606-5, de Campo Erê, julgada em 3/3/98).

Assim, não há falar em afastamento da presunção contida no art. 224, a, do CP.

De outra parte, é de se ter em conta que o fato de não ter sido junta- da aos autos a certidão de nascimen- to de M. dos S. M., na espécie, não impede que se reconheça que ela, à época dos fatos, era menor de quator- ze anos.

O laudo corporal de fls. 6 dá conta de que a vítima, quando proce- dido ao exame de conjunção carnal, tinha apenas onze anos de idade, cir- cunstância que é confirmada por sua mãe adotiva, E. da S. V. M. (fls. 8), bem como pelo próprio acusado, que disse à autoridade policial que achava que M. era “menor de idade, com aproxi- madamente dez anos” (fls. 9), acres- centando em Juízo “que nunca mais tentou fazer nada com M. ou com ou- tra criança” (fls. 22).

Outra vez do Supremo Tribunal Federal:

“Em se tratando de estupro, a não existência nos autos de certidão de nascimento da vítima menor não é causa de nulidade do processo, des- de que inequívoco ser a vítima uma menina e ter ocorrido violência real” (HC n. 69.114-5, do Rio Grande do Sul, rel. Min. Néri da Silveira, julgado em 11.2.92).

No mesmo sentido:

“A falta de certidão de nasci- mento da vítima, já afirmou o Supre- mo Tribunal Federal, não impede o re- conhecimento do cometimento de crime com violência ficta, podendo ou-

tras providências levar o magistrado ao convencimento sobre o tópico” (RT 591/439).

Ainda:

“É especiosa a alegação de fal- ta de certidão de nascimento se o pró- prio réu reconhece ser a vítima menor e tanto o juiz como as partes admiti- ram-na menor de doze anos” (RT 586/343).

Feitas essas considerações, no mérito, tem-se que o acervo probató- rio permite a formação de um seguro juízo de convicção no sentido de que Adenilson Moraes efetivamente ten- tou manter conjunção carnal com M. dos S. M., de apenas onze anos de idade, não consumando seu objetivo por circunstâncias alheias à sua von- tade.

Como cediço, nos crimes con- tra os costumes, via de regra cometi- dos longe de testemunhas, a palavra da vítima, mesmo que menor, quando segura e coerente, é suficiente para sustentar a condenação, especial- mente quando confirmada por outros elementos contidos nos autos.

Ao ser ouvida pela autoridade policial, M. dos S. M. disse:

“que em data que não recorda, sabendo apenas informar ter ocorrido entre o final do ano passado e no iní- cio do presente ano, encontrava-se na casa onde residia com seus pais ado- tivos e com o filho mais moço de seu pai, filho este que seu pai adotivo teve com a sua primeira esposa e que resi- de junto com a depoente, sendo que o referido rapaz chama-se Adenilson Moraes; que estava em sua casa quando Adenilson começou a acariciar- lhe o corpo, passando suas mãos nos seios da depoente e nas pernas; que

em outra ocasião, durante uma tarde, Adenilson pegou a depoente pelos braços e a levou até o quarto onde Adenilson dormia e lá retirou a roupa da depoente, levantou o vestido da depoente e retirou-lhe a calcinha e em seguida retirou o seu pênis das suas calças e começou a introduzi-lo na vagina da depoente; que sentiu quando Adenilson introduziu seu pênis em sua vagina e que Adenilson com uma das mãos tampava a boca da depoente para que a mesma não gritasse; que em dado momento adentrou no quarto sua mãe, E., que a tudo assistiu, sendo que desta forma Adenilson retirou-se do local rapidamente” (fls. 7).

Em Juízo, de maneira segura e coerente, reafirmou:

“que antes dos fatos o réu ficava ao lado da depoente a ‘apertando contra a janela’; que o réu agarrou a depoente, tapou sua boca e ficou na sua frente; que estava de vestido e o réu levantou o vestido; que o réu tirou a calcinha da depoente; que o réu botou o pênis para fora; que o réu tentou colocar o pênis na vagina da depoente; que quando ‘quase estava fazendo na depoente’ a mãe adotiva apareceu; que aí o réu largou a depoente e saiu correndo; que o réu ficava dizendo que não ia machucar a depoente e que queria fazer sexo com ela; que se a mãe da depoente não chegasse, acha que o réu teria conseguido; que depois deste fato o réu nunca mais tentou nada com a depoente; que às vezes o fato vem na cabeça da depoente; que a depoente ficou com raiva do réu e nunca mais conversaram; que depois dos fatos o réu saiu de casa e foi morar com uma irmã; que tem certeza que foi de frente e não de cos-

tas; que tanto a depoente quanto o réu estavam em pé; que a depoente nunca dormiu no mesmo quarto que o réu; que dorme no mesmo quarto que sua mãe; que antes dos fatos o réu ficava ‘se esfregando na depoente’” (fls. 30).

Confirmando tais declarações, E. da S. V. M. relatou:

“que casou com o pai de Adenilson Moraes que era viúvo; que casou com ele há dez anos; que M. é filha adotiva, sendo que convive com a depoente desde os três anos; que Adenilson sempre vivia rodeando a menina; que, inclusive, Adenilson pedia para deixá-lo dormir junto com a menina, mas a depoente nunca deixava, por preocupação; que na época dos fatos o marido da depoente estava com derrame; que quando a depoente saiu do quarto, foi no quarto de visita e lá chegando viu o acusado por trás da menor, tapando a boca da vítima e com o pênis para fora; que o acusado estava tentando manter relações sexuais com a menor, impedindo que a menor gritasse colocando a mão na sua boca; que o acusado estava por cima da menor, os dois de pé; que a depoente gritou ‘sem vergonha o que é isso’; que aí o acusado saiu correndo porta a fora; que a menor disse que não gritou porque estava com a boca fechada; que a depoente pôde ver que o denunciado baixou a calça da menor; que levou a menor num médico e não foi constatada ruptura do hímen; que se a depoente não se levanta, acredita que o ato teria se consumado; que o acusado nunca mais praticou ato semelhante com a menor depois disso; que o réu não mora mais com a depoente e sua filha; que o acusado não costumava trabalhar; que o acusado está morando

com a irmã e parece que está bem encaminhado; que desconhece fatos desabonadores da conduta do acusado" (fls. 31).

O próprio recorrido confessou em detalhes a prática delitiva:

"que reside na casa de seu pai Antônio Moraes, que é pessoa inválida em virtude de um derrame sofrido, sendo que se encontrava na cama por não conseguir andar e nem falar; que reside também com sua madrasta de nome E. M. e com uma filha de criação, menor de idade, com aproximadamente dez anos de idade e de nome M.; que em data que não recorda, sabendo apenas informar ter ocorrido durante o presente ano, encontrava-se em casa quando em dado momento resolveu fazer algumas carícias na menor M.; que o depoente passou suas mãos 'nos peitos' de M. e no resto do corpo; que em outra ocasião, quando se viu só com M., iniciou com a menor, outra vez, carícias em seu corpo, sendo que retirou a roupa da menina e em seguida retirou seu pênis para fora de suas calças e começou a tentar introduzir o referido membro sexual na vagina de M.; que não conseguiu introduzir seu pênis em M., porém relata que 'gozou' (ejaculou) na vagina da menor, sem porém ter penetrado seu pênis na mesma; que não sabe explicar o motivo de ter agido dessa forma e que está arrependido do que fez; que não machucou M. em momento algum, apenas segurou-a pelos braços para poder tentar manter com a mesma o ato sexual" (fls. 9).

Dessa forma, propiciando a palavra da vítima, confirmada pela prova testemunhal, a plena convicção de

que Adenilson Moraes pretendia constrangê-la à conjunção carnal, tendo sido impedido pela chegada da mãe adotiva de M. dos S. M., sua condenação por infração ao art. 213, combinado com os arts. 224, a, e 14, II, todos do Estatuto Repressivo, é medida de rigor.

É da jurisprudência:

"As declarações firmes e coerentes da ofendida, quando corroboradas por outros elementos constantes do conjunto probatório, autorizam, em crimes contra os costumes, a prolação de decreto condenatório" (JC 58/386).

Ou:

"Em crimes contra a liberdade sexual, na sua grande maioria, diante da clandestinidade e ausência de testemunhas fatuais, a prova da imputação reside, basicamente, nas declarações da ofendida, que servem de base à sentença condenatória, mormente quando seguras, coerentes e com apoio em indícios e circunstâncias colhidos no processo, apesar da natural negativa do agente ofensor" (Ap. Crim. n. 96.004686-0, de Pinhalzinho, rel. Des. Nilton Macedo Machado, julgada em 5/11/96).

Passa-se, então, à aplicação da pena.

As circunstâncias do art. 59 são tidas como normais à espécie, razão pela qual a pena-base é fixada no mínimo legal, seis anos de reclusão, inexistindo qualquer outra causa modificadora.

Como medida de política criminal, adotada excepcionalmente com o objetivo de oferecer ao acusado a oportunidade de se recuperar, o que parece já vem ocorrendo, a teor da de-

claração de E. da S. V. M., a maioria da Câmara entendeu que, não estando bem preciso o iter percorrido, deveria a diminuição pela tentativa ser operada no grau máximo, vencido o Des. Genésio Nolli, que a estipulava na metade.

A reprimenda, assim, é estabelecida em definitivo em dois anos de reclusão.

Mesmo se tratando de crime hediondo, a Câmara, também por maioria, resolveu conceder o sursis, vencido o Des. Genésio Nolli, para quem a pena deveria ser cumprida integralmente em regime fechado.

A respeito do tema, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“Penal — Lei n. 8.072/90 — Tentativa de estupro — Crime hediondo — Sursis — Possibilidade de concessão — Inexistência de incompatibilidade com a norma que determina o cumprimento integral da pena em regime fechado.

“Inexistindo na Lei n. 8.072/1990 norma expressa a vedar a concessão de sursis, não pode o intérprete lançar mão de interpretação extensiva ou dilatária para suprimir o benefício.

“Não há, também, incompatibilidade lógica entre o sursis e a norma do art. 2º, § 1º, já que inexistente qualquer relação entre regime de cumprimento de pena e este instituto.

“O que importa para a suspensão condicional da pena é o preenchimento dos seus requisitos legais estabelecidos no Código Penal, independentemente do regime prisional imposto” (REsp. n. 91.851, de Mi-

nas Gerais, rel. Min. Edson Vidigal, julgado em 10/12/96).

Mais recentemente:

“A suspensão condicional da pena, desde que satisfeitos os requisitos do art. 77 do CP, pode ser deferida ao réu que praticou crime considerado hediondo, à falta de expressão vedação legal” (RSTJ 113/336).

Sendo assim, suspende-se a execução da sanção corporal irrogada a Adenilson Moraes pelo prazo de dois anos, devendo as respectivas condições ser estipuladas no Juízo da execução.

Por tais fundamentos, decidiu a Câmara dar provimento ao recurso, para condenar Adenilson Moraes por infração ao disposto no artigo 213, combinado com os artigos 14, II, e 224, a, todos do Código Penal, fixando a reprimenda, por maioria de votos, em dois anos de reclusão, concedido o sursis, vencido o Des. Genésio Nolli, que estipulava a sanção em três anos de reclusão, denegando o referido benefício.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Des. Genésio Nolli, que o presidiu, e Souza Varella, lavrando parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Procurador Demétrio Constantino Serratine.

Florianópolis, 24 de março de 1999.

Amaral e Silva,
Presidente para o acórdão;
Paulo Gallotti,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.002036-3, DE SEARA**Relator: Des. Paulo Gallotti**

Crime contra os costumes — Estupro — Delito imputado a ex-amásio da mãe da ofendida — Aplicação do art. 226, II, parte final, do Código Penal — Possibilidade — Autoridade do agente sobre a vítima demonstrada — Recurso improvido.

Caracteriza a causa de especial aumento de pena prevista no art. 226, II, parte final, do Código Penal, a circunstância de ter o acusado vivido maritalmente com a mãe da vítima, exercendo ainda sobre esta, na época do fato delituoso, inegável autoridade, em tudo assemelhada à de um pai.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.002036-3, da comarca de Seara, em que é apelante Sadi Pereira Farias, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

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

Custas na forma da lei.

Na comarca de Seara, após regular processo, Sadi Pereira Farias foi condenado ao cumprimento de sete anos e seis meses de reclusão, em regime fechado, por infração ao art. 213, combinado com os arts. 224, a, e 226, II, todos do Código Penal, porque, em 11/10/98, manteve conjunção carnal com a menor D. C. P., de apenas seis anos de idade, filha de sua ex-amásia.

Inconformado, apelou pretendendo, tão-somente, a exclusão da causa de especial aumento de pena contida no art. 226, II, do CP, ao argumento de que, quando do ocorrido, não mais vivia com a mãe da vítima,

não podendo, portanto, ser equiparado a padrasto da menor.

Com as contra-razões, subiram os autos, manifestando-se a Procuradoria-Geral de Justiça no sentido de ser negado provimento ao recurso.

A pretensão de ver excluída a causa de especial aumento de pena reconhecida na sentença não merece acolhimento.

A teor do art. 226, II, do CP, nos crimes contra os costumes, a pena é aumentada da quarta parte "se o agente é ascendente, pai adotivo, padrasto, irmão, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela".

Sobre o assunto, Néilson Hungria observa:

"O fundamento da exasperação da pena, em qualquer das hipóteses previstas no texto legal, é evidente: o crime sexual, em tais hipóteses, é praticado por aqueles mesmos que tinham o dever de vigilância, guarda ou especial respeito para com a vítima (notadamente quando entre esta e o ofensor há vínculo de sangue). Há um

intolerável abuso de relações domésticas, de intimidade, de confiança, de sujeição ou de autoridade, o que acresce a gravidade do crime e traduz maior perversidade do agente" (apud Alberto Silva Franco e outros, Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997, 6ª ed., vol. I, tomo II, pág. 3.076).

A seu turno, Julio Fabbrini Mirabete complementa:

"O fato configura uma maior ofensa à moral, acarreta maior alarma social, sendo um abuso de relações domésticas ou de situações de intimidade ou confiança. Abrange a lei qualquer pessoa que, pelos títulos mencionados no dispositivo ou quaisquer outros, tem autoridade, de direito ou de fato, sobre a vítima. São os casos do amásio da mãe da vítima, do sogro em relação à nora etc." (Manual de Direito Penal, Atlas, São Paulo, 1992, 6ª ed., vol. II, pág. 458).

Segundo o que consta dos autos, o apelante viveu maritalmente com Ivete Aparecida Ribeiro, mãe de D. C. P., por cerca de quatro anos, passando a tratar a criança como se fosse sua filha. Posteriormente, em outubro de 1998, quando se deram os fatos narrados na denúncia, mesmo já estando separado da mãe da menor, continuava se portando como seu pai, visitando-a na creche e levando-a para passar finais de semana em sua casa, situação que perdurou até o dia de sua prisão.

Dando conta que as atitudes de Sadi Pereira Farias para com a vítima eram de verdadeiro pai, Clesi Ana Barrionuevo Brandielli, diretora da creche que D. C. freqüentava, relatou

que, após contar-lhe os fatos, a vítima perguntou "mãe, e agora, e eu e o mano o que vamos fazer sem o pai?", acrescentando que "o acusado ia sempre e regularmente na creche e brincava com a vítima e seu irmão de forma afetiva; que foi feito um comentário entre as professoras da creche sobre a forma exemplar como o acusado tratava os filhos e que esse afeto era maior do que entregava às crianças a mãe; que o pai sempre esteve mais ao lado das crianças do que a mãe" (fls. 69).

Maria Leidir da Silva Ribeiro, proprietária da pensão para onde o acusado se mudou após desligar-se da companheira, informou que "de quinze em quinze dias, em finais de semana, para lá ele levava os filhos menores, a vítima e um irmãozinho" (fls. 71), o que é confirmado por Edson da Silva (fls. 70) e Vanderlei José Spagnolo (fls. 20), demonstrando que, mesmo depois de separado da mãe da menor, ainda continuava a deter um poder de fato sobre ela, em tudo assemelhado à ascendência de um pai.

Assim, evidenciado que o acusado exercia sobre a ofendida inegável autoridade, que não cessou com o término da vida em comum com a mãe dela, a manutenção da referida majorante é de rigor.

É da jurisprudência:

"Tratando das hipóteses em que a pena é aumentada, nos termos do art. 226 do CP, lembra Magalhães Noronha que o dispositivo considerou não só situações legais, como também de fato, ambas envolvendo relação de autoridade entre réu e vítima: no primeiro caso, legal; no segundo,

de fato. Essa é a razão suprema da agravante. Qualquer autoridade, diz a lei, uma vez que pode provir de qualquer outro título, além dos mencionados anteriormente (ascendente, pai adotivo, padrasto, irmão, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima). Portanto, este não importa: seja o réu amásio da mãe da vítima, haja se encarregado de sua educação, seja seu sogro etc., havendo autoridade de fato, existe a agravante" (RJTJSP 20/411).

Ainda:

"Estupro — Pena — Aumento especial — Acusado amásio da mãe da vítima — Cabimento da exasperação punitiva — Inteligência do art. 226, II, do Código Penal.

"Justifica-se a exasperação punitiva — como prevê o art. 226, II, do CP — na prática de delito sexual pelo amásio da mãe da vítima, que sobre esta exercia autoridade de fato, notadamente se também concorrera para tanto abuso de confiança nas relações domésticas" (RT 713/331).

E desta Corte:

"Estupro e atentado violento ao pudor. Agente amásio da mãe da

ofendida. Condição que o equipara a pai da ofendida" (Ap. Crim. n. 27.776, de Timbó, rel. Des. Alberto Costa, julgada em 8/11/91).

Finalmente, observa-se que o recorrente foi extremamente beneficiado na aplicação da pena, eis que, embora tenha constrangido a pequena D. à prática da conjunção carnal por três vezes, a reprimenda imposta não sofreu qualquer acréscimo em razão do concurso de crimes.

Por tais fundamentos, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr Des. Souza Varella, lavrando parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Promotor convocado Dr. Rui Carlos Kolb Schiefler.

Florianópolis, 6 de abril de 1999.

Amaral e Silva,
Presidente com voto;
Paulo Gallotti,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.004157-3, DE BOM RETIRO

Relator: Des. Nilton Macedo Machado

Homicídio culposo — Acidente de trânsito — Colisão de automóvel com motocicleta na contramão de direção — Imprudência — Prova segura — Boletim de ocorrência — Presunção juris tantum — Testemunhas presenciais — Culpa caracterizada — Condenação mantida.

Age com culpa na modalidade de imprudência o motorista de veículo que, em trecho sinuoso de rodovia e violando as regras mais elementares do trânsito, em especial o princípio da confiança, invade a pista contrária, vindo a colidir com motocicleta que trafegava na sua mão de direção, causando a morte do condutor e do caroneiro.

O boletim de ocorrência expedido pela autoridade de trânsito goza de presunção juris tantum de veracidade, ainda mais quando corroborado por prova testemunhal, que só cede mediante irrefutável e melhor prova em contrário.

Pena criminal — Reincidente específico — Substituição por pena restritiva de direitos — Impossibilidade.

Considerando o disposto no § 3º do art. 44 do Código Penal, recentemente alterado pela Lei n. 9.714/98, o envolvimento do agente nos mesmos crimes que geraram reincidência, como circunstância indicadora da possibilidade de que voltará a delinquir, constitui óbice à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

Suspensão condicional da execução da pena (sursis) — Reincidente em crime culposo — Possibilidade — Inexistência de prova da reparação do dano — Deferimento.

A reincidência em crime culposo não é causa impeditiva à concessão do sursis, desde que preenchidas as demais condições previstas no art. 77 do CP.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.004157-3, da comarca de Bom Retiro, em que é apelante Juliano Raul Boff, sendo apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso, afastar a preliminar de cerceamento de defesa e dar-lhe provimento parcial para adequar a reprimenda e conceder o sursis, mediante as condições contidas no acórdão.

Custas na forma da lei.

No Juízo de Direito da comarca de Bom Retiro foi ofertada denúncia contra Juliano Raul Boff, dando-o como incurso no art. 121, § 3º (duas vezes), c/c art. 71, ambos do Código Penal, por que:

“No dia 17 de abril de 1996, por volta das 20h30min, o denunciado conduzia o veículo GM S-10, placa LXO 6313, pela Rodovia BR 282, no sentido Alfredo Wagner/Florianópolis, quando próximo à localidade de Picadas, nesta comarca, o mesmo, impru-

dentemente, invadiu a contramão de sua direção, vindo a colidir frontalmente com a motocicleta FBM, placa LWT 4187, que era conduzida por Pedro Barbosa de Oliveira, e que trazia como caroneiro Jackson Alexandre Silveira.

“Em decorrência do impacto os ocupantes da motocicleta sofreram os ferimentos descritos nos autos de exames cadavéricos de fls. 13 e 14, e que foram a causa eficiente de suas mortes.

“No momento da colisão não chovia e a visibilidade era boa” (fls. 2/3).

Processado regularmente, ao final restou condenado ao cumprimento de 2 (dois) e 4 (quatro) meses de detenção, como incurso nas sanções do art. 121, § 3º, c/c arts. 61, I, e 70 do CP, em regime aberto, sem substituição ou suspensão.

Inconformado, o réu apelou, alegando cerceamento de defesa porque não foi expedido ofício ao Detran “para que informasse se a moto estava licenciada para rodar” (fls. 200), pleiteando, ainda, a absolvição, ao argumento de que o Magistrado limitou-se em analisar as provas produzidas na fase policial, estando provado que a motocicleta (com as luzes apagadas e em precário estado de conservação) invadiu a pista contrária, sendo que o ponto de impacto foi na mão de direção do veículo do réu, ainda mais porque houve alteração física no local dos fatos; caso mantida a condenação, pretende a redução da pena ao mínimo legal e que possa ser cumprida em regime domiciliar na comarca de São Marcos, onde reside.

Com as contra-razões, os autos subiram a esta Instância, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e não provimento do apelo.

É o relatório.

1. Não houve o cerceamento de defesa alegado, considerando que a necessidade e a conveniência de diligência probatória sujeitam-se, plenamente, à avaliação discricionária do Magistrado, o qual, no entanto, obriga-se a motivar as razões do seu indeferimento. Assim, a recusa judicial, desde que fundamentadamente manifestada, não configura cerceamento de defesa” (STF, HC n. 68032—SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 15/5/90, DJU 1º/6/90).

Nesse passo, agiu acertadamente o Magistrado ao indeferir a expedição de ofício ao Detran, que “por ser irrelevante ao caso saber se o veículo estava ou não licenciado”, “não constitui cerceamento de defesa o indeferimento de diligência inútil” (Ap. Crim. n. 98.011772-0, de Laguna, rel. Des. Amaral e Silva, j. em 6/10/98), porquanto, mesmo que verdadeira fosse a circunstância de a motocicleta não estar licenciada, tal não excluiria culpa do apelante nem lhe serviria de alvará para nela colidir.

2. A prova coligida na instrução processual, aliada à indiciária, demonstra, com segurança, que o acidente, que culminou com morte de duas pessoas, foi provocado por culpa exclusiva do réu/apelante que, imprudentemente, na direção de veículo GM S-10, no perigoso trecho da BR 282, invadindo a contramão de direção, colidindo com a motocicleta FBM, que trafegava em sentido contrário,

matando seus ocupantes, Pedro Barbosa de Oliveira, motorista (fls. 16) e Jackson Alexandre Silveira, caroneiro (fls. 17).

O apelante, na fase judicial, alegou que “desenvolvendo velocidade em torno de 60km/h, mais ou menos às 20h30min quando, em uma curva, foi surpreendido com um objeto que veio em direção à camioneta, quando o interrogando dirigia o veículo em sua mão de direção e ocorreu a colisão entre eles. O interrogando não viu nada antes de haver o choque e por isso não pôde desviar. Logo a seguir, estacionou o veículo no acostamento a sua direita e foi verificar do que se tratava o tal objeto. Encontrou uma motocicleta caída sobre a pista da esquerda do depoente, sendo que ela trafegava no sentido Florianópolis/Alfredo Wagner e um pouco adiante da moto, no sentido já referido, o corpo de dois homens” (fls. 40v.).

A alegação, em Juízo, de que a motocicleta trafegava com os faróis apagados e era “bastante usada, sendo totalmente modificada e transformada com peças diferentes, bem como sua instalação elétrica vivia dando problemas e que a vítima sempre andava com a motocicleta sem ter luzes suficientes à noite” (fls. 211), não pode prevalecer, haja vista ter o próprio apelante, na fase investigatória, e na presença de seu defensor, um mês após os fatos afirmado que “quando estava contornando a curva viu um farol com luzes bem fraca vindo em direção ao declarante em alta velocidade e em ziguezague, vendo isto o declarante assustou-se e puxou a camioneta para o lado esquerdo, com o impacto que foi forte e como no lado esquerdo não havia acostamento pu-

xou a camioneta para o lado direito e estacionou a mesma fora da pista; que no momento não estava ultrapassando nenhum veículo, que conforme o laudo da Polícia Rodoviária Federal o declarante não concorda onde consta o ponto de impacto” (fls. 9).

Também as declarações da testemunha Sadi Fernandes, em Juízo, de que os corpos das vítimas estavam no lado direito da pista próximo a camioneta não podem ser consideradas (fls. 138v.), levando-se em conta as palavras do apelante em Juízo, só comprovando que houve alteração do local, sendo que os corpos e os restos da motocicleta foram retirados da estrada, os primeiros colocados no acostamento, segundo Natalino Delagnello, às respostas da defesa, “um dentro da canaleta e outro já no capim” (fls. 125)

Nesse passo, a versão do apelante, que tem a ampará-la as declarações de Jadir Nazareno Chemello, seu companheiro na data dos fatos (fls. 10), está totalmente divorciada dos demais elementos contidos nos autos, especialmente a ficha de ocorrência elaborada pela Polícia Rodoviária Federal, que mesmo com alteração física do local concluiu que “de acordo com a averiguação do local, o veículo 1 ao fazer a curva adentrou a contramão de direção causando violenta colisão frontal com o veículo 2 que vinha em sua mão de direção” (fls. 7).

Ora, houvesse a motocicleta, efetivamente, invadido a mão de direção do apelante, certamente colidiria contra sua parte frontal e lateral esquerda; na realidade, ocorreu justamente o contrário, consoante se vê da

ficha de fls. 6, mostrando a destruição da frente e lateral direita do automóvel S-10 dirigido pelo réu, bem como a destruição total da motocicleta, comprovando, assim, que foi o veículo dirigido pelo acusado quem invadiu a pista contrária; fosse o contrário, o amassamento do seu carro deveria estar no lado esquerdo.

Nesse mesmo sentido, ainda, os depoimentos das testemunhas que chegaram ao local dos fatos logo após o acidente, contando Osmar Back, comerciante da região que “tanto as vítimas fatais quanto os veículos estava tudo no acostamento lado direito quem vai para Florianópolis, que em cima da pista havia apenas pedaços da motocicleta (...) na opinião do declarante o ponto de impacto foi na mão de direção da motocicleta” (fls. 11v.).

Confirmando o que já dissera na fase investigatória, a testemunha Natalino Delagnello prestou importantes esclarecimentos, afirmando “que o depoente mora perto do local e após escutar o estouro da batida foi até o local e se deparou com o acidente, entre a camioneta que ia no sentido Lages—Florianópolis, e a moto que vinha no sentido Florianópolis—Lages; que a camioneta parou na sua mão de direção um pouco mais adiante do acidente, já saindo da pista; que o ponto de impacto foi na mão de direção da motocicleta; que ficou uma marca de pneu da camioneta no local, e esta marca de pneu é visível até hoje; que esta marca de pneu está sobre a faixa amarela que divide as duas pistas; que não deu de ver outros vestígios que concluíssem qual era o local do acidente; que o local era uma curva; que quem vai de Lages para Florianó-

polis a curva era para a esquerda; que o tempo estava bom; que o acidente foi ‘quem vai daqui pra lá de Alfredo Wagner’ (...) que disse que o acidente se deu na mão de direção da motocicleta, porque bem no meio da pista da motocicleta, a camioneta deu uma bancadinha e depois desviou para a direita, saindo pelo lado da própria pista; que por essa bancadinha, o depoente quer dizer que a camioneta deu uma freada, mas como esta freada estava em cima da pista, ela já apagou, restando tão-somente a que está sobre a faixa amarela” (fls. 125).

O réu agiu com culpa, na modalidade de imprudência, sendo “evidente a culpa consciente ou com previsão (culpa ex lascivia) de quem dirige veículo motorizado em contramão de direção, numa curva, pois prevê o resultado, esperando, porém, que ele não se efetive” (RT 423/462); não obrou com as cautelas necessárias, visto que até confessou ter percebido a presença da motocicleta, vindo a provocar o infeliz evento, sendo que as vítimas foram colhidas de surpresa pela manobra inopinada do apelante, que violou as regras mais elementares à segurança no trânsito e, em especial, o princípio da confiança (do alemão *vertrauensgrundsatz*).

A doutrina de Wladimir Valler:

“Em matéria de trânsito deve vigorar sempre o princípio da confiança. O condutor de um veículo tem o direito de esperar que os outros condutores e os pedestres se atenham às regras de trânsito e às cautelas que de todos são exigidas no convívio social” (Responsabilidade Civil e Criminal nos Acidentes Automobilísticos, 3ª ed., SP, Julex, tomo II, 1993, pág. 725).

Também a jurisprudência:

“Os condutores de veículos têm o direito de esperar que nenhum outro saia repentinamente do meio-fio onde estão estacionados. Senão viger o princípio de que todo motorista deve obedecer às regras do trânsito de circulação de veículo e de que todo motorista tem o direito de esperar que os outros também o obedeçam, haveria no trânsito, certamente, o caos” (JUTACrim/SP 92/424).

Por outro lado, é sabido que o boletim de ocorrência, expedido pela autoridade de trânsito, goza de presunção juris tantum, que só cede mediante irrefutável prova em contrário, não produzida em momento algum na demorada instrução; ao contrário, foi corroborado pelas testemunhas do local do acidente.

Assim já decidiu esta Corte, em acórdão da lavra deste relator:

“Homicídio culposo e lesões corporais culposas — Acidente de trânsito — Colisão de automóvel com motocicleta — Invasão da contramão de direção — Prova segura — Boletim de ocorrência — Culpa caracterizada — Condenação mantida.

“Age com culpa o motorista de automóvel que, em rodovia e à noite, invade a contramão de direção, vindo a colidir com motocicleta que trafegava regularmente em sentido contrário, causando a morte de seu piloto e lesões corporais no caroneiro.

“O boletim de ocorrência expedido pela autoridade de trânsito goza de presunção juris tantum de veracidade, ainda mais quando corroborado por prova testemunhal, que só cede mediante irrefutável e melhor prova

em contrário” (Apelação Criminal n. 33.426, de Indaial, j. em 5/9/95).

Vale, por isso, citar e integrar como razão de decidir o seguinte trecho da sentença, da lavra do Dr. Mário Bianchini Filho:

“Ora, o laudo pericial realizado por policiais rodoviários qualificados foi corroborado no tocante ao ponto de impacto tanto pelo acusado quanto pela única testemunha presencial, o caroneiro Jadir, nos seus depoimentos prestados quase um mês após os fatos, na delegacia de polícia em depoimentos formalmente perfeitos, tomados na presença de advogado, e não impugnados.

“A retratação do acusado em Juízo, agora sob nova defesa técnica, não tem o poder de modificar a confissão judicial, que se acha devidamente amparada no depoimento da testemunha caroneira e no laudo da Polícia Rodoviária Federal.

“Mas não são apenas estes dois depoimentos que corroboram o laudo pericial. Há também o depoimento da testemunha Natalino. Depondo na delegacia (fls. 12), disse que ‘pela marca dos pneus da S-10 o ponto de impacto aconteceu na mão de direção da motocicleta, que do ponto de impacto até o local onde a S-10 parou ficou uma marca de pneu bem visível’ (...) em Juízo (fls. 125) explicou ainda melhor seu depoimento dizendo que ‘o ponto de impacto foi na mão de direção da motocicleta; que ficou uma marca de pneu da camioneta no local, e esta marca de pneu é visível até hoje (...) que disse que o acidente se deu na mão de direção da motocicleta, porque bem no meio da pista da motocicleta, a camioneta deu uma bancadi-

nha e depois desviou para a direita, saindo pelo lado da própria pista; que por essa bancadinha, o depoente quer dizer que a camioneta deu uma freada, mas como esta freada estava em cima da pista, ela já apagou, restando tão-somente a que está sobre a faixa amarela'.

"A defesa em alegações finais ataca o depoimento desta testemunha, dizendo que ela não poderia ter visto se tinha ou não freada porque o local não tinha iluminação.

"Se assim fosse, como é que as testemunhas pela defesa arroladas poderiam ter visto tanto?

"E por falar em testemunhas de defesa, Sadi (fls. 138) e Nair (fls. 142), vejo situação interessante. Estando elas no mesmo carro, segundo Sadi, permaneceram pouco tempo no local e foram embora, e não falaram com ninguém. Como então o acusado pode saber que elas estavam lá para arrolá-las como testemunhas?

"Mas o que mais chama a atenção nos seus depoimentos, é que ambas afirmam que foram ultrapassados pelos motoqueiros, que vinham de luzes apagadas.

"Todavia, é de se levar em consideração que a motocicleta, no dizer do acusado e da testemunha Jadir prestado na polícia, estava com a luz acesa, muito embora, 'parecesse uma lanterna'.

"Já a testemunha Luiz Fernando Rech, que não fora arrolada na defesa prévia, onde o réu arrolou 8 testemunhas e dispensou 5, aparece no final do processo em substituição a outra, para dizer que também passava pelo local. Testemunha tão importante

não foi arrolada como testemunha principal.

"Mora em Florianópolis, é advogado, mas é de Vacaria, próximo do réu, que mora em São Marcos.

"Disse que ia de Florianópolis para Porto Alegre. Com a devida vênia, estava no caminho errado, pois de Florianópolis a Porto Alegre se vai pela BR 101, e não passa no local do acidente.

"Não viu marca de freada.

"Ante a divergência de versões, a que realmente encontra respaldo na prova dos autos é a que demonstra que o ponto de impacto realmente foi sobre a pista de rolamento da motocicleta, já que é corroborada pela confissão do réu na fase policial, embora em Juízo tenha mudado seu depoimento, pela testemunha Natalino, e ainda pelo laudo pericial.

"Assim, verifico que os esforços da defesa, através de suas testemunhas cuja presença no local dos fatos não está bem esclarecida, e que chegaram após o acidente, não são suficientes para desconstituir a prova produzida pela acusação, que é harmônica, e forte o suficiente para a perfeita demonstração da culpa do acusado.

"O acusado, como este mesmo disse no seu interrogatório na fase policial, assustou-se com a presença da motocicleta, e puxou seu veículo para a esquerda, invadindo a mão de direção da motocicleta, em manobra incorreta, dando causa ao acidente por imperícia e imprudência.

"As alegações de que a vítima não era habilitada não estão prova-

das, mas mesmo que assim fosse, são irrelevantes” (fls. 185/188).

Não fosse isso, a alegação de eventual culpa das vítimas (faróis desligados e veículo em mau estado de conservação), além de não comprovada (e até desmentida se consideradas as palavras do apelante, como se viu) não elidiria sua responsabilidade pelo evento, pois as culpas, em sede criminal, não se compensam; ademais, não fosse sua manobra imprudente (dela deriva a previsibilidade do evento, como pressuposto da culpa), o acidente não teria ocorrido.

Vicente Fontana Cardoso ensina:

“Em princípio, a culpa concorrente da vítima não exclui a do motorista causador de acidente de trânsito.

“Em matéria de direito penal não se admite a compensação de culpas. Quando muito, a culpa da vítima pode ser causa que autorize certa redução da pena a ser aplicada, havendo condenação do réu.

“O motorista, tendo previsibilidade de acidente, agindo com imprudência, negligência ou imperícia, pouco altera sua situação, se houve ou não culpa da vítima” (Crimes em Acidentes de Trânsito, pág. 117).

É da jurisprudência:

“Apelação criminal — Homicídio culposo — Pretendida absolvição por culpa da vítima. Responde pelo ilícito praticado, motorista que, pretendendo cruzar a rodovia, não se cerca dos cuidados mínimos para a manobra, vindo a cortar a corrente de tráfego de motocicleta que vinha em sentido contrário, causando, com a colisão, a morte do motoqueiro. Manobra

imprudente que prepondera sobre a alegada falta de faróis do veículo sinistrado. Recurso desprovido” (Ap. Crim. n. 28.729, de Blumenau, rel. Des. Solon d’Eça Neves, j. em 28/9/92).

Configurada, assim, a culpa do apelante, na modalidade de imprudência (poderia até se cogitar de imperícia), sua condenação como responsável pelos homicídios culposos era mesmo inevitável.

3. Afastada qualquer possibilidade absolutória, resta a postulação alternativa do apelante de aplicação da pena no mínimo legal, sendo certo que, na fixação da pena-base, o Juiz cumprindo ao preceito do art. 59, caput, do CP, que atende ao princípio garantista da individualização da sanção penal, deve analisar os elementos contidos naquele texto legal em conjunto, sabido que o simples fato de o agente ser primário ou não ter antecedentes não significa pena-base no mínimo legal.

Resulta, assim, que é possível a fixação da pena-base acima do mínimo legal mesmo ao agente primário e sem maus antecedentes, desde que hajam outras daquelas circunstâncias judiciais negativas, contidas e expressamente motivadas na sentença, como no caso em exame, na qual o Dr. Juiz sentenciante, com muita propriedade, analisou todas aquelas e concluiu que “agiu o réu com extrema inabilidade na condução do veículo, ao invadir a contramão de direção. Os antecedentes do réu não serão nesta fase analisados, em face da reincidência. Os motivos do crime foram a falta de cuidados, e as conseqüências foram graves, conforme sempre aconte-

ce neste tipo de crime. Não há nos autos provas de que as vítimas tenham contribuído para o crime" (fls. 189).

Assim, diante da motivação lançada pelo Dr. Juiz sentenciante, na análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, não sendo todas favoráveis, restou justificada a fixação da pena-base acima do mínimo legal (um ano e três meses), a qual foi aumentada em 6 (seis) meses, em razão da reincidência (certidão de fls. 29), quantificando, então, na segunda fase, em 1 (um) ano e 9 (nove) meses, tornada definitiva para cada um dos crimes de homicídio culposo.

No entanto, a pena imposta deverá ser reajustada, pois o aumento em razão da reincidência em 6 (seis) meses foi exacerbado, considerando-se o limite mínimo do crime do art. 121, § 3º, do CP (um ano), fixando-o, então, em 3 (três) meses.

Também exacerbado o aumento especial em decorrência do concurso formal que obedece ao critério objetivo, considerando-se o número de infrações; por isso, ocorrendo 2 (dois) homicídios culposos, mantida a pena de um deles em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de detenção, o aumento será de 1/6 (um sexto), totalizando, então, 1 (um) ano e 9 (nove) meses de detenção.

4. Ao apelante desde a sentença já não era viável a substituição prevista no parágrafo único do art. 44 vigente à época, porque a reincidência de forma genérica não permitia; agora, mesmo com as recentes alterações trazidas com a Lei n. 9.714/98, considerando o disposto no novo § 3º do art. 44 do Código Penal, sendo ele reincidente específico, também não

faz jus ao benefício (condenado anteriormente por crime culposo contra a vida, conforme se verifica na certidão de fls. 29, da comarca de São Marcos/RS, por sentença transitada em julgado em 13/4/94, por infração aos arts. 121, § 3º, e 129, § 6º (seis vezes), c/c art. 70, ambos do CP, ao cumprimento de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de detenção, em regime aberto e pagamento de 10 (dez) dias-multa, além da pena restritiva de suspensão da habilitação para dirigir veículo pelo tempo da pena privativa de liberdade); sendo tal circunstância indicadora legal da insuficiência da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

5. O apelante faz jus, no entanto, à suspensão condicional da execução da pena privativa de liberdade, por preencher os requisitos do art. 77 do Código Penal (a reincidência em crime culposo não é causa impeditiva, consoante o inc. I), pelo prazo de 2 (dois) anos (vencido neste aspecto o relator que o fixava em 3 (três) anos em face do número de crimes), com a condição de, no primeiro ano, prestar serviços à comunidade, simultaneamente com as demais condições legais, não sendo o caso de sursis especial previsto no § 2º do art. 78, do mesmo diploma, porque não há prova da reparação do dano e as circunstâncias do art. 59 do CP, consoante se viu, não lhe são totalmente favoráveis.

6. Finalmente, o reclamo para o cumprimento da pena em regime aberto (em prisão domiciliar), seja porque é matéria que se deveria resolver somente na execução, seja porque, como já se decidiu "a execução da pena pode ser resgatada em qualquer unidade da Federação" (STJ, RHC n.

4.925/MG, rel. Min. Vicente Cernicchiaro, j. em 10/10/95, DJU de 1º/4/96, pág. 9.944), restou prejudicado diante da concessão do sursis.

7. Diante do exposto, conheceu-se do recurso e, afastada a preliminar de cerceamento de defesa, dá-se-lhe provimento parcial para adequar a pena privativa de liberdade para cumprimento de 1 (um) ano e 9 (nove) meses de detenção, em regime aberto, concedendo-lhe sursis pelo prazo de 2 (dois) anos, com as condições contidas no acórdão.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Alberto Costa, e lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 27 de abril de 1999.

José Roberge,

Presidente com voto;

Nilton Macedo Machado,

Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.006331-3, DE ITAJAÍ

Relator: Des. Nilton Macedo Machado

Crime culposo — Acidente de trânsito — Empréstimo de veículo a pessoa não habilitada — Morte do próprio condutor e passageiro — Culpa do proprietário inexistente — Fato que estava fora da previsibilidade — Ausência, aliás, de vinculação psicológica — Absolvição.

A previsibilidade objetiva do resultado é requisito essencial para reconhecimento da culpa do agente, mas somente é previsível o fato cuja possível ocorrência não escapa à perspicácia do homo medius.

Homicídio culposo — Excesso de velocidade — Ultrapassagem em local proibido — Previsibilidade — Prova testemunhal — Pequenas divergências — Irrelevância — Imprudência caracterizada.

É manifesta a imprudência do motorista que imprime ao veículo velocidade incompatível com o local e as circunstâncias, dada a previsibilidade das conseqüências que tal conduta pode ocasionar.

Pequenas discrepâncias sobre detalhes irrelevantes não desmerecem depoimentos, quando concordam nos pontos essenciais quanto às circunstâncias decisivas do fato; deve-se desconfiar, isto

sim, do testemunho demasiado perfeito.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.006331-3, da comarca de Itajaí (1ª Vara), em que são apelantes Alcemir Evaristo e Silvaney Ames, sendo apelados a Justiça Pública, por seu Promotor, e os assistentes de acusação:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer dos recursos para dar provimento ao de Silvaney Ames, absolvendo-o; e negar provimento ao de Alcemir Evaristo.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Itajaí (1ª Vara Criminal), o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Silvaney Ames, vulgo "Pessinha", e Alcemir Evaristo, dando-os como incurso nas sanções do art. 121, § 3º, c/c art. 70, e o segundo, também no art. 29 do Código Penal, por que:

"Consta que no dia 25 de fevereiro do corrente ano (1996), por volta das 19 horas, estando em meio a outros jovens, na Rua Geral de São Domingos, no município de Navegantes, o denunciado Silvaney Ames entregou a motocicleta Honda, CG 125 Titan, ano 1995, placa LWV 4032, que havia adquirido de Osmar Antônio Rengel, para as menores Patrícia Gisele Vanini e Letícia Neli Patrício, ambas com 16 anos de idade, darem uma volta.

"Estas, então, a primeira pilotando, e a segunda como caroneira, passaram a transitar com a motocicleta, o fazendo, por fim, pela BR 460,

trecho do Bairro Machados, naquele Município.

"Trafegavam no sentido centro/BR 101 e ao pretenderem ingressar à esquerda, no trevo existente com a rua secundária de acesso ao Bairro Machados, o fizeram diretamente, ou seja, sem antes aguardar o movimento do tráfego, oportunidade em que a motocicleta foi abalroada pelo veículo Fiat, Tempira, placa IBE 0890, conduzido pelo denunciado Alcemir Evaristo, que trafegava no mesmo sentido.

"Em virtude da colisão, Patrícia Gisele Vanini e Letícia Neli Patrício sofreram lesões corporais, em virtude das quais vieram a falecer minutos após.

"A pista no local palco do sinistro é sinalizada por faixa contínua, o que proíbe a ultrapassagem em ambos os sentidos de tráfego. Apesar disso, há indícios que Alcemir Evaristo iniciava uma ultrapassagem a outro veículo e desenvolvia velocidade excessiva, pondo em risco a segurança do trânsito.

"Por outro lado, as informações dão conta que Silvaney Ames que, de fato, adquirira a motocicleta de Osmar Antônio Rengel, a entregou para as menores vítimas, embora ciente que as mesmas não tinham a menor habilidade técnica para dirigir veículo automotor" (fls. 2/3).

Concluída a instrução criminal, restaram condenados Alcemir Evaristo e Silvaney Ames à pena de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de detenção, por infração ao disposto no art. 121, § 3º, c/c art. 70, e o segundo, também pelo

art. 29, todos do Código Penal, sendo-lhes concedido o benefício do sursis pelo prazo de 2 (dois) anos.

Inconformados, apelaram Alcemir Evaristo e Silvaney Ames, objetivando, o primeiro, absolvição por insuficiência de provas para a condenação, e o segundo, pretendendo também a absolvição, alegando ausência de responsabilidade pelo evento, por não ter espontaneamente entregado a motocicleta às vítimas.

Em contra-razões, o representante do Ministério Público pugnou pela absolvição dos apelantes, enquanto o assistente de acusação clamou pela manutenção da sentença irrogada.

Após, ascenderam os autos a esta Instância, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Valdir Vieira, opinou no sentido de ser dado provimento aos recursos para absolver os apelantes.

É o relatório.

1. Os recursos são conhecidos, porque próprios e tempestivos, devendo ser provido somente o interposto por Silvaney Ames para absolvê-lo, mantendo-se a condenação de Alcemir Evaristo, nos termos da sentença prolatada em Primeira Instância.

2. No município de Navegantes, na data de 25/2/1996, por volta das 19 horas, Silvaney Ames, alcunhado "Pessinha", entregou seu veículo motocicleta Honda, CG 125 Titan, às menores Patrícia Gisele Vanini e Letícia Neli Patrício, ambas com 16 anos de idade, para que elas dessem uma volta.

Interrogado, Silvaney Ames negou ter emprestado sua moto (fls. 73,

verso), mas suas declarações são contrárias às demais provas dos autos, posto que a testemunha Maureci Mastreni afirmou "Pessinha ficou meio constrangido e com medo de perder a amizade com as meninas, emprestou a moto para Patrícia" (fls. 40), e, em Juízo, "Pessinha não queria emprestar (...); que ela insistiu tanto, que ele acabou emprestando; que fixou um percurso em que podia manter Patrícia e a caroneira sob a sua visão; que Patrícia não obedeceu o limite imposto" (fls. 96).

Por sua vez, Ricardo Alexandre Gasner disse que enquanto estava perto do local, as menores insistiam para que o apelante emprestasse a motocicleta, não tendo, contudo, visto se o empréstimo ocorreu ou não; mas posteriormente "soube por comentários que Pessinha havia emprestado a moto para as garotas" (fls. 39).

Resta claro, portanto, que a motocicleta efetivamente foi emprestada pelo apelante às vítimas que, de posse do veículo, saíram do local dirigindo-se à BR 460. Ao chegar no trevo existente com a rua secundária de acesso ao Bairro Machados, a moto foi abalroada pelo automóvel Fiat/Tempra, placa IBE 0890, conduzido pelo denunciado Alcemir Evaristo, resultando nas mortes de Patrícia Gisele Vanini e Letícia Neli Patrício.

3. No concernente a Alcemir Evaristo, seu recurso não é provido, porquanto os elementos de convicção trazidos ao processo indicam que sua conduta foi completamente diferente da realizada pelo co-réu Silvaney Ames (que será analisada adiante), posto que agiu de forma imprudente, desrespeitando as normas de conduta

em trânsito impostas a todos os motoristas, realizando ultrapassagem em local proibido e imprimindo alta velocidade em seu veículo.

Ainda na fase policial, Alcemir Evaristo afirmou que trafegava “numa velocidade de 60 (sessenta) quilômetros por hora; na sua mão de direção; que após ter passado o trevo da empresa Triunfo, repentinamente saiu de uma rua secundária, do lado direito para o esquerdo, uma motocicleta, que lhe cortou a frente” (fls. 24), mantendo esta versão em Juízo (fls. 120, verso).

Todavia, sua versão representa mera tentativa de afastar a reprimenda penal iminente, já que sem eco nos demais testemunhos colhidos durante o inquérito policial e a instrução judicial.

Senão, vejamos:

O policial rodoviário Edson Carmargo declarou que ao efetuar as diligências, logo após o acidente, “não conseguiu qualquer informação concreta; que no momento começou um enorme temporal, tendo a chuva eliminado possíveis vestígios na pista que pudessem melhor desvendar o motivo do acidente” (fls. 26) e que “no local, por ser cruzamento, é proibido ultrapassagem; que no local normalmente existe faixa amarela dupla; (...) que a população comentou que era excessiva a velocidade do Tempra” (fls. 98).

A testemunha presencial Ademir Vieira afirmou que transitava no local e “de repente viu um veículo motocicleta com duas garotas, que trafegava na BR 470, no sentido centro de Navegantes à BR 101, que a mesma trafegava normalmente na pista e quando manobrou à esquerda para adentrar em uma via secundária, foi

colidida na parte traseira, no lado esquerdo da rodovia, por um veículo de marca Fiat/Tempra, que vinha no mesmo sentido e que no momento estava ultrapassando um outro veículo” (fls. 38), afirmando, ainda, “que havia uma fila de carros vagarosos e as moças deram sinal na moto, anunciando que pretendiam entrar à esquerda, na Rua Geral de Machados; que as moças convergiram para a esquerda (...); que o motorista do Tempra vinha podendo a fila de carros (...); que era acima de 140 quilômetros horários a velocidade imprimida no Tempra” (fls. 98), confirmando em Juízo essas assertivas na sua integralidade (fls. 137, verso).

No mesmo vértice, a testemunha Antônio Valdecir Cardoso indicou que, “uma das vítimas, o depoente e seu amigo encontraram fora do barranco, ao lado do Tempra, na vegetação esquerda do sentido em que seguiu” e “o Tempra trafegava a mais de cem por hora” (fls. 105, verso).

O laudo pericial efetuado na motocicleta indicou que a velocidade não poderia ser inferior a 80 km/h, e que a colisão deu-se transversalmente — da esquerda para a direita e de trás para a frente do veículo (fls. 43). No entanto, embora as informações periciais com as fotografias demonstrem as marcas de frenagem supostamente produzidas pelos veículos envolvidos no acidente, nesse aspecto não são aceitáveis, porquanto o exame foi realizado 4 (quatro) meses após o acidente, lapso temporal cuja magnitude impede o reconhecimento daquelas marcas como as produzidas pelo acidente.

Não há dúvida de que a testemunha José Forlin asseverou, em versão diferente das demais, que “as vítimas manobram a moto para o lado direito, quase pegando o acostamento; que o réu condutor do automóvel encetou a ultrapassagem pela esquerda e veio a se perder ao volante, indo para à direita e batendo nas duas jovens” (fls. 104) e em Juízo complementou dizendo que “a moto ficou agarrada no automóvel e foi arrastada para a esquerda; que uma das vítimas foi sendo levada com o corpo em cima do carro; que foi por isso que ambas caíram no lado esquerdo” (fls. 130, verso).

Embora divergente em alguns aspectos, essa versão não elide a responsabilidade do apelante pela conduta realizada, não alterando a certeza necessária para sua condenação, pois nela também estão presentes as circunstâncias caracterizadoras da imprudência do agente: excessiva velocidade e ultrapassagem em local proibido, pouco importando se era uma “fila” ou apenas um veículo.

Desse modo, as discrepâncias existentes nos depoimentos (existência, ou não, de fila de carros e exato local da colisão) não têm o condão de desfazer a certeza necessária para a condenação do apelante, mesmo porque “pequenas discrepâncias sobre detalhes irrelevantes não desmerecem depoimentos, quando concordam nos pontos essenciais quanto às circunstâncias decisivas do fato; deve-se desconfiar, isto sim, do testemunho demasiado perfeito” (Ap. Crim. n. 33.499, de Seara, deste Relator, j. em 12/9/95).

Ressalte-se, por oportuno, que o valor inestimável da prova testemunhal para elucidação dos fatos vem sendo apontado pela doutrina desde o clássico estudo de Cesare Beccaria, donde extrai-se que “todo homem razoável, isto é, que tenha idéias conexas e cujas sensações sejam conformes às dos outros homens, pode ser arrolado como testemunha. A verdadeira medida de sua credibilidade é tão-somente o interesse que tenha em dizer ou não a verdade” (Dos Delitos e das Penas, trad. J. Cretella e Agnes Cretella, SP, RT, 1996, pág. 53).

O entendimento moderno não discrepa, colhendo-se dos ensinamentos dos doutrinadores pátrios que “a prova testemunhal, principalmente no Processo Penal, é de valor extraordinário, pois, dificilmente, e só em hipóteses excepcionais, provam-se as infrações com outros elementos de prova. Comumente, as infrações penais só podem ser provadas, em Juízo, por pessoas que assistiram ao fato ou dele tiveram conhecimento. Assim, a prova testemunhal é uma necessidade, e nela reside seu fundamento” (Tourinho Filho, Processo Penal, 18ª ed., revisada e atualizada, SP, Saraiva, 1997, vol. 3, pág. 297).

Assim, ao imprimir velocidade excessiva no seu veículo e realizar ultrapassagem em local proibido, Alcemir Evaristo desrespeitou as mais elementares regras de trânsito, mormente quando praticou tais condutas próximo a cruzamento, local previsivelmente de alto movimento (dele conhecido), e em pleno anoitecer, circunstância que certamente diminui a visibilidade do motorista.

Ademais, é firme o entendimento jurisprudencial deste egrégio Tribunal de que "O motorista que imprime velocidade abusiva ao seu veículo multiplica consideravelmente os riscos naturais que esta máquina representa, mesmo quando acredita ter o seu domínio, o que, na realidade, é uma sensação enganosa. Assim, o excesso de velocidade ao invés de abreviar o tempo, acaba abreviando vidas..." (Jurisprudência Catarinense 70/381).

E, ainda:

"Homicídios culposos — Acidente de trânsito — Ultrapassagem sem cautelas — Culpa caracterizada — Condenação mantida. Age com imprudência o motorista que, procurando ultrapassar veículos, empreende a manobra sem maiores cautelas, vindo a abalroar outro que trafega em sentido contrário e na sua regular mão de direção, causando mortes do motorista e passageiros deste" (Ap. Crim. n. 31.077, de Imbituba, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. 18 março de 1994).

Por esses motivos, a condenação de Alcemir Evaristo deve ser mantida nos termos da combatida sentença.

4. No tocante à participação de Silvaney Ames, o exame dos autos demonstra que, embora tenha indiretamente determinado o resultado lesivo, sua conduta — emprestar o veículo a menores não habilitadas — na época não denotava culpa penal em sentido amplo, pois inexistia responsabilidade objetiva neste ramo do direito, sendo necessária a presença de dolo ou culpa *stricto sensu* para a aplicação da reprimenda (na época have-

ria responsabilização pela contravenção penal do art. 32, a partir de 22/1/98, o crime seria aquele previsto no art. 310, do novo Código de Trânsito Brasileiro).

A propósito, a Exposição de Motivos no Código de 40 diz o seguinte:

"No tocante à culpabilidade (ou elemento subjetivo do crime), o projeto não conhece outras formas além do dolo e da culpa *stricto sensu*. Sem o pressuposto do dolo e da culpa *stricto sensu*, nenhuma pena será irrogada. *Nulla poena sine culpa*. Em nenhum caso haverá presunção de culpa. Assim, na definição da culpa *stricto sensu*, é inteiramente abolido o dogmatismo da inobservância de alguma disposição regulamentar, pois nem sempre é culposo o evento subsequente".

Ainda que o Código Penal, adotando a Teoria da Equivalência das Causas, determine que é causa tudo que concorre para a ocorrência do resultado, tem-se, certamente, que esse critério, se mal aplicado, provoca o regresso ao infinito, inculcando agentes que não possuem relação volitiva com a prática do crime; como no clássico exemplo do operário da fábrica de armas, cujo labor produziu o revólver utilizado para tirar vida de outrem.

Por este motivo, a conduta culposa decorrente de negligência, imprudência ou imperícia, por si só, não implica em condenação, mas depende, ainda, da análise de outro critério: a existência de ação, ou omissão, psicologicamente ligada ao resultado lesivo, constituindo verdadeira infração a dever de cuidado imposto a todos na sociedade.

Wladimir Valler, em notável escólio, citando José Frederico Marques e Nelson Hungria, aponta que o “resultado se liga à conduta, nos crimes culposos, pela previsibilidade. Entre a ação ou omissão e o evento lesivo não existe apenas a causalidade material mas ocorre também uma conexão psíquica. A previsibilidade é a nota distintiva da culpa. É o seu ponto nuclear”, e, mais adiante, indica que existe previsibilidade “quando o agente, nas circunstâncias em que se encontrou, podia, segundo a experiência geral, ter-se representado, como possíveis, as conseqüências do seu ato. Previsível é o fato cuja possível superveniência não escapa à perspicácia comum. Por outras palavras: é previsível o fato, sob o prisma penal, quando a previsão do seu advento, no caso concreto, podia ser exigida do homem normal, do homo medius, do tipo comum de sensibilidade ético-social” (Responsabilidade Civil e Criminal nos Acidentes Automobilísticos, 2ª ed., SP, Julex, 1993, vol. 2, pág. 470).

Cumprido ressaltar que basta ser previsível o resultado para haver a configuração da culpa do agente sendo desnecessária, destarte, a efetiva previsão, pois, nesta hipótese, a conduta é dolosa, e não culposa.

Contudo, faz-se necessária a minuciosa e cuidadosa análise judicial da conduta do agente, pois, em certos casos, o zelo extraordinário, fora dos padrões normais, pode levar o julgador a crer serem previsíveis condutas que a rigor não o são, implicando na indireta adoção da responsabilidade objetiva no âmbito do direito penal.

Sobre o tema, prelecionam os estudiosos:

“A doutrina identifica na culpa um conceito que pode conduzir a formas de responsabilidade objetiva oculta. Com efeito, a dogmática corre riscos, em especial com as teses que terminam por conduzir a práxis penal a uma culpa *in re ipsa*, fundada sobre a simples inobservância da regra de condutas, identificando a verificação da culpa com a verificação da causalidade. Uma praxe penal assim orientada traz sérios riscos para as liberdades individuais, além de comprometer o princípio da culpabilidade” (Ariosvaldo de Campos Pires e Sheila Jorge Selim de Sales, Crimes de Trânsito na Lei n. 9.503/97, BH, Del Rey, 1998, pág. 81).

No caso em tela, exigir que Silvaney Ames previsse o resultado (acidente automobilístico) decorrente da sua conduta (emprestar motocicleta a pessoa de 16 anos de idade) significa extrapolar a razoabilidade necessária à aplicação do Direito, buscando-se no apelante o zelo extraordinário e a perspicácia sobre-humana, os quais, por certo, não constituem suas qualidades.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou, assim julgando:

“Penal. Teoria finalista da ação. Lesões corporais. Co-autoria em crime culposo. Admissibilidade. Pai que não exerce vigilância cerrada sobre filho menor que atropela transeunte. Atipicidade da conduta. Acontecimento. Ilícito que estava fora da esfera da previsibilidade do recorrente. Recurso especial conhecido e improvido pela alínea c” (REsp. n. 40.180/MG, rel. Min. Adhemar Maciel — RSTJ 84/345).

Em caso mui semelhante aos autos, o entendimento desta Corte não discrepa:

“Acidente de trânsito — Homicídio culposo — Concurso de pessoas — Culpa exclusiva da vítima — Inexistência de culpabilidade restrita dos réus. Em acidente de trânsito, não se pode imputar qualquer modalidade de culpa àquele que empresta ou autoriza menor a dirigir motocicleta, se este foi o único culpado pelo sinistro, sendo, também, a única vítima” (Ap. Crim. 20.974, de Timbó, rel. Des. Aloysio de Almeida Gonçalves, j. em 1º/4/86).

Cumpra trazer à baila, ainda, que não fosse a conduta culposa do outro apelante — Alcemir Evaristo — o resultado lesivo não teria ocorrido, circunstância que claramente denota a imprevisibilidade do fatídico acidente, pois não houvesse essa outra ação, as vítimas nada sofreriam.

Não fosse isso e caso se cogitasse da aplicação das regras do concurso de agentes (apontada na denúncia) para alcançar o apelante, ainda assim, no caso em exame, não sendo possível tal responsabilização a título de participação diante da in-

xistência de vinculação psicológica entre os agentes, vale dizer, do elemento subjetivo imprescindível pelo qual cada concorrente tem consciência de contribuir para a realização de obra comum (vide Processo Crime 88.085705-1 (332), de Balneário Camboriú, deste Relator, citado pelo ilustre Dr. Jorge O. da Luz Fontes, nas contra-razões recursais).

Por isso, a absolvição de Silvaney Ames é medida de justiça que se impõe.

5. Diante do exposto, conhecem-se dos recursos para dar provimento ao de Silvaney Ames, absolvendo-o; e negar provimento ao de Alcemir Evaristo.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Alberto Costa, e lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Valdir Vieira.

Florianópolis, 1º de junho de 1999.

José Roberge,
Presidente com voto;
Nilton Macedo Machado,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.006963-0, DE LAGES

Relator: Des. Nilton Macedo Machado

Crime contra a fé pública — Falsidade de documento particular — Potencialidade lesiva — Desnecessidade de prejuízo efetivo — Crime que se aperfeiçoa no momento da inserção de informação falsa em documento particular — Condenação mantida — Co-autoria — Inocorrência — Mera ciência ou concordância em crime formal já consumado — Recurso provido.

Nos crimes de falso não importa a intenção de prejudicar ou o prejuízo efetivo, eis que o bem jurídico lesado é a fé pública.

Não caracteriza fato típico punível a conduta de quem adere à vontade criminosa de outrem, em crime formal, após sua consumação.

Pena criminal — Lei n. 9.714/98 — Lex mitior — Aplicação imediata — Impossibilidade, no caso, diante da sanção benéfica imposta aos agentes.

A lei penal pode ser considerada mais favorável quando, dentre outras disposições, tratar de “diversa determinação da espécie e duração da pena e dos efeitos penais”, devendo ser aplicada imediata e retroativamente.

A Lei n. 9.714/98, ao ampliar a possibilidade de substituição de pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, prevê, em caso de aplicação de pena superior a 1 (um) ano e inferior a 4 (quatro) anos, por crime doloso, desde que preenchidos os demais requisitos objetivos e subjetivos (art. 44, I, II e III, do CP), que poderá ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas penas restritivas de direitos, afastando qualquer possibilidade de substituição por apenas uma das sanções restritivas (art. 44, § 2º, CP).

Aplicada pena privativa de liberdade em 1 (um) ano de reclusão em data anterior à vigência da lei nova, com sursis pelo período de 2 (dois) anos, com as condições mais benéficas do § 2º do art. 78 do CP (sem recurso do Ministério Público), resulta impossível sua substituição por restritivas de direitos em face da lei nova, porquanto seria desfavorável ao agente e a lei somente pode retroagir para beneficiar.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.006963-0, da comarca de Lages (1ª Vara), em que são apelantes Íris de Fátima Neto de Carvalho Mello e Reinaldo Mello Filho, e apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento parcial para absolver Reinaldo Mello Filho, mantida a condenação de Íris de Fátima Neto de Carvalho Mello.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Lages (1ª Vara Criminal), o representante do Ministé-

rio Público ofereceu denúncia contra Íris de Fátima Neto de Carvalho Mello, Reinaldo Mello Filho e Célia Maria da Silva Castro, dando-os, os dois primeiros, como incurso nas sanções do art. 171, caput, c/c art. 71, e art. 298 c/c art. 69, e a terceira, no art. 300, todos do Código Penal, porque:

“Consta do caderno indiciário que Iraci Neto de Carvalho é mãe de Íris de Fátima Neto de Carvalho Mello e de Iraci Terezinha de Carvalho Cardoso, sendo sogra de Reinaldo Mello Filho, o qual é casado com Íris. Consta ainda que, quando solteira, Iraci (filha) possuía o nome de Iraci Terezinha Neto de Carvalho.

“Como estavam em dificuldades financeiras, Íris e Reinaldo solicitaram para Iraci (filha) permissão para que constituíssem uma firma individual utilizando o nome de solteira pertencente a esta, no que houve consentimento.

“Foi então que surgiu a empresa Iraci Terezinha Neto Carvalho—ME, sob CGC n. 83.061.812/0001-74 (fls. 56), com o nome de fantasia ‘Carpeteck’.

“Tal empresa realizou negócios com a Indústria Tapetes Atlântida S/A — ITA nos dias 17/9/1993 (CR\$ 82.142,78 — fls. 23), 21/9/1993 (CR\$ 111.365,00 — fls. 22), 11/10/1993 (CR\$ 246.325,86 — fls. 21) e novamente em 11/10/93 (CR\$ 115.087,50 — fls. 20), deixando de quitar as duplicatas presentes às fls. 17/19, as quais serviram de fundamento para a propositura da Ação de Falência n. 4/94, que tramitou na 4ª Vara Cível desta Comarca.

“Ocorre que utilizando de má-fé, com o intuito de auferirem vantagem

ilícita em prejuízo alheio, tais negociações efetuadas por Íris e Reinaldo foram realizadas em nome de Iraci Neto de Carvalho—ME, embora o CGC utilizado fosse o correto e pertencente à empresa ‘Carpeteck’, sendo as duplicatas emitidas naquele nome, como que se a mãe da denunciada Íris fosse a responsável pelo débito contraído por sua filha e seu genro.

“Note-se que apenas houve a supressão do nome ‘Terezinha’, o que fez a responsabilidade passar da firma individual Iraci Terezinha Neto de Carvalho—ME, a qual era por eles controlada, para a firma individual Iraci Neto de Carvalho—ME, a qual também existia (vide fls. 30 — contestação da ação de falência).

“Sendo conhecedora da fraude realizada e também sabendo que a dívida não lhe pertencia, Iraci Neto de Carvalho negou-se a assinar a devida e necessária procuração para que a Ação de Falência fosse contestada sob o argumento de ilegitimidade passiva ad causam, tese esta que vem demonstrar a evidente má-fé dos denunciados Íris e Reinaldo.

“Desta feita, inexistindo outra alternativa, Íris de Fátima Neto de Carvalho Mello falsificou a procuração de fls. 73, que é documento particular, assinando como se fosse sua mãe Iraci Neto de Carvalho (vide laudo pericial de fls. 106).

“Sendo beneficiário e mentor de toda fraude praticada, Reinaldo Mello Filho concorreu, de qualquer modo, para a falsificação deste documento.

“Embora fossem evidentes e visíveis as divergências existentes en-

tre a assinatura da procuração falsificada e a constante no cartão de assinatura pertencente a Iraci Neto de Carvalho (fls. 104), a tabeliã Célia Maria da Silva Castro reconheceu, por semelhança (RT 286/90, RF 193/327 e RJTJSP 28/305), a veracidade e a autenticidade da firma aposta no documento falsificado" (fls. 2/5).

O processo foi suspenso com relação à acusada Célia Maria da Silva Castro, nos termos do art. 89 da Lei n. 9.099/95.

Concluída a instrução criminal, os demais réus restaram condenados às penas de cumprimento de 1 (um) ano de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, por infração ao disposto no art. 298 do Código Penal, sendo-lhes concedido o benefício do sursis pelo prazo de 2 (dois) anos.

Inconformados, Reinaldo e Íris apelaram, objetivando absolvição, alegando, o primeiro, não ter participado na prática do delito, e a segunda, que não houve intenção em prejudicar terceiros e que "...não se importou com imitação da verdade".

Com as contra-razões, os autos ascenderam a esta Instância, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Anselmo Agostinho da Silva, opinou no sentido de ser negado provimento ao recurso.

É o relatório.

1. Em meados do ano de 1990, a vítima Iraci Terezinha de Carvalho Cardoso, procurada por Íris de Fátima Neto Carvalho (irmã) e Reinaldo de Mello Filho (cunhado), concordou em ceder seu nome de solteira (Iraci Terezinha Neto de Carvalho) para abertura de uma loja de móveis.

Da referida firma, nome fantasia "Carpeteck", localizada na Rua Marechal Deodoro, na cidade de Lages/SC, constata-se que diversas duplicatas de venda mercantil foram preenchidas tendo como sacada Iraci Neto de Carvalho—ME (fls. 22/28), empresa estabelecida na Rua Rui Barbosa, n. 135, na mesma cidade e pertencente à mãe de Iraci e da apelante, Iraci Neto de Carvalho, contra quem foi interposta ação de falência.

Expedido mandado de citação (autos n. 4/94) tendo como requerido Iraci Neto de Carvalho—ME, estabelecida na Rua Rui Barbosa, n. 135, Iraci T. Neto Carvalho foi citada; a contestação foi apresentada por Iraci Neto de Carvalho, alegando ilegitimidade de parte, juntando-se procuração com firma reconhecida outorgada por Iraci Neto de Carvalho, cuja assinatura foi falsificada por Íris de Fátima Neto Carvalho, diante da recusa da mãe.

Assim, denunciados pela prática dos crimes de estelionato (CP, art. 171, caput) e falsidade de documento particular (CP, art. 298), ao final restaram condenados apenas por este, entendendo o Magistrado a quo que a aposição de assinatura falsa na procuração de fls. 78 caracterizava o crime em epígrafe.

Na verdade, houve a indicação da empresa da mãe nas duplicatas emitidas, encontrando-se descrito na denúncia que "utilizando de má-fé, com o intuito de auferirem vantagem ilícita em prejuízo alheio, tais negociações efetuadas por Íris e Reinaldo foram realizadas em nome de Iraci Neto de Carvalho—ME, embora o CGC utilizado fosse o correto e pertencente à empresa 'Carpeteck', sendo as dupli-

catas emitidas naquele nome, como que se a mãe da denunciada Íris fosse a responsável pelo débito contraído por sua filha e seu genro" (fls. 3).

Acontece que não há provas de que houvesse indicação incorreta intencional por parte dos apelantes, verificando-se que o CGC e o endereço constantes das referidas duplicatas era mesmo o da 'Carpeteck' e quem foi citada para contestar a ação de falência (apesar de constar como requerido Iraci de Carvalho—ME) foi Iraci T. Neto de Carvalho, em nome de quem efetivamente estava a empresa.

Nesse passo, mesmo "sem a intenção de prejudicar" ("Nos crimes de falso não importa o prejuízo da vítima, real ou potencial. O bem jurídico lesado é a fé pública. A vítima pode até estar de acordo, o que, entretanto, não exclui a criminalidade do ato" — RT 252/145), no mínimo, não há como se afastar a ocorrência do crime de falsidade de documento particular, eis que a falsificação da assinatura de Iraci Neto de Carvalho não passou de expediente arbiloso para extinguir a ação de falência por ilegitimidade de parte, revelando-se a idoneidade do falso pela capacidade que teve de levar a Sra. Tabelaia a erro, reconhecendo a firma da assinatura anteriormente falsificada de Iraci Neto de Carvalho.

Nesse sentido também é a jurisprudência deste egrégio Tribunal:

"Pouco importa a ocorrência, ou não, de prejuízo, prejuízo que, como é sabido, não precisa ser efetivo, nem patrimonial, bastando que seja potencial e moral" (JC 53/426).

2. Quanto ao apelante varão, o recurso, no entanto, merece ser provi-

do, pois não é fato típico punível a conduta de quem adere à vontade criminosa de outrem, em crime formal, após sua consumação.

Com, efeito, dispõe o art. 29 do Código Penal:

"Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade".

Julio Fabbrini Mirabete sobre a matéria ensina:

"O concurso de pessoas pode ser definido como a ciente e voluntária participação de duas ou mais pessoas na mesma infração penal. Há, na hipótese, convergência de vontades para um fim comum, que é a realização do tipo penal, sendo dispensável a existência de um acordo prévio entre as várias pessoas; basta que um dos delinqüentes esteja ciente de que participa da conduta de outra para que esteja diante do concurso" (Manual de Direito Penal, Parte Geral, 12ª ed., SP, Atlas, 1997, vol. 1, pág. 223).

Mas, este, evidentemente não é o caso de quem "só foi saber que a assinatura tinha sido falsificada depois que foi chamado à delegacia de polícia" (fls. 189v.); ou, mesmo que tivesse tomado conhecimento antes disso, teria sido após a consumação, eis que "como havia prazo, no caminho de volta a interroganda resolveu assinar como se fosse sua mãe, e foi ao Cartório para reconhecer a firma, arriscando se passasse passava, e o Cartório reconheceu a firma" (fls. 188v.).

Mutatis mutandis, já decidiu a jurisprudência:

"A mera ciência ou mesmo a concordância diferem essencialmente

da investigação (influência reforçadora e consolidadora de um projeto preexistente, ainda indeciso) e mais, ainda, da determinação (que cria inteiramente no espírito do executor a idéia criminosa)" (RT 425/284).

Assim, a absolvição de Reinaldo Mello Filho é o caminho que se impõe.

3. Por fim, ressalte-se ser incabível ao caso a aplicação das novas disposições da Parte Geral do Código Penal advindas com a Lei n. 9.714/98, que entrou em vigor após a prolação da sentença condenatória, em 12/8/98, ou seja, em data anterior à vigência da Lei n. 9.714, de 25/11/98, quando o limite para verificação da possibilidade de substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou multa (CP, art. 59, III) era fixado em tempo "inferior a 1 (um) ano ou se o crime for culposo" (CP, art. 44, I, redação anterior), restando ao Magistrado a obrigação de examinar e conceder se preenchidos os demais requisitos — a suspensão condicional da execução da pena diante do quantum aplicado (CP, art. 77, III — "não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código").

Nesta Corte, de há muito, proliferem-se julgamentos reconhecendo irregularidades nas sentenças que não seguem esta seqüência legal obrigatória, mas somente as chancela com nulidade quando se tratar de recurso defensivo reclamando contra a não substituição anterior e se comprova que o sursis é maléfico; de ordinário tem acontecido que a suspensão condicional da execução da pena, na modalidade "especial, vale dizer, sem as condições obrigatórias previstas no

§ 1º do art. 78 do CP, quando deferida diretamente sem exame da substituição quando cabível, é benéfica e pode ser mantida quando não há recurso do réu" (vide Apelações Criminais ns. 30.279, Ponte Serrada, 27.244, de Lages, 27.601, de Campo Erê, e 31.465, de Itajaí, dentre outras).

Mas agora, diante da generalidade benéfica das penas restritivas de direitos consolidada com a Lei n. 9.714/98, cumpre ao Magistrado sentenciante observar a seqüência legal imposta quando da aplicação da reprimenda, ou seja:

— Quando da aplicação da pena privativa de liberdade, obedecida a seqüência prevista no art. 59 do CP, ou seja, após quantificá-la observando as três fases exigidas pelo art. 68 do CP, o juiz deve fixar o regime inicial de seu cumprimento (inciso III, c/c art. 110 da LEP), para, depois, examinar obrigatoriamente, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, a substituição "por outra espécie de pena, se cabível" (inciso IV); o exame sobre a possibilidade de concessão do sursis somente ocorre após verificar não ser indicada ou não cabível a substituição anterior (CP, art. 77, inciso III).

Pois bem. Com a vigência da Lei n. 9.714/98, foi alargada a limitação temporal prevista no inciso I do art. 44 do Código Penal (que impedia, no caso, qualquer substituição, justificando logo o exame e concessão do sursis), possibilitando-se substituição de pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito, quando "aplicada pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos e o crime não foi cometido com violência ou gra-

ve ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo”.

Não há dúvida que a lei posterior que, de qualquer modo, beneficiar o réu (*lex mitior*) deve ser aplicada imediatamente, inclusive com efeito retroativo por ser direito e garantia individual consagrados na Constituição (A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu -- CF, art. 5º, XL) e no Código Penal, justificando-se a sua aplicação em qualquer circunstância ou estágio do processo, assim como aos fatos já decididos com sentença condenatória transitada em julgado (CP, art. 2º e parágrafo único).

A lei penal pode ser considerada mais favorável, como leciona o Prof. René Ariel Dotti, citando Maggiore (*Principii di diritto penale*. Bologna: Nicola Zanichelli Editore, 1961, vol. I, tomo 1º, pág. 152), quando, dentre outras disposições, tratar de “diversa determinação da espécie e duração da pena e dos efeitos penais” (A Retroatividade da *Lex Mitior* e o Critério da Combinação de Leis, apud *Justiça Penal*, vol. 10, pág. 344).

Acontece que, no caso em exame, quando se concedeu a suspensão condicional da execução da pena aos apelantes com as condições de apresentação mensal em Juízo, durante o primeiro ano, e bimestral pelo

restante do período de prova, não se ausentarem da Comarca sem prévia autorização e exercício de atividade laborativa lícita, revela-se prejudicial à apelante (para a qual foi mantida a condenação) a aplicação imediata da nova espécie de pena substitutiva proposta — uma restritiva de direitos e uma pecuniária ou duas restritivas de direitos.

Por essas razões, não sendo adequado porque prejudicial à apelante, não se aplica a lei penal posterior porque, embora de modo geral seja benéfica, no caso seria prejudicial ao agente diante do *sursis* concedido (mais benéfico).

4. Diante do exposto, conhece-se do recurso e dá-se-lhe provimento parcial para absolver Reinaldo Mello Filho, mantida a condenação de Íris de Fátima Neto de Carvalho.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo Sr. Des. Alberto Costa, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 1º de junho de 1999.

José Roberge,
Presidente com voto;
Nilton Macedo Machado,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.007730-6, DE PINHALZINHO

Relator: Des. Nilton Macedo Machado

Adolescente — Ato infracional — Estupro e atentado violento ao pudor — Concurso de agentes — Representação procedente — Aplicação da medida socioeducativa de internamento prevista no

art.112, VI, do ECA (Lei n. 8.069/90) — Substituição da medida — Viabilidade, diante das condições pessoais dos menores — Recurso provido.

A medida socioeducativa de internação somente é cabível quando o ato infracional for praticado nas condições previstas no art. 122, I, II e III, do ECA, e não houver razão que justifique imposição de outra medida adequada à situação pessoal do menor (§ 2º).

Ao adolescente infrator e visando efetivo cumprimento aos fins protetivos e pedagógicos do ECA (arts. 113 e 99), é possível aplicação cumulativa de medidas de proteção e socioeducativas, desde que compatíveis entre si e justificadas pelas circunstâncias individuais do menor e do ato infracional cometido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.007730-6, da comarca de Pinhalzinho (Vara Única), em que são apelantes G. W., V. S. da R. e V. dos S., sendo apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para substituir a medida socioeducativa de internação por prestação de serviços à comunidade para os apelantes G. W. e V. S. da R., e prestação de serviços à comunidade cumulada com liberdade assistida para V. dos S.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Pinhalzinho, o representante do Ministério Público formulou representação contra os adolescentes G. W. (15 anos), V. S. da R. (16 anos), V. dos S. (14 anos) e V. P. (17 anos), requerendo a instauração do procedimento para aplicação das medidas previstas no artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente em virtude da prática da condu-

ta tipificada nos arts. 213 e 214, c/c os arts. 29 e 69, todos do CP, considerados atos infracionais por força do art. 103 do ECA; tudo em função dos seguintes atos, assim descritos na exordial:

“No dia 1º de janeiro de 1997, ainda na madrugada do nascimento do novo ano, Dervil dos Santos, vulgo ‘Bida’, convidou a vítima R. O. para acompanhar-lhe até sua residência, o que não foi aceito. Em seguida, apareceram os representados, bem como outras pessoas já denunciadas pelo mesmo ato ilícito, utilizando-se de força física para conduzirem a vítima até as proximidades de um campo, na Linha Maria Terezinha, na cidade de Pinhalzinho.

“Para tanto, Dervil dos Santos ameaçava a vítima com uma faca e em comunhão de esforços estavam os representados, também ameaçando a vítima. Nesta oportunidade, o representado V. S. da R. desferiu dois tapas no rosto de R. O.

“Chegando ao local, João Cândido (maior já denunciado) colocou

uma camisa de modo a vendar os olhos da vítima, enquanto os demais pediram para que retirasse suas vestes. Como negado pela vítima, seu vestido foi cortado com uma faca e os representados, juntamente com os demais (Dervil, Arlei, Domingo, João Cândido, Antonio Flores e João Ferreira dos Santos), em comunhão de esforços, retiraram as roupas íntimas da vítima e passaram a manter relações sexuais com R., sempre utilizando-se de violência e grave ameaça.

“Assim é que enquanto alguns seguravam a vítima, a fim de que não conseguisse fugir e tampavam sua boca com uma camisa para que não fossem ouvidos seus gritos de socorro, os representados G. W., V. S. da R., V. dos S. e V. P. passaram a manter conjunções carnis com a vítima e cópula anal, conforme comprova o exame de conjunção carnal de fls. 5, bem como cooperando para que os demais assim também o fizessem, mantendo a vítima imóvel e impedindo sua reação (fls. 2/4)”.

O processo seguiu os trâmites normais à espécie, sendo, ao final, por sentença publicada em 11/12/98 (fls. 156v.), imposta a V. P. a medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade, pelo prazo de 6 (seis) meses. Aos demais representados foi determinada a medida socioeducativa de internamento, com manutenção a ser reavaliada a cada 6 (seis) meses.

Inconformados, G. W., V. S. da R. e V. dos S. apelaram objetivando a substituição da medida socioeducativa de internação por outra, sustentando, em síntese, serem menores integra-

dos à sociedade e ser desnecessária a medida aplicada.

Em contra-razões, o representante do Ministério Público pugnou pela substituição da medida socioeducativa por outra, aduzindo que, embora graves os atos por eles praticados, os menores trabalham e auxiliam suas famílias.

Mantida a sentença (art. 198, VII, do ECA), os autos subiram a esta Instância onde, pela Procuradoria-Geral de Justiça, foi exarado parecer pelo Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther opinando pelo conhecimento e não provimento do recurso.

É o relatório.

1. A autoria e a materialidade dos atos infracionais são incontroversos e comprovados pelo amplo acervo probatório trazido ao processo (os co-autores maiores foram condenados e as condenações foram mantidas por esta Câmara — Ap. Crim. n. 97.010331-0), sendo combatida, tão-somente, a espécie de medida socioeducativa aplicada, eis que os apelantes clamam, exclusivamente, pela substituição da internação por outra medida prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Inicialmente, faz-se necessário salientar que a escolha da medida socioeducativa a ser aplicada deve obedecer aos princípios norteadores do Estatuto da Criança e do Adolescente, em especial o da proteção integral, adotado explicitamente pelo art. 1º do ECA, pelo qual se objetiva “que cada brasileiro que nasce possa ter assegurado seu pleno desenvolvimento, desde as exigências físicas até o aprimoramento moral e religioso” (D. Luciano Mendes de Almeida, Estatuto da Cri-

ança e do Adolescente — Comentários Jurídicos e Sociais, São Paulo, Ed. Malheiros, 1992, pág.13).

Nesse vértice, referido diploma legal prescreve que a internação é medida socioeducativa excepcional, já que submete o menor à segregação, afastando-o do convívio de seus familiares e dos demais membros da sociedade.

Daí por que tal medida sujeita-se aos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar do infrator (art. 121, caput, do ECA), somente aplicável se ausente outra medida adequada ao caso concreto, sendo imprescindível a configuração de alguma das hipóteses apontados no seu art. 122, a saber, ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa, reiteração no cometimento de outras infrações graves, ou descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

A jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça não destoia:

“RHC — ECA — Internação — A internação da criança e do adolescente é medida extrema, recomendável somente quando desaconselhadas as menos rigorosas” (RHC n. 7447/SP, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ de 29/6/98, pág. 323).

Destaca-se, ainda, que o simples fato de a infração ser grave, como a cometida pelos apelantes, por si só não deve resultar, necessariamente, na medida de internação, posto que o § 2º do art. 122 do ECA determina que “em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada”, indicando, assim,

a possibilidade de sujeição do menor a outra medida, ainda que configuradas as hipóteses do art. 122, I, II ou III, todos do referido Estatuto.

Não é por outro motivo que, por sua idade e condição de arrimo de família, ao menor V. P., co-autor do ato infracional, foi imposta outra medida socioeducativa: a prestação de serviços à comunidade, pelo prazo de 6 (seis) meses.

Desse modo, faz-se necessário analisar as condições individuais de cada um dos apelantes e verificar a aplicabilidade, ou não, da medida de internação ante as hipóteses previstas no art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

2. No tocante ao menor G. W., o estudo social realizado salientou que, embora separados, seus pais “apresentam uma relação agressiva, regada por uma série de espancamentos, e que eram muito comuns quando o casal ainda não havia se separado. Este fato era freqüente e assistido pêlos (sic) filhos, que também eram espancados” (fls. 61), mas atualmente “a casa em que a família reside apresenta bom estado de conservação e boas condições de higiene” (fls. 62); indicadores de estável relação familiar.

Além disso, a assistente social asseverou que G. W. é trabalhador, sendo responsável majoritário pela renda familiar, mas “seus únicos amigos eram os que com ele se envolveram no fato ocorrido e que estão recolhidos ao presídio, e os que não estão detidos pouco com ele saem” (fls. 62).

Não se pode olvidar, ainda, que embora tenha participado da conduta ilícita, G. W. contava apenas 15 (quin-

ze) anos de idade na época dos fatos, tendo sido, em verdade, conduzido e influenciado pelos seus amigos, os já condenados Dervil dos Santos, Antônio Flores, José Ferreira dos Santos, João Cândido e Arlei Pereira, conforme acórdão transitado em julgado (fls. 124/143).

Não há dúvida que, na época dos fatos, o apelante residia em ambiente familiar desagregado e sofria influências do grupo de amigos com quem convivia, mas posteriormente (quase dois anos depois), no momento de aplicação da medida socioeducativa, exerce atividade laborativa e vive em ambiente estável, sendo o principal responsável pela renda familiar.

Diante desse contexto, tem-se que a medida de internação agora não é a mais apropriada para a reeducação do menor infrator, já que impede o prosseguimento de sua atividade obreira, auxiliadora no incremento da renda salarial da família, sendo mais apropriada, portanto, a prestação de serviços à comunidade.

É que tal atividade, inserindo-o na vida comunitária, proporciona o crescimento e desenvolvimento do menor, tratando-se de medida com "um sentido altamente educativo, particularmente orientado a obrigar o adolescente a tomar consciência dos valores que supõem a solidariedade social praticada em seus níveis mais expressivos. Assistir aos desvalidos, aos enfermos, aos educandos (atividades que devem ser prestadas em 'entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres') é tarefa que impõe a confrontação com o áter coletivo, de

modo que possa demonstrar-se uma confiança recíproca que, por sua vez, está presente em todos os códigos de ética comunitária, como herança dos decálogos religiosos" (Roberto Bergalli, Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado — Comentários Jurídicos e Sociais, São Paulo, Malheiros, 1992, pág. 360).

Assim a medida socioeducativa aplicada a G. W. é substituída pela prestação de serviços à comunidade, nos termos do art. 117 do ECA.

3. Igual sorte merece o apelante V. S. da R., posto que sua situação é similar a de G. W.

O estudo social realizado (fls. 53/55) demonstra que o adolescente trabalha como marceneiro, contribuindo, assim, para o incremento da renda familiar, estando consignado: "quando da visita em seu local de trabalho seu patrão nos informou que o mesmo já havia trabalhado com ele a uns dois anos a traz (sic) mas que o demitiu por praticar pequenos furtos na empresa, e devido sua insistência e promessa, comprometida de que iria se comportar, foi readmitido, mas que seu maior medo é de vir a ser preso, fato este segundo seu patrão que faz com que ele ainda não tenha 'aprontado nada'" (fls. 55).

Inquirido, Rogério Rolim de Moura, patrão de V., asseverou que "já há mais de um ano, V. trabalha no local, apresentando bom comportamento e bom desempenho em suas funções, que mesmo fora do local de trabalho, nada sabe que possa desabonar a conduta do adolescente neste período" (fls. 119).

Além disso, Vilma Ferreira Saggaz afirmou, em Juízo, que o apelante

é "bom rapaz e causou surpresa o seu envolvimento nos fatos; que V. foi vizinho da depoente por longo tempo e sempre apresentou excelente comportamento" (fls. 118).

Diante do cenário que se descortina dos autos, a medida socioeducativa de internação também não se apresenta como a mais adequada; ao contrário, tem-se, por certo, que, também a este menor infrator, a melhor forma de integrá-lo à sociedade é a imposição de prestação de serviços à comunidade, prevista no art. 117 do Estatuto da Criança e do Adolescente, razão pela qual seu apelo merece ser provido.

4. Embora não mereça ser internado, ao apelante V. dos S. deverá ser imposta medida que permita efetivo acompanhamento do seu desenvolvimento pedagógico, mediante cumulação de prestação de serviços com a liberdade assistida.

Inicialmente, saliente-se que os arts. 99 e 113, ambos do ECA, permitem a aplicação cumulativa de medidas socioeducativas para que os fins protetivos e pedagógicos visados neste diploma legal possam ser plenamente atingidos. Desse modo, observadas as circunstâncias individuais do menor e do ato infracional cometido, é possível a aplicação simultânea de duas ou mais medidas socioeducativas, desde que exista compatibilidade entre elas.

Com efeito, a jurisprudência desta Corte navega no mesmo rumo: "Verificada da análise do disposto no art. 112, § 1º, do Estatuto, não ser a medida socioeducativa extrema (internação) a mais apropriada à hipótese, impõe-se a aplicação de medidas que

sejam adequadas ao espírito educador da lei menorista. Aplicação cumulada, conforme faculta o art. 113 c/c 99 da lei, das medidas socioeducativas da prestação de serviços à comunidade (art. 122, III, ECA) e liberdade assistida (art. 112, IV, ECA), por guardarem proporção entre a conduta do menor e a infração cometida. Conferire-se ao magistrado a atribuição de determinar o serviço a ser prestado à comunidade, bem como o previsto no § 1º do art. 118 da Lei n. 8.069/90 (ECA)" (Ap. Crim. n. 97.009757-3, de Lages, rel. Des. Genésio Nollí, j. em 30 de setembro de 1997).

No caso em tela, o parecer suscrito pela assistente social (fls. 49/51) indicou que o menor não exerce qualquer trabalho remunerado e que mentiu durante o procedimento de realização do estudo, tendo declarado, também, não possuir intenção de voltar aos estudos.

Anota-se, contudo, que o simples fato de mentir para a assistente social não implica em juízo valorativo totalmente negativo, eis que, embora não denote intenção de auxiliar a apuração dos fatos, é conduta previsível de quem busca afastar de si iminente reprimenda, ainda que não se trate de sanção penal propriamente dita.

No entanto, não obstante o menor não seja trabalhador e tenha faltado com a verdade durante a entrevista com a assistente social, os autos demonstram que ele confessou os fatos ainda na fase administrativa, narrando detalhadamente os fatos imputados e minuciosamente descrevendo as condutas perpetradas por cada um dos co-autores (fls. 30), em atitude que

denota intenção de revelar a verdade dos fatos.

Não obstante consignado que, posteriormente, perante o Juízo especializado “o interrogando demonstrou-se bastante reticente em seu relato, e evitou fornecer maiores detalhes quanto à participação individual dos envolvidos” (fls. 41), verifica-se que tal atitude não teve o único intuito de obstar a apuração das responsabilidades dos envolvidos no ato ilícito, porquanto a mãe de V. dos S. afirmou que “acredita que o filho tenha medo de relatar o que ocorreu, pois ‘Tonhão’, que participou dos fatos, disse na casa da depoente que ajustaria as contas com quem o incriminasse nos fatos” (fls. 41).

Em decorrência desse cenário fático, tem-se que a aplicação simultânea das medidas socioeducativas da prestação de serviços à comunidade (art. 112, III, do ECA) e liberdade assistida (art. 112, IV, do ECA) são as

mais apropriadas, porquanto além de permitirem a integração do apelante à comunidade, também implicam no seu acompanhamento, orientação e controle pedagógico (art. 118 do ECA).

5. Pelo exposto, conhece-se dos recursos e dá-se-lhes provimento para substituir a medida socioeducativa de internação por prestação de serviços à comunidade para os apelantes G. W. e V. S. da R., e prestação de serviços à comunidade cumulada com liberdade assistida para V. dos S.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jorge Mussi, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 15 de junho de 1999.

José Roberge,

Presidente com voto;

Nilton Macedo Machado,

Relator.

RECURSO DE AGRAVO

RECURSO DE AGRAVO N. 98.008071-1, DE LEBON RÉGIS

Relator: Des. Álvaro Wandelli

Execução penal. Recurso de agravo. Despacho que modificou ex officio a parte dispositiva da sentença, assegurando ao agravado a progressão de regime, em face da edição da Lei n. 9.455/97, amparado pelo parágrafo único do art. 2º do Código Penal. Progressão de regime. Crime hediondo. Inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos. Recurso provido para anular o despacho que incluiu a expressão “iniciará” na sentença.

“A execução penal está sujeita a mudanças e alterações no tocante à efetivação do título penal executório, que dão à condenação criminal, como elemento caracterizador da sanção penal, verdadeiro caráter de pronunciamento rebus sic stantibus. Fatos extintivos podem ocorrer que tirem inteira eficácia ao referido título, além do que outros fatos, de caráter modificativo, podem alterar a forma e extensão dos atos executórios.

“Para que tais fenômenos ocorram, imprescindível torna-se o pronunciamento jurisdicional, pois são indeclináveis, também nesse assunto, a presença do juiz e um ato decisório seu para pôr fim ou alterar o curso da instância.

“Não se altera, então, o que foi decidido, mas apenas os efeitos do julgado. A parte da sentença que incide sobre o preceito primário da norma penal incriminadora permanece íntegra, pois as alterações na sanção penal executável ‘nada alteram o efeito de coisa julgada, que produz o processo em que recaiu a sentença condenatória’. Além disso, nessas modificações não podem ser feitas mudanças ampliativas da sanção penal em detrimento da liberdade do réu.

“A coisa julgada penal, por outro lado, não pode impedir a realização do princípio da individualização da pena, regra programática da Constituição. A coisa julgada mantém-se intacta no tocante à decisão sobre a prática da infração penal. O que ficou declarado no judicium permanece inquestionável e intangível. O título executório é que sofre alterações, adaptando-se a fatos jurídicos e à vontade da lei. Situações supervenientes, às quais o juiz da execução deve atender, submetem o título executório a essas mudanças; mas a parte declaratória da sentença de condenação não se altera nem sofre modificações” (in Elementos de Direito Processual Penal, vol. III, Ed. Bookseller, 1997, pág. 85).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Agravo n. 98.008071-1, da comarca de Lebon Régis, em que é recorrente a Justiça Pública, por seu Promotor, e recorrido Nelci de Souza Tibes:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, conhecer e dar provimento ao recurso para anular o despacho que incluiu a expressão “iniciará” na sentença condenatória transitada em julgado.

Custas na forma da lei.

Trata-se de recurso de agravo interposto pelo representante do Ministério Público, inconformado com o despacho que modificara ex officio a parte dispositiva da sentença contra si irrogada, assegurando ao agravado o início do cumprimento da pena em regime fechado, amparado pelo parágrafo único do art. 2º do Código Penal.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Valdir Vieira, opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Já externei por diversas vezes meu posicionamento acerca da flagrante inconstitucionalidade do dispositivo da Lei n. 8.072/90, que veda a progressão de regime nos chamados Crimes Hediondos (§ 1º do art. 2º), por ferir o princípio da individualização da pena, inserto no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição da República, ainda mais após a edição da Lei n. 9.455/97, que dispõe sobre o crime de tortura, diante da isonomia entre os crimes reconhecida pela Carta Magna.

A Lei n. 8.072/90, em seu artigo 2º, § 1º, determina o cumprimento integral da pena privativa de liberdade em regime fechado, nos crimes hediondos, na prática de tortura, no tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e no terrorismo. Discutível, contudo, a constitucionalidade desse dispositivo, em face do princípio da individualização da pena, previsto entre os Direitos e Garantias Fundamentais (art. 5º, XLVI, da CF).

É inegável que a grande maioria da jurisprudência, inclusive do nosso Tribunal, entende ser incabível a progressão de regime, em se tratando

de crime hediondo, sendo que o Supremo Tribunal Federal já decidiu pela constitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/90, com a seguinte ementa:

“À lei ordinária compete fixar os parâmetros dentro dos quais o julgador poderá efetivar ou a concreção ou a individualização da pena. Se o legislador ordinário dispôs, no uso da prerrogativa que lhe foi deferida pela norma constitucional, que nos crimes hediondos o cumprimento da pena será no regime fechado, significa que não quis ele deixar, em relação aos crimes dessa natureza, qualquer discricionariedade ao juiz na fixação do regime prisional” (HC n. 69.603 — Plenário, j. 18/12/92, DJU 23/4/93, pág. 6.922).

Em sentido contrário, partidário da tese da inconstitucionalidade do referido artigo, doutrina Jaques de Camargo Penteado:

“Há muito nos afastamos da pena tarifada. Uma coisa é fixar limites amplos para determinação do regime inicial de cumprimento de pena. Outra, bem diversa, impedir progressão ao regime menos rigoroso depois de descontado certo período e apurado mérito do reeducando. ‘A individualização repele qualquer tentativa de catalogação dos réus. Isto já seria uma medida de cunho generalizante, contrária à intenção individualizadora do Texto Constitucional’ (Ives e Bastos, ob. cit., pág. 237). Pena individualizada é a fixada pelo Poder Judiciário com determinação da forma inicial de satisfação e acompanhamento do progresso para, saindo do regime original, aproximar o reeducando da li-

berdade, gradativamente” (Pena Hedionda, in RT 674/286).

Esse posicionamento encontra ressonância no artigo 112 da Lei de Execução Penal, verbis:

“A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinado pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão”.

O cumprimento da pena em regime fechado, sem possibilidade de progressão, sem dúvida, conduz à antiga concepção da sanção como finalidade unicamente repressiva, com um caráter exclusivamente expiatório e retributivo, contrária à moderna concepção de função socializadora da pena, que consiste em oferecer ao delinqüente o máximo de condições favoráveis ao prosseguimento de uma vida sem praticar crimes, ao seu ingresso numa vida fiel ou conformada com o dever-ser jurídico-penal, visando à prevenção da reincidência 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 Camargo Pentead, “se o virtuoso aguarda re-

compensa pelo sacrifício, não é lícito esperar regeneração do infrator que não terá apreciado seu mérito eventual” (Pena Hedionda, ob. cit.).

Vale, sem prejuízo da brevidade, a transcrição do voto vencido do eminente Ministro Marco Aurélio, quando do julgamento do HC n. 69.603-1/STF, que praticamente exauriu a matéria:

“Tenho como relevante a arguição de conflito do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90 com a Constituição Federal, considerando quer o princípio isonômico em sua latitude maior, quer o da individualização da pena previsto no inc. 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 seqüestro e na forma qualificada, estupro, atentado violento ao pudor, epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte, genocídio, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e, ainda, terrorismo, a pena será cumprida integralmente em regime fechado.

“No particular, contrariando-se consagrada sistemática alusiva à execução da pena, assentou-se a impertinência das regras gerais do Código Penal e da Lei de Execuções Penais, distinguindo-se entre cidadãos não a partir das condições 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 à situação das mais anormais e que, por isso mesmo, não oferece quadro harmônico com a almejada ressocialização.

“Tenho o regime de cumprimento da pena como algo que, no campo da execução, racionaliza-a, evitando a famigerada idéia do mal pelo mal causado e que sabidamente é contrário aos objetivos do próprio contrato social. A progressividade do regime está umbilicalmente ligada à própria pena, no que acenado ao condenado com dias melhores, incentiva-o à correção de rumo e, portanto, a empreender um comportamento penitenciário voltado à ordem, ao mérito e a uma futura inserção no meio social. O que se pode esperar de alguém que, antecipadamente, sabe da irrelevância dos próprios atos e reações durante o período no qual ficará longe do meio social e familiar e da vida nor-

mal 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 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 na Lei de Execuções Penais, ficando sujeitos não às regras relativas aos cidadãos em geral, mas a especiais, despontando a que, fulminando o regime de progressão da pena, amesquinha a garantia constitucional da individualização.

“Diz-se que a pena é individualizada porque o Estado-Juiz, ao fixá-la, está compelido, por norma cogente, a observar as circunstâncias judiciais, ou seja, os fatos objetivos e subjetivos que se fizeram presentes à época do procedimento criminalmente condenável. Ela o é não em relação ao crime considerado abstratamente, ou seja, ao tipo definido em lei, mas por força das circunstâncias reinantes à época da prática. Daí cogitar o art. 59 do CP que o juiz, atendendo à cul-

pabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, não só as penas aplicáveis dentre as cominadas (inciso I), como também o quantitativo (inciso II), o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade — e, portanto, provisório, já que passível de modificação até mesmo para adotar-se regime mais rigoroso (inciso III) — e a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

“Dizer-se que o regime de progressão no cumprimento da pena não está compreendido no grande todo que é a individualização preconizada e garantida constitucionalmente é olvidar o instituto, relegando a plano secundário a justificativa socialmente aceitável que o recomendou ao legislador de 1984.

“Destarte, tenho como inconstitucional o preceito do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, no que dispõe que a pena imposta pela prática de qualquer dos crimes nela mencionados será cumprida, integralmente, no regime fechado.

“Com isto, concedo parcialmente a ordem, não para ensejar ao paciente qualquer dos regimes mais favoráveis, mas para reconhecer-lhe, porque cidadão e acima de tudo pessoa humana, os benefícios do instituto geral que é o da progressão do regime de cumprimento da pena, providenciando o Estado os exames cabíveis”.

O que se deve ter em mente, e é exatamente este o alcance que se deve empregar à garantia constitucional da individualização da pena, compatível com o atual estágio do Direito Penal, é que a segregação pura e simples do homem do convívio social tem aspecto de mero castigo, quando, hodiernamente, tem-se que o objetivo principal da sanção criminal é a recuperação do delinqüente, e isso só pode ser conseguido pelo emprego inteligente de processos de reeducação, e não apenas isolando-o completamente da sociedade, sem esperança nenhuma até o termo final do tempo de sua condenação.

Não obstante a insistência da jurisprudência amplamente dominante em admitir como constitucional a referida norma, vem tomando corpo sérias movimentações a favor do retorno para todos os crimes do sistema progressivo de execução da pena, ainda mais após a edição da Lei n. 9.455/97, que dispõe:

“7º — O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado”.

Imaginando-se, pois, a prática de crime hediondo, como é a tortura, e não por disposição legal, mas por disposição constitucional, instala-se a desigualdade entre os condenados por este crime e os demais, chamados de hediondos, pois somente para o primeiro incidirá a regra do citado art. 7º.

E, como bem assinalou o eminente Ministro Vicente Cernicchiaro, no julgamento unânime do Recurso Especial n. 140.617—GO, pela 6ª Turma do colendo Superior Tribunal de

Justiça, em 12/9/1997, cuja ementa tem o seguinte teor:

“REsp. Constitucional. Penal. Execução da pena. Crimes hediondos (Lei n. 8.072/90). Tortura (Lei n. 9.455/97). Execução. Regime fechado — A Constituição da República (art. 5º, XLIII) fixou regime comum, considerando-se inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. A Lei n. 8.072/90 conferiu-lhes a disciplina jurídica, dispondo: ‘A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado’ (art. 2º, § 1º). A Lei n. 9.455/97 quanto ao crime de tortura registra no § 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. Afeitou, portanto, no particular, a disciplina unitária determinada pela Carta Política. Aplica-se incondicionalmente. Assim, modificada, no particular a Lei dos Crimes Hediondos. Permitida, portanto, quanto a esses delitos progressão de regime”.

E, na 2ª Câmara Criminal do vizinho Estado do Rio Grande do Sul, temos, inclusive, entendimento pela inconstitucionalidade da Lei dos Crimes Hediondos, neste particular, em face da Lei n. 9.034/95 (Crime Organizado), que dispõe no seu art. 10 que “os condenados por crimes decorrentes de organização criminosa iniciarão o cumprimento da pena em regime fechado”:

"Progressão de regime. Crime hediondo. Norma constitucional que cerceia direitos ou garantias deve ser interpretada restritivamente, inclusive pelo legislador ordinário. O princípio da individualização da pena deve ser observado também na fase de execução, sendo absolutamente ilegítima a consideração do fato delituoso para fins de concessão dos benefícios executórios. A lei de combate ao crime organizado prevê o início de cumprimento da pena, seja qual for o crime decorrente de quadrilha ou bando, em regime fechado, e a recente Lei da Tortura, crime equiparado aos hediondos, autoriza a progressão, com o que esta, diante do princípio isonômico, perdeu a eficácia o art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos" (Agravo, rel. Tupinambá Pinto de Azevedo, j. em 7/8/97).

Ou seja, ao crime hediondo, praticado por quadrilha ou bando, incidirá o pefalado art. 10 da Lei n. 9.034/95 e não o art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, verdadeiro contra-senso.

No entanto, in casu, outras considerações devem ser efetuadas, diante da relevância da matéria.

É que o Magistrado, amparado no dispositivo legal atinente à espécie (parágrafo único do artigo 2º do Código Penal), utilizando-se da interpretação extensiva, decidiu pela aplicação da lex mitior, comungando com o entendimento que a Lei n. 9.455/97 quebrou "o tratamento unitário conferido pela Constituição Federal, que havia equiparado o crime de tortura aos hediondos, vez que, nesses casos, de lei mais benigna, há retroatividade":

"Art. 2º. (...)

"Parágrafo único. A lei posterior, que de qualquer modo favorece o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado".

De inteira incidência o procedimento disposto na Lei de Introdução ao Código de Processo Penal:

"Art. 13. A aplicação da lei nova a fato julgado por sentença condenatória irrecorrível, nos casos previstos no art. 2º e seu parágrafo, do Código Penal, far-se-á mediante despacho do juiz, de ofício, ou a requerimento do condenado ou do Ministério Público".

E, da mesma forma, o enunciado da Súmula 611 do Supremo Tribunal Federal:

"Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao Juízo das Execuções a aplicação de lei mais benigna".

Assim se consolidou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, na aplicação do art. 13 da LICPP cujo preceito coincide com o disposto no art. 66, inciso I, da Lei de Execução Penal, que delega ao juiz da execução a aplicação de lei posterior aos casos que de qualquer modo favorecer o condenado, conforme se vê das decisões prolatadas nos Recursos Extraordinários n. 88.726 de São Paulo, relator Min. Décio Miranda e outros:

"A lex mitior não enseja pedido de revisão criminal. Incidência do artigo 13 da Lei de Introdução ao CPP. Revisão criminal. Lei mais benigna. Sua aplicação aos casos julgados se faz no juízo da execução. Lei de Introdução ao CPP, artigo 13".

No Recurso Extraordinário n. 88.834, de São Paulo, assim se pro-

nunciou, em seu voto, o Min. Cunha Peixoto (relator):

“A aplicação de Lei Nova a fato julgado por sentença condenatória irrecorrível, nos casos previstos no artigo 2º e seu parágrafo, do Código Penal, far-se-á mediante despacho do juiz, de ofício, ou a requerimento do condenado ou do Ministério Público”.

Ainda:

“Recurso crime — Revisão — Peticionário que pleiteia aplicação de lei nova mais benigna — Não conhecimento — Decisão condenatória já transitada em julgado — Competência do juízo das execuções criminais — Inteligência das Súmulas 23 do STJ e 611 do STF e dos arts. 521 do CPP, 13 da LICPP, 29, e § 2º, do CP e 66, I, da Lei n. 7.210/84” (RT 610/338).

No mesmo sentido: RT 538/462, 537/414, 534/416; JC 52/507, 22/585, RJTJESP 65/380, 99/482, 102/467.

Do que não discrepa o entendimento deste eg. Tribunal:

“A teor do art. 13 e seus parágrafos, da Lei de Introdução ao CPP, os casos de novatio lei in melius devem ser processados originariamente perante o juízo da execução quando o fato punível já tenha sido julgado por sentença condenatória irrecorrível” (JC 57/358).

Como se verifica, a aplicação de lei nova a fato definitivamente julgado é efetivamente incidente de execução.

Com efeito, ao modificar a parte dispositiva da sentença transitada em julgado, para incluir a expressão “iniciará”, o Magistrado cometeu verdadeiro atentado judicial, pois, consoante o ensinamento de Espínola Filho,

em comentários ao art. 382 do Código de Processo Penal, “um dos princípios sempre observados, intransigentemente, no processo, é o da impossibilidade de introduzir o Juiz qualquer alteração na sentença, após a publicação desta em mãos do Escrivão” (in Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, 6ª edição, vol. IV, Ed. Rio, 1980, pág. 76).

Ademais, “lícito não é a outro Juiz de igual hierarquia, ainda que designado para auxiliar na mesma Vara, se transformar em censor do colega para introduzir acréscimos, retificações ou novos fundamentos no julgado” (RJDTACrim 11/81).

E, ainda, porque, segundo o entendimento acima esposado, no que se refere à inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos, não importa se no dispositivo da sentença o Juiz faça constar a expressão inicial ou inicialmente, integral ou integralmente, pois o que importa é que o sistema progressivo deve sempre ser obedecido, concedendo-se ao reeducando, que preencha os requisitos objetivos e subjetivos, a tão polêmica progressão.

Sem a pretensão de incursionar sobre a opinião dos que comungam com as palavras do eminente Ministro Vicente Leal, sobre o papel do Juiz diante do trabalho do legislador ordinário, esposado no REsp. n. 91.852/MG, j. em 1º/4/97, “porque nosso foro é corretivo, e só podemos extirpar do trabalho aquilo que se apresentar como uma afronta manifesta ao texto constitucional”, tenho para mim que, sendo a interpretação jurídica um processo de lógica que procura estabelecer a vontade da lei, que nem sempre

é a vontade do legislador, devendo “atender aos fins sociais a que ela se destina e às exigências do bem comum” (art. 5º da LICC) e que a execução da pena “deve afastar-se da pretensão de reduzir o cumprimento da pena a um processo de transformação científica do criminoso em não criminoso” (Julio Fabbrini Mirabete, Execução Penal, 6ª edição, Atlas, 1996, pág. 31), para “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (art. 1º da LEP), “o julgador, portanto, é antes de tudo verdadeiro intérprete da vontade do legislador expressa na norma, mas, evidentemente, não ficará adstrito a tal vontade quando essa afrontar a consciência social ou os direitos fundamentais da pessoa humana assegurados no texto magno.

“A desobediência a uma norma prefixada (considerada injusta ou inconstitucional), não implica, necessariamente, no rompimento ou esfacelamento do ordenamento jurídico porque, na essência, o próprio fim preconizado pela norma agendi é a realização do Direito, esse o fim último da ciência jurídica.

“O legislador ordinário, entendo, ao fixar o cumprimento integral da pena em regime fechado, atentou — sem sombra de dúvidas — contra o princípio maior — porque previsto na Constituição Federal — da individualização da pena, além de ferir os princípios que regem a própria aplicação e execução da norma legal devendo por isso, a disposição proibitiva, ser declarada de forma incidental — inconstitucional — com a sua não aplicação ao caso vertente, decorrendo, em consequência, o deferimento da progressão almejada

caso o recorrente atenda os demais requisitos legais para a obtenção daquela” (Agamenon Bento do Amaral, A Progressão do Regime e os Crimes Hediondos, in Jus Navegandi, <http://www.jus.com.br/doutrina/hediond.html>).

Dessa forma, o Magistrado, entendendo pela aplicação de lei nova mais benigna para modificar o dispositivo da condenação, pecou pela ausência de senso prático, sabedor que era do entendimento da Magistrada titular, que se encontrava em período de férias, não obstante a intenção louvável, pois o jurista moderno, adaptado às condições de seu tempo, não deve olvidar que “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 brandura prisional, conquistados os seus benefícios a crédito do próprio cumprimento singular e contínuo da penitência a purgar” (Habeas Corpus n. 1.584—RJ, rel. Min. José Dantas, j. 21/11/91).

E, José Frederico Marques, em palavras que falam por si mesmas, assim preleciona:

“Cumprir lembrar, ainda, que a execução penal está sujeita a mudanças e alterações no tocante à efetivação do título penal executório, que dão à condenação criminal, como elemento caracterizador da sanção penal, verdadeiro caráter de pronunciamento rebus sic stantibus. Fatos extintivos podem ocorrer que tirem inteira eficácia ao referido título, além

do que outros fatos, de caráter modificativo, podem alterar a forma e extensão dos atos executórios.

“Para que tais fenômenos ocorram, imprescindível torna-se o pronunciamento jurisdicional, pois são indeclináveis, também nesse assunto, a presença do juiz e um ato decisório seu para pôr fim ou alterar o curso da instância.

“Não se altera, então, o que foi decidido, mas apenas os efeitos do julgado. A parte da sentença que incide sobre o preceito primário da norma penal incriminadora permanece íntegra, pois as alterações na sanção penal executável ‘nada alteram o efeito de coisa julgada, que produz o processo em que recaiu a sentença condenatória’. Além disso, nessas modificações não podem ser feitas mudanças ampliativas da sanção penal em detrimento da liberdade do réu.

“A coisa julgada penal, por outro lado, não pode impedir a realização do princípio da individualização da pena, regra programática da Constituição. A coisa julgada mantém-se intacta no tocante à decisão sobre a prática da infração penal. O que ficou declarado no judicium permanece inquestionável e intangível. O título executório é que sofre alterações, adaptando-se a fatos jurídicos e à vontade da lei. Situações supervenientes, às quais o juiz da execução deve atender, submetem o título executório a essas mudanças; mas a parte declaratória da sentença de condenação não se altera nem sofre modificações” (in Elementos de Direito Processual Penal, vol. III, Ed. Bookseller, 1997, pág. 85).

Nesses termos, deve ser anulada o despacho que incluiu a expressão “iniciará” no dispositivo da sentença condenatória transitada em julgado, sob pena de, se assim não for, alimentar o desrespeito à coisa julgada.

Por fim, por oportunas as palavras do escritor inglês Oscar Wilde, na sua obra A Balada do Cárcere de Reading: “Não sei se as leis são justas ou injustas. Os pobres presos miseráveis só sabem que as muralhas da prisão são altas, fortes e invioláveis; e que um dia é mais longo que um ano, ano de dias infundáveis, e sei também, assim todos soubessem, que as paredes de uma prisão são feitas de ignomínia. E tem grades negras, que são para Cristo não ver como o homem trata barbaramente o seu irmão”.

Diante do exposto, decidiu a Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, conhecer e dar provimento ao recurso para anular o despacho que incluiu a expressão “iniciará” na sentença condenatória transitada em julgado.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jorge Mussi, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Valdir Vieira.

Florianópolis, 1º de setembro de 1998.

José Roberge,
Presidente com voto;
Álvaro Wandelli,
Relator.

EMBARGOS INFRINGENTES

EMBARGOS INFRINGENTES N. 98.002339-4, DA CAPITAL

Relator: Des. Jorge Mussi

Narcotraficância — Pretendida a absolvição do réu pela dúvida — Acusado condenado pelo delito descrito no art. 12 da Lei de Tóxicos sem portar qualquer tipo de droga — Substância entorpecente apreendida com terceiros — Anemia probatória quanto ao envolvimento do Embargante com o estupefaciente encontrado — Absolvição que se impõe — Aplicação do princípio in dubio pro reo — Inteligência do art. 386, VI, do CPP — Embargos infringentes acolhidos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 98.002339-4, da comarca da Capital (3ª Vara Criminal), em que é embargante Jaime Valentim Cunha, sendo embargada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Câmaras Criminais Reunidas, por maioria de votos, acolher os embargos a fim de absolver Jaime Valentim Cunha do delito descrito no art. 12 da Lei n. 6.368/76, com base no art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

Custas na forma da lei.

1 — Na comarca da Capital (3ª Vara Criminal), Maiza Mara Fretes Mendes, Paulo César Martins de Menezes, vulgo “Paulinho Matogrosso”, e Jaime Valentim Cunha foram denunciados como incurso nas sanções dos artigos 12 e 14, ambos da Lei n. 6.368/76, porque, consoante se infere da peça inaugural de fls. 3 a 5:

“1. Do tráfico de entorpecente:

“Investigações que vinham sendo realizadas, pelo Departamento de Polícia Federal, Superintendência Regional no Estado de Santa Catarina, davam conta da chegada a este Estado de uma partida de cocaína proveniente do Estado do Mato Gros-

so do Sul, sendo que tal entorpecente estava sendo esperado pelos denunciados Jaime Valentim Cunha e Paulo César Martins Menezes, e seria transportado por uma mulher, que veio a ser presa e identificada como sendo a denunciada Maiza Mara Fretes Mendes.

“A partir desses dados, a Polícia Federal, utilizando-se de todos os meios lícitos, passou a seguir os passos de Jaime Valentim Cunha, tendo observado que na noite de 17 de outubro de 1993, este, acompanhado de uma mulher e de uma criança, esteve no Lagoa Marina Hotel, nesta Capital, ocasião em que manteve contato com uma moça morena (Maiza) que ali se encontrava hospedada, retornando em seguida para sua residência. Já na madrugada de segunda-feira (18/10), por volta de uma hora, voltou ao hotel a bordo de uma camioneta Saveiro, placa AD 2390/SC, agora acompanhado pelo denunciado Paulo César Martins Menezes, que dirigia o veículo, quando conversaram unicamente com a responsável pelo estabelecimento. A partir dessa situação, os agentes encarregados das investigações passaram a manter vigilância permanente naquele local.

“No dia 18/10, por volta das 13h30min, Jaime e Paulo Menezes retornaram ao Lagoa M. Hotel, na mesma camioneta, onde apanharam a denunciada Maiza, dirigindo-se para um restaurante na Barra da Lagoa, onde permaneceram por cerca de uma hora e trinta minutos, após o que Paulo e Maiza voltaram para o hotel, onde esta ficou, ao passo que Jaime permaneceu no restaurante aguardando Paulo Menezes, que retornou acompanhado de um terceiro indivíduo não

identificado, tendo então os três se deslocado até o centro da cidade, sendo perdidos de vista pela equipe de ‘federalis’.

“Mais tarde, por volta das 17h30min, Paulo César Martins Menezes e o indivíduo não identificado voltaram ao Lagoa Marina Hotel na camioneta Saveiro, tendo então contactado com a denunciada Maiza no pátio do estabelecimento, seguindo então Paulo e Maiza para o apartamento em que ela estava hospedada, onde permaneceram cerca de 15 (quinze) minutos.

“Em seguida, Paulo César Martins Menezes e Maiza Mara Fretes Mendes, esta carregando uma sacola plástica de cor branca, saíram do apartamento, dirigindo-se ao veículo Saveiro, onde embarcaram, oportunidade que foram abordados pela equipe de policiais federais que os vigiava.

“Surpreendido com a presença dos policiais, Paulo Menezes deu imediata partida ao veículo, arremetendo-o contra eles, empreendendo fuga e levando consigo Maiza, que portava a sacola, seguindo da Lagoa no sentido da Armação do Pântano do Sul.

“Na tentativa de livrar-se da droga e de Maiza, e no afã de escapar do flagrante, Paulo jogou Maiza juntamente com a sacola para fora da camioneta, momento em que esta foi presa, sendo na mesma oportunidade apreendida a sacola por eles transportada. Paulo Menezes seguiu em alta velocidade, até colidir contra um poste, quando ainda tentou fugir a pé pelo mato, sendo preso pela equipe que o perseguia.

“Presos, os denunciados Paulo e Maiza foram levados para o Lagoa

Marina Hotel, onde foi realizada uma busca completa no apartamento ocupado por ela, onde foram apreendidos, na cozinha, uma balança de precisão marca 'Adal' e três pesos acondicionados dentro de um estojo próprio de madeira e, no quarto, dentro de uma bolsa, U\$ 4.000 (quatro mil dólares) americanos, tudo pertencente a Maiza (T. A., fls. 6/6v.).

"Na sacola apreendida (T. A., fls. 6/6v.), que era transportada por Paulo Martins Menezes e Maiza Mara Fretes Mendes na camioneta Saveiro, placa AD 2390/SC, foram encontrados 3.250g (três mil, e duzentos e cinquenta gramas) de cocaína, substância entorpecente capaz de causar dependência física e/ou psíquica (Laudo de Constatação de fls. 16), que tinham consigo e transportavam sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, que destinava-se ao comércio ilícito.

"Segundo apurado, a droga foi trazida por Maiza do Estado do Mato Grosso do Sul e foi adquirida pelos denunciados Paulo César Martins de Menezes, que pagou por ela a importância de U\$ 4.000 (quatro mil dólares) americanos, valor que veio a ser apreendido no apartamento ocupado por Maiza Mara Fretes Mendes, no Lagoa Marina Hotel, nesta Capital.

"2. Da associação criminosa:

"Da prova trazida com o auto de prisão em flagrante, resultou certo que os três denunciados estavam associados para o tráfico ilícito de entorpecentes, tanto que foi o denunciado Jaime Valentim Cunha quem manteve todos os contatos com Maiza no sentido de encomendar a droga, valendo-se para tanto de ligações telefô-

cas feitas desta cidade, do aparelho n. (0482) 48-1824, instalado em sua casa, para o aparelho n. (067) 2311151, em Corumbá/MS, instalado no Hotel Santa Cruz, onde reside o pai de Maiza Mara Fretes Mendes (doc. fls. 64 a 66 — ver grifos), e do qual seria o proprietário (fls. 69).

"Como apurado, a denunciada Maiza, tendo-se deslocado do Estado do Mato Grosso trazendo a droga, estando na cidade de Curitiba/PR (dia 17/10/93), às 10h54min, telefonou para Jaime Cunha a cobrar (doc. fls. 67, 1ª linha), rumando em seguida, às 11h15min para esta Capital, através de ônibus da Empresa Auto Viação Catarinense (doc. fls. 8), hospedando-se aqui no apartamento 15 do Lagoa Marina Hotel (doc. fls. 46).

"Ainda, como já descrito anteriormente, Jaime esteve diversas vezes no Lagoa Marina Hotel a procura da denunciada Maiza, assim como telefonou várias vezes para lá, a procura dela; levou o denunciado Paulo até o hotel, onde encontrava-se aquela; enfim, intermediou toda a transação envolvendo a venda da cocaína apreendida, feita por Maiza a Paulo Menezes e a ele próprio.

"Certo também que, de longa data, o denunciado Jaime Valentim Cunha e Maiza Mara Fretes Mendes mantinham contatos via telefone, como bem o demonstram os extratos de contas telefônicas acostados a fls. 57 a 66, que denunciam terem sido feitas entre eles, do mês de maio a outubro/93, nada menos de 11 (onze) chamadas, somente do aparelho de Jaime, para aquele utilizado por Maiza.

"Do exposto, perfeitamente caracterizado que os denunciados Mai-

za Mara Fretes Mendes, Paulo César Martins de Menezes e Jaime Valentim Cunha estavam associados para a prática, mesmo que de forma não reiterada, do tráfico ilícito de entorpecentes, conduta recriminada pelo artigo 12 da Lei n. 6.368/76”.

Devidamente citado, o acusado Jaime Valentim Cunha não compareceu ao interrogatório, razão pela qual lhe foi decretada a revelia (despacho de fls. 264), sendo os autos desmembrados em relação a ele (termo de fls. 283v.).

Concluída a instrução criminal, Jaime Valentim Cunha restou condenado à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 66 (sessenta e seis) dias -multa, cada qual no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, por infração ao art. 12 da Lei de Entorpecentes, sendo-lhe negado o direito de apelar em liberdade; e absolvido do delito descrito no art. 14 da Lei n. 6.368/76, com fundamento no art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

Inconformado com a prestação jurisdicional entregue, o acusado recorreu, tempestivamente, pretendendo, em preliminar, a nulidade processual, alegando cerceamento de defesa, em face da existência de vício na citação. No mérito, requereu a sua absolvição, sob o argumento de que a prova encartada aos autos é insuficiente para ensejar um decreto condenatório, negando, inclusive, a sua participação no crime disposto no art. 12 da Lei de Tóxicos.

Contra-arrazoado o recurso, os autos ascenderam a este Grau de Jurisdição, manifestando-se a ilustrada

Procuradoria-Geral de Justiça pelo seu desprovimento.

A colenda Primeira Câmara Criminal, in *Apelação Criminal* n. 97.008218-4, decidiu, à unanimidade, rejeitar a preliminar de nulidade e, por maioria de votos, prover parcialmente o recurso para adequar a pena de multa ao seu mínimo legal (certidão de fls. 486 e acórdão de fls. 486/491), sendo vencido o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins (voto de fls. 492/494).

Dessa decisão, Jaime Valentim Cunha interpôs embargos infringentes, reiterando o pedido de absolvição aduzido no recurso de apelação criminal, acrescentando, ainda, o entendimento exarado no voto vencido, no tocante à dúvida quanto à autoria do delito imputado ao recorrente, bem como a sua participação, no máximo, em atos preparatórios.

Admitidos os embargos infringentes pelo Exmo. Sr. Des. Souza Varella, relator da *Apelação Criminal* (despacho de fls. 504), os autos foram distribuídos às Câmaras Criminais Reunidas, tendo a douta Procuradoria-Geral de Justiça se manifestado pela sua rejeição.

É o relatório.

2 — O presente pleito deve ser acolhido a fim de absolver o réu embargante, com fundamento no art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal, porquanto, na realidade, não se consegue, pela leitura dos elementos existentes nos autos, chegar-se a uma conclusão positiva de que tivesse ele efetivamente qualquer envolvimento com a droga apreendida, bem como com os outros objetos, em poder da co-ré Maiza Mara Fretes Men-

des e Paulo César Martins de Menezes.

Apesar de comprovada a materialidade delitiva, a autoria, quanto a Jaime Valentim Cunha, restou obscura, eis que do processado colhe-se que o tóxico apreendido, ou seja, 3.250g (três mil, duzentos e cinquenta gramas) de cocaína, foi encontrado com a co-ré Maiza ao sair do automóvel dirigido pelo co-denunciado Paulo, e o restante do material — balança de precisão e 4.000 dólares americanos — que estavam no interior do apartamento do Hotel alugado por aquela, sendo duvidosa a relação que tinham com o réu ou o envolvimento deste em qualquer transação a respeito do estupeciente.

A condenação a quo confirmada pelo Colegiado deste Sodalício, dando o embargante como responsável pelo cometimento do crime disposto no art. 12 da Lei de Entorpecentes, baseou-se no fato de ter ele ido a procura da co-acusada Maiza no Lagoa Marina Hotel onde se encontrava hospedada, tendo, algumas vezes, mantido contato com ela, e, ainda, por ter efetuado diversas ligações telefônicas à ré.

Todavia, em nenhum elemento certo vislumbra-se que ele tivesse efetivamente participado da empreitada criminal.

Os indícios presentes no caderno processual limitam-se aos depoimentos dos policiais federais que efetuaram a prisão em flagrante de Maiza e Paulo e, mesmo assim, nenhum deles relatou, com segurança, qualquer ação criminosa por parte do acusado Jaime.

O policial condutor, Ary Pessoa de Carvalho, afirmou que Maiza, ao ser presa, contou que a droga apreendida era para Paulo e Jaime (fls. 8/9 e 334); os demais policiais, Henrique Rupniewski e Giofran Uchoas Salles, quando da lavratura do Auto de Prisão em Flagrante, asseveraram que a co-ré relatou que a cocaína foi paga por Paulo, não mencionando em nenhuma oportunidade o nome de Jaime na participação do evento (fls. 9/11), porém, o primeiro, ao ser ouvido em Juízo, acrescentou que a droga foi trazida também para Jaime, o que causa estranheza não ter declarado tal fato, anteriormente.

E é só o que consta no processado contra o embargante.

As demais provas, a contrario sensu, em nada envolvem o réu.

Maiza e Paulo, por ocasião da prisão, utilizaram-se do direito constitucional de manter-se silentes (fls. 11), em Juízo, ambos eximiram qualquer responsabilidade por parte de Jaime, sendo que Maiza afirmou que havia comprado um automóvel, o qual a documentação constava recibo endossado à esposa do embargante — chamada Mirian — e, queria, então, resolver a situação com ele, eis que andava ameaçando a ela e seus familiares; ressaltou, ainda, que foi almoçar com ele para conversar e aclarar o ocorrido em relação ao automóvel (fls. 172v./173v.).

Paulo também relatou que Maiza queria comprar um automóvel e como tinha conhecimento que Jaime possuía um para vender, ambos efetivaram o negócio, sabendo que posteriormente aconteceram alguns problemas, e então saíram para almoçar,

conversar e solucionar o caso (fls. 174v./175).

O gerente do Lagoa Marina Hotel, onde Maiza se encontrava hospedada, em ambas as fases procedimentais afirmou que ela veio a Florianópolis para resolver problemas tocantes a um automóvel, vejam-se:

“(....) Que Maiza esteve no hotel também na segunda quinzena de setembro deste ano para — segundo soube — resolver um problema referente a um carro que teria comprado e que haviam argumentado ser roubado, carro este em nome de Mirian de Tal (....)” (na polícia, fls. 45);

“(....) que nas duas outras vezes esteve lá sozinha e veio tratar de um problema de um carro que havia sido furtado (....) que com relação ao negócio do veículo mencionado por Maiza, foi mencionado o nome Mirian, e pelo que sabe o depoente é esposa de Jaime (....)” (em Juízo, fls. 336).

No mesmo sentido é o depoimento de Vanda Mendes Sampaio, empregada do Lagoa Marina Hotel, leia-se:

“(....) Que, naquela ocasião Maiza comentava que viera a esta capital para resolver o problema do gol que havia comprado (....)” (fase indiciária, fls. 48).

Se não bastasse, há, ainda, o testemunho de Iria Geraldina de Assunção Fachinelli, policial federal, que também em diligência com os demais colegas, no momento em que Paulo, Maiza e Jaime entraram no restaurante para almoçar, sentou-se numa mesa ao lado, onde acabou por ouvir a conversação feita entre eles, veja-se:

“(....) que durante a conversa também falaram sobre um veículo que estava com Maiza e que havia sido vendido para ela, pertencente a esposa de Jaime e alienado (....)” (no contraditório, fls. 335).

Nos autos que tramitaram apartados, figurando como réus Maiza e Paulo, esta mesma testemunha disse que eles conversaram sobre “um veículo que estaria na posse da acusada e que o carro estaria apreendido, porque restavam ainda algumas parcelas a ser quitadas; que este veículo pertencia à esposa de Jaime (....)” (fase judicial, fls. 341).

Como se vê, efetivamente consta documentação do veículo gol com autorização para transferência em nome de Mirian Falleiro Kelsch, esposa de Jaime (fls. 15).

E aí, pode-se dizer que está justificado o motivo de tantas ligações telefônicas entre Maiza e Jaime (extratos de fls. 63/73, 231/235).

Por fim, destaca-se que uma testemunha assistiu à operação policial, inclusive a prisão de Maiza, nada tendo, em Juízo, comentado a respeito de Jaime, ressaltando, porém, que ela afirmou que Paulo pagou pela cocaína apreendida (Adir José dos Santos, fls. 335v.).

Ora, o réu não foi encontrado para explicar os contatos efetuados com Maiza (fls. 309), mas nem por isso poderia ser condenado pelo cometimento do delito disposto no art. 12 da Lei de Entorpecentes sob o argumento de que estava esperando a droga trazida por Maiza, ou porque entrou em contato telefônico e pessoal com esta.

Diante de tal situação, vê-se a existência tão-somente de indícios que não se coadunam com os demais elementos probatórios coligidos aos autos, o que é insuficiente para dar suporte à condenação, diante da dúvida surgida na instrução contraditória.

Assim, nenhuma prova foi construída no sentido da sua efetiva participação na empreitada criminal. Há somente indícios pelo fato de ter contactado com os demais réus, porém, da prova incriminatória, composta, parcialmente, do depoimento dos policiais federais, não se vislumbra a certeza que se exige para a prolação de um decreto condenatório da sua participação no crime.

Pode até ser tivesse ele envolvido com o comércio clandestino da droga apreendida, mas os elementos probatórios dos autos não são fortes o bastante para embasar um decreto condenatório. Há dúvida e não certeza de sua ocorrência.

Em tais casos, a jurisprudência assim se apresenta:

“Tóxicos — Traficância — Insuficiência de provas para condenação — Dúvida — Absolução decretada (art. 386, VI, CPP).

“No processo criminal, máxime para condenação, tudo deve ser claro como a luz, certo como a evidência, positivo como qualquer expressão algébrica. Condenação exige certeza absoluta, fundada em dados objetivos indiscutíveis, de caráter geral, que evidenciem o delito e a autoria, não bastando a alta probabilidade na consciência do julgador, sob pena de se transformar o princípio do livre convencimento em arbítrio” (Ap. Crim. n.

29.991, da Capital, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

O colendo Supremo Tribunal Federal desta forma assentou:

“Ante a inexistência ou insuficiência dos elementos probatórios, deve o juiz, como ordinário efeito consequencial, proferir o non liquet” (RTJ 143/160).

A orientação jurisprudencial deste Tribunal também é uníssona nesse sentido, conforme se demonstra em julgado:

“Crime contra a saúde pública. Tráfico. Dúvida quanto à autoria. Absolução. Aplicação do princípio in dubio pro reo. Prova insuficiente para arrimar a condenação.

“Inexistindo nos autos a convicção absoluta acerca de quem era realmente o proprietário do material apreendido, impõe-se a absolvição pela dúvida, porquanto a condenação exige certeza e certeza absoluta, quer do crime, quer da autoria. Não basta a probabilidade desta ou daquela. Certeza é sinônimo de evidente, de indiscutível” (Ap. Crim. n. 97.000551-2, de Turvo, rel. Des. José Roberge, j. em 15/4/97).

E ainda:

“Crime contra a saúde pública — Tráfico de drogas — Prova inconcludente acerca da autoria — Absolução 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 conde-

natória, mas cuja avaliação exige cautela redobrada por parte do julgador, justamente por ser vizinho da dúvida, esta que leva, irremediavelmente, à absolvição (art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal)" (Ap. crim. n. 96.000796-2, da Capital, rel. Des. Álvaro Wandelli, j. em 25/3/97).

Também em caso análogo:

"Tóxico — Absolvição pela dúvida — Provido.

"Apelação criminal — Tóxico — Absolvição — Recurso provido. Em sede de tóxicos, havendo duas pessoas no veículo, e não se tendo certeza quem era o proprietário do material apreendido, impõe-se a absolvição pela dúvida, porquanto a condenação exige a certeza da materialidade e da autoria, sendo insubsistentes simples conclusões" (Ap. Crim. n. 28.075, de Campos Novos, rel. Des. Solon d'Eça Neves, j. em 15/2/92).

Sob esta mesma orientação:

"Conjunto probatório insuficiente para a manutenção da condenação. Aplicação da máxima in dubio pro reo. Absolvição decretada. Inteligência do art. 386, VI, do CPP.

"Recurso provido" (Ap. Crim. n. 34.595, de Jaraguá do Sul, deste Relator, j. em 7/5/96).

Em idêntica direção tem-se:

"Apelação criminal. Narcotráfico. Recurso defensivo colimando a absolvição frente a fragilidade das provas colacionadas. Material tóxico encontrado nos fundos da residência do apelante. Local aberto e de fácil acesso ao público. Conjunto probatório que se apresenta insuficiente para a manutenção da condenação. Aplicação do brocardo latino in dubio pro

reo que se impõe. Absolvição decretada. Inteligência do art. 386, VI, do CPP. Recurso provido" (Ap. Crim. n. 96.006986-0, de São Francisco do Sul, deste Relator, j. em 24/9/96).

No mesmo sentido, decisões de outros Tribunais, citadas por Carmargo Aranha, vejamos-se:

"Sob pena de cometer possível erro judiciário, não pode o juiz criminal proferir condenação sem a certeza total da autoria e da culpabilidade" (Ap. n. 178.245, TACrim, rel. Goulart Sobrinho, apud "Da Prova no Processo Penal", São Paulo, Saraiva, 1994, pág. 67).

"Ainda que plausível, em tese, a versão dada pela acusação aos fatos, deve prevalecer a presunção de inocência que milita em favor do réu quando o estado não prova, estreme de dúvida, o fato criminoso imputado na ação penal" (Ap. n. 126.465, TACrim, rel. Geraldo Ferrari — ob. cit., pág. 67).

Este doutrinador traz, também, a lição de Heleno Cláudio Fragoso:

"Nenhuma pena pode ser aplicada sem a mais completa certeza dos fatos. A pena, disciplinar ou criminal, atinge a dignidade, a honra e a estima da pessoa, ferindo-a gravemente no plano moral, além de representar a perda de bens ou interesses materiais".

E completa, com a ensinança de Eberhardt Schmidt: "constitui princípio fundamental do Processo Penal de que o acusado somente deve ser condenado quando o juízo, na forma legal, tenha estabelecido os fatos que fundamentam a sua autoria e culpabilidade, com completa certeza. Se subsistir ainda apenas a menor dúvida,

deve o acusado ser absolvido” (ob. cit., pág. 64).

A jurisprudência trazida à colação no repertório de Darcy Arruda Miranda também segue este rumo:

“Não pode haver condenação sem prova plena do crime e de sua autoria. Indícios, ainda que veementes, desautorizam-na” (RT 181/89, in Repertório de Jurisprudência, vol. 33, pág. 124).

A solução, portanto, não poderia ser outra senão a absolvição, pois não é possível fundar edito repressivo em prova que não conduza à certeza, como afirmava Heleno Cláudio Fragozo, acrescentando: “este é um dos princípios basilares do processo penal em todos os países democráticos (...) A condenação exige a certeza e não basta, sequer, a alta probabilidade, que é apenas um juízo de incerteza de nossa mente em torno à existência de certa realidade. Que a alta probabilidade não basta, é o que ensina Walter Stree, em sua notável monografia in *dubio pro reo*, 1962, 19 (*Eine noch so grosse Wahrscheinlichkeit genügt nicht*)” (Jurisprudência Criminal, 3ª ed., vol. 2, pág. 806, n. 446).

Por derradeiro, destaca-se registro de Nelson Hungria: “A dúvida é sinônimo de ausência de prova”.

Dessa forma, o pronunciamento do non liquet é medida que se impõe.

3 — De mais a mais, convém ressaltar que o disposto no artigo 12, caput, da Lei de Entorpecentes, constitui crime, punido com penas de reclusão de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, o fato de: “Importar ou exportar, reme-

ter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor ou oferecer à venda, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.

É que se realmente tivesse Jaime envolvido com o material tóxico apreendido, nenhuma das suas condutas que restaram comprovadas no processado, ou seja, ligações telefônicas e encontro pessoal com Maiza e Paulo, caracterizam ou estão incluídas nos verbos configuradores do delito de tráfico.

Não foi ele preso com a cocaína nem mesmo em companhia dos demais réus, por isso, caso tivesse mesmo ele qualquer participação, esta não passaria de meros atos preparatórios, eis que nem chegou a ter contato com a droga trazida do Estado do Mato Grosso do Sul.

A propósito, cita-se monografia especializada do Professor Manoel Pedro Pimentel:

“Os crimes desta categoria (de mera conduta) se consumam ao mesmo tempo em que se executa a conduta (...). Ou a conduta se completa e o crime está perfeito, ou a conduta não se completa e não há crime. A conduta — vale a pena lembrar — é o suporte natural do crime” (“Crimes de Mera Conduta”, 2ª ed., pág. 132).

De qualquer modo, se é que existiram os atos preparatórios praticados pelo embargante não podiam ser considerados.

Veja-se, a exemplo, decisão inserida in JUTACrim 48/326:

“O simples fato de tencionar alguém adquirir substância proibida e pôr-se aos aprestos sem, porém, concretizar a tradição da res em face à intervenção policial, não basta ao reconhecimento do delito, impõe-se a solução, máxime porque os crimes previstos no art. 12 da Lei n. 6.368/76 constituem infração de mero perigo de dano, que inadmite o ilícito em forma tentada”.

E como bem exposto no voto vencido do Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins:

“Mesmo que se admitia que Jaime tenha participado das negociações que resultaram na venda e aquisição da droga, o fato é que tem-se como caracterizados no máximo os atos preparatórios.

“Damásio de Jesus em seu Código Penal Anotado, 3ª edição, São Paulo, Saraiva, 1993, pág. 38, leciona:

‘Os atos preparatórios não são puníveis, a não ser quando o legislador os define como atos executórios de outro delito autônomo. Nesses casos, o sujeito pratica crime não porque realizou atos preparatórios do crime que pretendia cometer, mas sim porque realizou atos executórios de outro delito’.

“Observa-se que Jaime poderia ter entabulado conversações com Paulo César e Maiza, objetivando a compra e venda daquela expressiva quantidade de cocaína.

“Porém esta atividade não constitui fato punível nos termos do art. 12 da Lei de Tóxicos, até porque

ficou evidenciado na denúncia e no conjunto probatório que em nenhum momento Jaime tinha consigo a droga para expô-la à venda ou para oferecê-la” (fls. 493 e 494).

Nesse passo, absolve-se o embargante, com base no art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

4 — Ex positis, acolhe-se os embargos infringentes.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Paulo Gallotti, Álvaro Wandelli e Genésio Nollí, e, com votos vencidos, os Exmos. Srs. Des. Souza Varella e Amaral e Silva, e subscreveu parecer, pela ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 25 de novembro de 1998.

José Roberge,

Presidente com voto vencido;

Jorge Mussi,

Relator.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Souza Varella.

Vencido de acordo com os motivos expostos no acórdão de fls. 487/491.

Souza Varella.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. José Roberge.

Divergi da doutra maioria pelos motivos já expostos no acórdão da Apelação Criminal n. 97.008218-5, de fls. 487/491.

José Roberge.

**JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 242.586-7—SANTA CATARINA

Relator: Min. Maurício Corrêa

Recorrente: Estado de Santa Catarina

Advogado: PGE—SC — Dr. Genir José Destri

Recorrida: Nice de Vasconcellos Lima Stoeterau

Advogado: Dr. Renato Melillo Filho

DECISÃO: 1. Nice de Vasconcellos Lima Stoeterau, aduzindo ser titular do cargo de Procuradora do Estado, impetrou mandado de segurança contra ato da Secretária da Administração, do Secretário da Justiça e Cidadania e do Procurador-Geral, objetivando isonomia de vencimentos com os Procuradores da Assembléia Legislativa.

2. O Tribunal a quo, por unanimidade, concedeu a segurança quanto ao reconhecimento da isonomia e, por maioria de votos, declarou que o teto a ser observado é o aplicável aos servidores do Legislativo (subsídios dos Deputados Estaduais).

3. Inconformado, o Estado de Santa Catarina interpõe o presente recurso extraordinário sob o argumento

de que o acórdão recorrido, ao repelir a alegação de ofensa ao princípio da reserva legal (CF, artigos 39, § 1º, e 61, § 1º, II, a e c), violou os artigos 2º e 37, XIII, da Carta da República e o enunciado da Súmula 339 desta Corte.

4. Ademais, sustenta o recorrente que o entendimento adotado pelo juízo de origem quanto ao teto a ser observado para a remuneração da recorrida, após deferida a isonomia, dissente do disposto no artigo 37, XI, da Carta Federal, conforme orientação jurisprudencial desta Corte.

5. A Procuradoria-Geral da República opina pelo provimento do recurso (fls. 92/95).

6. É o breve relatório.

7. Decido.

8. No julgamento do RE n. 210.976-2/SC, de minha relatoria (DJ de 12/3/98), esta Corte firmou exegese quanto à inexistência de direito adquirido do servidor do Executivo a receber remuneração paga pelo exercício de cargo similar no âmbito de outro Poder, visto que o limite constitucional da remuneração desses servidores é a importância a esse título percebida pelos Secretários de Estado, ressalvadas as vantagens pessoais, que não se incluem no teto.

9. O Ministro Sepúlveda Pertence, ao julgar caso idêntico ao dos autos, manifestou-se no mesmo sentido:

“EMENTA: Vencimentos: isonomia: inadmissibilidade de equipara-

ção por decisão judicial de Procurador do Estado a Procurador da Assembléia Legislativa, sob o fundamento de similitude de funções (Súmula 339)” (RE n. 228.038—SC, DJ 28/5/99).

10. Ante o exposto, com fundamento no artigo 577, § 1º, do Código de Processo Civil, alterado pela Lei n. 9.756/98, dou provimento ao recurso extraordinário para cassar a segurança.

Intime-se.

Brasília, 24 de junho de 1999.

Ministro Maurício Corrêa,
Relator.

**JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

RECURSOS ESPECIAIS

RECURSO ESPECIAL N. 50.385 — SANTA CATARINA — (94/0019012-3)

Relator: Ministro Ari Pargendler

Recorrente: Sergio Mendes Taborda

Advogados: Dr. Jacson Nunes e outro

Recorrida: Auto Viacão Rainha Ltda.

Advogados: Dr. Luiz Carlos Nemetz e outros

EMENTA

Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Culpa de terceiro. O proprietário do carro arremessado contra outro por culpa de terceiro não responde pelo dano causado no veículo atingido. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Menezes Direito, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter.

Brasília, 7 de junho de 1999.
(data do julgamento).

*Ministro Carlos Alberto Menezes Direito,
Presidente;
Ministro Ari Pargendler,
Relator.*

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO ARI PARGENDLER: O presente recurso especial, interposto por Sérgio Mendes Taborda, com base no artigo 105, inciso III, letra c, da Constituição Federal, ataca o acórdão assim ementado:

"1. Ação de reparação de dano causado em colisão de veículos. 2. Fato praticado por terceiro. 3. Se o acidente de veículos decorre de fato de terceiro, imprevisível e inevitável, equipara-se ao caso fortuito e não gera obrigação de indenizar para quem, em razão dele, foi envolvido na colisão. A demanda deve ser proposta contra o terceiro, por ser o único responsável pelo evento danoso. 4. Recurso conhecido e provido" (fls. 162).

O paradigma está assim transcrito:

"Responsabilidade civil. Veículo abalroado por outro. Atribuição a fato de terceiro. Irrelevância. Ação de indenização contra causador do dano. Procedência.

"(...)

"Procura o réu isentar-se da responsabilidade arguindo que foi atirado contra o automóvel do autor e por outro carro maior que depois de atingi-lo fugiu do local, não podendo ser identificado. A versão do réu tem apoio nas testemunhas que ouviu, mas isso não constitui motivo de força maior. O fato de terceiro não poderia isentar o réu de culpa. Se foi o réu quem causou os danos de que o autor se queixa, deverá responder pelo ato que praticou e se entende que foi obrigado a desviar seu automóvel para a contramão ou forçado a fazê-lo, tem ação regressiva contra o causador desse seu procedimento. Se o autor sofreu dano e causado pelo réu é este quem deverá reparar o dano, não lhe cabendo invocar ato de terceiro para se isentar de responsabilidade" (fls. 183).

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO ARI PARGENDLER: Tribunal a quo assim relatou a espécie: "Sérgio Mendes Taborada, devidamente qualificado, aforrou ação de reparação de dano contra Auto Viação Rainha Ltda., também qualificada, buscando, em linhas gerais, ressarcimento dos prejuízos sofridos em razão do ônibus da ré haver colidido na parte traseira do seu veículo. Contou que o indigitado ônibus teria sido projetado contra o seu automóvel Chevette porque, por sua vez, um caminhão não identificado atingira a sua traseira" (fls. 163).

E o modo como decidiu a causa está de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, de que são exemplos os seguintes acórdãos:

"Responsabilidade civil. Acidente automobilístico. Culpa de terceiro. Hipótese em que, reconhecida a culpa exclusiva de um dos motoristas implicados no evento danoso, não há razão para atribuir-se responsabilidade àquele que, mero agente físico dos prejuízos, foi envolvido involuntariamente no acidente. Inteligência dos arts. 160, II, 1.520 e 1.524 do Código Civil. Recurso especial não conhecido" (REsp. n. 37.062, MG, rel. Min. Barros Monteiro, DJU 5/9/94, pág. 23.108).

"Responsabilidade civil. Acidente de veículos. Culpa de terceiro. Se terceiro tornou-se o único responsável pelo acidente, o proprietário do veículo arremessado sobre outros não responde civilmente pelo dano. Incabível a aplicação analógica do art. 1.520 do Código Civil. Precedentes (REsp. ns. 12.293, PR e 14.952, PR. Recurso conhecido, pela alínea c, e não provido" (REsp. n. 52.108, PR,

rel. Min. Costa Leite, DJU 20/2/95, pág. 3.182).

Voto, por isso, no sentido de não conhecer do recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 72.318 — SANTA CATARINA (95/0041841-0)

Relator: Ministro Ari Pargendler

Recorrente: Capemi Caixa de Pecúlios Pensões e Montepios Beneficente

Advogados: Dr. Valmir Pamplona Pinheiro e outros

Recorrido: Maria: Aparecida de Lima — Espólio

Repr. por: Maria Aurora Quintilham de Lima — Inventariante

Advogados: Dr. João Leonel Machado Pereira e outro

EMENTA

Civil. Seguro de vida. Declarações inexatas. Aumento do valor do seguro. Declaração do instituidor de que não esteve em tratamento médico nem internado em estabelecimento hospitalar nos três anos anteriores. Óbito e conseqüente apuração de que a declaração era inexata. Perda da vantagem correspondente. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Nilson Naves e Menezes Direito.

Brasília, 17 de junho de 1999.
(data do julgamento).

*Ministro Ari Pargendler,
Presidente e Relator.*

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ARI PARGENDLER: Os autos dão conta de que Maria Aparecida de Lima, sócia da Capemi — Caixa de Pecúlios, Pensões e Montepio Beneficente desde 26 de setembro de 1986 (fls. 34), requereu, em 2 de dezembro de 1989, aumento do seguro (fls. 38), com substituição de beneficiários, vindo a falecer em 24 de abril de 1990 (fls. 30).

Seguiram-se duas ações, uma de consignação em pagamento proposta pela Capemi — Caixa de Pecúlios, Pensões e Montepio Beneficente contra a primitiva beneficiária (fls. 2/8, autos em apenso), outra de execução, ajuizada pelo Espólio de Maria Aparecida de Lima contra a Capemi — Cai-

xa de Pecúlios, Pensões e Montepio Beneficente (fls. 2/4, autos em apenso).

O MM. Juiz de Direito Dr. Anselmo Cerello proferiu simultaneamente sentença de procedência dos embargos do devedor opostos à ação de execução, e de improcedência da ação de consignação em pagamento (fls. 124/131).

Lê-se no julgado:

“O quadro probatório revela que se trata realmente de moléstia preexistente, que acometia a sua instituidora à época ou até meses antes de ter firmado a alteração do pacto securitário, moléstia esta omitida no ato da avença, bem assim a circunstância de ter sido submetida a intervenção cirúrgica, a biópsias, endoscopias e tratamento médico, sendo-lhe concedida licença médica por um período inquestionavelmente denunciador de uma síndrome realmente de certa gravidade.

“O fato da instituidora não saber da extensão do seu mal no ato da avença, que normalmente sucede, com os pacientes de neoplasias malignas, não é fator preponderante à confirmação do pacto, uma vez que a titular do seguro deveria ter cientificado a seguradora de seu real estado clínico, segundo seus conhecimentos, o que não ocorreu, como se apanha da proposta e do contrato de seguro e nem a respeito fizeram os beneficiários convincente prova em contrário” (fls. 129/130).

A egrégia Primeira Câmara Civil do Tribunal Estado de Santa Catarina, relator o eminente Francisco Oliveira Filho, reformou a sentença, para julgar extinta a ação de consignação

em pagamento e improcedentes os embargos do devedor, destacando-se no acórdão os seguintes trechos:

“Resta, em face disso, examinar a validade do Pedido de Unificação e Aumento de Benefício (fls. 26), diante da enfermidade constatada. O óbito ocorreu no dia 24 de abril de 1990 (fls. 19), tendo como causa ‘caquexia, vômitos, aspiração, carcinoma gástrico’. Incontroverso que o atendimento do médico Dr. Odilson Borini começou antes, pois, em 30 de junho de 1989 (fls. 66), a indigitada senhora foi submetida a intervenção cirúrgica à vista de problema gástrico, recebendo o acompanhamento apropriado. Todavia, esclareceu que ele, bem como os demais médicos de sua equipe, ‘não sabiam da enfermidade que veio acometer a referida extinta, até a data que a mesma submeteu-se a intervenção cirúrgica, ou seja, em 13/3/90, vindo a falecer pouco depois, devido à gravidade da doença’ (fls. 68). Logo, necessário é distinguir dois momentos, o primitivo, objeto de um tipo de tratamento, e o subsequente, que foi a causa do óbito. Aliás, o colendo Superior Tribunal de Justiça tem esse cuidado, constando no REsp. n. 1.610, GO, DJU 17/9/90, Min. Nilson Naves: ‘Previdenciário. Seguro Habitacional. Auxílio-doença. Aposentadoria por invalidez. Hipóteses de doenças diferentes, sendo que, ao tempo da aquisição do imóvel, ainda não havia sido detectada a última’. Mutatis mutandis, essa a espécie, convindo salientar que eventual omissão acerca do tratamento gastro, inclusive de intervenção cirúrgica, foi despicienda, porque no parecer do médico Dr. Odilson Borini a causa da morte foi outro fato. Afirmar o contrário seria desautorizar o esculá-

pio, inexistindo, ademais, elementos seguros para desconsiderá-lo.

“Sinaliza o egrégio Superior Tribunal de Justiça: REsp. n. 28.104-4, DJU 23/11/92, Min. Dias Trindade: ‘Não atenta contra o princípio da livre convicção o acórdão que se louva em todo o conjunto das provas produzidas e não apenas em um testemunho’. Pois bem, invalidar todo um contexto probatório porque teria sido omitido fato diverso do motivo do óbito é impróprio, ofendendo o princípio do livre convencimento. Esvaziam o teor do art. 1.444 do Código Civil, os documentos: a) declaração do Dr. Odilson Borini (fls. 68); b) o contrato de promessa de compra e venda do apto. n. 604 (fls. 69/70), realizado no dia 7 de fevereiro de 1990, isto é, antes do óbito, que ocorreu em 24 de abril do mesmo ano; c) Consórcio Amauri (fls. 72). A boa-fé milita, nessa conjuntura, em prol da extinta, haja vista que se tivesse ciência da dura realidade, de resto, ignorada pelos médicos, evitaria desfazer-se de bens, cujo saldo devedor estaria assegurado por outras apólices” (fls. 193/202).

Daí o presente recurso especial, interposto pela Capemi — Caixa de Pecúlios, Pensões e Montepio Beneficente, com base no artigo 105, inciso III, letras a e c, da Constituição Federal, por violação dos artigos 1.443 e 1.444 do Código Civil (fls. 204/239).

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ARI PARGENDLER: Salvo melhor juízo, não tem a menor relevância, na espécie, saber se Maria Aparecida de Lima, ao tempo em que requereu o au-

mento do benefício, estava acometida de doença insidiosa, aquela que a levou ao decesso.

Importa, sim, decidir se omitiu dado relevante ao preencher o requerimento de aumento do benefício.

Lê-se no requerimento:

“1. Saúde e atividade.

“A) Sofre ou sofreu de alguma moléstia ou doença nos últimos 3 anos, que o tenha obrigado a consultar médicos, fazer tratamentos ou submeter-se a intervenções cirúrgicas, hospitalizações, afastando-se das atividades normais ou do trabalho? NÃO” (fls. 38).

Comprovadamente, ela esteve em tratamento médico no citado período, inclusive submetendo-se a cirurgia, tendo sido internada em estabelecimento hospitalar no período de 23 de junho de 1989 a 7 de julho de 1989, menos de cinco meses antes de requerer o aumento do benefício — fatos reconhecidos no acórdão recorrido (fls. 198).

Por isso, no modo como decidiu, o Tribunal a quo contrariou o artigo 1.444 do Código Civil, a saber:

“Art. 1.444 — Se o segurado não fizer declarações verdadeiras e completas, omitindo circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito ao valor do seguro, e pagará o prêmio vencido”.

Voto, por isso, no sentido de conhecer do recurso especial e de dar-lhe provimento para restabelecer a autoridade da sentença de Primeiro Grau.

RECURSO ESPECIAL N. 172.750 — SANTA CATARINA — (98/30902-0) — (5.917)**Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito****Recorrentes: Bebidas Max Wilhelm Ltda. e outros****Advogados: Dr. Everaldo Luís Restanho e outros****Recorrido: Banco Nacional S/A****Advogados: Dr. Belmiro Pereira Júnior e outros***EMENTA*

Embargos à execução. Aditamento. Possibilidade. Matéria dos embargos à execução. Título extrajudicial.

1. A teor do art. 598 do Código de Processo Civil, as regras do processo de conhecimento aplicam-se ao processo de execução. Nessa toada, é possível o aditamento da inicial até o momento da intimação do embargado, não se aplicando o limite do prazo previsto no art. 738 do mesmo Código, para esse efeito, porque destinado, apenas, ao tempo disponível para a oposição à execução por meio de embargos. Como assentado em precedente da Corte, a matéria dos embargos à execução por título extrajudicial é muito ampla, nos termos do comando do art. 745 do Código de Processo Civil, não sendo possível o veto judicial genérico.

2. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento. Participaram do julgamento os Senhores Ministros Nilson Naves, Waldemar Zveiter e Ari Pargendler. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Eduardo Ribeiro.

Brasília, 24 de junho de 1999.
(data do julgamento).

*Ministro Carlos Alberto Menezes Direito,
Presidente e Relator.*

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO: Bebidas Max Wilhelm Ltda. e outros interpõem recurso especial, com fundamento na alínea a do permissivo constitucional, contra Acórdão unânime proferido pela Segunda Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, assim ementado, verbis:

“Embargos à execução. Aditamento. Preclusão. Art. 738, caput, CPC.

“Ainda que se entenda cabível o aditamento da inicial dos embargos à execução antes de intimado o embargado para impugná-los, deve o embargante requerê-lo antes de esgotado prazo do caput do art. 738 do CPC, após o que se opera a preclusão” (fls. 57).

Houve embargos de declaração (fls. 92/93), rejeitados (fls. 96 a 98).

Sustentam os recorrentes haver o Acórdão combatido contrariado os artigos 598 e 745 do Código de Processo Civil.

No tocante ao art. 598, alegam que, diante da inexistência de norma específica para regular a possibilidade de aditamento aos embargos à execução, deve-se aplicar, subsidiariamente, as normas do processo de conhecimento. Assim, incide ao presente caso o art. 294 do Código de Processo Civil, que dispõe ser possível o aditamento do pedido até o momento da citação.

Quanto ao art. 745, aduzem ser possível deduzir qualquer matéria nos embargos à execução de título extrajudicial, visto que referido artigo não fixa limites.

Houve contra-razões (fls. 124 a 129) e o recurso especial foi admitido (fls. 131).

É o relatório.

Embargos à execução. Aditamento. Possibilidade. Matéria dos embargos à execução. Título extrajudicial.

1. A teor do art. 598 do Código de Processo Civil, as regras do processo de conhecimento aplicam-se ao processo de execução. Nessa toada, é possível o aditamento da inicial até o momento da intimação do embargado, não se aplicando o limite do prazo previsto no art. 738 do mesmo Código, para esse efeito, porque destinado, apenas, ao tempo disponível para a oposição à execução por meio de embargos. Como assentado em precedente da Corte, a matéria dos embargos à execução por título extrajudicial é muito ampla, nos termos do comando do art. 745 do Código de Processo Civil, não sendo possível o veto judicial genérico.

2. Recurso especial conhecido e provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO: A recorrente agravou de instrumento contra despacho que não admitiu o aditamento dos embargos à execução seja porque contrário ao sistema do Código de Processo Civil seja porque a única finalidade é a desconstituição do título executivo e o “aditamento pretendido pelos embargantes, com ampliação do tema litigioso, abarcando matéria extratitulada, foge ao âmbito dos embargos”. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, entendendo embora cabível o aditamento, considerou-o possível, apenas, “antes do prazo do caput do art. 738 do CPC, após o que se opera a preclusão”. Os declaratórios foram rejeitados. O especial aponta violação aos artigos 598 e 745 do Código de Processo Civil.

Na minha compreensão a empresa recorrente tem razão. O Acórdão recorrido entendeu cabível o aditamento, porém submetido ao prazo de dez dias do art. 738 do Código de Processo Civil. Ora essa limitação não tem amparo. O prazo do art. 738 referido é relativo aos embargos, não ao aditamento. E, como sabido, o aditamento decorre da aplicação das regras do processo de conhecimento, que se aplicam ao processo de execução a teor do art. 598 do Código de Processo Civil. Ora, a limitação não pode ser nunca a do prazo para a interposição dos embargos à execução. Isso seria, a meu juízo, uma contradição inaceitável. Se a parte tem o prazo de dez dias para manifestar a sua oposição à execução, é evidente que ela pode ingressar até o último dia do prazo, e, nesse caso, o aditamento, não mais seria possível, pela decisão recorrida, o que, evidentemente, malfez a aplicação subsidiária do processo de conhecimento ao processo de execução. A limitação é a resposta

do agravado. Enquanto não houver a intimação do embargado para responder, a parte pode emendar a inicial.

Por outro lado, não tem substância a fronteira posta pelo Acórdão recorrido sobre o âmbito da discussão nos embargos à execução. Em precedente de que foi Relator o Senhor Ministro Eduardo Ribeiro, esta Corte decidiu que “nos termos do art. 745 do CPC é ampla a matéria que pode ser deduzida como fundamento dos embargos. Entre elas a compensação. Não se há de indeferir produção de prova tendente a mostrar que ocorreu” (REsp. n. 46.427—SP, DJ de 23/5/94). Isso quer dizer que não vale repelir o âmbito sob o fundamento de não estar o obrigado autorizado “a deduzir o que bem entender”. É preciso examinar a matéria em concreto, o que, no caso, não foi feito pelo Acórdão recorrido.

Com essas razões, eu conheço do especial e lhe dou provimento para admitir o aditamento, prosseguindo o feito como de direito.

RECURSO ESPECIAL N. 182.495 — SANTA CATARINA — (98/53487-3) — (6.499)

Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito

Recorrente: Incorporadora e Imobiliária Gaivota Ltda.

Advogado: Dr. Aquiles Garcia

Recorridos: Neusa Maria de Mello e outro

Advogado: Dr. Horst Schadeck

EMENTA

— *Competência. Ação com pedidos múltiplos, assim o cumprimento do contrato, a outorga de escritura pública, a entrega de dois terrenos, a abertura de duas avenidas e as perdas e danos pela não entrega dos bens e serviços prometidos. Art. 100, IV, d, do Cód-*

go de Processo Civil. Código de Defesa do Consumidor. Precedentes da Corte.

1. Tratando-se de ação com pedidos múltiplos, assim o cumprimento do contrato, a outorga de escritura pública, a entrega de dois terrenos, a abertura de duas avenidas e as perdas e danos pela não entrega dos bens e serviços prometidos, a competência é a do art. 100, IV, d, do Código de Processo Civil.

2. Na linha de jurisprudência consolidada da Corte, o Código de Defesa do Consumidor não se aplica aos contratos anteriores à sua vigência.

3. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento. Participaram do julgamento os Senhores Ministros Nilson Naves, Waldemar Zveiter e Ari Pargendler. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Eduardo Ribeiro.

Brasília, 24 de junho de 1999.
(data do julgamento).

*Ministro Carlos Alberto Menezes Direito,
Presidente e Relator.*

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO: Incorporadora e Imobiliária Gaivota Ltda. interpõe recurso especial, com fundamento nas alíneas a e c do permissivo constitucional, contra

Acórdão proferido pela Terceira Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, nos autos de exceção de incompetência tirado em ação de conhecimento declaratória de obrigação de fazer. O Aresto está assim ementado, verbis:

“Agravo de instrumento — Processual — Competência territorial — Concurso de normas — CPC e CDC.

“Tendo o autor fundamentado a ação no Código de Defesa do Consumidor, é-lhe facultado ajuizá-la no foro de seu domicílio (CDC, art. 101, I) mesmo em concurso com dispositivos do Código de Processo Civil, haja vista que a norma específica do CDC prepondera sobre o regramento genérico da lei adjetiva civil” (fls. 118).

Sustenta a recorrente violação aos artigos 94, 100, inciso IV, alíneas a e d, inciso V, alínea a e parágrafo único do Código de Processo Civil, 101, inciso I, da Lei n. 8.078/90, 2º, § 2º, e 6º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, além de dissídio jurisprudencial.

No tocante ao artigo 100, parágrafo único, do Código de Processo

Civil, sustenta que este não se aplica para a fixação da competência no presente caso, pois refere-se apenas às “ações de reparação de dano sofrido em razão de delito ou acidente de veículos”, não podendo ser estendido às ações resultantes de inadimplemento contratual. Ao aplicar o referido dispositivo contrariou, ainda, os artigos 94 e 100, incisos IV, alíneas a e d, e V, alínea a, que seriam os pertinentes para eleição de foro no caso de inadimplemento contratual.

Aduz que o Acórdão recorrido, ao concluir pela preponderância do Código de Defesa do Consumidor sobre a norma genérica do Código de Processo Civil, violou os artigos 2º e 6º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, e esclarece que o art. 101, inciso I, da Lei n. 8.078/90 não incide sobre contratos firmados anteriormente à sua edição e que só tem aplicação nas ações de responsabilidade decorrentes do fato do produto ou serviço, o que não é a hipótese dos autos.

Apontam dissídio jurisprudencial, trazendo à colação julgados desta Corte.

Houve embargos de declaração (fls. 125 a 130), rejeitados (fls. 133 a 137).

Houve contra-razões (fls. 173 a 184) e o recurso especial foi admitido (fls. 186/187).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO: A recorrente ingressou com agravo de instrumento contra decisão

proferida nos autos de exceção de incompetência em ação declaratória de obrigação de fazer, insurgindo-se “contra aplicação da norma inserta no parágrafo único do art. 100 do CPC para a fixação da competência territorial, pois não se está à frente de uma situação delitual ou acidentária de trânsito, mas, sim, de inadimplemento contratual, pelo que dever-se-ia ter lugar a regra do art. 100, IV, letras a e d, e inciso V, letra a, também do CPC. Alegou, ainda, que o art. 101, I, do Co-decon não incide sobre contratos celebrados antes de sua vigência, devendo ser declinada a competência para o foro da comarca de Balneário Camboriú”. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina negou provimento ao recurso.

O contrato de compra e venda de imóvel a que se refere o feito é de 1978, questionando os autores o descumprimento de obrigação assumida para a abertura de duas avenidas. Se o contrato é de 1978, sob todas as luzes, não há falar em Código de Defesa do Consumidor que é de 1991, conforme ampla jurisprudência da Corte, trazidos dois paradigmas no especial.

Não se aplicando ao caso o Código de Defesa do Consumidor, deve-se buscar a regra própria do Código de Processo Civil. O pedido é múltiplo agregando o cumprimento do contrato e a reparação de danos materiais e morais pelo inadimplemento contratual. O Acórdão recorrido fez referência ao parágrafo único do art. 100 do Código de Processo Civil, com base em precedente de que foi Relator o Senhor Ministro Costa Leite, no sentido de que os delitos nele referidos são os de natureza civil e penal.

A meu sentir, para o caso, envolvendo o cumprimento de contrato anterior ao Código de Defesa do Consumidor, deve ser aplicado o art. 100, IV, d, do Código de Processo Civil, ou seja, o lugar em que a obrigação deve ser satisfeita, considerando a existência de pedidos múltiplos, assim o cumprimento do contrato, a outorga de escritura pública, a entrega de dois terrenos, a abertura de duas avenidas e as perdas e danos pela não entrega dos bens e serviços prometidos. Há precedente de que foi Relator o Senhor Ministro Waldemar Zveiter indicando o mesmo caminho, destacando o voto condutor ensinamento do Senhor Ministro Athos Gusmão Carneiro, nos termos seguintes:

“Assim consoante ensinamento do eminente colega Min. Athos Carnei-

ro a hipótese situa-se na combinação dos incisos IV, d, e V do art. 100 do CPC, seja por se exigir do réu o cumprimento de obrigação contratual ou em que se pede indenização pelo descumprimento da obrigação assumida contratualmente (Forum obligationis, art. 100, IV, d), seja porque se pretende o ressarcimento por perdas e danos decorrentes de ato ilícito ou fato ilícito (art. 100, V) o que deve ocorrer no lugar do avençado para o adimplemento da obrigação ou onde tenha ocorrido o ato ou fato que se imputa (Jurisdição e Competência, 6ª ed., fls. 80/81, Ed. Saraiva)” (REsp. n. 84.642—DF, DJ de 24/6/96).

Eu conheço do especial e lhe dou provimento para mandar aplicar o art. 100, IV, d, do Código de Processo Civil.

ÍNDICE NUMÉRICO

AÇÃO RESCISÓRIA

98.008421-0	—	Ibirama.....	482
-------------	---	--------------	-----

AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO

99.004676-1	—	Blumenau.....	507
-------------	---	---------------	-----

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

96.001913-8	—	Xanxerê	427
97.005491-2	—	Gaspar	430
97.015239-6	—	Capital.....	448
98.000556-6	—	Sombrio.....	450
98.010337-1	—	Capital.....	463
98.012554-5	—	Chapecó	469
98.014590-2	—	Taió	479
98.015232-1	—	Chapecó	411
98.015856-7	—	Itajaí	515
98.016261-0	—	Lages	420
98.017136-9	—	Capinzal.....	457
99.000087-7	—	Timbó	466
99.001218-2	—	Capital.....	424
99.001421-5	—	Campo Erê.....	432
99.002193-9	—	Quilombo.....	438
99.004384-3	—	Araranguá	442

APELAÇÕES CÍVEIS

49.332	—	Capital.....	102
50.653	—	Blumenau.....	200
88.075365-2	—	Rio do Sul	361
88.077836-8	—	Joinville	385
88.078871-1	—	Blumenau.....	366
88.084267-9	—	Joinville	376
88.084717-4	—	Capital.....	393
88.085715-6	—	Braço do Norte.....	400
88.089196-7	—	Ibirama	407
96.001487-0	—	Capital.....	352

96.005426-0	— Campos Novos	382
96.005839-7	— Capital.....	287
96.006465-6	— Fraiburgo.....	340
96.006567-9	— Balneário Camboriú	278
96.006700-0	— Capital.....	213
97.000131-2	— Xanxerê	247
97.002422-3	— Campos Novos	292
97.002939-0	— Tubarão.....	94
97.005764-4	— Blumenau.....	260
97.007647-9	— Urussanga.....	109
97.008074-3	— Urussanga.....	109
97.008619-9	— Balneário Camboriú	150
97.008628-8	— Capital.....	225
97.008723-3	— Tubarão.....	236
97.009152-4	— Capital.....	282
97.010358-1	— Capital.....	342
97.011070-7	— Taió	82
97.012655-7	— Capital.....	344
97.013282-4	— Brusque	85
97.014554-3	— Criciúma.....	123
97.015542-5	— Capital.....	147
97.015293-0	— Criciúma.....	145
98.000296-6	— Criciúma.....	316
98.000420-9	— Capital.....	238
98.001172-8	— Capital.....	129
98.002464-1	— Capital.....	185
98.004021-3	— Joinville	241
98.004540-1	— Porto União.....	90
98.005126-6	— Joinville	98
98.006188-1	— Chapecó	189
98.006281-0	— Biguaçu.....	136
98.009750-9	— Lauro Müller	243
98.011792-5	— Balneário Camboriú	347
98.013125-1	— Videira.....	254
98.013316-5	— Criciúma.....	191
98.013451-0	— São José.....	60
98.014333-0	— Capital.....	159
98.014376-4	— São José.....	331
98.015097-3	— Campos Novos	65
98.015941-5	— Gaspar	266
98.017124-5	— Capital.....	171
98.018133-0	— Criciúma.....	271
99.000829-0	— Jaraguá do Sul.....	196
99.002149-1	— São Carlos	76
99.003559-0	— Lages	355
99.004647-8	— Blumenau.....	180

APELAÇÕES CÍVEIS EM MANDADOS DE SEGURANÇA

5.055	— Blumenau.....	39
97.003519-5	— Capital.....	57
97.004643-0	— Videira.....	50
99.000882-7	— Blumenau.....	33

APELAÇÕES CRIMINAIS

97.010573-8	— Laguna.....	565
97.010667-0	— Balneário Camboriú.....	570
97.011155-0	— Rio Negrinho.....	575
97.012070-2	— Timbó.....	580
98.002704-7	— São Bento do Sul.....	588
98.005732-9	— Timbó.....	656
98.010529-3	— Timbó.....	617
98.010740-7	— Indaial.....	666
98.012886-2	— Joaçaba.....	622
98.014861-8	— Balneário Camboriú.....	673
98.015710-2	— Itajaí.....	629
99.000243-8	— Capital.....	595
99.001361-8	— Itajaí.....	632
99.001498-3	— Balneário Camboriú.....	679
99.001759-1	— Anita Garibaldi.....	696
99.001788-5	— Lebon Régis.....	600
99.002036-3	— Seara.....	702
99.002284-6	— Balneário Camboriú.....	604
99.003306-6	— Itajaí.....	644
99.003815-7	— Sombrio.....	648
99.003820-3	— Blumenau.....	652
99.004157-3	— Bom Retiro.....	705
99.004613-3	— Capital.....	609
99.006331-3	— Itajaí.....	714
99.006963-0	— Lages.....	721
99.007730-6	— Pinhalzinho.....	727

EMBARGOS INFRINGENTES

97.011616-0	— Orleans.....	492
98.002339-4	— Capital.....	744

HABEAS CORPUS

98.014151-6	— Santo Amaro da Imperatriz.....	528
98.016445-1	— Blumenau.....	534
99.000311-6	— Capital.....	521
99.000900-9	— Criciúma.....	532
99.007476-5	— Palhoça.....	542

MANDADOS DE SEGURANÇA

98.004315-8	—	Capital.....	23
98.006899-1	—	São José.....	25
99.003913-7	—	Rio do Sul.....	31

RECURSO DE AGRAVO

98.008071-1	—	Lebon Régis.....	733
-------------	---	------------------	-----

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

242.586-7	—	Santa Catarina (STF).....	757
-----------	---	---------------------------	-----

RECURSOS CRIMINAIS

98.004936-9	—	Blumenau.....	546
99.000247-0	—	Balneário Camboriú.....	553

RECURSOS ESPECIAIS

50.385	—	Santa Catarina (STJ).....	761
72.318	—	Santa Catarina (STJ).....	763
172.750	—	Santa Catarina (STJ).....	766
182.495	—	Santa Catarina (STJ).....	768

ÍNDICE POR ASSUNTO

A

AÇÃO

- Carência — Decretação. Mandado de injunção. Ausência de pressupostos processuais. 196
- Declaratória — Conexão por prejudicialidade com anulatória de escritura pública de rerratificação. Reconhecimento. Recurso pendente nos autos da ação de anulação. Não conhecimento. Reunião das ações para evitar decisões contraditórias. Remessa dos autos à Câmara Cível Especial conforme disposto nos Atos Regimentais ns. 29/95 e 33/97. Determinação. 340
- Preempção e possessória — Conexão. Admissibilidade. Discricionariedade do magistrado. Julgamento em separado. Possibilidade. Exegese do art. 105 do CPC. 150

AÇÃO ANULATÓRIA

- Escritura pública de rerratificação — Conexão por prejudicialidade com ação declaratória. Reconhecimento. Recurso pendente nos autos da ação de anulação. Não conhecimento. Reunião das ações para evitar decisões contraditórias. Remessa dos autos à Câmara Cível Especial conforme disposto nos Atos Regimentais ns. 29/95 e 33/97. Determinação. 340

AÇÃO CAUTELAR

- *Vide* Medida cautelar.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

- Creches — Convênios. Renovação/prorrogação. Atraso no repasse das verbas pelo governo estadual. Demanda interposta pelo Ministério Público. Legitimidade. Proteção dos interesses relativos à criança e ao adolescente. Autonomia do Executivo. Independência que deve pautar-se pelo interesse da coletividade. Intervenção do Judiciário. Admissibilidade ante a política pública prioritária e o fim social da lei. Ação procedente. Pena pecuniária. Adequação. Remessa parcialmente provida. 159

- Entidade de previdência privada — Menor sob guarda. Inscrição como dependente de associado. Indeferimento. Situação excepcional descaracterizada. Fumus boni iuris incomprovado. Agravo provido. 469
- Município — Aquisição de trator agrícola. Contrato de financiamento. Prestação de serviços a um grupo particular de agricultores reunidos em condomínio. Encargos onerosos assumidos pela municipalidade. Constatação. Legitimidade do Ministério Público caracterizada. Proteção do patrimônio público e social e de interesses difusos e coletivos. Licitação. Ausência. Impossibilidade. Suspensão liminar das obrigações assumidas pelo município. Deferimento. Pedido procedente. Recurso e remessa desprovidos. 400
- Ótica — Prescrição de lentes de contato por técnico ótico com equipamento de uso exclusivo de médico oftalmologista. Perigo à saúde pública evidenciado. Violação ao art. 39 do Decreto n. 20.931/32 e ao art. 13 do Decreto n. 24.492/34. Ressarcimento dos danos. Impossibilidade. Necessidade de as vítimas integrem a lide. Honorários advocatícios. Aplicação do art. 21, parágrafo único, do CPC. Recurso parcialmente provido. 385

AÇÃO COMINATÓRIA

- Vide Cominatória.

AÇÃO DE ALIMENTOS

- Vide Alimentos.

AÇÃO DE COBRANÇA

- Crédito contratual — Fornecimento de aço galvanizado. Dívida remanescente. Correção monetária. Utilização de cláusula de escala móvel. Admissibilidade. Critérios próprios para o reajuste dos preços e dos pagamentos. Avença superveniente modificativa do prazo e da forma de pagamento. Observância e interpretação contratual que deve ater-se às vontades dos contraentes. Aplicação do art. 1.030 do CC. Pleito procedente. Recurso desprovido. 213
- Cumulação com ação ordinária de reconhecimento de direito — Policial militar. Passagem para a reserva em razão de invalidez. Pretendida percepção do soldo do posto imediatamente superior. Inacolhimento. Ausência de relação de causa e efeito entre a doença e as condições inerentes à vida militar. Benefício do auxílio-invalidez. Cabimento. Exegese do art. 54 da Lei n. 6.218/83. Recurso parcialmente provido. 102
- Seguro de vida em grupo — Morte de empregado inserido no contrato de cobertura. Período de carência não integralizado. Pleito improcedente. Sentença reformada. 254

AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO

- Vide Consignação em pagamento.

AÇÃO DE DEPÓSITO

- Vide Depósito.

AÇÃO DE IMISSÃO DE POSSE

- Vide Possessória.

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO

- Vide Indenização.

AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

- Vide Investigação de paternidade.

AÇÃO DE PREEMPÇÃO

- Parceria agrícola — Direito de preferência na compra do imóvel. Inexistência no instituto da parceria. Exclusão pelo Estatuto da Terra. Pleito improcedente. 150

AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS

- Vide Prestação de contas.

AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE

- Vide Possessória.

AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO

- Vide Repetição de indébito.

AÇÃO DECLARATÓRIA

- Conexão por prejudicialidade com anulatória de escritura pública de rerratificação — Reconhecimento. Recurso pendente nos autos da ação de anulação. Não conhecimento. Reunião das ações para evitar decisões contraditórias. Remessa dos autos à Câmara Cível Especial conforme disposto nos Atos Regimentais ns. 29/95 e 33/97. Determinação. 340
- Nulidade de ato jurídico — Promessa de compra e venda. Unidade habitacional. Obra inacabada. Pagamento integral. Adquirentes induzidos em vício. Constatação. Cessão de direitos à Comissão de Representantes de Condomínio responsável pela conclusão da obra. Restituição dos valores pagos à construtora e ao condomínio. Verba devida. Perdas e danos. Incomprovação. Exclusão. Recurso parcialmente provido. 278
- Reconhecimento de sociedade concubinária — Cumulação com petição de herança. Falecimento do companheiro. Chamamento

dos herdeiros na qualidade de litisconsortes necessários. Indispensabilidade. Solução da causa com reflexos nos interesses comuns e individuais das partes. 466

AÇÃO ORDINÁRIA

— Reconhecimento de direito — Cumulação com ação de cobrança. Policial militar. Passagem para a reserva em razão de invalidez. Pretendida percepção do soldo do posto imediatamente superior. Inacolhimento. Ausência de relação de causa e efeito entre a doença e as condições inerentes à vida militar. Benefício do auxílio-invalidez. Cabimento. Exegese do art. 54 da Lei n. 6.218/83. Recurso parcialmente provido..... 102

AÇÃO PAULIANA

— Procedência — Efeitos que beneficiam apenas o credor que a promoveu e escapam aos demais. 427

AÇÃO PENAL

— Trancamento — Impossibilidade. Indícios da participação do paciente na ação delituosa. Configuração. Justa causa para a deflagração da demanda criminal. 534

AÇÃO POPULAR

— Câmara de Vereadores — Lei municipal. Aumento de vencimentos dos agentes políticos municipais. Fixação para a mesma legislatura. Impossibilidade. Restrição municipal e estadual. Ocorrência. Elevação de percentual que depende de anterior definição dos subsídios dos ministros do Supremo Tribunal Federal. Efeitos do ato legislativo suspensos. Agravo desprovido. 457

— Indeferimento da inicial — Incabimento. Exordial que aponta ofensa ao princípio da moralidade administrativa. Dispensabilidade de prejuízo material aos cofres públicos. Decisão anulada. Determinação de tramitação normal da ação deflagrada. 260

AÇÃO REGRESSIVA

— Seguradora — Pagamento de indenização. Incêndio em oficina mecânica. Destruição de veículo segurado. Obrigação de indenizar, regressivamente, da depositária. Denúnciação à lide, por esta, de sua seguradora. Condenação da denunciada no montante segurado. 247

AÇÃO REIVINDICATÓRIA

— Vide Reivindicatória.

AÇÃO RESCISÓRIA

- Violação a literal disposição de lei — Configuração. Decisão ultra petita. Infração de natureza processual. Sentença rescindenda condenatória. Adaptação. Admissibilidade. Rescisória parcialmente procedente. 482

ACIDENTE DE TRÂNSITO

- Homicídio culposo — Colisão de automóvel com motocicleta na contramão de direção. Imprudência demonstrada. Boletim de ocorrência. Presunção juris tantum. Provas testemunhais seguras. Culpa caracterizada. Condenação mantida. 705
- Homicídio culposo — Embriaguez ao volante. Crimes punidos com detenção. Enquadramento do paciente nas hipóteses do inciso II do art. 313 do CPP. Inadmissibilidade. Prisão preventiva injustificada. Direito de o réu responder ao processo em liberdade. Ordem concedida. 528
- Homicídio culposo — Empréstimo de veículo a pessoa não habilitada. Morte do condutor e do passageiro. Inexistência de culpa do proprietário. Fato imprevisível. Ausência de vinculação psicológica. Absolvição decretada. 714
- Homicídio culposo — Excesso de velocidade. Constatação. Ultrapassagem em local proibido. Previsibilidade da ocorrência do evento. Prova testemunhal. Pequenas divergências. Irrelevância. Imprudência caracterizada. Condenação mantida. 714
- Homicídio qualificado — Surpresa. Dolo eventual. Inconfiguração. Ausência de elementos que indiquem ter o agente assumido o risco do resultado. Desclassificação para a modalidade culposa. Decisão mantida. Recurso ministerial desprovido. 553
- Homicídio simples — Réu que dirige seu veículo em perímetro urbano, em velocidade excessiva e embriagado. Dolo eventual caracterizado. Decisão dos jurados que não contraria a prova dos autos. Conjunto probatório respaldado inclusive numa das versões apresentadas pelo acusado. Condenação mantida. Agravante do art. 61, II, letra I, do CP. Exclusão. Adequação da pena. Recurso parcialmente provido. 570
- Lesão corporal culposa — Co-autoria. Evento provocado por menor de idade que conduzia automóvel de sua mãe. Prova insegura da responsabilidade da acusada. Absolvição mantida. 673

AGRAVO DE INSTRUMENTO

- Vide Recurso.

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

- Busca e apreensão — Conversão em ação de depósito do bem. Impossibilidade de entrega da coisa. Inadimplemento parcial de consórcio e mora do devedor. Comprovação. Condenação a restituir o equivalente em dinheiro do saldo devedor do consórcio e não conforme o valor do bem. Exegese dos arts. 902 e 904, ambos do CPC. Recurso parcialmente provido. 347

ALIMENTOS

- Ação de exoneração — Alegação de maioridade civil dos alimentandos e de que exercem atividade remunerada. Incabimento. Filhos cursando nível superior. Manutenção da verba. 241
- Acordo judicial — Descumprimento pelo alimentante, sob alegação de ter perdido o emprego e constituído nova família. Sentença que manteve a obrigação. Desencargo, contudo, de pensionar a filha maior. 344

APELAÇÃO CRIMINAL

- Vide Recurso crime.

APOSENTADORIA

- Especial — Magistério. Professora. Pretendida cumulação de tempo de serviço prestado em atividades distintas do magistério. Vedação. Exegese do art. 40, III, letra b, da CF. Segurança denegada. 23

ARREMATÇÃO

- Vide Venda judicial.

ARRENDAMENTO

- Mercantil — Ação de reintegração de posse. Veículo. Procedência. Valor Residual Garantido pago antecipadamente. Devolução. Admissibilidade sob pena de enriquecimento ilícito da instituição financeira. Recurso provido. 271
- Mercantil — Leasing. Revisão contratual. Alegação de excessiva onerosidade das prestações. Teoria da imprevisão. Incabimento. Pacta sunt servanda. Valor Residual Garantido (VRG). Conceito. Obrigatoriedade nos pactos de arrendamento. Código de Defesa do Consumidor. Inaplicabilidade nos contratos de leasing. Juros. Utilização da Taxa Referencial (TR) como indexador. Admissibilidade. Limite constitucional do art. 192, § 3º, da CF. Norma que depende de regulamentação. Divergência sobre estes últimos aspectos. Recurso desprovido. Maioria de votos. 292

- Mercantil — Veículo. Ação de reintegração de posse. Cobrança antecipada do valor residual. Circunstância que descaracteriza o contrato de arrendamento para uma compra e venda a prazo. Inviabilidade, neste caso, da reintegratória. Ausência dos requisitos do art. 927 do CPC. Recurso desprovido. 266
- ARRENDAMENTO RURAL**
- Parceria agrícola — Distinção. Ação de preempção. Direito de preferência na compra do imóvel. Inexistência no instituto da parceria. Exclusão pelo Estatuto da Terra. Pleito improcedente. 150
- ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR**
- Vide Crime contra os costumes.
- ATO ADMINISTRATIVO**
- Mandado de segurança — Transporte rodoviário intermunicipal de passageiros. Deferimento a outra empresa da exploração seccionada da linha em que a impetrante é concessionária. Protesto administrativo. Inacolhimento. Pagamento de emolumentos não efetuado. Falta de oportunidade para a complementação da verba. Inobservância dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Anulação do ato. Segurança deferida. 57
- ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA**
- Art. 14..... 25
- ATO ILÍCITO**
- Vide Indenização.
- ATO JURÍDICO**
- Anulação — Promessa de compra e venda. Unidade habitacional. Obra inacabada. Pagamento integral. Adquirentes induzidos em vício. Constatação. Cessão de direitos à Comissão de Representantes de Condomínio responsável pela conclusão da obra. Restituição dos valores pagos à construtora e ao condomínio. Verba devida. Perdas e danos. Incomprovação. Exclusão. Recurso parcialmente provido. 278
- AUTOS**
- Retirada do cartório — Permissão para pessoa autorizada por advogado. Cassação pelo magistrado. Imputação, ao autorizado, da autoria de fatos desabonadores. Poder-dever do togado investido do munus de administrador. Interesses da ordem pública, socie-

dade e justiça. Ausência de ilegalidade ou abuso de poder. Segurança denegada.	31
---	----

B

BUSCA E APREENSÃO

- Conversão em ação de depósito — Alienação fiduciária do bem. Inadimplemento parcial de consórcio e mora do devedor. Comprovação. Impossibilidade da entrega da coisa. Condenação a restituir o equivalente em dinheiro do saldo devedor do consórcio e não conforme o valor do bem. Exegese dos arts. 902 e 904, ambos do CPC. Recurso parcialmente provido. 347
- Medida cautelar preparatória — Pretendida apreensão de cheques assinados em branco. Liminar indeferida. Interposição de agravo de instrumento. Incabimento. Ausência do requisito do *fumus boni iuris*. Recurso desprovido. 448

C

CÂMARA DE VEREADORES

- Lei municipal — Aumento de vencimentos dos agentes políticos municipais. Fixação para a mesma legislatura. Impossibilidade. Restrição municipal e estadual. Ocorrência. Elevação de percentual que depende de anterior definição dos subsídios dos ministros do Supremo Tribunal Federal. Efeitos do ato legislativo suspensos. Agravo desprovido. 457

CARÊNCIA DA AÇÃO

- Vide Ação.

CARTA PRECATÓRIA

- Inquiritória — Testemunha de defesa. Julgamento do feito. Admissibilidade. Cumprimento da precatória que não suspende a instrução criminal. Exegese do art. 222, §§ 1º e 2º, do CPP. Falta de intimação do defensor. Indemonstração. Ciente estampado na peça. Nulidades processuais improcedentes. 565

CERCEAMENTO DE DEFESA

- Inocorrência — Julgamento antecipado da lide. Admissibilidade. Dispensabilidade de quaisquer outras provas além dos documentos já produzidos pelas partes para a solução da lide. 331
- Inocorrência — Julgamento antecipado da lide. Admissibilidade. Matéria de direito e de fato. Prova documental suficiente à solução da lide. Preliminar afastada..... 129
- Inocorrência — Julgamento antecipado da lide. Admissibilidade. Prova documental suficiente para formar o convencimento do julgador. Preliminar rejeitada. 282
- Inocorrência — Julgamento antecipado da lide. Admissibilidade. Prova documental suficiente para um julgamento de plano. Preliminar rejeitada..... 171
- Inocorrência — Prova pericial. Indeferimento. Preclusão configurada. Preliminar afastada. 200

CHEQUE

- Assinado em branco — Medida cautelar preparatória de busca e apreensão dos títulos. Liminar indeferida. Interposição de agravo de instrumento. Incabimento. Ausência do requisito do *fumus boni iuris*. Recurso desprovido. 448

CO-AUTORIA

- Crime contra a fé pública — Falsificação de documento particular. Co-autoria. Inocorrência. Mera ciência ou concordância que não tipifica o delito. Absolvição decretada. 721
- Lesão corporal culposa — Acidente de trânsito. Evento provocado por menor de idade que conduzia automóvel de sua mãe. Prova insegura da responsabilidade da acusada. Absolvição mantida. 673

COCAÍNA

- Vide Crime contra a saúde pública.

CÓDIGO CIVIL

- Art. 85..... 225
- Art. 102..... 171
- Art. 104..... 171
- Art. 106, parágrafo único..... 427
- Art. 113, parágrafo único..... 427
- Art. 158..... 278
- Art. 159..... 76, 366 e 482
- Art. 246..... 123
- Art. 263, XII 123
- Art. 517..... 109

— Art. 572.....	393
— Art. 755.....	65
— Art. 765.....	65
— Arts. 781 a 788.....	65
— Art. 878.....	282
— Art. 960.....	331
— Art. 1.009.....	271
— Art. 1.027.....	213
— Art. 1.056.....	278
— Art. 1.058.....	247
— Art. 1.059.....	278
— Art. 1.208.....	147
— Art. 1.245.....	366
— Art. 1.300.....	98
— Art. 1.317, I e II.....	411
— Art. 1.388.....	123
— Art. 1.438.....	76
— Art. 1.443.....	76
— Art. 1.454.....	247
— Art. 1.456.....	247
— Art. 1.460.....	254
— Art. 1.518.....	432
— Art. 1.521, III.....	355
— Art. 1.537, I e II.....	136
— Art. 1.538.....	482
— Art. 1.539.....	482

CÓDIGO COMERCIAL (Lei n. 556/1850)

— Art. 334.....	123
-----------------	-----

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (Lei n. 8.078/1990)

— Art. 47.....	271
— Art. 51, IV.....	271
— Art. 81, I e II.....	159
— Arts. 91 a 100.....	385

CÓDIGO DE DIVISÃO E ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA (Lei n. 5.624/1979)

— Art. 73.....	25
----------------	----

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

— Art. 20.....	191 e 432
— Art. 20, § 3º.....	316
— Art. 20, § 3º, a, b e c.....	180

— Art. 20, § 4º	85, 180 e 225
— Art. 20, § 5º	492
— Art. 21	82 e 85
— Art. 47	466
— Art. 48	385
— Art. 70, III	355 e 442
— Art. 100, IV	768
— Art. 103	340
— Art. 105	150
— Art. 106	340
— Arts. 125 e seguintes	31
— Art. 128	150 e 254
— Art. 130	482
— Art. 131	185
— Art. 155	316
— Art. 162, § 2º	507
— Art. 165	150
— Art. 174, I e III	39
— Art. 183	438
— Art. 244	271
— Art. 245	109
— Art. 267, I e IV	260
— Art. 267, IV	94, 243 e 382
— Art. 267, VI	266
— Art. 273	65, 109, 420 e 469
— Art. 273, § 2º	450
— Art. 284	189
— Art. 299	271
— Art. 302	171
— Art. 303	254 e 442
— Art. 319	347
— Art. 330, I	159
— Art. 331	200
— Art. 333	482
— Art. 333, I	278 e 492
— Art. 333, I e II	171
— Art. 397	393
— Art. 398	393
— Art. 436	109
— Art. 458	150, 243 e 352
— Art. 459	150
— Art. 459, parágrafo único	278
— Art. 460	482
— Art. 467	109

— Art. 471.....	352
— Art. 473.....	109
— Art. 475, II.....	450
— Art. 485, V.....	482
— Art. 511.....	109
— Art. 511, § 1º.....	393
— Art. 514.....	352
— Art. 515, § 1º.....	171 e 352
— Art. 522.....	200
— Art. 527, III.....	463 e 466
— Arts. 530 e seguintes.....	492
— Art. 557.....	515
— Art. 558, <i>caput</i>	420
— Art. 583.....	180
— Art. 585, II.....	60, 180, 189 e 282
— Art. 586.....	479
— Art. 593.....	316 e 427
— Art. 598.....	766
— Art. 602.....	136, 238 e 492
— Art. 606.....	393
— Art. 607.....	393
— Arts. 607 e seguintes.....	385
— Art. 610.....	432
— Art. 612.....	438
— Art. 613.....	438
— Art. 614, II.....	189 e 382
— Art. 616.....	189 e 382
— Art. 618, I.....	382
— Art. 628.....	342
— Arts. 632 e seguintes.....	282
— Art. 665.....	316
— Art. 666.....	316
— Art. 690, § 2º.....	438
— Art. 692.....	438
— Art. 711.....	427 e 438
— Art. 712.....	438
— Art. 713.....	438
— Art. 738.....	766
— Art. 738, IV.....	282
— Art. 744.....	109
— Art. 744, § 1º.....	94
— Art. 745.....	766
— Art. 751.....	438
— Art. 798.....	282

— Art. 799	65 e 282
— Art. 806	352
— Art. 813	171
— Art. 814	171
— Art. 868	438
— Art. 899, § 2º	109
— Art. 901	347
— Art. 902	347
— Art. 904	347
— Art. 922	271
— Art. 927	90
— Art. 1.046, § 1º	316
— Art. 1.109	352

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (Lei n. 9.139/1995)

— Art. 552	507
— Art. 557, parágrafo único	507

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

— Art. 40	171
— Art. 41	534 e 546
— Art. 43	534 e 546
— Art. 61	666
— Art. 74, §§ 1º e 2º	553
— Art. 82	666
— Art. 156	644
— Art. 157	553
— Art. 222, §§ 1º e 2º	565
— Art. 310, parágrafo único	528 e 542
— Art. 311	542
— Art. 312	528, 532 e 542
— Art. 313, II e III	528
— Art. 322	528
— Art. 386, III	580 e 595
— Art. 386, VI	580, 595, 600, 656, 666, 673, 679, 696 e 744
— Art. 391	673
— Art. 408	553
— Art. 409	553
— Art. 410	553
— Art. 411	553
— Art. 500	673
— Art. 580	580 e 588
— Art. 581, I	546
— Art. 593, I	570

— Art. 593, III, a, c e d.....	652
— Art. 598.....	673
— Art. 600, § 4º.....	580
— Art. 617.....	629
— Art. 648, I.....	521
— Art. 648, I e VI.....	534

CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO (Lei n. 9.503/1997)

—	553
— Art. 302, parágrafo único, III.....	528
— Art. 304.....	534
— Art. 305.....	528
— Art. 306.....	528, 534 e 542
— Art. 308.....	534
— Art. 310.....	714

CÓDIGO PENAL

— Art. 121, caput.....	542 e 570
— Art. 121, § 2º, II.....	534 e 570
— Art. 121, § 2º, III e IV.....	652
— Art. 121, § 2º, IV.....	553
— Art. 121, § 3º.....	705 e 714
— Art. 129, § 1º, I.....	534
— Art. 129, § 2º, II.....	542
— Art. 129, § 6º.....	673 e 705
— Art. 132.....	656 e 666
— Art. 155, caput.....	580 e 629
— Art. 155, § 4º, I e IV.....	580
— Art. 157, § 2º, I e II.....	588 e 648
— Art. 158, § 1º.....	595
— Art. 171, caput.....	595 e 721
— Art. 171, § 1º.....	595
— Art. 213.....	696, 702 e 727
— Art. 214.....	575 e 727
— Art. 224, a.....	575, 696 e 702
— Art. 225, § 1º, II,	575
— Art. 226, II.....	702
— Art. 226, II e III.....	575
— Art. 271.....	656
— Art. 272, caput e §§ 1º e 2º.....	666
— Art. 288, parágrafo único.....	588
— Art. 297, caput.....	604
— Art. 298.....	721
— Art. 299.....	171

— Art. 300.....	721
— Art. 304.....	604
— Art. 307.....	588, 629 e 652
— Art. 331.....	31
— Art. 333.....	580, 600 e 666

CÓDIGO PENAL (Lei n. 7.209/1984)

— Art. 2º, parágrafo único.....	721 e 733
— Art. 14, II.....	580, 595, 629 e 696
— Art. 18, I.....	534 e 553
— Art. 29.....	588, 656, 673, 714, 721 e 727
— Art. 33.....	652
— Art. 44, I.....	721
— Art. 44, III.....	580
— Art. 44, parágrafo único.....	705
— Art. 59.....	570, 575, 580, 588, 600, 632, 648, 679 e 705
— Art. 59, I, II e III.....	733
— Art. 59, III e IV.....	721
— Art. 61.....	604
— Art. 61, I.....	580, 588 e 705
— Art. 61, II, e.....	575
— Art. 61, II, L.....	570
— Art. 63.....	546
— Art. 65, III, d.....	575, 580, 588 e 632
— Art. 68.....	580
— Art. 68, parágrafo único.....	588
— Art. 69.....	534, 595, 629, 656, 666, 721 e 727
— Art. 70.....	705 e 714
— Art. 71, caput.....	575
— Art. 71.....	528, 546, 580, 644, 705 e 721
— Art. 76.....	652
— Art. 77.....	696 e 705
— Art. 77, II e III.....	580
— Art. 77, III.....	721
— Art. 78, § 1º.....	721
— Art. 91, II, a.....	632
— Art. 107, IV.....	666
— Art. 109, VI.....	617 e 666
— Art. 110, §§ 1º e 2º.....	617 e 666

CÓDIGO PENAL (Lei n. 9.268/1996)

— Art. 78, § 2º.....	705 e 721
— Art. 114, II.....	666

CÓDIGO PENAL (Lei n. 9.714/1998)

—	3, 17, 609 e 721
— Art. 44	600
— Art. 44, I, II e III	609 e 721
— Art. 44, § 2º	721
— Art. 44, § 3º	705

CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (Lei n. 5.172/1966)

— Art. 123	424
— Art. 185	316

COMINATÓRIA

— Imóvel — Condomínio. Substituição de portas e colocação de grades num dos blocos residenciais. Pretendida remoção de ambas. Acolhimento do pedido no tocante à retirada das portas. Decisão mantida.	342
--	-----

COMPETÊNCIA

— Ação com pedidos múltiplos — Cumprimento de contrato. Competência do juízo do lugar em que a obrigação deve ser satisfeita. Aplicação do art. 100, IV, letra d, do CPC. Recurso especial provido.	768
— Mandado de segurança — Ensino superior. Ato administrativo praticado pelo reitor da universidade. Autarquia municipal. Competência da justiça estadual para processar e julgar o writ.	39

COMPRA E VENDA

— Imóvel — Fraude à execução. Inocorrência. Devedor. Citação posterior à data do registro do bem em cartório. Embargos procedentes.	316
---	-----

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA

— Vide Promessa de compra e venda.	
------------------------------------	--

CONCURSO

— Público — Mandado de segurança. Prova de títulos. Admissão de docente. Desclassificação de candidato aprovado sem o curso de especialização exigido no edital. Resolução da própria entidade. Legalidade. Autonomia constitucional das universidades. Aplicação do art. 207 da CF. Segurança denegada.	39
--	----

CONCURSO DE AGENTES

— Roubo — Qualificadora reconhecida independentemente da identificação do comparsa.	648
---	-----

CONEXÃO

- Ação de preempção e possessória — Admissibilidade. Discricionariedade do magistrado. Julgamento em separado. Possibilidade. Exegese do art. 105 do CPC. 150

CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO

- Depósito — Recusa em receber por despido o débito de atualização monetária e juros. Homologação parcial do cálculo atualizado e dos juros. Insurgimento do credor após transitada em julgado a sentença homologatória. Possibilidade. Exegese do art. 899, § 2º, do CPC. Diferença constatada. Verba devida. Recurso parcialmente provido. 109

CONSTITUIÇÃO ESTADUAL

- 1989 — Art. 111, V 457
- Art. 163, I 159
- Art. 181 656

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

- 1988 — Art. 3º 50
- Art. 5º, caput 50
- Art. 5º 31
- Art. 5º, I 123
- Art. 5º, II 50 e 57
- Art. 5º, V 236
- Art. 5º, X 236
- Art. 5º, XIII 50
- Art. 5º, XX 287
- Art. 5º, XXII 393
- Art. 5º, XXIV 393
- Art. 5º, XXXIV 57
- Art. 5º, XXXV 150 e 466
- Art. 5º, XXXVIII, d 553
- Art. 5º, XL 721
- Art. 5º, XLIII 679
- Art. 5º, XLVI 679 e 733
- Art. 5º, LV 57
- Art. 5º, LX 316
- Art. 5º, LXIII 629 e 679
- Art. 5º, LXXI 196
- Art. 5º, LXXIII 260

— Art. 5º, § 2º	629
— Art. 8º, caput	287
— Art. 8º, I e II	287
— Art. 29, V e VI	457
— Art. 37, caput	457
— Art. 37, § 6º	85, 147 e 430
— Art. 40, III, b	23
— Art. 98, I	673
— Art. 100	450
— Art. 105, III, c	761
— Art. 129, III	400
— Art. 155, § 2º, XII, b	145
— Art. 170	50
— Art. 183	407
— Art. 192, caput	292
— Art. 192, § 3º	82 e 292
— Art. 205	361
— Art. 207	39
— Art. 208, IV	159
— Art. 209	361
— Art. 225	656
— Art. 226, caput	361
— Art. 226, § 5º	123
— Art. 226, § 8º	361
— Art. 227	159 e 361
— Art. 227, § 3º, V	521
— Art. 228	521
— Art. 236, § 3º	25
— Art. 243, parágrafo único	632

CONTESTAÇÃO

- Intempestividade — Revelia. Decretação. 347

CONTRATO

- Abertura de crédito em conta corrente — Título executivo extrajudicial. Inconfiguração. Inviabilidade do manejo da execucional. Aplicação da Súmula 14 do TJSC. 180
- Abertura de crédito fixo — Execução. Embargos do devedor. Título executivo líquido e certo. Caracterização. Juros. Capitalização. Inadmissibilidade. Taxa de juros de 12% ao ano. Aplicabilidade diante do disposto no art. 192, § 3º, da CF. Honorários advocatí-

cios. Fixação da verba em obediência ao disposto no art. 21 do CPC. Recursos parcialmente providos.	82
— Abertura de crédito fixo — Hígidez da operação creditícia. Título hábil a aparelhar processo execucional.	479
— Abertura de crédito pessoal — Pacto de natureza diversa daqueles de abertura de crédito rotativo. Título executivo extrajudicial caracterizado. Exegese do art. 585, II, do CPC.	189
— Abertura de crédito rotativo em conta corrente e de crédito fixo — Distinção.	479
— Arrendamento mercantil — Leasing. Revisão contratual. Alegação de excessiva onerosidade das prestações. Teoria da imprevisão. Incabimento. Pacta sunt servanda. Valor Residual Garantido (VRG). Conceito. Obrigatoriedade nos pactos de arrendamento. Código de Defesa do Consumidor. Inaplicabilidade nos contratos de leasing. Juros. Utilização da Taxa Referencial (TR) como indexador. Admissibilidade. Limite constitucional do art. 192, § 3º, da CF. Norma que depende de regulamentação. Divergência sobre estes últimos aspectos. Recurso desprovido. Maioria de votos. .	292
— Cumprimento — Ação com pedidos múltiplos. Competência do juízo do lugar em que a obrigação deve ser satisfeita. Aplicação do art. 100, IV, letra d, do CPC. Recurso especial provido.	768
— Mútuo — Saldo devedor. Execução. Ação instruída com o demonstrativo do débito e o extrato de conta. Liquidez, certeza e exigibilidade do título demonstradas.	60
— Promessa de compra e venda — Ação declaratória de nulidade de ato jurídico. Unidade habitacional. Obra inacabada. Pagamento integral. Adquirentes induzidos em vício. Constatação. Cessão de direitos à Comissão de Representantes de Condomínio responsável pela conclusão da obra. Restituição dos valores pagos à construtora e ao condomínio. Verba devida. Perdas e danos. Incomprovação. Exclusão. Recurso parcialmente provido.	278
— Resolução — Medida cautelar preparatória cumulada com pedido de perdas e danos. Liminar deferida. Sustação dos efeitos de procurações outorgadas a credores para a autocomposição de créditos decorrentes de operações financeiras não implementadas com diligência e discernimento. Dano irreversível aos devedores. Configuração do <i>fumus boni iuris</i> e do <i>periculum in mora</i> . Ato judicial mantido. Agravo desprovido.	411

CORREÇÃO MONETÁRIA

— Ação de cobrança — Crédito contratual. Utilização de cláusula móvel na correção monetária. Admissibilidade. Observância e interpretação da vontade dos contraentes.	213
--	-----

CORRUPÇÃO ATIVA

- Vide Crime contra a administração pública.

CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

- Corrupção ativa — Acusado que ao ser flagrado cometendo delito ofereceu recompensa a policial civil. Insuficiência de prova acerca da conduta do agente. Absolvição decretada. 666
- Corrupção ativa — Concurso material com furto qualificado na forma tentada e delito do art. 16 da Lei de Tóxicos. Inconfiguração das imputações ante o conjunto probatório amealhado e sua insuficiência para um decreto condenatório. Absolvição decretada com base no art. 386, III e IV, do CPP. Recurso defensivo provido. 580
- Corrupção ativa — Pagamento de propina a guarda rodoviário visando a isenção de multa. Comprovação. Delito configurado. Condenação. Recurso ministerial provido. 600

CRIME CONTRA A FÉ PÚBLICA

- Falsidade de documento particular — Prejuízo efetivo. Desnecessidade. Delito que se aperfeiçoa no momento da inserção de informação falsa no documento. Condenação mantida. Co-autoria. Inocorrência. Mera ciência ou concordância que não tipifica o delito. Absolvição decretada. Recurso parcialmente provido. 721

CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

- Sonegação fiscal — Alegação de parcelamento da dívida antes do oferecimento da denúncia. Incomprovação. Extinção da punibilidade afastada. Denúncia que responsabiliza penalmente sócio-gerente e administrador de fato da empresa pelo delito capitulado. Exordial acusatória recebida apenas quanto ao sócio-gerente pelo exercício de direção na sociedade à época dos fatos. Recurso ministerial parcialmente provido. 546
- Sonegação fiscal — Omissão deliberada do pagamento do ICMS. Constatação. Materialidade do delito comprovada. Confissão do co-réu aliada à confissão parcial do apelante e do fiscal de tributos. Condenação mantida. Recurso desprovido. 644

CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA

- Corrupção de substância alimentícia — Condenação. Venda de vidros de palmito em conserva. Presença de bactérias. Constatação. Produto impróprio para o consumo humano. Comprovação. Pretendida desclassificação para o delito do art. 132 do CP. Impossibilidade. Crime praticado contra a incolumidade pública. Conduta dolosa. Dúvida. Desclassificação para a forma culposa. Corrupção ativa. Insuficiência de prova. Absolvição. Extinção da

- punibilidade. Decretação de ofício. Recurso parcialmente provido. 666
- Narcotraficância — Condenação. Acusado que não portava qualquer tipo de droga. Substância entorpecente apreendida com terceiros. Anemia probatória quanto ao envolvimento do embargante. Configuração. Absolvição decretada. Aplicação do princípio in dubio pro reo. Inteligência do art. 386, VI, do CPP. Embargos infringentes acolhidos. Maioria de votos. 744
- Tóxico — Porte de maconha. Delito em concurso material com furto qualificado na forma tentada e corrupção ativa. Inconfiguração das imputações ante o conjunto probatório amealhado e sua insuficiência para um decreto condenatório. Absolvição decretada com base no art. 386, III e IV, do CPP. Recurso defensivo provido. . 580
- Tráfico de entorpecente — Alegação de nulidades processuais. Inocorrência. Preliminares improcedentes. Pretendida desclassificação para uso próprio. Inadmissibilidade. Droga apreendida com o réu e destinada ao comércio. Comprovação. Depoimento de policiais. Validade. Condenação mantida. Recurso desprovido. 565
- Tráfico de entorpecente — Apreensão de expressiva quantidade de cocaína e de instrumentos destinados à sua prensagem. Comprovação. Depoimentos de policiais. Validade. Associação eventual. Caracterização. Condenação mantida. 679
- Tráfico de entorpecente — Cocaína. Delito caracterizado. Depoimentos de policiais firmes e coerentes. Validade. Associação eventual. Comprovação. Aplicação do art. 18, III, da Lei n. 6.368/76. Pretendido reconhecimento do crime na forma tentada. Inadmissibilidade. Apreensão de automóvel preparado para o transporte da droga e de dinheiro oriundo do narcotráfico. Confisco mantido. Pena. Redução. Análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP. Recursos providos parcialmente. 632
- Tráfico de entorpecente — Cocaína. Prova. Depoimento de policiais. Validade. Delito configurado. Pena privativa de liberdade. Substituição por restritiva de direitos. Inviabilidade. Pena pecuniária. Adequação de ofício. Sentença condenatória mantida. Recurso desprovido. 609
- Tráfico de entorpecente — Maconha. Mulher de preso que leva a substância para fornecimento ao companheiro no presídio, em decorrência de ameaças feitas por ele. Comprovação. Irresistibilidade da ação diante das circunstâncias. Demonstração. Absolvição mantida. Recurso ministerial desprovido. 622
- Tráfico de entorpecente — Maconha. Pequena quantidade. Réu que faz acerto prévio para a entrega da substância a um colega de vício. Prisão ocorrida antes da consumação da transação. Mera

conduta mercantil insuficiente para lastrear condenação no art. 12 da Lei Antitóxicos. Pretensão desclassificatória para o art. 16 da Lei n. 6.368/76 procedente. Recurso provido. 617

CRIME CONTRA OS COSTUMES

- Atentado violento ao pudor — Delito praticado por pai contra filhas menores de idade. Alegação de não possuir discernimento do crime praticado em face do seu baixo nível cultural. Inadmissibilidade. Conhecimento do caráter ilícito dos fatos demonstrado. Pretendida aplicação do art. 263, item 5, do ECA. Impossibilidade. Dispositivo revogado pelas Leis ns. 8.072/90 e 9.281/96. Argumentos defensivos improcedentes. Autoria confessada pelo réu e referendada pela mãe e pelas ofendidas. Condenação mantida. Majorante do art. 226, III, do CP. Aplicação indevida. Redução da pena. Recurso parcialmente provido..... 575
- Estupro — Delito imputado a ex-amásio da mãe da ofendida. Pretendida exclusão da agravante do art. 226, II, parte final, do CP. Impossibilidade. Demonstrada autoridade do agente sobre a vítima. Recurso desprovido. 702
- Estupro — Vítima menor de quatorze anos. Violência presumida. Caracterização. Consentimento da ofendida. Indemonstração. Conjunção carnal não consumada. Tentativa configurada. Palavras da vítima confirmadas por testemunha visual. Condenação. Recurso ministerial provido. 696
- Estupro e atentado violento ao pudor — Ato infracional praticado por adolescentes. Concurso de agentes. Representação procedente. Aplicação de medida socioeducativa de internamento prevista no art. 112, VI, do ECA. Pretendida substituição da medida imposta. Viabilidade diante das condições pessoais dos menores. Recurso provido. 727

CRIME IMPOSSÍVEL

- Inconfiguração — Roubo. Res furtiva não apreendida. Circunstância que não destipifica o delito. Condenação fulcrada nas declarações da vítima, na confissão extrajudicial dos apelantes e no conjunto probatório amealhado..... 588

D

DANO ESTÉTICO

- Cumulação com dano moral — Cabimento. 482

— Majoração do quantum — Atendimento. Sequelas físicas permanentes.	238
DANO MORAL	
— Acidente de trânsito — Acolhimento do pleito. Quantum arbitrado corretamente. Seguradora denunciada. Pretendida exclusão da indenização. Impossibilidade. Verba inserida na apólice de seguros por danos pessoais.	355
— Acidente de trânsito — Verba devida. Condenação que visa a reparar parcialmente a dor e a perda do ente querido. Quantum mantido.	136
— Cumulação com dano estético — Cabimento.	482
— Majoração do quantum — Atendimento. Vítima que sofreu abalo moral devastador.	238
— Quantum indenizatório — Majoração. Incabimento. Verba fixada adequadamente.	236
DEFESA DO CONSUMIDOR	
— Código — Inaplicabilidade aos contratos anteriores à sua vigência.	768
— Código — Inaplicabilidade nos contratos de leasing.	292
DENÚNCIA	
— Crime contra a ordem tributária — Sonegação fiscal. Alegação de parcelamento da dívida antes do oferecimento da denúncia. Incomprovação. Extinção da punibilidade afastada. Peça ministerial que responsabiliza penalmente sócio-gerente e administrador de fato da empresa pelo delito capitulado. Exordial acusatória recebida apenas quanto ao sócio-gerente pelo exercício de direção na sociedade à época dos fatos. Recurso ministerial parcialmente provido.	546
— Inépcia — Inocorrência. Peça exordial que preenche os pressupostos do art. 41 do CPP.	534
DENUNCIAÇÃO DA LIDE	
— Ação de indenização — Policial civil. Atos praticados fora do exercício da função. Responsabilidade civil própria e não do Estado. Denúnciação à lide da entidade pública. Descabimento. Legitimidade passiva ad causam do agente caracterizada.	430
— Ação regressiva — Seguradora. Pagamento de indenização. Incêndio em oficina mecânica. Destruição de veículo segurado. Obrigação de indenizar, regressivamente, da depositária. Denúnciação à lide, por esta, de sua seguradora. Condenação da denunciada no montante segurado.	247

DEPÓSITO

- Bem alienado fiduciariamente — Busca e apreensão. Impossibilidade de entrega da coisa. Inadimplemento parcial de consórcio e mora do devedor. Comprovação. Condenação a restituir o equivalente em dinheiro do saldo devedor do consórcio e não conforme o valor do bem. Exegese dos arts. 902 e 904, ambos do CPC. Recurso parcialmente provido. 347

DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA

- Indenização — Imóvel. Bem integrado ao domínio público por meio de plano de urbanização instituído pela municipalidade. Verba devida. Juros moratórios e compensatórios. Aplicação, respectivamente, das Súmulas 70 e 114, ambas do STJ. 393

DESPESAS PROCESSUAIS

- Fixação recíproca — Aplicação do art. 21 do CPC. 85

DIVÓRCIO

- Litigioso — Cumulação com partilha de bens de sociedade comercial. Regime de comunhão de bens. Cota-parte do capital social. Divisão eqüitativa entre os cônjuges por ocasião da separação. Formação de sub-sociedade entre os ex-cônjuges. Configuração. Bens adquiridos pela sociedade, após o rompimento da vida conjugal, com produto apenas do trabalho da ex-mulher. Incomunicabilidade ao ex-marido. Exegese dos arts. 246 e 263, XII, ambos do CC. Recurso parcialmente provido. 123

DOCUMENTO

- Novo — Juntada. Admissibilidade. Exegese do art. 397 do CPC. 393

DOCTRINA

- A Lei n. 9.714/98 - Os crimes hediondos e de tráfico ilícito de entorpecentes — Dr. Nilton João de Macedo Machado, Juiz de Direito Substituto de Segundo Grau e Professor Universitário. 3
- Penas alternativas (Lei n. 9.714/98) — Questões sobre sua aplicabilidade — Dra. Iasodara Fin Nishi, Juíza de Direito Substituta. .. 17

E**EMBARGOS À EXECUÇÃO**

- Vide Execução.

EMBARGOS DE TERCEIRO

- Fraude à execução — Inocorrência. Imóvel. Compra e venda. Devedor. Citação posterior à data do registro do bem em cartório. Embargos procedentes. Decisão mantida. 316
- Promessa de compra e venda — Imóvel financiado. Arresto. Ato declarado insubsistente. Julgamento antecipado da lide. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Decisão citra petita. Inconfiguração. Alegação de fraude contra credores. Descabimento de embargos. Exegese da Súmula 195 do STJ. Recurso desprovido,... 171

EMBARGOS DO DEVEDOR

- Execução — Boleto bancário. Documento inviável à execucional. Descumprimento ao disposto no art. 614, II, do CPC. Apelo provido. 382
- Execução — Contrato. Abertura de crédito fixo. Título executivo líquido e certo. Caracterização. Juros. Capitalização. Inadmissibilidade. Taxa de juros de 12% ao ano. Aplicabilidade diante do disposto no art. 192, § 3º, da CF. Honorários advocatícios. Fixação da verba em obediência ao disposto no art. 21 do CPC. Recursos parcialmente providos. 82

EMENDA CONSTITUCIONAL N. 19/98

- 457

ESTABELECIMENTO DE ENSINO

- Mensalidades escolares — Redução. Família com mais de um filho em escola privada. Viabilidade. Exegese do art. 24 do Decreto-Lei n. 3.200/41. Norma não revogada expressa ou tacitamente pela legislação ordinária e recepcionada pela Carta Magna de 1988. Deferimento do pedido. 361

ESTADO

- Vide Pessoa jurídica de direito público.

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**(Lei n. 8.069/1990)**

— Art. 1º	727
— Art. 4º	159
— Art. 6º	521
— Art. 19	469
— Art. 33, §§ 1º, 2º e 3º	469
— Art. 54, IV	159
— Art. 99	727
— Art. 103	521 e 727
— Art. 110	521
— Art. 112, III, IV, VI e § 1º	727
— Art. 113	727
— Art. 117	727
— Art. 118, § 1º	727
— Art. 121, caput	727
— Art. 122, I, II, III e § 2º	727
— Art. 152	521
— Art. 198, VII	727
— Art. 201, V	159
— Art. 226	521
— Art. 263, item 5	575

ESTATUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

— Lei n. 4.215/1963 — Art. 99 e parágrafos	191
— Lei n. 8.906/1994 — Art. 7º	31
— Art. 22, §§ 2º e 4º	191
— Art. 23	191

ESTATUTO DA TERRA (Lei n. 4.504/1964)

— Art. 92 e parágrafos	150
------------------------------	-----

ESTATUTO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS CIVIS DO ESTADO DE SANTA CATARINA (Lei n. 6.745/1985)

— Art. 62, VIII	129
— Art. 189	129

ESTATUTO DOS POLICIAIS MILITARES DO ESTADO DE SANTA CATARINA (Lei n. 6.218/1983)

— Art. 54	102
— Art. 109, II	102
— Art. 111, I, II, V e VI	102
— Art. 113, § 2º	102

— Art. 114, II.....	102
ESTELIONATO	
— Fraude ou lesão patrimonial — Ausência. Delito não caracterizado. Absolvição decretada.	595
ESTUPRO	
— Vide Crime contra os costumes.	
EXECUÇÃO	
— Arrematação — Preço vil. Constatação. Nulidade do arremate. Decretação.	438
— Contrato — Abertura de crédito fixo. Higidez da operação creditícia. Título hábil a aparelhar processo execucional.	479
— Contrato — Abertura de crédito pessoal. Pacto de natureza diversa daqueles de abertura de crédito rotativo. Título executivo extrajudicial caracterizado. Exegese do art. 585, II, do CPC. Sentença de extinção do processo reformada. Recurso provido. Prosseguimento da execucional.	189
— Embargos — Aditamento da inicial. Possibilidade. Aplicação dos arts. 294 e 598, ambos do CPC.	766
— Embargos — Contrato de abertura de crédito em conta corrente. Título executivo extrajudicial. Inconfiguração. Inviabilidade do manejo da execucional. Aplicação da Súmula 14 do TJSC.	180
— Embargos — Honorários sucumbenciais. Juntada de contrato. Desnecessidade. Alegação de ilegitimidade ativa ad causam do causídico exequente. Inconfiguração. Questionamento da base de cálculo. Inadmissibilidade. Sentença transitada em julgado. Embargos rejeitados. Condenação da embargante em nova verba honorária e litigância de má-fé. Cabimento. Defesa meramente protelatória. Quantum da pena acessória. Adequação. Recurso parcialmente provido.	191
— Embargos do devedor — Boleto bancário. Documento inviável. Descumprimento ao disposto no art. 614, II, do CPC. Apelo provido.	382
— Embargos do devedor — Contrato. Abertura de crédito fixo. Título executivo líquido e certo. Caracterização. Juros. Capitalização. Inadmissibilidade. Taxa de juros de 12% ao ano. Aplicabilidade diante do disposto no art. 192, § 3º, da CF. Honorários advocatícios. Fixação da verba em obediência ao disposto no art. 21 do CPC. Recursos parcialmente providos.	82
— Exceção de pré-executividade — Arguição incidental. Hipóteses de cabimento.	479

- Fraude — Inocorrência. Imóvel. Compra e venda. Devedor. Citação posterior à data do registro do bem em cartório. Embargos procedentes. Decisão mantida. 316
- Hipotecária — Sistema Financeiro da Habitação (SFH). Avisos regulamentares entregues no endereço residencial do mutuário. Validade e suficiência. Manifesto desinteresse do mutuário em liquidar o débito. Adjudicação do bem ao credor. Determinação. Desoneração da obrigação, pelo mutuário, de pagar o restante da dívida. Decisão mantida. Apelo desprovido. 331
- Obrigação de fazer — Prestação infungível. Termo de transação firmado entre as partes. Título executivo extrajudicial. Caracterização. Embargos à execucional. Oposição intempestiva. Cumprimento da obrigação determinada. Ação julgada procedente. Decisão mantida. 282
- Saldo devedor — Contrato de mútuo. Execucional instruída com o demonstrativo do débito e o extrato de conta. Liquidez, certeza e exigibilidade do título demonstradas. 60

EXECUÇÃO DE SENTENÇA

- Vide Sentença.

EXECUÇÃO FISCAL

- Embargos — Participação de agentes de fiscalização no produto da arrecadação de multas referentes ao ICMS. Inconstitucionalidade. Remessa e recurso voluntário providos. 145
- IPTU — Débito. Acordo homologado judicialmente em que a locatária assume a responsabilidade pelo pagamento da dívida do locador. Descumprimento da avença. Prosseguimento da ação executiva contra o substituto tributário. Possibilidade. Agravo provido. . 424

EXECUÇÃO PENAL

- Crime hediondo — Recurso de agravo. Interposição pelo Ministério Público contra despacho que modificou ex officio a parte dispositiva da sentença, assegurando ao agravado a progressão de regime. Anulação por desrespeito à coisa julgada. Apelo provido.... 733

EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

- Decretação de ofício — Prescrição da pretensão punitiva do Estado. 666

EXTORSÃO

- Grave ameaça — Incomprovação. Delito não configurado. Aplicação do in dubio pro reo. Absolvção decretada. 595

F

FALSA IDENTIDADE

- Delito não tipificado — Réu que utiliza o falsum para esconder o passado criminal como autodefesa. Aplicação do art. 5º, LXIII, e § 2º, da CF. Ausência de dolo específico inserto no art. 307 do CP. Habeas corpus concedido de ofício para afastar a condenação. 629

FALSIDADE DOCUMENTAL

- Carteira Nacional de Habilitação — Documento falso. Comprovação. Delito do art. 304 do CP configurado. Condenação mantida. .. 604

FÉRIAS FORENSES

- Mandado de segurança — Interrupção do prazo recursal. 39

FRAUDE À EXECUÇÃO

- Vide Execução.

FRAUDE CONTRA CREDORES

- Embargos de terceiro — Meio processual impróprio. Descabimento de apreciação. Exegese da Súmula 195 do STJ. 171

FUNCIONÁRIO PÚBLICO

- Magistério — Professora. Tempo de serviço. Aposentadoria especial. Pretendida cumulação de tempo de serviço prestado em atividades distintas do magistério. Vedação. Exegese do art. 40, III, letra b, da CF. Segurança denegada. 23

FURTO

- Tentativa — Conexão com falsa identidade. Condenação. Recurso exclusivo da acusação objetivando a aplicação da pena privativa de liberdade. Improcedência. Crime do falsum não tipificado. Constatação. Reformatio in melius. Admissibilidade. Inteligência do art. 617 do CPP. Habeas corpus concedido de ofício para afastar a condenação pelo delito do art. 307 do CP. 629

FURTO PRIVILEGIADO

- Descabimento no crime de roubo — Violência empregada contra pessoas e não contra a coisa. 588

FURTO QUALIFICADO

- Tentativa — Concurso material com crime de corrupção ativa e delito do art. 16 da Lei de Tóxicos. Inconfiguração das imputações ante o conjunto probatório amalhado e sua insuficiência para um decreto condenatório. Absolvição decretada com base no art. 386, III e IV, do CPP. Recurso defensivo provido. 580

H**HABEAS CORPUS**

- Homicídio culposo — Acidente de trânsito. Embriaguez ao volante. Crimes punidos com detenção. Enquadramento do paciente nas hipóteses do inciso II do art. 313 do CPP. Inadmissibilidade. Prisão preventiva injustificada. Direito de o réu responder em liberdade. Ordem concedida. 528
- Homicídio qualificado — Concurso material com lesão corporal grave, omissão de socorro, embriaguez ao volante e racha. Denúncia. Inépcia. Inocorrência. Indícios da participação do paciente. Configuração. Infrações em tese tipificadas. Impossibilidade do trancamento da ação penal. Dolo eventual e motivo fútil. Incompatibilidade. Agravante da futilidade descaracterizada. Exclusão. Ordem concedida para esse fim. 534
- Menor — Ato infracional. Remissão cumulada com prestação de serviço à comunidade. Direção perigosa. Fato não configurado. Hipótese de falta de habilitação para dirigir. Mera infração administrativa. Falta de justa causa. Reconhecimento. Pretensão socioeducativa prescrita. Ordem concedida. 521
- Prisão em flagrante — Liberdade provisória. Indeferimento. Requisitos do art. 312 do CPP inexistentes. Crime que não representa perigo à ordem pública. Concessão do pleito. 542
- Prisão preventiva — Ausência de fundamentação. Constatação. Despacho segregatório que se limita a fazer citações doutrinárias e jurisprudenciais sem, no entanto, aplicá-las à hipótese sub examen. Ordem concedida. 532

HERANÇA

- Ação declaratória — Reconhecimento de sociedade concubinária cumulada com petição de herança. Falecimento do companheiro. Chamamento dos herdeiros na qualidade de litisconsortes neces-

sários. Indispensabilidade. Solução da causa com reflexos nos interesses comuns e individuais das partes. 466

HIPOTECA

- Cancelamento — Unidade habitacional. Quitação integral do preço. Comprovação. Empreendimento financiado pelo SFH. Insolvibilidade da construtora. Inércia da instituição financeira que deveria fiscalizar e controlar o empreendimento, inclusive anuir nas vendas das unidades. Boa-fé do adquirente configurada. Recurso provido. Cessação dos efeitos da hipoteca. 225

HOMICÍDIO

- Acidente de trânsito — Réu que dirige seu veículo em perímetro urbano em velocidade excessiva e embriagado. Dolo eventual caracterizado. Decisão dos jurados que não contraria a prova dos autos. Conjunto probatório respaldado inclusive numa das versões apresentadas pelo acusado. Condenação mantida. 570

HOMICÍDIO CULPOSO

- Acidente de trânsito — Colisão de automóvel com motocicleta na contramão de direção. Imprudência demonstrada. Boletim de ocorrência. Presunção juris tantum. Provas testemunhais seguras. Culpa caracterizada. Condenação mantida. 705
- Acidente de trânsito — Embriaguez ao volante. Crimes punidos com detenção. Enquadramento do paciente nas hipóteses do inciso II do art. 313 do CPP. Inadmissibilidade. Prisão preventiva injustificada. Direito de o réu responder ao processo em liberdade. Ordem de habeas corpus concedida. 528
- Acidente de trânsito — Empréstimo de veículo a pessoa não habilitada. Morte do condutor e do passageiro. Inexistência de culpa do proprietário. Fato imprevisível. Ausência de vinculação psicológica. Absolvição decretada. 714
- Acidente de trânsito — Excesso de velocidade. Constatação. Ultrapassagem em local proibido. Previsibilidade da ocorrência do evento. Prova testemunhal. Pequenas divergências. Irrelevância. Imprudência caracterizada. Condenação mantida. 714
- Reincidência — Pretendida substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Impossibilidade. 705

HOMICÍDIO QUALIFICADO

- Habeas corpus — Delito em concurso material com lesão corporal grave, omissão de socorro, embriaguez ao volante e racha. Denúncia. Inépcia. Inocorrência. Indícios da participação do paciente. Configuração. Infrações em tese tipificadas. Impossibilidade do trancamento da ação penal. Dolo eventual e motivo fútil.

- Incompatibilidade. Agravante da futilidade descaracterizada. Exclusão. Ordem concedida para esse fim. 534
- Júri — Alegação de erro ou injustiça na aplicação da pena. Indemonstração. Postulação desprovida de qualquer fundamento. Não conhecimento. Nulidade posterior à pronúncia e decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Inocorrência. Condenação mantida. Recurso desprovido. 652
- Surpresa — Acidente de trânsito. Dolo eventual. Inconfiguração. Ausência de elementos que indiquem ter o agente assumido o risco do resultado. Desclassificação para a modalidade culposa. Decisão mantida. Recurso ministerial desprovido. 553

HONORÁRIOS DE ADVOGADO

- Ação civil pública — Demanda promovida pelo Ministério Público. Recolhimento da verba aos cofres do erário. Condenação. Aplicação do art. 21, parágrafo único, do CPC. 385
- Embargos à execução — Fixação consoante apreciação equitativa do juiz. 180
- Embargos do devedor — Fixação da verba em obediência ao disposto no art. 21 do CPC. 82
- Fixação recíproca — Aplicação do art. 21 do CPC. 85
- Liquidação de sentença — Inadmissibilidade da verba. *Quantum* já fixado na sentença de mérito. 376
- Processo de conhecimento — Não-condenação em verba advocatícia. Sentença, nesse ponto, transitada em julgado. Pretendida inclusão nos autos de liquidação da sentença. Impossibilidade. 432
- Sucumbência — Direito do advogado, não da parte. Exegese do art. 23 da Lei n. 8.906/94. 191
- Sucumbência — Execução. Embargos. Juntada de contrato. Desnecessidade. Alegação de ilegitimidade ativa ad causam do causídico exequente. Inconfiguração. Questionamento da base de cálculo. Inadmissibilidade. Sentença transitada em julgado. Embargos rejeitados. Condenação da embargante em nova verba honorária e litigância de má-fé. Cabimento. Defesa meramente protelatória. Quantum da pena acessória. Adequação. Recurso parcialmente provido. 191

I

IASODARA FIN NISHI (Dra.)

- Penas alternativas (Lei n. 9.714/98) — Questões sobre sua aplicabilidade. 17

ILEGITIMIDADE AD CAUSAM

- Ativa — Inconfiguração. Honorários sucumbenciais. Execução. Embargos. Juntada de contrato. Desnecessidade. Legitimidade do causídico exequente reconhecida por meio de título judicial. Preliminar rejeitada. 191
- Ativa — Sindicato. Ação de prestação de contas. Ausência de prova do registro da entidade sindical no Ministério do Trabalho. Ilegitimidade caracterizada. Exegese do Enunciado n. 15 do TST. 287
- Indenização — Seguro contra incêndio. Seguradora. Alegação de ilegitimidade da segurada pela descaracterização da sociedade comercial de natureza pluripessoal para um simples patrimônio unipessoal. Inocorrência. Adquirente da empresa que passou a ser titular para o ajuizamento da ação. Preliminar rejeitada. 76
- Responsabilidade civil — Indenização. Acidente de trânsito. Seguro facultativo. Demanda ajuizada contra o proprietário do veículo causador do sinistro e igualmente contra a seguradora. Viabilidade. Ilegitimidade passiva da instituição securitária repelida. ... 442

IMÓVEL

- Ação de imissão de posse — Adquirente com escritura pública de compra e venda. Pagamento por promissórias. Cártula emitida como sinal, pelo comprador, considerada falsa por perícia grafo-técnica em embargos julgados procedentes. Nova perícia a requerimento da vendedora com idêntico fim. Inadmissibilidade. Ressarcimento por benfeitorias necessárias e úteis. Indeferimento. Direito de retenção. Incabimento. Possuidor de má-fé. Pedido procedente. Recurso desprovido. 109
- Compra e venda — Fraude à execução. Inocorrência. Devedor. Citação posterior à data do registro do bem em cartório. Embargos procedentes. 316
- Condomínio — Substituição de portas e colocação de grades num dos blocos residenciais. Ação cominatória. Pretendida remoção de ambas. Acolhimento do pedido no tocante à retirada das portas. Decisão mantida. 342

- Construção civil — Falhas na fundação. Erros concebidos exclusivamente a partir do projeto fornecido pela empresa proprietária. Contrato de empreitada de materiais e mão-de-obra que isenta a construtora de responsabilidade reparatória. Inteligência dos arts. 159 e 1.245, ambos do CC. Pedido indenizatório improcedente. . 366
- Rural — Usucapião especial. Prescrição quinquenal. Inocorrência. Computação do lapso temporal anterior à vigência da Lei n. 6.969/81. Impossibilidade. Pedido improcedente. 407
- Unidade habitacional — Ação de cancelamento de hipoteca. Quitação integral do preço. Comprovação. Empreendimento financiado pelo SFH. Insolvibilidade da construtora. Inércia da instituição financeira que deveria fiscalizar e controlar o empreendimento, inclusive anuir nas vendas das unidades. Boa-fé do adquirente configurada. Pedido procedente. Cessação dos efeitos da hipoteca. . 225
- Unidade habitacional — Promessa de compra e venda. Ação declaratória de nulidade de ato jurídico. Obra inacabada. Pagamento integral. Adquirentes induzidos em vício. Constatação. Cessão de direitos à Comissão de Representantes de Condomínio responsável pela conclusão da obra. Restituição dos valores pagos à construtora e ao condomínio. Verba devida. Perdas e danos. Incomprovação. Exclusão. Recurso parcialmente provido. 278

IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE PREDIAL E TERRITORIAL URBANA

- IPTU — Débito. Execução fiscal. Acordo homologado judicialmente em que a locatária assume a responsabilidade pelo pagamento da dívida do locador. Descumprimento da avença. Prosseguimento da ação executiva contra o substituto tributário. Possibilidade. Agravo provido. 424

IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS

- ICMS — Crime contra a ordem tributária. Sonegação fiscal. Omissão deliberada do pagamento do tributo. Constatação. Materialidade do delito comprovada. Confissão do co-réu aliada à confissão parcial do apelante e do fiscal de tributos. Condenação mantida. Recurso desprovido. 644
- ICMS — Empresa com débito. Pretendida impressão de blocos de notas fiscais. Indeferimento pelo Fisco. Legalidade. Exegese do art. 19 do Decreto n. 3.017/89. Segurança denegada. Recurso e remessa providos. 50
- ICMS — Execução fiscal. Embargos. Participação de agentes de fiscalização no produto da arrecadação de multas referentes ao imposto. Inconstitucionalidade. Remessa e recurso voluntário providos. 145

INDENIZAÇÃO

- Ato ilícito — Acidente de trânsito. Abalroamento de veículo. Falta de cautela e visibilidade prejudicada. Configuração. Culpa exclusiva do motorista causador do evento. Comprovação. Morte da concubina. Pensão devida ao concubino e aos filhos menores. Fixação. Verba mensal para contratação de empregada para cuidar dos filhos de tenra idade. Cabimento. Danos morais. Quantum mantido. Dedução do seguro obrigatório percebido. Admissibilidade. Recurso parcialmente provido. 136
- Ato ilícito — Choque elétrico causado em criança. Celesc. Negligência da empresa. Demonstração. Decisum que acolhe pedido de pensão mensal por dano moral e estético, e dote. Pretendida majoração do quantum. Atendimento. Ressarcimento por danos materiais. Incomprovação. Exclusão da verba. Recurso da autora parcialmente provido. Dispensabilidade de constituição de capital. Incabimento. Imposição decorrente do art. 602 do CPC. Apelo da requerida desprovido. 238
- Ato ilícito — Colisão de veículos. Índícios probantes suficientes acerca da culpa do condutor do veículo pesado causador do evento. Improcedência, entretanto, do pleito. Acórdão confirmatório. Maioria de votos. Embargos infringentes interpostos. Acolhimento. Verba devida. 492
- Dano moral — Quantum indenizatório. Majoração. Incabimento. Verba fixada adequadamente. 236
- Desapropriação indireta — Imóvel. Bem integrado ao domínio público por plano de urbanização instituído pela municipalidade. Verba devida. Juros moratórios e compensatórios. Aplicação, respectivamente, das Súmulas 70 e 114, ambas do STJ. 393
- Incêndio de prédio — Liquidação da sentença condenatória. Inconformismo com o cálculo do montante devido. Adoção dos diferenciais pecuniários encontrados pela contadoria da Corregedoria-Geral da Justiça. Honorários advocatícios. Imposição no procedimento liquidatório. Inadmissibilidade. Verba já fixada na sentença que decidiu o mérito da ação. Recursos parcialmente providos. 376
- Município — Demanda em fase de execução. Tutela antecipada. Descabimento. Exegese do art. 100 da CF e art. 475, II, do CPC. Sentença reformada. Agravo provido. 450
- Perdas e danos — Imóvel. Construção civil. Falhas na fundação. Erros concebidos exclusivamente a partir do projeto fornecido pela empresa proprietária. Contrato de empreitada de materiais e mão-de-obra que isenta a construtora de responsabilidade repa-

- ratória. Inteligência dos arts. 159 e 1.245, ambos do CC. Pedido indenizatório improcedente. 366
- Policial civil — Atos praticados fora do exercício da função. Responsabilidade civil própria e não do Estado. Denúnciação à lide da entidade pública. Descabimento. Legitimidade passiva ad causam do agente caracterizada. Agravo desprovido. 430
- Responsabilidade civil — Acidente de trânsito. Condenação criminal. Evento culposo causado por terceiro. Responsabilidade solidária do proprietário do veículo. Configuração. Danos materiais e morais. Acolhimento. Seguradora. Denúnciação da lide. Dano moral. Exclusão. Impossibilidade. Verba inserida na apólice de seguros por danos pessoais. Recurso dos réus provido parcialmente em relação à verba honorária. Desprovemento ao apelo da seguradora. 355
- Responsabilidade civil — Acidente de trânsito. Seguro facultativo. Demanda ajuizada contra o proprietário do veículo causador do sinistro e igualmente contra a seguradora. Viabilidade. Ilegitimidade passiva da instituição securitária repelida. Recurso desprovido. .. 442
- Responsabilidade civil — Antecipação de tutela. Impossibilidade. Inexistência de prova inequívoca da culpa irrogada aos demandados. Interpretação do art. 273 do CPC. Agravo provido. 420
- Responsabilidade civil — Erro médico. Apendicite. Morte da paciente. Negligência e imprudência. Incomprovação. Ausência de culpabilidade. Erro inicial de diagnóstico justificável. Sintomatologia vaga e imprecisa. Pretensão improcedente. Recurso desprovido. 200
- Responsabilidade civil — Perdas e danos. Incêndio em prédio locado ao Estado. Falta de diligência do locatário quanto à conservação e segurança do imóvel. Obrigação de indenizar. Inteligência do art. 1.208 do CC. Pleito procedente. 147
- Responsabilidade civil do município — Via pública. Caminhão que tomba na pista. Acidente decorrente do mau estado da via e imprudência do motorista. Convergência dos dois fatores comprovada. Culpa recíproca. Caracterização. Recurso parcialmente provido. . 85
- Seguradora — Seguro contra incêndio. Alegação de ilegitimidade ativa ad causam da seguradora. Rejeição. Indenizatória de natureza contratual cumulada com pedido de condenação por lucros cessantes. Possibilidade. Verbas devidas. Superestimação dos bens objeto do seguro. Inocorrência. Decisão mantida. Recurso desprovido. 76

INQUÉRITO POLICIAL

- Prisão em flagrante — Falta de nomeação de defensor ao indiciado. Irrelevância. Exegese do art. 5º, LXIII, da CF. 679

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

- Prova — Exame de DNA. Indeferimento. Incabimento. Requerente beneficiário da justiça gratuita. Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta firmado entre o Estado e o Ministério Público possibilitando a realização do exame. Agravo provido para esse fim. 463

J

JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE

- Ação de imissão de posse — Decisão que dispensa a produção de provas em audiência sem declinar os motivos. Nulidade. Decretação. Infringência ao art. 458 do CPC. 243
- Admissibilidade — Dispensabilidade de quaisquer outras provas além dos documentos já produzidos pelas partes para a solução da lide. Cerceamento de defesa incorrente. 331
- Admissibilidade — Matéria de direito e de fato. Prova documental suficiente à solução da lide. Cerceamento de defesa incorrente. Preliminar afastada. 129
- Admissibilidade — Prova documental suficiente para formar o convencimento do julgador. Cerceamento de defesa incorrente. . 282
- Admissibilidade — Prova documental suficiente para um julgamento de plano. Cerceamento de defesa incorrente. 171

JÚRI

- Homicídio qualificado — Alegação de erro ou injustiça na aplicação da pena. Indemonstração. Postulação desprovida de qualquer fundamento. Não conhecimento. Nulidade posterior à pronúncia e decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Inocorrência. Condenação mantida. Recurso desprovido. 652
- Homicídio simples — Acidente de trânsito. Réu que dirige seu veículo em perímetro urbano, em velocidade excessiva e embriagado. Dolo eventual caracterizado. Decisão dos jurados que não contraria a prova dos autos. Conjunto probatório respaldado inclusive numa das versões apresentadas pelo acusado. Condenação mantida. 570

JUROS

- Capitalização — Inadmissibilidade. Exegese da Súmula 121 do STF. Taxa de 12% ao ano. Aplicabilidade diante do disposto no art. 192, § 3º, da CF. 82
- Contrato — Arrendamento mercantil. Leasing. Taxa Referencial (TR). Utilização como indexador. Admissibilidade. Limite constitucional do art. 192, § 3º, da CF. Norma que depende de regulamentação. Voto divergente. 292
- Moratórios e compensatórios — Desapropriação indireta. Aplicação, respectivamente, das Súmulas 70 e 114, ambas do STJ. 393

L**LEASING**

- Arrendamento mercantil — Revisão contratual. Alegação de excessiva onerosidade das prestações. Teoria da imprevisão. Incabimento. Pacta sunt servanda. Valor Residual Garantido (VRG). Conceito. Obrigatoriedade nos pactos de arrendamento. Código de Defesa do Consumidor. Inaplicabilidade nos contratos de leasing. Juros. Utilização da Taxa Referencial (TR) como indexador. Admissibilidade. Limite constitucional do art. 192, § 3º, da CF. Norma que depende de regulamentação. Divergência sobre estes últimos aspectos. Recurso desprovido. Maioria de votos. 292

LEGISLAÇÃO ESTADUAL**DECRETOS**

- N. 1.396/1992 — Art. 2º, § 2º..... 145
- N. 3.017/1989 — 50
- N. 12.601/1980 — Art. 3º, XXXIV e XXXV 57
 - Art. 14 57
 - Art. 21, § 1º 57
 - Art. 22 57
 - Art. 23 57
- N. 30.217/1986 — Art. 47, II 57

LEIS

- N. 5.624/1979 — Vide Código de Divisão e Organização Judiciárias do Estado de Santa Catarina.

— N. 5.645/1979	— Art. 90, I e II	102
	— Art. 90, §§ 1º e 3º	102
— N. 5.684/1980	— Art. 4º	57
	— Art. 5º	57
	— Art. 8º, IX	57
— N. 6.218/1983	— Vide Estatuto dos Policiais Militares do Estado de Santa Catarina.	
— N. 6.745/1985	— Vide Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Santa Catarina.	
— N. 7.547/1989	—	50
— N. 8.411/1991	— Art. 3º, I, II, III e § 4º	145

LEGISLAÇÃO FEDERAL

DECRETOS

— N. 20.910/1932	— Art. 1º	102
	— Art. 3º	102
— N. 20.931/1932	— Art. 39	385
— N. 24.492/1934	— Art. 9º	385
	— Art. 13	385
	— Art. 14	385
	— Art. 17	385
— N. 59.566/1966	— Art. 45	150
	— Art. 46	150
	— Art. 47	150
— N. 79.094/1977	—	385
— N. 93.240/1986	—	316
— N. 99.678/1990	—	385

DECRETOS-LEIS

— N. 911/1969	— Art. 2º, § 2º	331 e 347
	— Art. 3º	331
	— Art. 4º	347
— N. 3.200/1941	— Art. 24	361
— N. 3.365/1941	— Vide Lei das Desapropriações.	
— N. 3.688/1941	— Vide Lei das Contravenções Penais.	
— N. 3.931/1941	— Vide Lei de Introdução ao Código de Processo Penal.	
— N. 4.657/1942	— Vide Lei de Introdução ao Código Civil.	

LEIS

— N. 492/1937	— Art. 8º	65
— N. 556/1850	— Vide Código Comercial.	

— N. 1.060/1950	— Vide Lei da Assistência Judiciária.	
— N. 1.533/1951	— Vide Lei do Mandado de Segurança.	
— N. 4.215/1963	— Vide Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.	
— N. 4.348/1964	— Art. 4º	507
— N. 4.504/1964	— Vide Estatuto da Terra.	
— N. 4.591/1964	— Art. 10, I	342
— N. 4.881/1965	—	39
— N. 5.172/1966	— Vide Código Tributário Nacional.	
— N. 5.539/1968	— Art. 6º, § 3º	39
— N. 5.540/1968	— Art. 31	39
— N. 5.741/1971	— Art. 2º, IV	331
	— Art. 4º, §§ 1º e 2º	331
	— Art. 7º	331
— N. 6.015/1973	— Vide Lei dos Registros Públicos.	
— N. 6.099/1974	— Art. 5º	266
	— Art. 11, § 1º	266
— N. 6.360/1976	—	385
— N. 6.368/1976	— Vide Lei Antitóxicos.	
— N. 6.515/1977	— Vide Lei do Divórcio.	
— N. 6.830/1980	— Vide Lei de Execução Fiscal.	
— N. 6.938/1981	— Art. 3º, III, a, b, c, d e e	656
	— Art. 15, caput	656
	— Art. 15, § 1º, I, a e II	656
— N. 6.969/1981	— Art. 1º, caput	407
	— Art. 5º, § 2º	407
— N. 7.132/1983	—	266
— N. 7.209/1984	— Vide Código Penal.	
— N. 7.210/1984	— Vide Lei de Execução Penal.	
— N. 7.347/1985	— Art. 1º, IV	400
	— Art. 11	469
	— Art. 12, § 2º	159
	— Art. 13	385
	— Art. 16	469
— N. 7.433/1985	— Art. 1º, § 2º	316
— N. 7.804/1989	—	656
— N. 8.009/1990	—	171
— N. 8.069/1990	— Vide Estatuto da Criança e do Adolescente.	
— N. 8.072/1990	— Vide Lei dos Crimes Hediondos.	
— N. 8.078//1990	— Vide Código de Defesa do Consumidor.	
— N. 8.137/1990	— Art. 2º, II	546 e 644
— N. 8.213/1991	— Art. 16, § 2º	469
— N. 8.666/1993	— Vide Lei de Licitações.	

— N. 8.906/1994	— Vide Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.	
— N. 8.935/1994	— Art. 20	25
	— Art. 35, I	25
	— Art. 39, § 2º	25
— N. 8.953/1994	—	382
— N. 9.034/1995	— Art. 10	733
— N. 9.099/1995	—	580
	— Art. 61	673
	— Art. 66, parágrafo único	673
	— Art. 77, §§ 1º e 2º	673
	— Art. 89	546, 656 e 721
— N. 9.138/1995	—	65
— N. 9.139/1995	— Vide Código de Processo Civil.	
— N. 9.249/1995	— Art. 34	546
— N. 9.268/1996	— Vide Código Penal.	
— N. 9.278/1996	— Art. 1º	136
— N. 9.281/1996	— Art. 1º	575
— N. 9.455/1997	—	733
	— Art. 1º, § 7º	679
	— Art. 7º	733
— N. 9.503/1997	— Vide Código de Trânsito Brasileiro.	
— N. 9.528/1997	—	469
— N. 9.668/1998	—	191
— N. 9.714/1998	— Vide Código Penal.	

LEGISLAÇÃO MUNICIPAL

LEI

— N. 1.557/1968 (Blumenau)	39
— N. 2.100/1998 (Capinzal)	457
— N. 3.709/1992 (Florianópolis)	393

LEGITIMIDADE AD CAUSAM

— Ativa — Ação civil pública. Interposição pelo Ministério Público contra município. Admissibilidade. Proteção do patrimônio público e social e de interesses difusos e coletivos.	400
— Ativa — Ação civil pública. Interposição pelo Ministério Público. Legitimidade reconhecida. Proteção dos interesses relativos à criança e ao adolescente. Exegese do art. 201 do ECA.	159
— Passiva — Ação de indenização. Policial civil. Atos praticados fora do exercício da função. Responsabilidade civil própria e não do	

Estado. Denúnciação à lide da entidade pública. Descabimento. Legitimidade caracterizada.	430
---	-----

LEI ANTITÓXICOS (Lei n. 6.368/1976)

— Art. 12	565, 609, 617, 622, 632, 679 e 744
— Art. 14	744
— Art. 16	565, 580, 609 e 617
— Art. 18, III	632 e 679
— Art. 21	679
— Art. 34, caput e § 2º	632
— Art. 37	609, 617 e 632
— Art. 38	609 e 632
— Art. 38, § 2º	617

LEI DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA (Lei n. 1.060/1950)

—	463
— Art. 12	355

LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS (Decreto-Lei n. 3.688/1941)

— Art. 32	714
— Art. 33	521
— Art. 34	521

LEI DAS DESAPROPRIAÇÕES (Lei n. 3.365/1941)

—	393
---------	-----

LEI DE EXECUÇÃO FISCAL (Lei n. 6.830/1980)

— Art. 4º, V	424
— Art. 7º, IV	316
— Art. 11, § 3º	316

LEI DE EXECUÇÃO PENAL (Lei n. 7.210/1984)

— Art. 66, I	733
— Art. 110	721
— Art. 112	733

LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL (Decreto-Lei n. 4.657/1942)

— Art. 5º	159 e 225
— Art. 6º	191

LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (Decreto-Lei n. 3.931/1941)

— Art. 13	733
-----------------	-----

LEI DE LICITAÇÕES (Lei n. 8.666/1993)

— Art. 3º, § 1º, I.....	33
— Art. 32, §§ 2º e 3º	33
— Art. 36, § 1º	33
— Art. 41.....	33

LEI DO DIVÓRCIO (Lei n. 6.515/1977)

—	123
---------	-----

LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA (Lei n. 1.533/1951)

— Art. 1º	31
— Art. 7º, II	507
— Art. 8º	507
— Art. 12.....	507
— Art. 17.....	507

LEI DOS CRIMES HEDIONDOS (Lei n. 8.072/1990)

—	696
— Art. 2º, I e II	679
— Art. 2º, § 1º	679 e 733
— Art. 6º	575
— Art. 9º	575

LEI DOS REGISTROS PÚBLICOS (Lei n. 6.015/1973)

— Art. 167, I, 5 e 21.....	316
— Art. 169.....	316
— Art. 240.....	316
— Art. 292.....	171

LEIS COMPLEMENTARES

— N. 17/1982 (Estadual) — Art. 198	129
— Art. 227	129
— N. 36/1991 (Estadual) — Art. 2º, § 2º.....	129
— N. 156/1997 (Estadual)	129
— N. 161/1997 (Estadual)	129

LESÃO CORPORAL CULPOSA

— Co-autoria — Acidente de trânsito. Evento provocado por menor de idade que conduzia automóvel de sua mãe. Prova insegura da responsabilidade da acusada. Absolvição mantida.	673
---	-----

LESÃO CORPORAL GRAVE

— Habeas corpus — Delito em concurso material com homicídio qualificado, omissão de socorro, embriaguez ao volante e racha.	
---	--

Denúncia. Inépcia. Inocorrência. Índícios da participação do paciente. Configuração. Infrações em tese tipificadas. Impossibilidade do trancamento da ação penal. Dolo eventual e motivo fútil. Incompatibilidade. Agravante da futilidade descaracterizada. Exclusão. Ordem concedida para esse fim.	534
--	-----

LIBERDADE PROVISÓRIA

— Indeferimento — Habeas corpus. Prisão em flagrante. Requisitos do art. 312 do CPP inexistentes. Crime que não representa perigo à ordem pública. Concessão do pleito.	542
--	-----

LICITAÇÃO

— Edital — Exigências desnecessárias e de excessivo rigor que afastam a concorrência e possíveis proponentes, prejudicando o interesse público. Incabimento. Aplicação do princípio da razoabilidade. Segurança concedida.	33
— Município — Aquisição de trator agrícola. Licitação. Ausência. Impossibilidade.	400

LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA

— Vide Sentença.	
------------------	--

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

— Caracterização — Defesa meramente protelatória. Pena acessória. Adequação. Exegese do art. 18 da Lei n. 9.668/98.	191
--	-----

LITISCONSÓRCIO

— Ação declaratória — Reconhecimento de sociedade concubinária cumulada com petição de herança. Falecimento do companheiro. Chamamento dos herdeiros na qualidade de litisconsortes necessários. Indispensabilidade. Solução da causa com reflexos nos interesses comuns e individuais das partes.	466
---	-----

LUCROS CESSANTES

— Seguro contra incêndio — Relutância da seguradora em adimplir prontamente o contrato e culpa extracontratual. Verba devida. Exegese do art. 159 do CC.	76
---	----

M

MACONHA

- Vide Crime contra a saúde pública.

MANDADO DE INJUNÇÃO

- Pressupostos processuais — Ausência. Carência da ação. Decretação..... 196

MANDADO DE SEGURANÇA

- Autos — Retirada do cartório. Permissão para pessoa autorizada por advogado. Cassação pelo magistrado. Imputação, ao autorizado, da autoria de fatos desabonadores. Poder-dever do togado investido do munus de administrador. Interesses da ordem pública, sociedade e justiça. Ausência de ilegalidade ou abuso de poder. Segurança denegada. 31
- Concurso público — Prova de títulos. Admissão de docente. Desclassificação de candidato aprovado sem o curso de especialização exigido no edital. Resolução da própria entidade. Legalidade. Autonomia constitucional das universidades. Aplicação do art. 207 da CF. Segurança denegada. 39
- Ensino superior — Ato administrativo praticado pelo reitor da universidade. Autarquia municipal. Competência da justiça estadual para processar e julgar o writ. 39
- Férias forenses — Interrupção do prazo recursal. 39
- ICMS — Empresa com débito. Pretendida impressão de blocos de notas fiscais. Indeferimento pelo Fisco. Legalidade. Exegese do art. 19 do Decreto n. 3.017/89. Segurança denegada. Recurso e remessa providos. 50
- Licitação — Edital. Exigências desnecessárias e de excessivo rigor que afastam a concorrência e possíveis proponentes, prejudicando o interesse público. Incabimento. Aplicação do princípio da razoabilidade. Segurança concedida. 33
- Liminar deferida — Interposição de agravo de instrumento. Cabimento a partir da Lei n. 9.139/95. 507
- Magistério — Professora. Tempo de serviço. Aposentadoria especial. Pretendida cumulação de tempo de serviço prestado em atividades distintas do magistério. Vedação. Exegese do art. 40, III, letra b, da CF. Segurança denegada. 23

- Procurador do Estado — Pretendida isonomia de vencimentos com os Procuradores da Assembléia Legislativa. Inadmissibilidade. Direito líquido e certo inexistente. Aplicação da Súmula 339 do STF. Segurança cassada. Recurso extraordinário provido. 757
- Serventia extrajudicial — Oficial Maior. Vacância do cargo. Designação pelo Diretor do Foro de serventuária para responder pela escrivanía até o provimento definitivo do cargo. Afastamento do serventuário mais antigo que vinha respondendo pela escrivanía na condição de titular. Afronta ao art. 39, § 2º, da Lei n. 8.935/94. Direito líquido e certo do serventuário até a investidura do titular. Segurança concedida. 25
- Transporte rodoviário intermunicipal de passageiros — Deferimento a outra empresa da exploração seccionada da linha em que a impetrante é concessionária. Protesto administrativo. Inacolhimento. Pagamento de emolumentos não efetuado. Falta de oportunidade para a complementação da verba. Inobservância dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Anulação do ato administrativo. Segurança deferida. 57

MANDATO

- Tácito — Exorbitância no uso dos poderes pelo mandatário. Comprovação. Obrigação de ressarcimento dos prejuízos pelos atos praticados. Exegese do art. 1.300 do CC. 98

MEDIDA CAUTELAR

- Inominada — Bem desapropriado. Pagamento de precatório pelo poder público. Reserva do valor correspondente à meação do casal litigante. Reconhecimento. Acolhimento da reserva por meio de alvará judicial. Natureza da causa compatível com procedimento especial de jurisdição voluntária. Ação principal. Desnecessidade. Inteligência do art. 1.109 do CPC. Recurso desprovido. Sentença mantida. 352
- Inominada — Preparatória de ação de responsabilidade civil por perdas e danos cumulada com outros pedidos. Colheita agrícola. Produtos depositados em armazéns da demandada-credora. Sentença que declara o direito do devedor de dispor de parte da colheita para satisfazer necessidades financeiras. Preliminar suscitada, de ofício, de incompatibilidade da cautelar por extrapassar os limites da provisoriedade. Rejeição por maioria de votos. Decisão confirmada por outros fundamentos. Recurso parcialmente desprovido. 65
- Preparatória — Busca e apreensão de cheques assinados em branco. Liminar indeferida. Interposição de agravo de instrumento.

- Incabimento. Ausência do requisito do *fumus boni iuris*. Recurso desprovido. 448
- Preparatória de ação de resolução de contratos — Cumulação com pedido de perdas e danos. Liminar deferida. Sustação dos efeitos de procurações outorgadas a credores para a autocomposição de créditos decorrentes de operações financeiras não implementadas com diligência e discernimento. Dano irreversível aos devedores. Configuração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Ato judicial mantido. Agravo desprovido. 411

MEIO AMBIENTE

- Poluição em riacho — Dano decorrente de atividade industrial. Despejo de dejetos químicos e resíduos tóxicos por fábrica de sabão. Padecimento de diversas cabeças de gado. Constatação. Prova pericial e testemunhal robusta. Negativa de autoria. Rejeição. Dolo configurado. Crime contra a natureza caracterizado. Condenação mantida. 656

MENOR

- Adolescente — Ato infracional. Estupro e atentado violento ao pudor. Concurso de agentes. Representação procedente. Aplicação de medida socioeducativa de internamento prevista no art. 112, VI, do ECA. Pretendida substituição da medida imposta. Viabilidade diante das condições pessoais dos menores. Recurso provido. 727
- Guarda — Inscrição como dependente de associado em entidade de previdência privada. Indeferimento. Situação excepcional descaracterizada. *Fumus boni iuris* incomprovado. Agravo provido. ... 469
- Habeas corpus — Ato infracional. Remissão cumulada com prestação de serviço à comunidade. Direção perigosa. Fato não configurado. Hipótese de falta de habilitação para dirigir. Mera infração administrativa. Falta de justa causa. Reconhecimento. Pretensão socioeducativa prescrita. Ordem concedida. 521

MINISTÉRIO PÚBLICO

- Ação civil pública — Interposição contra município. Proteção do patrimônio público e social e de interesses difusos e coletivos. Legitimidade caracterizada. 400
- Ação civil pública — Legitimidade ativa *ad causam*. Reconhecimento. Proteção dos interesses relativos à criança e ao adolescente. Exegese do art. 201 do ECA. 159
- Procurador de Justiça — Licença-prêmio não gozada. Aposentadoria. Pretendida conversão do benefício em pecúnia. Alegação de prescrição. Inocorrência. Licença não gozada por necessidade

do serviço. Enriquecimento ilícito do Estado. Configuração. Verba devida. Pleito procedente. 129

MUNICÍPIO

— Vide Pessoa jurídica de direito público.

N

NARCOTRAFICÂNCIA

— Vide Crime contra a saúde pública.

NILTON JOÃO DE MACEDO MACHADO (Dr.)

— A Lei n. 9.714/98 — Os crimes hediondos e de tráfico ilícito de entorpecentes. 3

NULIDADE

— Arrematação — Decretação. Preço vil. Constatação. 438

— Ato jurídico — Promessa de compra e venda. Unidade habitacional. Obra inacabada. Pagamento integral. Adquirentes induzidos em vício. Constatação. Cessão de direitos à Comissão de Representantes de Condomínio responsável pela conclusão da obra. Restituição dos valores pagos à construtora e ao condomínio. Verba devida. Perdas e danos. Incomprovação. Exclusão. Recurso parcialmente provido. 278

— Sentença — Decretação. Decisão que dispensa a produção de provas em audiência sem declinar os motivos. Infringência ao art. 458 do CPC. 243

— Sentença — Inocorrência. Decisão que enfrenta todas as questões controvertidas no litígio. 213

NULIDADE (matéria penal)

— Júri — Homicídio qualificado. Nulidade posterior à pronúncia. Inocorrência. Falha na tipificação do delito no libelo crime. Mera irregularidade. Ausência de prejuízo à defesa. Argumentação rejeitada. 652

— Processo crime — Inocorrência. Carta precatória. Inquirição de testemunha de defesa. Julgamento do feito. Admissibilidade. Cumprimento da precatória que não suspende a instrução criminal. Exegese do art. 222, §§1º e 2º, do CPP. Falta de intimação do defensor. Indemonstração. Ciente estampado na peça. Preliminar improcedente. 565

- Processo crime — Inocorrência. Inquérito policial. Indiciado preso em flagrante. Falta de nomeação de defensor. Irrelevância. Exegese do art. 5º, LXIII, da CF. Auto de prisão em flagrante. Homologação. Demora. Irregularidade superada com o recebimento da denúncia. Preliminar rejeitada. 679

P

PARCERIA AGRÍCOLA

- Arrendamento rural — Distinção. Ação de preempção. Direito de preferência na compra do imóvel. Inexistência no instituto da parceria. Exclusão pelo Estatuto da Terra. Pleito improcedente. 150

PARTILHA

- Bens — Sociedade comercial. Cumulação com divórcio litigioso. Regime de comunhão de bens. Cota-parte do capital social. Divisão eqüitativa entre os cônjuges por ocasião da separação. Formação de sub-sociedade entre os ex-cônjuges. Configuração. Bens adquiridos pela sociedade, após o rompimento da vida conjugal, com produto apenas do trabalho da ex-mulher. Incomunicabilidade ao ex-marido. Exegese dos arts. 246 e 263, XII, ambos do CC. Recurso parcialmente provido. 123

PENA CRIMINAL

- Acidente de trânsito — Homicídio simples. Réu que dirige seu veículo em perímetro urbano, em velocidade excessiva e embriagado. Dolo eventual caracterizado. Agravante do art. 61, II, letra I, do CP. Exclusão. Adequação. 570
- Crime contra a saúde pública — Tráfico de entorpecente. Condenação. Pena privativa de liberdade. Substituição por restritiva de direitos. Inviabilidade. 609
- Crime contra os costumes — Atentado violento ao pudor. Majorante do art. 226, III, do CP. Aplicação indevida. Redução da reprimenda. 575
- Dosagem excessiva — Adequação. 588
- Homicídio culposo — Reincidência. Pretendida substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Impossibilidade. 705
- Lex mitior — Aplicação imediata. Impossibilidade diante da sanção benéfica imposta aos agentes. 721
- Pena-base — Estipulação acima do mínimo legal. Possibilidade. .. 679

- Redução — Análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP. .. 632
- Redução — Fixação do quantum acima do mínimo que não se justifica embora verificadas duas causas de especial aumento da pena. 648

PENA PECUNIÁRIA

- Adequação — Sanção que deve manter os elementos normativos da suficiência e compatibilidade a quem incumbe suportá-la. 159
- Crime contra a saúde pública — Valor do dia-multa. Adequação de ofício. Aplicação do art. 38 da Lei n. 6.368/76. 609

PERDAS E DANOS

- Indenização — Imóvel. Construção civil. Falhas na fundação. Erros concebidos exclusivamente a partir do projeto fornecido pela empresa proprietária. Contrato de empreitada de materiais e mão-de-obra que isenta a construtora de responsabilidade reparatória. Inteligência dos arts. 159 e 1.245, ambos do CC. Pedido indenizatório improcedente. 366
- Indenização — Incêndio em prédio locado ao Estado. Falta de diligência do locatário quanto à conservação e segurança do imóvel. Obrigação de indenizar. Inteligência do art. 1.208 do CC. Pleito procedente. 147
- Pedido cumulado com cautelar preparatória de resolução de contrato — Liminar deferida. Sustação dos efeitos de procurações outorgadas a credores para a autocomposição de créditos decorrentes de operações financeiras não implementadas com diligência e discernimento. Dano irreversível aos devedores. Configuração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Ato judicial mantido. Agravo desprovido. 411
- Responsabilidade civil — Demanda deduzida em cautelar preparatória cumulada com outros pedidos. Colheita agrícola. Produtos depositados em armazéns da demandada-credora. Sentença que declara o direito do devedor de dispor de parte da colheita para satisfazer necessidades financeiras. Preliminar suscitada, de ofício, de incompatibilidade da cautelar por extrapassar os limites da provisoriedade. Rejeição por maioria de votos. Decisão confirmada por outros fundamentos. Recurso parcialmente desprovido. 65

PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO

- Estado — Ação de indenização. Policial civil. Atos praticados fora do exercício da função. Responsabilidade civil própria e não do Estado. Denúnciação à lide da entidade pública. Descabimento. Legitimidade passiva ad causam do agente caracterizada. 430

- Estado — ICMS. Empresa com débito. Pretendida impressão de blocos de notas fiscais. Indeferimento pelo Fisco. Legalidade. Exegese do art. 19 do Decreto n. 3.017/89. Segurança denegada. Recurso e remessa providos. 50
- Estado — Ministério Público. Procurador de Justiça. Licença-prêmio não gozada. Aposentadoria. Pretendida conversão do benefício em pecúnia. Alegação de prescrição. Inocorrência. Licença não gozada por necessidade do serviço. Enriquecimento ilícito do Poder Público. Configuração. Verba devida. Pleito procedente. 129
- Estado — Responsabilidade civil. Indenização. Perdas e danos. Incêndio em prédio locado ao Estado. Falta de diligência do locatário quanto à conservação e segurança do imóvel. Obrigação de indenizar. Inteligência do art. 1.208 do CC. Pleito procedente. ... 147
- Município — Ação de indenização. Demanda em fase de execução. Tutela antecipada. Descabimento. Exegese do art. 100 da CF e art. 475, II, do CPC. Sentença reformada. Agravo provido.. 450
- Município — Aquisição de trator agrícola. Contrato de financiamento. Prestação de serviços a um grupo particular de agricultores reunidos em condomínio. Encargos onerosos assumidos pela municipalidade. Constatação. Ação civil pública interposta pelo Ministério Público. Legitimidade. Proteção do patrimônio público e social e de interesses difusos e coletivos. Licitação. Ausência. Impossibilidade. Suspensão liminar das obrigações assumidas pelo município. Deferimento. Pedido procedente. Recurso e remessa desprovidos. 400
- Município — Desapropriação indireta. Imóvel. Bem integrado ao domínio público por plano de urbanização instituído pela municipalidade. Obrigação de indenizar. Juros moratórios e compensatórios. Aplicação, respectivamente, das Súmulas 70 e 114, ambas do STJ. Apelo desprovido. Remessa parcialmente provida. 393
- Município — Responsabilidade civil. Via pública. Caminhão que tomba na pista. Acidente decorrente do mau estado da via e imprudência do motorista. Convergência dos dois fatores comprovada. Culpa recíproca. Caracterização. Recurso parcialmente provido. 85

PETIÇÃO INICIAL

- Embargos à execução — Aditamento da inicial. Possibilidade. Aplicação dos arts. 294 e 598, ambos do CPC. 766
- Indeferimento — Incabimento. Ação popular. Exordial que aponta ofensa ao princípio da moralidade administrativa. Dispensabilidade de prejuízo material aos cofres públicos. Decisão anulada. Determinação da tramitação normal da ação deflagrada. 260

POLÍCIA CIVIL

- Ação de indenização — Atos praticados pelo agente fora do exercício da função. Responsabilidade civil própria e não do Estado. Denúnciação à lide da entidade pública. Descabimento. Legitimidade passiva ad causam caracterizada. 430

POLÍCIA MILITAR

- Ação ordinária de reconhecimento de direito — Cumulação com pedido de cobrança. Reserva em razão de invalidez. Pretendida percepção do soldo do posto imediatamente superior. Incolhimento. Ausência de relação de causa e efeito entre a doença e as condições inerentes à vida militar. Benefício do auxílio-invalidez. Cabimento. Exegese do art. 54 da Lei n. 6.218/83. Recurso parcialmente provido. 102
- Fundo de direito — Prescrição quinquenal das ações contra a Fazenda Pública. Inocorrência. Ausência de negativa expressa, por parte da administração, da pretensão deduzida na exordial. Exegese da Súmula 443 do STF. 102

POSSESSÓRIA

- Ação de imissão de posse — Aquisição de imóvel. Escritura pública de compra e venda. Pagamento por promissórias. Cártula emitida como sinal, pelo comprador, considerada falsa por perícia grafotécnica em embargos julgados procedentes. Nova perícia a requerimento da vendedora com idêntico fim. Inadmissibilidade. Ressarcimento por benfeitorias necessárias e úteis. Indeferimento. Direito de retenção. Incabimento. Possuidor de má-fé. Pedido procedente. Recurso desprovido. 109
- Reintegração — Requisito da posse anterior a que se refere o art. 927, I, do CPC. Incomprovação. Pleito improcedente. 90
- Reintegração de posse — Reconvenção na própria contestação. Possibilidade. Aplicação do art. 244 do CPC. 271
- Reintegração de posse — Veículo. Arrendamento mercantil. Cobrança antecipada do valor residual. Circunstância que descaracteriza o contrato de arrendamento para uma compra e venda a prazo. Inviabilidade, nesse caso, da reintegratória. Ausência dos requisitos do art. 927 do CPC. Recurso desprovido. 266
- Reintegração de posse — Veículo. Procedência. Arrendamento mercantil. Valor Residual Garantido pago antecipadamente. Devolução. Admissibilidade sob pena de enriquecimento ilícito da instituição financeira. Recurso provido. 271

PRECLUSÃO

- Prova pericial — Indeferimento. Ausência de insurgimento oportuno. Preclusão configurada. 200

PRESCRIÇÃO

- Policial militar — Fundo de direito. Prescrição quinquenal das ações contra a Fazenda Pública. Inocorrência. Ausência de negativa expressa, por parte da administração, da pretensão deduzida na exordial. Exegese da Súmula 443 do STF..... 102
- Procurador de Justiça — Licença-prêmio não gozada. Aposentadoria. Pretendida conversão do benefício em pecúnia. Alegação de prescrição. Inocorrência. Exegese do art. 1º do Dec. n. 20.910/32. 129
- Usucapião especial — Imóvel rural. Prescrição quinquenal. Inocorrência. Computação do lapso temporal anterior à vigência da Lei n. 6.969/81. Impossibilidade. Pedido improcedente..... 407

PRESCRIÇÃO CRIMINAL

- Prescrição da pretensão punitiva — Ocorrência. Decretação de ofício..... 666

PRESTAÇÃO DE CONTAS

- Sindicato — Ausência de prova do registro da entidade sindical no Ministério do Trabalho. Ilegitimidade ativa ad causam caracterizada. Exegese do Enunciado n. 15 do TST. 287

PREVIDÊNCIA SOCIAL

- Privada — Menor sob guarda. Inscrição como dependente de associado. Indeferimento. Situação excepcional descaracterizada. Fumus boni iuris incomprovado. Agravo provido. 469

PRISÃO EM FLAGRANTE

- Auto — Nulidade. Inocorrência. Delegado que presidiu a lavratura da peça, participou das diligências e prestou depoimento como condutor. Descumprimento legal que não trouxe prejuízo à defesa. Eiva que não se estende à ação penal. Preliminar improcedente. 565
- Inquérito policial — Falta de nomeação de defensor ao indiciado preso. Irrelevância. Exegese do art. 5º, LXIII, da CF. Homologação do flagrante. Demora. Irregularidade superada com o recebimento da denúncia. Nulidades rejeitadas. 679
- Liberdade provisória — Indeferimento. Requisitos do art. 312 do CPP inexistentes. Crime que não representa perigo à ordem pública. Concessão do pleito. 542

PRISÃO PREVENTIVA

- Habeas corpus — Acidente de trânsito. Homicídio culposo. Embriaguez ao volante. Crimes punidos com detenção. Enquadramento do paciente nas hipóteses do inciso II do art. 313 do CPP. Inadmissibilidade. Prisão preventiva injustificada. Direito de o réu responder ao processo em liberdade. Ordem concedida. 528
- Habeas corpus — Ausência de fundamentação. Constatação. Despacho segregatório que se limita a fazer citações doutrinárias e jurisprudenciais sem, no entanto, aplicá-las à hipótese sub examen. Ordem concedida. 532

PROCESSO CRIME

- Nulidade — Inocorrência. Carta precatória. Inquirição de testemunha de defesa. Julgamento do feito. Admissibilidade. Cumprimento da precatória que não suspende a instrução criminal. Exegese do art. 222, §§ 1º e 2º, do CPP. Falta de intimação do defensor. Indemonstração. Ciente estampado na peça. Preliminar improcedente. 565
- Nulidade — Inocorrência. Inquérito policial. Indiciado preso em flagrante. Falta de nomeação de defensor. Irrelevância. Exegese do art. 5º, LXIII, da CF. Auto de prisão em flagrante. Homologação. Demora. Irregularidade superada com o recebimento da denúncia. Preliminar rejeitada. 679

PROCURADOR DO ESTADO

- Mandado de segurança — Pretendida isonomia de vencimentos com os Procuradores da Assembléia Legislativa. Inadmissibilidade. Direito líquido e certo inexistente. Aplicação da Súmula 339 do STF. Segurança cassada. Recurso extraordinário provido. 757

PROMESSA DE COMPRA E VENDA

- Contrato — Ação declaratória de nulidade de ato jurídico. Unidade habitacional. Obra inacabada. Pagamento integral. Adquirentes induzidos em vício. Constatação. Cessão de direitos à Comissão de Representantes de Condomínio responsável pela conclusão da obra. Restituição dos valores pagos à construtora e ao condomínio. Verba devida. Perdas e danos. Incomprovação. Exclusão. Recurso parcialmente provido. 278
- Imóvel financiado — Arresto. Ato declarado insubsistente. Julgamento antecipado da lide. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Decisão citra petita. Inconfiguração. Alegação de fraude contra credores. Descabimento de embargos. Exegese da Súmula 195 do STJ. Recurso desprovido. 171

PRONÚNCIA

- Homicídio qualificado — Nulidade posterior à pronúncia. Inocorrência. Falha na tipificação do delito no libelo crime. Mera irregularidade. Ausência de prejuízo à defesa. Argumentação rejeitada. ... 652

PROVA

- Exame de DNA — Indeferimento. Incabimento. Requerente beneficiário da justiça gratuita. Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta firmado entre o Estado e o Ministério Público possibilitando a realização do exame. Agravo provido para esse fim. . 463
- Pericial — Indeferimento. Preclusão configurada. Cerceamento de defesa inócurrenente. Preliminar afastada. 200

PROVA CRIMINAL

- Confissão extrajudicial — Obtenção por meio de coação policial. Indemonstração. Arguição improcedente. 588
- Depoimento de policiais — Validade. 565, 609, 632 e 679
- Prova emprestada — Validade, desde que aliada a indícios e circunstâncias do fato criminoso. 600
- Testemunhal — Pequenas divergências. Irrelevância. 714

PROVIMENTO DA CORREGEDORIA

- N. 90/98 — Art. 1º 31
 - Art. 4º 31

R**RECONVENÇÃO**

- Ação de reintegração de posse — Pleito reconvençional na própria contestação. Possibilidade. Aplicação do art. 244 do CPC. . 271

RECURSO

- Agravo de instrumento — Instrução deficiente. Falta de peça obrigatória ou respectiva justificativa. Seguimento ao apelo negado. Decisão mantida. 515
- Agravo de instrumento — Interposição contra indeferimento de liminar em medida cautelar preparatória de busca e apreensão de cheques assinados em branco. Incabimento. Ausência do requisito do *fumus boni iuris*. Desprovimento. 448

- Agravo de instrumento — Interposição contra liminar deferida em mandado de segurança. Cabimento a partir da Lei n. 9.139/95. .. 507

RECURSO CRIME

- Apelação — Infração de menor potencial ofensivo. Denúncia oral. Impossibilidade. Complexidade do caso. Exegese do art. 77, § 2º, da Lei n. 9.099/95. Necessidade de instauração de inquérito policial. Prosseguimento do feito no juízo comum. Circunstância que determina o conhecimento do recurso pelo Tribunal. 673

RECURSO ESPECIAL

- Competência — Ação com pedidos múltiplos. Cumprimento de contrato. Competência do juízo do lugar em que a obrigação deve ser satisfeita. Aplicação do art. 100, IV, letra d, do CPC. Apelo especial provido. 768
- Embargos à execução — Aditamento da inicial. Possibilidade. Aplicação dos arts. 294 e 598, ambos do CPC. 766
- Responsabilidade civil — Acidente de trânsito. Veículo arremessado contra outro. Culpa de terceiro. Demanda que deve ser proposta contra este. Não conhecimento..... 761
- Seguro de vida — Aumento do benefício. Moléstia preexistente. Omissão por ocasião do pacto. Declarações inexatas. Constatação. Perda da vantagem correspondente. Aplicação do art. 1.444 do CC. Apelo provido. 763

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

- Mandado de segurança — Procurador do Estado. Pretendida isonomia de vencimentos com os Procuradores da Assembléia Legislativa. Inadmissibilidade. Direito líquido e certo inexistente. Aplicação da Súmula 339 do STF. Segurança cassada. Apelo extremo provido..... 757

REGIME CARCERÁRIO

- Crime hediondo — Progressão de regime. Vedação. Exegese do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072. Ferimento ao princípio da individualização da pena. Exegese do art. 5º, XLVI, da CF. 733
- Fechado — Tráfico de entorpecente. Crime hediondo. Aplicação do art. 1º, § 7º, da Lei n. 9.455/97. Inocorrência. Norma específica para crimes de tortura. 679

REIVINDICATÓRIA

- Embargos de retenção — Benfeitorias. Ausência de especificação. Indispensabilidade. Exegese do art. 744, § 1º, do CPC. Obras efetuadas posteriormente. Direito de retenção não reconhecido.

Boa-fé descaracterizada. Pedido improcedente. Recurso desprovido. 94

REPETIÇÃO DE INDÉBITO

- Mensalidades escolares — Redução. Família com mais de um filho em estabelecimento de ensino privado. Viabilidade. Exegese do art. 24 do Decreto-Lei n. 3.200/41. Norma não revogada expressa ou tacitamente pela legislação ordinária e recepcionada pela Carta Magna de 1988. Deferimento do pedido. 361

RESPONSABILIDADE CIVIL

- Acidente de trânsito — Danos materiais. Orçamento que determina a substituição das peças danificadas. Glosa, pela seguradora, sob a alegação da possibilidade de sua recuperação. Incomprovação. Impugnação dos orçamentos de forma genérica e abrangente. Inadmissibilidade. Idoneidade das firmas que os apresentaram. Julgador que opta pelo de menor valor. Admissibilidade. Pedido procedente. Sentença confirmada. 185
- Acidente de trânsito — Veículo arremessado contra outro. Culpa de terceiro. Demanda que deve ser proposta contra este. Recurso especial não conhecido. 761
- Ato ilícito — Solidariedade passiva dos executados. Configuração. Direito do credor de exigir e receber de qualquer dos devedores a dívida comum. Aplicação do art. 1.518 do CC. 432
- Dano estético e dano moral — Lesão permanente. Cumulação das verbas. Cabimento. 482
- Indenização — Acidente de trânsito. Seguro facultativo. Demanda ajuizada contra o proprietário do veículo causador do sinistro e igualmente contra a seguradora. Viabilidade. Ilegitimidade passiva da instituição securitária repelida. Recurso desprovido. 442
- Indenização — Antecipação de tutela. Impossibilidade. Inexistência de prova inequívoca da culpa irrogada aos demandados. Interpretação do art. 273 do CPC. Agravo provido. 420
- Indenização — Ato ilícito. Acidente de trânsito. Condenação criminal. Evento culposo causado por terceiro. Responsabilidade solidária do proprietário do veículo. Configuração. Danos materiais e morais. Acolhimento. Seguradora. Denúnciação da lide. Dano moral. Exclusão. Impossibilidade. Verba inserida na apólice de seguros por danos pessoais. Recurso dos réus provido parcialmente em relação à verba honorária. Desprovimento ao apelo da seguradora. 355
- Indenização — Ato ilícito. Choque elétrico causado em criança. Celesc. Negligência da empresa. Demonstração. Decisum que acolhe pedido de pensão mensal por dano moral, estético e dote.

- Pretendida majoração do quantum. Atendimento. Ressarcimento por danos materiais. Incomprovação. Exclusão da verba. Recurso da autora parcialmente provido. Dispensabilidade de constituição de capital. Incabimento. Imposição decorrente do art. 602 do CPC. Apelo da requerida desprovido. 238
- Indenização — Erro médico. Apendicite. Morte da paciente. Negligência e imprudência. Incomprovação. Ausência de culpabilidade. Erronia inicial de diagnóstico justificável. Sintomatologia vaga e imprecisa. Pretensão improcedente. Recurso desprovido. 200
- Indenização — Incêndio de prédio. Liquidação da sentença condenatória. Inconformismo com o cálculo do montante devido. Adoção dos diferenciais pecuniários encontrados pela contadoria da Corregedoria-Geral da Justiça. Honorários advocatícios. Imposição no procedimento liquidatório. Inadmissibilidade. Verba já fixada na sentença que decidiu o mérito da ação. Recursos parcialmente providos. 376
- Indenização — Perdas e danos. Imóvel. Construção civil. Falhas na fundação. Erros concebidos exclusivamente a partir do projeto fornecido pela empresa proprietária. Contrato de empreitada de materiais e mão-de-obra que isenta a construtora de responsabilidade reparatória. Inteligência dos arts. 159 e 1.245, ambos do CC. Pedido indenizatório improcedente. 366
- Indenização — Perdas e danos. Incêndio em prédio locado ao Estado. Falta de diligência do locatário quanto à conservação e segurança do imóvel. Obrigação de indenizar. Inteligência do art. 1.208 do CC. Pleito procedente. 147
- Perdas e danos — Demanda deduzida em cautelar preparatória cumulada com outros pedidos. Colheita agrícola. Produtos depositados em armazéns da demandada-credora. Sentença que declara o direito do devedor de dispor de parte da colheita para satisfazer necessidades financeiras. Preliminar suscitada, de ofício, de incompatibilidade da cautelar por extrapassar os limites da provisoriedade. Rejeição por maioria de votos. Decisão confirmada por outros fundamentos. Recurso parcialmente desprovido. 65

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO

- Via pública — Caminhão que tomba na pista. Acidente decorrente do mau estado da via e imprudência do motorista. Convergência dos dois fatores comprovada. Culpa recíproca. Caracterização. Recurso parcialmente provido. 85

REVELIA

- Decretação — Contestação intempestiva. 347

ROUBO

- Assalto a banco — Emprego de armas e concurso de agentes. Qualificadoras reconhecidas independentemente da apreensão da arma e da identificação do comparsa. Autoria e materialidade do delito comprovadas. Condenação mantida. Pena. Redução. Recurso parcialmente provido..... 648
- Delito caracterizado — Pretendida absolvição ou, alternativamente, a desclassificação para furto privilegiado. Descabimento. Crime impossível. Inconfiguração. Confissão extrajudicial. Obtenção por meio de coação policial. Indemonstração. Teses defensivas rechaçadas. Materialidade e autoria do crime. Comprovação. Condenação mantida. Pena. Dosagem excessiva. Adequação. Recursos parcialmente providos..... 588

S**SEGURADORA**

- Indenização — Seguro contra incêndio. Alegação de ilegitimidade ativa ad causam da segurada. Rejeição. Indenizatória de natureza contratual cumulada com pedido de condenação por lucros cessantes. Possibilidade. Verbas devidas. Superestimação dos bens objeto do seguro. Inocorrência. Decisão mantida. Recurso desprovido..... 76
- Pagamento de indenização — Incêndio em oficina mecânica. Destruição de veículo segurado. Obrigação de indenizar, regressivamente, da depositária. Denúnciação à lide, por esta, de sua seguradora. Condenação da denunciada no montante segurado. . 247
- Responsabilidade civil — Indenização. Acidente de trânsito. Seguro facultativo. Demanda ajuizada contra o proprietário do veículo causador do sinistro e igualmente contra a seguradora. Viabilidade. Ilegitimidade passiva da instituição securitária repelida. Recurso desprovido. 442

SEGURO

- Facultativo — Acidente de trânsito. Responsabilidade civil. Demanda ajuizada contra o proprietário do veículo causador do sinistro e igualmente contra a seguradora. Viabilidade. Ilegitimidade passiva da instituição securitária repelida. Recurso desprovido. 442

- Incêndio — Indenização. Seguradora. Alegação de ilegitimidade ativa ad causam da segurada. Rejeição. Indenizatória de natureza contratual cumulada com pedido de condenação por lucros cessantes. Possibilidade. Verbas devidas. Superestimação dos bens objeto do seguro. Inocorrência. Decisão mantida. Recurso desprovido. 76
- Seguro de vida — Aumento do benefício. Moléstia preexistente. Omissão por ocasião do pacto. Declarações inexatas. Constatação. Perda da vantagem correspondente. Aplicação do art. 1.444 do CC. Recurso especial provido. 763
- Seguro de vida em grupo — Ação de cobrança. Morte de empregado inserido no contrato de cobertura. Período de carência não integralizado. Pleito improcedente. Sentença reformada. 254

SENTENÇA

- Ação rescisória — Decisão ultra petita. Configuração. Infração de natureza processual. Sentença rescindenda condenatória. Adaptação. Admissibilidade. Rescisória parcialmente procedente. 482
- Decisão citra petita — Inconfiguração. Análise implícita da matéria objeto da defesa. 171
- Execução — Ação de indenização contra município. Tutela antecipada. Descabimento. Exegese do art. 100 da CF e art. 475, II, do CPC. 450
- Liquidação — Inconformismo com o cálculo do montante devido. Adoção dos diferenciais pecuniários encontrados pela contadoria da Corregedoria-Geral da Justiça. Honorários advocatícios. Imposição no procedimento liquidatório. Inadmissibilidade. Verba já fixada na sentença que decidiu o mérito da indenizatória. Recursos parcialmente providos. 376
- Liquidação por artigos — Pretendida alteração para liquidação por arbitramento. Impossibilidade sob pena de litispendência. 432
- Nulidade — Decretação. Decisão que dispensa a produção de provas em audiência sem declinar os motivos. Infringência ao art. 458 do CPC. 243
- Nulidade — Inocorrência. Decisão que enfrenta todas as questões controvertidas no litígio. 213

SERVENTUÁRIO DA JUSTIÇA

- Oficial Maior — Serventia extrajudicial. Vacância do cargo. Designação pelo Diretor do Foro de serventúria para responder pela escrivania até o provimento definitivo do cargo. Afastamento do serventuário mais antigo que vinha respondendo pela escrivania na condição de titular. Afronta ao art. 39, § 2º, da Lei n. 8.935/94.

- Direito líquido e certo do serventuário até a investidura do titular.
 Segurança concedida. 25

SINDICATO

- Ação de prestação de contas — Ausência de prova do registro da entidade sindical no Ministério do Trabalho. Ilegitimidade ativa ad causam caracterizada. Exegese do Enunciado n. 15 do TST. 287

SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO

- Execução hipotecária — Avisos regulamentares entregues no endereço residencial do mutuário. Validade e suficiência. Manifesto desinteresse em liquidar o débito. Adjudicação do bem ao credor. Determinação. Desoneração da obrigação, pelo mutuário, de pagar o restante da dívida. Decisão mantida. Apelo desprovido. 331

SOCIEDADE

- Comercial — Divórcio litigioso cumulado com partilha de bens da sociedade. Regime de comunhão de bens. Cota-parte do capital social. Divisão equitativa entre os cônjuges por ocasião da separação. Formação de sub-sociedade entre os ex-cônjuges. Configuração. Bens adquiridos pela sociedade, após o rompimento da vida conjugal, com produto apenas do trabalho da ex-mulher. Incomunicabilidade ao ex-marido. Exegese dos arts. 246 e 263, XII, ambos do CC. 123

SOCIEDADE DE FATO

- Concubinato — Ação declaratória de reconhecimento da sociedade cumulada com petição de herança. Falecimento do companheiro. Chamamento dos herdeiros na qualidade de litisconsortes necessários. Indispensabilidade. Solução da causa com reflexos nos interesses comuns e individuais das partes. 466

SONEGAÇÃO FISCAL

- Vide Crime contra a ordem tributária.

SUCUMBÊNCIA

- Ônus do vencido — Aplicação do princípio da causalidade e da teoria do risco. 347

SÚMULAS

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- N. 14 366
 — N. 37 482

— N. 70.....	393
— N. 84.....	171 e 316
— N. 114.....	393
— N. 195.....	171

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

— N. 23.....	393
— N. 121.....	82
— N. 145.....	617
— N. 188.....	247
— N. 445.....	407
— N. 547.....	50
— N. 611.....	733
— N. 621.....	316

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

— N. 14.....	180
--------------	-----

SURSIS

- Vide Suspensão condicional da pena.

SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA

— Sursis — Agente reincidente em crime culposo. Possibilidade do benefício. Preenchimento das condições do art. 77 do CP.	705
— Sursis — Crime hediondo. Possibilidade do benefício. Concessão.	696

T

TENTATIVA DE FURTO

- Vide Furto.

TÓXICO

- Vide Crime contra a saúde pública.

TRÁFICO DE ENTORPECENTE

- Vide Crime contra a saúde pública.

U**USUCAPIÃO**

- Especial — Imóvel rural. Prescrição quinquenal. Inocorrência. Computação do lapso temporal anterior à vigência da Lei n. 6.969/81. Impossibilidade. Pedido improcedente. 407

V**VEÍCULO**

- Arrendamento mercantil — Ação de reintegração de posse. Cobrança antecipada do valor residual. Circunstância que descaracteriza o contrato de arrendamento para uma compra e venda a prazo. Inviabilidade, nesse caso, da reintegratória. Ausência dos requisitos do art. 927 do CPC. Recurso desprovido. 266
- Arrendamento mercantil — Ação de reintegração de posse. Procedência. Valor Residual Garantido pago antecipadamente. Devolução. Admissibilidade sob pena de enriquecimento ilícito da instituição financeira. Recurso provido. 271

VENDA JUDICIAL

- Arrematação — Preço vil. Constatação. Nulidade do arremate. Decretação. 438

Composição, revisão e paginação executadas
pela Seção de Publicações e Jurisprudência
da Divisão de Acórdãos e Publicações
da Diretoria de Infra-Estrutura
do Tribunal de Justiça.

Chefe de Divisão

Paulo Guilherme Ruver

Chefe da Seção de Publicações e Jurisprudência

Eduardo Teixeira do Vale Pereira

Composição

Valmecir José de Souza

Revisoras

Cleusa Maria de Souza
Eliane Cardoso de Melo
Inge Ignez Ruschel Horn
Tereza Davis dos Santos Winter

Índice Numérico e Legislativo

Jorge Silveira

Índice por Assunto

Juvenaldo Zangelini

Editoração Eletrônica

Léa dos Santos Sousa