

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 — 4º Trimestre 1999 — N. 88
Florianópolis — SC
2001

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

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

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

Diretor: Des. Francisco Xavier Medeiros Vieira

Comissão de Jurisprudência:

Des. João José Ramos Schaefer — *Presidente*

Des. Anselmo Cerello

Des. Pedro Manoel Abreu

Des. José Trindade dos Santos

Des. Carlos Alberto Silveira Lenzi

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

Diretor de Infra-Estrutura:

Mauro Camillo Duarte

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

Praça da Bandeira, n. 208

Caixa Postal n. 427

88 020-901 — Florianópolis — SC

Telefone (48) 221 1213

Fax (48) 221 1200

Telex 481108/482610

Tiragem: 3.000 exemplares

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE. Tribunal de Justiça.

Florianópolis, SC, 1973 —

Trim.

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

periodicidade irregular de 1891 a 1972

CDU — 340.142 (816.4) (05)

CDD — 34005

SUMÁRIO

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA	V
--	---

DOCTRINA

Considerações sobre afastamento de prefeitos à luz do ordenamento brasileiro — Nilton João de Macedo Machado, Juiz de Direito Substituto de 2º Grau e Vilian Bollmann, Bacharel em Ciências da Computação e Direito.....	3
Descaracterização do contrato bancário — arrendamento mercantil — quando cobrado antecipadamente o VRG (Valor Residual Garantido) — Dr. Paulo Afonso Sandri, Juiz de Direito Substituto	25
“Plano Nacional de Segurança Pública” e o Sistema Penitenciário — Antônio Julião da Silva, Escrivão Judicial	33
Contratos bancários: natureza jurídica e tutela jurisdicional — Munir Karam, Juiz do Tribunal de Alçada do Paraná.....	39

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Mandados de Segurança	59
Apelações Cíveis em Mandados de Segurança.....	79
Apelações Cíveis.....	92
Agravos de Instrumento.....	345
Ações Rescisórias	415
Embargos de Declaração na Apelação Cível	426
Habeas Corpus	437

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Habeas Corpus	447
---------------------	-----

Apelações Criminais	493
Recurso de Agravo	651
Embargos de Declaração no Habeas Corpus	654
JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVA	
Ação Direta de Inconstitucionalidade.....	665
JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	
Agravo de Instrumento	671
Mandado de Segurança.....	673
JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	
Recursos Especiais.....	685
NOTICIÁRIO	
Posse dos Des. Volnei Ivo Carlin, Irineu João da Silva, Luiz César Medeiros e Galvão Nery Caon	695
ÍNDICE NUMÉRICO	723
ÍNDICE POR ASSUNTO	729

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (fevereiro de 2001)

TRIBUNAL PLENO

Presidente

Des. Francisco XAVIER Medeiros VIEIRA

Vice-Presidente

Des. JOÃO JOSÉ Ramos SCHAEFER

Corregedor-Geral da Justiça

Des. WILSON GUARANY Vieira

Des. JOÃO MARTINS

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO

Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR

Des. ALBERTO Luiz da COSTA

Des. Antônio Fernando do AMARAL E SILVA

Des. ANSELMO CERELLO

Des. GENÉSIO NOLLI

Des. JORGE MUSSI

Des. FRANCISCO BORGES

Des. CARLOS PRUDÊNCIO

Des. José GASPAR RUBIK

Des. PEDRO MANOEL ABREU

Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES

Des. José TRINDADE DOS SANTOS

Des. João Eduardo de SOUZA VARELLA

Des. Carlos Alberto SILVEIRA LENZI

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA

Des. NEWTON TRISOTTO

Des. SÉRGIO Torres PALADINO

Des. MAURÍLIO MOREIRA LEITE

Des. SOLON D'EÇA NEVES

Des. José MAZONI FERREIRA

Des. VOLNEI Ivo CARLIN

Des. IRINEU JOÃO DA SILVA

Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS

Des. VANDERLEI ROMER

Des. RUY PEDRO SCHNEIDER

ÓRGÃO ESPECIAL

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

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

CONSELHO DA MAGISTRATURA

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

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

SEÇÃO CIVIL

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

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

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

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

Des. JOÃO MARTINS — **Presidente**

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO

Des. José GASPAS RUBIK

Des. NEWTON TRISOTTO

Des. VOLNEI Ivo CARLIN

Des. LUIZ CEZAR MEDEIROS

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

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

Des. PEDRO MANOEL ABREU — **Presidente**

Des. José TRINDADE DOS SANTOS

Des. Carlos Alberto SILVEIRA LENZI

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA

Des. SÉRGIO Torres PALADINO

Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR*

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

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

Des. ANSELMO CERELLO

Des. CARLOS PRUDÊNCIO

Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES

Des. José MAZONI FERREIRA

Des. VANDERLEI ROMER

Des. RUY PEDRO SCHNEIDER

PRIMEIRA CÂMARA CIVIL

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

Des. CARLOS PRUDÊNCIO — **Presidente**

Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES

Des. RUY PEDRO SCHNEIDER

SEGUNDA CÂMARA CIVIL

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

Des. ANSELMO CERELLO — **Presidente**

Des. José MAZONI FERREIRA

Des. VANDERLEI ROMER

TERCEIRA CÂMARA CIVIL

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

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

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA

Des. SÉRGIO Torres PALADINO

QUARTA CÂMARA CIVIL

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

Des. PEDRO MANOEL ABREU — **Presidente**

Des. José TRINDADE DOS SANTOS

Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR*

QUINTA CÂMARA CIVIL

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

Des. JOÃO MARTINS

Des. José GASPAS RUBIK

Des. VOLNEI Ivo CARLIN

SEXTA CÂMARA CIVIL

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

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO

Des. NEWTON TRISOTTO

Des. LUIZ CEZAR MEDEIROS

CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS

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

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

Des. Antônio Fernando do AMARAL E SILVA

Des. GENÉSIO NOLLI

Des. JORGE MUSSI

Des. João Eduardo de SOUZA VARELLA

Des. MAURÍLIO MOREIRA LEITE

Des. SOLON D'ÊÇA NEVES

Des. IRINEU JOÃO DA SILVA

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

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

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

Des. GENÉSIO NOLLI

Des. João Eduardo de SOUZA VARELLA

Des. SOLON D'ÊÇA NEVES

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

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

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

Des. JORGE MUSSI

Des. MAURÍLIO MOREIRA LEITE

Des. IRINEU JOÃO DA SILVA

CÂMARA CIVIL ESPECIAL

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

Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR

Dr. ELÁDIO TORRET ROCHA

Dr. José Antônio TORRES MARQUES

Dr. JAIME RAMOS

CÂMARA ESPECIAL — PROCESSOS CÍVEIS

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

Dr. ELÁDIO TORRET ROCHA — **Presidente**

Dr. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS

Dr. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU

CÂMARA ESPECIAL — PROCESSOS CRIMINAIS

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

Dr. NILTON João de MACEDO MACHADO

Dr. José Antônio TORRES MARQUES

JUÍZES DE DIREITO SUBSTITUTOS DE SEGUNDO GRAU

Dr. NILTON João de MACEDO MACHADO

Dr. ELÁDIO TORRET ROCHA

Dr. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS

Dr. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU

Dr. José Antônio TORRES MARQUES

Dr. WILSON Augusto do NASCIMENTO

Dr. SÉRGIO Roberto Baasch LUZ

Dr. JAIME RAMOS

Dra. MARIA DO ROCIO Luz SANTA RITTA

JUÍZES CORREGEDORES

Dr. NICANOR CALÍRIO DA SILVEIRA

Dr. TULIO JOSÉ MOURA PINHEIRO

Dr. ROBERTO LUCAS PACHECO

DIRETOR-GERAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dr. PERIANDRO ALVES BALBINO

DIRETOR ADJUNTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dr. ARI DORVALINO SCHÜRHAUS

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

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

DOCTRINA

CONSIDERAÇÕES SOBRE AFASTAMENTO DE PREFEITOS À LUZ DO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Nilton João de Macedo Machado¹

Vilian Bollmann²

INTRODUÇÃO

Recentes fatos noticiados pela mídia têm revelado casos nos quais a cassação de ordens judiciais determinadoras de afastamentos preventivos de Prefeitos levam a descrédito público tanto o Poder Executivo Municipal quanto o Poder Judiciário, este por ordenar ora a saída e ora a recondução, e aquele pela descontinuidade na chefia de governo do ente municipal.

O presente trabalho visa estudar a questão destes afastamentos, especialmente em relação àqueles em caráter preventivo no curso de ações civis públicas.

1 *Juiz de Direito Substituto de 2º Grau em Santa Catarina e Professor de Direito Penal e Processo Penal na Univali, ESMESC e ESMAFSC.*

2 *Bacharel em Ciências da Computação e Bacharelado em Direito.*

DESENVOLVIMENTO

1. Da evolução das relações sociais registradas na história brasileira surgiu o Estado Democrático de Direito, adotado expressamente pela Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, fundindo-se não só o princípio de que todo o poder emana do povo e em seu nome deve ser exercido (art. 1º, parágrafo único, CF/88), mas também o do império da lei, no qual o Estado lhe deve total obediência.

A necessidade de legitimar o Estado Democrático pela participação popular faz surgir o sufrágio, que é “*direito público subjetivo de natureza política, que tem o cidadão de eleger, ser eleito, e de participar da organização e da atividade do poder estatal*”³ e “*que se fundamenta (...) no princípio da soberania popular e no seu exercício por meio de representantes*”⁴.

Este direito de participação política é consubstanciado pelo voto, que se constitui em exercício e manifestação do sufrágio⁵. Aliás, a Constituição é clara: “*A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos*” (art. 14).

Pelo fato de o voto representar não somente a eleição dos representantes do povo, mas a própria legitimação do poder estatal pela participação popular, resulta que esta manifestação de vontade é soberana, devendo não só prevalecer sobre qualquer outra, como ser resguardada, pois se trata de elemento que assegura o próprio fundamento do Estado Democrático de Direito.

Por isso, os direitos políticos garantidos pela Constituição na parte relativa aos Direitos e Garantias Fundamentais (Livro II) são universais (ressalvadas condições técnicas necessárias, tais como a idade e alistamento), sendo vedada sua cassação (art. 15).

2. Todavia, a própria Carta Política Brasileira, oriunda da vontade do poder constituinte originário, em obediência ao primado da lei, traz em seu corpo a previsão de hipóteses nas quais a vontade popular, manifestada pelo voto e da qual os mandatos políticos são delegados aos re-

3 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 350.

4 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 356.

5 SILVA, José Afonso da. *Ibid.*, p. 357.

presentantes escolhidos pelo povo, é mitigada pela conduta daquele que, embora eleito, age de forma contrária ao interesse público primário⁶.

Com efeito, no texto constitucional diversos são os dispositivos que limitam os direitos políticos ou sua perda em virtude de condutas ilícitas, destacando-se, diretamente, os seguintes:

“Art. 14, § 9º. Lei Complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”.

“Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: (...) III — *condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos*; (...) V — improbidade administrativa, nos termos do artigo 37, § 4º”.

“Art. 37, § 4º. Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

“Art. 55. *Perderá o mandato o Deputado ou Senador*: I — que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior; II — cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar; III — que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada; IV — *que perder ou tiver suspensos os direitos políticos*; V — quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição; VI — *que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado*”.

Em simetria aos comandos constitucionais, a legislação federal (*vide* Lei Complementar n. 64, de 18/5/1990) prescreve casos de inelegi-

6 Sobre a distinção entre interesse público primário e secundário *vide* MAZZILI, Hugo Nigro leciona: “Com efeito, não há confundir o interesse do bem geral (*interesse público primário*), com o interesse da administração (*interesse público secundário*). Essa distinção evidencia que nem sempre está a coincidir o interesse do bem geral (interesse público primário) com o modo como os órgãos governamentais vêem o interesse público (interesse público secundário). E, nesse sentido, o interesse público primário (bem geral) pode ser identificado com o interesse social, o interesse da sociedade ou da coletividade como um todo, e mesmo os mais autênticos interesses difusos (o exemplo, por excelência, do meio ambiente)” (*in* O acesso à Justiça e o Ministério Público, pp. 4/5).

bilidade por ofensa à probidade administrativa ou à moralidade, tais como:

“Art. 1º. São inelegíveis:

“I — para qualquer cargo: (...)

“e) os que forem condenados criminalmente, com sentença transitada em julgado, pela prática de crimes contra a economia popular, a fé pública, a administração pública, o patrimônio público, o mercado financeiro, pelo tráfico de entorpecentes e por crimes eleitorais, pelo prazo de 3 (três) anos, após o cumprimento da pena;

“(…)

“g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 5 (cinco) anos seguintes, contados a partir da data da decisão;

“h) os detentores de cargo na Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político apurado em processo, com sentença transitada em julgado, para as eleições que se realizarem nos 3 (três) anos seguintes ao término do seu mandato ou do período de sua permanência no cargo”.

No tocante à perda ou suspensão dos direitos políticos por condenação criminal (art. 15, III, da CF/88), o próprio Código Penal, lei anterior à Constituição de 1988, já dispunha sobre a perda do mandato eletivo como consequência da sentença condenatória.

Atualmente, com a nova redação dada pela Lei n. 9.268, de 1º/4/1996, o art. 92 do CP determina que: *“São também efeitos da condenação: I — a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a quatro anos nos demais casos”.*

Esse efeito extrapenal específico⁷ (perda do mandato eletivo), pode ser declarado na sentença condenatória, desde que prolatada por auto-

7 DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*, p. 151.

ridade judiciária competente, sendo possível perceber que decorre não só do mau uso da função pública atribuída ao representante do povo, mas também de uma conduta criminosa, cuja pena cominada seja igual ou superior a determinado limite, ainda que, neste último caso, a ação ou omissão não decorra do exercício do mandato eletivo.

No caso específico dos Prefeitos, o Dec.-Lei n. 201/67 também determina que a “*condenação definitiva em qualquer dos crimes definidos neste artigo acarreta a perda do cargo e a inabilitação, pelo prazo de 5 (cinco) anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, sem prejuízo da reparação civil do dano causado ao patrimônio público ou particular*” (art. 1º, § 2º).

3. *O mandato eletivo tem, neste contexto, duplo significado*: de um lado, sob a ótica do eleitor, é o resultado da expressão de sua vontade, consubstanciando seu direito político de se fazer representar por quem melhor lhe convier; de outra banda, observado em relação ao eleito para ocupar cargo eletivo, o mandato é a efetivação do direito político de ser eleito.

A partir da investidura, o eleito transforma-se em agente público, valendo destacar ser preceito fundamental da Teoria Geral do Direito, no que se refere aos agentes públicos, a independência das responsabilidades civil, penal e administrativa, expressamente prevista nas Leis ns. 8.112/90 (“*Art. 121. O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições (...) Art. 125. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si*”) e 8.429/92 (“*Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica*”).

4. Antes da perda definitiva como efeito específico extrapenal da sentença penal condenatória, também pode ser decretada a suspensão do exercício do mandato eletivo no curso de processo criminal como forma de cautela processual, qualquer que seja a função exercida pelo agente público, desde que preenchidos requisitos específicos relativos à espécie de cargo ocupado.

Assim, por exemplo, nos termos da Constituição vigente, caso admitida a acusação contra o Presidente da República, por 2/3 (dois terços) da Câmara dos Deputados (art. 86, *caput*), o Chefe do Poder Executivo poderá ficar suspenso de suas funções por até 180 (cento e oitenta) dias (art. 86, § 2º) se, nas infrações penais comuns, recebida a denúncia ou queixa-crime pelo Supremo Tribunal Federal, ou, nos crimes de respon-

sabilidade, após a instauração do processo pelo Senado Federal (incs. I e II, do § 1º, do art. 86).

No caso específico dos Prefeitos, cuja responsabilidade penal é apurada pelos Tribunais de Justiça (art. 29, X, da CF/88), verifica-se que na hipótese dos processos pelos denominados crimes de responsabilidade há expressa previsão legal (Dec.-Lei n. 201/67 — recepcionado pela CF/88⁸) no sentido de que “Art. 2º (...) II — ao receber a denúncia, o Juiz manifestar-se-á, obrigatória e motivadamente, sobre a prisão preventiva do acusado, nos casos dos itens I e II do artigo anterior, e sobre o seu afastamento do exercício do cargo durante a instrução criminal, em todos os casos;” (agora entenda-se órgão julgador como sendo o Tribunal de Justiça, com o rito da Lei n. 8.038/90, consoante disposição expressa no art. 1º da Lei n. 8.658/93).

O exame do citado dispositivo legal demonstra que há obrigatoriedade de pronunciamento motivado sobre o afastamento ou manutenção do prefeito do exercício do cargo durante a instrução criminal (aliás, a motivação é garantida constitucionalmente — CF/88, art. 93, IX).

Ora, sendo necessária motivação e não decorrendo ela automaticamente do recebimento da denúncia, o afastamento do prefeito somente poderá ser decretado se existente motivo capaz de se sobrepor à vontade popular expressada pelo voto, mormente quando “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII, da CF/88).

Mas há casos em que o bom andamento do processo poderá ser prejudicado pela permanência do Prefeito à frente do Executivo Municipal posto que, nessa condição, poderá ele embaraçar ou mesmo destruir provas documentais a seu dispor, especialmente aquelas presentes com os agentes públicos que estiverem diretamente sob sua autoridade.

A jurisprudência dominante ruma no sentido de que o afastamento preventivo do prefeito somente se justifica quando necessário para evitar

8 Dentre outros, *vide* o julgado: “Direito Constitucional, Penal e Processual Penal — Ação Penal Contra Prefeito Municipal — Decreto-Lei n. 201/67 — Recepção pela Constituição de 1988 (...) 1. A competência para o julgamento criminal de ex-Prefeito, por fatos ocorridos durante o exercício do mandato, é do Tribunal de Justiça do Estado, como prescreve o inciso X do art. 29 da Constituição Federal, *revogado, assim, nesse ponto, o art. 2º do Decreto-Lei n. 201/67, que atribuiu competência ao Juízo singular* (...) 3. Embora a Constituição de 1988 não inclua o Decreto-Lei como forma de processo legislativo, nem por isso revogou o Decreto-Lei n. 201, de 27/2/1967, que regula a responsabilidade penal dos Prefeitos e Vereadores” (STF — HC 74.675 — PA — 1ª T. — Rel. Min. Sydney Sanches — DJU 4/4/1997).

que, mantido na gerência do município, sua influência obste o andamento regular da investigação e a correta apuração da verdade, como, por exemplo, obstruindo o livre acesso a documentos existentes no âmbito das repartições da Prefeitura, valendo citar precedente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

“Recebimento da peça acusatória — Determinação de afastamento temporário do réu do cargo de prefeito — Princípio moralizador (...) Recebida denúncia contra Prefeito Municipal, acusado da prática de crime de responsabilidade previsto em quaisquer dos incisos do art. 1º, do Decreto-Lei n. 201/67, deve haver manifestação sobre seu afastamento do exercício do cargo durante a instrução criminal, justificando-se a providência acauteladora e moralizadora destinada a prevenir influência negativa na gerência do município, no andamento regular da atividade municipal”⁹.

Nesse julgado afirma-se que não há como confundir as razões do afastamento com as da prisão preventiva, já que esta somente “*poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria*” (art. 312 do CPP), enquanto aquela medida será imposta ao prefeito “*de modo a não influir negativamente na gerência do município, no andamento regular da atividade que envolve a administração municipal*”¹⁰.

5. Fora da esfera penal, também é possível o afastamento do Prefeito (suspensão do exercício do mandato), tanto *por ato de improbidade* (enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário ou violação de princípio da administração pública, correspondentes às infrações contidas respectivamente nas seções I, II e III do Capítulo II da Lei n. 8.429/92) quanto *por infração político-administrativa* (art. 4º do Dec.-Lei n. 201/67).

Em relação às infrações político-administrativas enumeradas no art. 4º do Dec.-Lei n. 201/67, a competência para processar e julgar a cassação do mandato do Prefeito (*impeachment*) é da Câmara dos Vereado-

9 TJSC — Inquérito n. 481, de Balneário Camboriú, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. em 12/12/95.

10 STOCO, Rui. Crimes de Responsabilidade de Prefeitos e Vereadores — Afastamento Temporário do Réu do Cargo de Prefeito enquanto estiver sendo objeto de ação penal, p. 333.

res¹¹, em rito que, em síntese, se inicia por denúncia escrita da infração com a exposição dos fatos e a indicação das provas, para que o Presidente da Câmara, na primeira sessão, determine sua leitura e consulte a Câmara sobre o seu recebimento. Decidido o recebimento, pelo voto da maioria dos presentes, na mesma sessão será constituída a Comissão processante, com 3 (três) Vereadores sorteados entre os desimpedidos, os quais elegerão, desde logo, o Presidente e o Relator, sendo iniciados os trabalhos dentro de 5 (cinco) dias, sendo notificado o denunciado para que, no prazo de 10 (dez) dias, apresente defesa prévia, por escrito, e indique as provas que pretender produzir. Decorrido o prazo de defesa, a Comissão processante emitirá parecer dentro de 5 (cinco) dias, opinando pelo prosseguimento ou arquivamento da denúncia, o qual, neste caso, será submetido ao Plenário. Se a Comissão opinar pelo prosseguimento, iniciará instrução, com intimação pessoal, ou por seu procurador, do denunciado de todos os atos do processo. Concluída a instrução, será aberta vista do processo ao denunciado, para razões escritas, no prazo de 5 (cinco) dias, e, após, a Comissão processante emitirá parecer final, pela procedência ou improcedência da acusação, e solicitará ao Presidente da Câmara a convocação de sessão para julgamento. Na sessão de julgamento, o processo será lido, integralmente, e, a seguir, os Vereadores que o desejarem poderão manifestar-se verbalmente, pelo tempo máximo de 15 (quinze) minutos cada um, e, ao final, o denunciado, ou seu procurador, terá o prazo máximo de 2 (duas) horas, para produzir sua defesa oral. Por fim, será afastado, definitivamente, do cargo do denunciado que for declarado, pelo voto de dois terços, pelo menos, dos membros da Câmara, incurso em qualquer das infrações especificadas na denúncia (art. 5º, incs., I, II, III, IV e V, do Dec.-Lei n. 201/67).

Esse procedimento tem prazo fatal de 90 (noventa) dias, findo o qual, se não decidida a causa, será arquivado. Não há afastamento cautelar nesta hipótese e ao judiciário cabe apenas o exame da legalidade formal do procedimento adotado.

6. Por outro lado, *quando se tratar de acusação por prática de atos de improbidade administrativa apurados mediante ação civil pública*, é viável (assim como no processo penal) o afastamento preventivo do alcaide como expressamente previsto no parágrafo único do art. 20 da Lei n. 8.429/92.

11 Art. 4º, *caput*, do Dec.-Lei n. 201/67.

Registre-se que a ação civil pública se constitui instrumento hábil para tanto, porque qualquer ato ilícito praticado pelo administrador público (*lato sensu*), nessa qualidade, fere interesse público difuso ou coletivo, subsumindo-se à hipótese normativa prevista no art. 1º, IV, da Lei n. 7.347/85, decorrendo daí, por expressa previsão constitucional (art. 129, III), a legitimação do Ministério Público para o manejo dessa *actio*¹².

A doutrina é clara sobre o tema:

“Todo aquele que exerce cargo, emprego, função ou mandato, seja por eleição, nomeação, contratação, designação ou por qualquer outra forma de investidura, ainda que sem remuneração, em qualquer entidade ou pessoa jurídica da administração direta, indireta ou fundacional, bem como nas entidades mencionadas na LIA 1º, *caput* e § 1º, está sujeito à ACP para reparação do dano, seqüestro ou perdimento de bens havidos por enriquecimento ilícito. A legitimação ativa para o ajuizamento da ACP em face de agente político ou agente público, servidor ou não, é conferida ao MP (CF, 129, III; LIA 16 a 18). A pessoa jurídica interessada, bem como os legitimados da LACP 5º podem ajuizar a ACP, desde que preenchidas as condições legais”¹³.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina já declarou:

“Ação civil pública. Dano ao erário público, por ato de improbidade de Prefeito Municipal. Ministério Público. Legitimação para agir. Extinção do processo. Decisão cassada. Recurso provido. A Constituição da República, em seu art. 129, inc. III, cometeu ao Ministério Público o dever de zelar pelo patrimônio público e social, pelo meio ambiente e por outros interesses difusos e coletivos, promovendo, para tanto, o inquérito civil e a ação civil pública. O ditame constitucional dilargou a legitimidade do *Parquet*, roborada pela Lei n. 8.249/92, que versa sobre a aplicação de sanções aos agentes públicos por enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional. A Lei n. 7.347/85, por seu turno, evidencia a independência entre a ação em apreço e a ação popular, tutelando, além dos

12 “Ação Civil Pública — Propositura sob o fundamento de que ocorrente ato de improbidade administrativa — Legitimidade ativa do Ministério Público que decorre do disposto no artigo 5º, *caput*, da Lei Federal n. 7.347/85, recepcionada pelo artigo 129, inciso III, da Constituição Federal — Reconhecimento, ainda, da possibilidade jurídica do pedido e do interesse processual — Recurso não provido” (TJSP — AI n. 89.311-5 — Araraquara — 6ª C.D.Púb. — Rel. Juiz Des. Christiano Kuntz — j. 8/3/1999 — v. u.).

13 NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor, p. 1.506.

expressamente enumerados, quaisquer outros interesses difusos ou coletivos (art. 1º, inc. IV). Presente o interesse difuso e sendo a proteção ao patrimônio público uma das funções institucionais do Ministério Público, constitucionalmente prevista, é indubitável sua legitimação para a propositura de ação civil pública em defesa do erário”¹⁴.

Assim, proposta ação civil pública para apuração de ato de improbidade administrativa, o afastamento da autoridade poderá ser *temporário* (art. 20, parágrafo único, da Lei n. 8.429/92), por força de medida cautelar, ou *definitivo*, se decretada com fulcro na Lei n. 8.429/92, que prevê, ao final, dentre outras sanções definitivas, a perda da função pública e suspensão dos direitos políticos de 8 (oito) a 10 (dez) anos (art. 12, I, II e III, da Lei n. 8.429/92).

7. Esta possibilidade de afastamento temporário (art. 20, parágrafo único, da Lei n. 8.429/92) decorre da aplicabilidade das normas do Código de Processo Civil à ação civil pública (art. 19 da Lei n. 7.347/85), *inclusive* quanto às medidas cautelares, nominadas ou inominadas, esta com a função de garantia da eficácia de futura prestação jurisdicional mediante providências que assegurem a conservação e preservação das provas, pessoas ou bens objetos da ação principal, como Humberto Theodoro Júnior leciona:

“Se os órgãos jurisdicionais não contassem com um meio pronto e eficaz para assegurar a permanência ou conservação do estado das pessoas, coisas e provas enquanto não atingido o estágio último da prestação jurisdicional, esta correria o risco de cair no vazio, ou de transformar-se em providência inócua e inútil. Surge, então, o processo cautelar como uma nova face da jurisdição e como um *tertium genus*, contendo, ‘a um só tempo as funções do processo de conhecimento e de execução’ e tendo por elemento específico ‘a prevenção’. Enquanto o processo principal (de cognição ou execução) busca a composição da lide, o processo cautelar contenta-se em outorgar situação provisória de segurança para os interesses dos litigantes. Ambos os processos giram em torno da ‘lide’, pressuposto indeclinável de toda e qualquer atuação jurisdicional. Mas enquan-

14 TJSC — Ap. Cív. n. 97.000318-8, de Braço do Norte, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. em 13/5/99. *Vide*, ainda: “Ação civil pública. Contrato administrativo firmado com município. Dano ao erário público. Defesa do patrimônio público. Interesse difuso. Legitimidade ativa do Ministério Público. Inteligência do art. 129, inciso III, da Carta Magna. Recurso provido. O Ministério Público tem legitimidade ativa para a ação civil pública que objetive a responsabilização por danos causados ao patrimônio público, a teor do preceituado no art. 129, III, da Constituição Federal” (Ap. Cív. n. 98.014724-7, de Blumenau, rel. Des. Sérgio Paladino, j. em 8/4/99).

to a lide e sua composição apresentam-se como o objetivo máximo do processo principal, o mesmo não se dá com o processo cautelar (...) A este cabe uma função ‘auxiliar e subsidiária’, de servir à ‘tutela do processo principal’, onde será protegido o direito e eliminado o litígio, na lição de Carnelutti. Na realidade, a atividade jurisdicional cautelar dirige-se à segurança e garantia do eficaz desenvolvimento e do profícuo resultado das atividades de cognição e execução, concorrendo, dessa maneira, para o atingimento do escopo geral da jurisdição. Não dando solução à lide, mas criando condições para que essa solução ocorra no plano de maior justiça dentro do processo principal, anota Ronaldo Cunha Campos que ‘a função cautelar tem por escopo servir o interesse público na defesa do ‘instrumento’ criado pelo Estado para compor lides, isto é, a defesa do processo’”¹⁵.

No caso específico de ação civil pública versando sobre apuração de atos de improbidade administrativa, dispõe expressamente a lei de regência que “a autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual” (art. 20, parágrafo único, da Lei n. 8.429/92), o que, vale dizer, se assemelha ao afastamento catalogado no processo penal já citado.

Por isso, reitera-se, também no curso de ação civil pública será possível o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, desde que presentes os requisitos gerais das medidas cautelares, *fumus boni juris* e *periculum in mora*, este consubstanciado na demonstração da necessidade do afastamento para garantia de efetividade da instrução processual, e aquele pela existência de elementos nos autos indicando a plausibilidade do direito pretendido pelo autor da demanda pública.

Em relação a Prefeito, destaque-se, por oportuno, a recente decisão da lavra da Exma. Sra. Ministra Eliana Calmon, do Superior Tribunal de Justiça, que, apreciando medida cautelar interposta pelo Prefeito de São Paulo (Celso Pitta), assentou:

“Diante do entendimento até aqui esboçado, passo ao exame dos pressupostos necessários à concessão da cautela, os quais são basicamente dois: *perigo de dano irreparável*, se não concedida a tutela de urgência, e *suporte jurídico em favor do requerente*, ainda que de forma tênue.

15 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela Jurisdicional Cautelar*, pp. 11/12.

De referência ao perigo, é importante considerar que é o mesmo via de mão-dupla, não se podendo resguardar uma das partes e manter a outra em situação de dificuldade. Na hipótese, o afastamento do Prefeito não mais ferirá a sua imagem, porquanto já desgastada perante a opinião pública, opinião esta que poderá ser revertida até mais facilmente se, ao final do julgamento da ação de responsabilidade, concluir-se que inexistente a improbidade. Ademais, a sua manutenção à frente do Executivo Municipal traria para os órgãos de controle enorme desgaste, pois é muito difícil manter-se em curso uma ação que visa responsabilizar um agente político por ato de improbidade, sem que se possa dispor livremente dos registros administrativos. Assinale-se, ainda, que, independentemente da norma do art. 9º da Lei n. 8.429/1992, arrimo jurídico do pleito, o desgaste que se deve resguardar é da própria imagem de transparência da Administração Pública”¹⁶.

Do decreto colhe-se também o argumento da preponderância do interesse público sobre o particular, o que reiterado em 2/6/00, no voto de desempate proferido pelo eminente Ministro Milton Luiz Pereira, quando do julgamento do agravo regimental proposto pela defesa.

Mas, diante dos termos da lei de regência (“*quando a medida se fizer necessária à instrução processual*” — Lei n. 8.429/92, art. 20, parágrafo único) e da garantia constitucional de fundamentação das decisões judiciais (CF, art. 93, IX), há que demonstrar, de forma plausível, nos autos, quais os atos ou fatos praticados pelo Prefeito que sirvam de estribo ao afastamento antecipado.

Com base nessa premissa, a colenda Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, em sede de reconsideração, concedeu liminar, em 13/6/00, para garantir retorno imediato de Celso Pitta à chefia do Executivo da cidade de São Paulo (*vide* MC n. 2.765, SP 2000/0044284-4), diante da “inexistência de elementos que mostrassem uma interferência indevida do então Prefeito nas investigações que o acusam de improbidade administrativa”.

Em Santa Catarina esta também tem sido a orientação seguida pela Corte Estadual, nos inúmeros casos que lhe são submetidos (recentemente com os Prefeitos de Biguaçu, Pomerode e Mafra, dentre outros): não basta a simples invocação genérica, no curso de ação civil pública, da previsão contida no parágrafo único do art. 20 da Lei n. 8.429/92, para lo-

16 Medida Cautelar n. 2.765 — São Paulo (2000/0044284-4), obtido na internet, *in* http://www.stj.gov.br/stj/noticias/detalhes_noticias.asp?ID_noticia=1835, em 26/5/00.

go ser determinado o afastamento preventivo do Prefeito pois não só o acusado tem o direito de ver indicada, como o órgão judiciário tem a obrigação de demonstrar, nos autos e de forma plausível, qual a razão fática que a fundamenta.

8. Afirmada a exigência de ser revelada, *no processo da ação civil por improbidade administrativa*, a prática de atos que possam atrapalhar o curso da instrução, surge agora questão nova pertinente à *competência para determinação dessa medida quando a autoridade a ser afastada for Prefeito*, pois, ao dispor sobre a Organização do Estado, a Constituição da República estabeleceu no inciso X do art. 29: “*Julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça*” (na numeração advinda com a EC n. 1).

O comando constitucional é claro e não faz distinção entre julgamento penal ou civil, sendo de se perguntar: o Juízo de 1º grau é competente para julgar o Prefeito acusado de improbidade administrativa no curso de ação civil pública, podendo *inclusive* determinar, cautelar e liminarmente, seu afastamento da função pública cuja investidura lhe foi outorgada pelo voto popular?

A resposta a essa indagação requer, preliminarmente, uma distinção sobre o que se pretende na ação civil pública, assim da objetividade que se busca proteger com o afastamento do Prefeito, pois a obstrução à obtenção de provas (garantia da instrução) pode decorrer não só de ato do Alcaide, quanto de terceiros, o que é muito mais comum do que se imagina.

Por isso, faz-se necessário verificar, primeiro, se a pretensão manifestada pelo Ministério Público visa apuração de ato de improbidade praticado pelo Prefeito e conseqüente aplicação de sanções cíveis (restituição e perdimento de bens) e políticas (perda do mandato e suspensão dos direitos políticos) ou se se trata de ato lesivo, assim como possível obstrução de provas, praticada exclusivamente por outrem que não seja o Alcaide.

É que, na hipótese de não ser o Prefeito o obstruidor ou dificultador da obtenção de provas no curso de instrução de ação civil pública destinada a apurar responsabilidade de outrem, tem-se que ele (Chefe do Executivo Municipal) não poderá ser afastado nos termos da Lei n. 8.429/92. Em verdade, verifica-se que nesta hipótese o Prefeito pode realizar condutas que, em tese e na medida do caso concreto, podem configurar crimes de prevaricação, condescendência criminoso e advocacia administrativa, cujas apurações são indiscutivelmente de competência do Tribunal de Justiça e este, por sua vez, poderá decretar o afastamento nos

termos do art. 2º, II, do Dec.-Lei n. 201/67, se configurado crime previsto neste diploma, com ou sem prisão preventiva, ou somente prisão preventiva se for crime do Código Penal.

De outra banda, caso a ação civil pública seja movida para apuração de improbidade administrativa praticada por Prefeito (que goza de privilégio constitucional para *juízo* pelo Tribunal de Justiça) ou sendo por ela responsável diretamente, poderá ele não só ser condenado ao ressarcimento do erário público¹⁷, como ter decretados previamente seu afastamento como, *inclusive*, indisponibilidade dos seus bens e dos demais investigados¹⁸.

Ora, por ser mandatário do poder político que lhe foi atribuído pelo povo, o julgamento do Prefeito em foro especial não apenas é direito exclusivo daquele que está investido naquela função pública, como também dos cidadãos que o elegeram, escolhendo aquele específico indivíduo para exercer o comando da Administração Pública Municipal; o privilégio para julgamento do mandatário em foro especial serve, assim, também para assegurar a efetividade do exercício do direito ao voto popular.

O afastamento do Prefeito consiste, assim, não só em sanção para o agente público, como contrariedade expressa à vontade popular, o que lhe confere um caráter próprio e bem distinto em relação às ações movidas em face de comportamento ímprobo de qualquer outro alçado à função, cargo ou emprego por concurso público.

Desse modo, até mesmo em obediência ao princípio da isonomia (= tratar desigualmente os desiguais), a Carta Política atribui certas prerrogativas, dentre elas o foro especial geral para o detentor de função pública conferida pelo voto, mesmo porque este, conforme já salientado, é expressão de legitimação do Estado Democrático de Direito.

9. O Estado, como poder soberano, uno, indivisível e visando à consecução dos objetivos delineados pela sociedade em sua Carta Magna (art. 3º da CF/88), exerce funções administrativas (= executivas *lato sen-*

17 Art. 6º da Lei n. 8.429/92: “No caso de enriquecimento ilícito, perderá o agente público ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio”.

18 Art. 7º da Lei n. 8.429/92: “Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá à autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado. Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o *caput* deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito”.

su), legislativas e judiciárias, atribuindo-as a entes distintos, objetivando, assim, a não acumulação de todo o poder em um único agente público, cristalizando-se com a independência entre seus poderes (art. 2º da CF).

No âmbito das funções judiciárias, sendo impossível a resolução de todas as lides trazidas à sua apreciação por uma única pessoa, o ordenamento jurídico distribui os pedidos de aplicação da lei aos casos concretos entre os diversos órgãos membros do respectivo Poder, usando, para isso, vários e conhecidos critérios para determinar qual está apto a processar e julgar o caso concreto.

Por esse motivo, o conceito não poderia ser outro: “*a competência é apenas a medida da jurisdição, isto é, a determinação da esfera de atribuições dos órgãos encarregados da função jurisdicional*”¹⁹, destacando-se ser requisito para a constituição válida e regular da relação jurídica processual, configurando-se pressuposto processual, consoante escólio doutrinário dominante²⁰.

Dentre os diversos critérios adotados pelo ordenamento jurídico brasileiro para definir a competência, exsurge a espécie *ratione personae* que “*consiste no poder que se concede a certos Órgãos Superiores da Jurisdição de processarem e julgarem determinadas pessoas. Há pessoas que exercem cargos de especial relevância no Estado e, em atenção a tais cargos ou funções que exercem no cenário político-jurídico da nossa Pátria, gozam elas de foro especial, isto é, não serão processadas e julgadas como qualquer do povo, pelos órgãos comuns, e, sim, pelos órgãos superiores, de instância mais elevada*”²¹.

Por se tratar de matéria cujo conhecimento pode se dar a qualquer momento, a competência em razão da pessoa constitui direito de relevância inegável, indelegável e improrrogável.

Em relação ao Prefeito e sua prerrogativa de foro especial (*ratione personae*) por força do art. 29, inc. X, da Constituição de 1988, posiciona-se a doutrina sobre os processos não criminais:

“Coloca-se a questão de se saber se tal competência seria também para julgamento dos crimes ordinários, isto é, o julgamento de atos da vida civil que possam ter implicação pública, se praticados no exercício do mandato. Entendo que sim, visto que sempre que tais atos terminem por

19 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, p. 154.

20 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.*, p. 59.

21 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, p. 131.

representar falta de decoro, atingir a moralidade administrativa ou demonstrar, pela sua produção, inaptidão para o exercício da função, a própria figura do prefeito, mais do que a do cidadão, em jogo está. Outra questão que se coloca é de saber-se se para tais matérias correlatas, mas não decorrentes do exercício do cargo, a competência seria originária do Tribunal de Justiça ou apenas em segundo grau a competência do Tribunal se imporia. Entendo que, nesta hipótese, a competência do Tribunal de Justiça é originária. (...) *Não se deve, todavia, entender que o foro especial seja um privilégio do prefeito, mas, antes, um privilégio para os cidadãos, que assim poderão ter mais rapidamente e pelo órgão colegiado e constituído de magistrados mais experientes, a solução da pendência em que todo o município tem interesse*²².

E Cretella Júnior sentencia: “Na sistemática da Constituição vigente, o julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça do Estado, em que se localiza o Município, independe da matéria”²³.

Ora, não tendo o constituinte originário consignado expressamente que a competência originária do Tribunal de Justiça para julgamento do Prefeito restringe-se somente aos processos criminais, não se pode diminuir ou limitar a garantia do foro privilegiado por prerrogativa de função (que pertence diretamente ao eleito, e indiretamente aos seus eleitores, dada pelo comando constitucional), pois somente “*comportam interpretação extensiva as normas que asseguram direitos, estabelecem garantias e fixam prazos*”²⁴, com o que se conclui que tal prerrogativa é extensiva a todos os processos da esfera judicial.

Além desse argumento, tem-se que a interpretação sistemática do ordenamento brasileiro revela que o fato de o legislador ordinário determinar competências especiais para processar e julgar infrações político-administrativas (Câmaras Municipais) e condutas criminosas (Tribunais de Justiça) praticado pelos Prefeitos, implica efetivo reconhecimento da necessidade de foro especial em favor daquele que ocupa função de chefe do Executivo Municipal (detentor do poder político delegado pelos eleitores) para quando seja demandado cível, criminal ou administrativamente, pois que “*o direito objetivo não é um aglomera-*

22 BASTOS, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*, pp. 195/197.

23 CRETILLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, p. 1.880.

24 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*, pp. 122/123.

*do aleatório de disposições legais, mas um organismo jurídico, um sistema de preceitos coordenados ou subordinados, que convivem harmonicamente. A interpretação sistemática é fruto da idéia de unidade do ordenamento jurídico*²⁵.

Aliás, nos de crimes contra a honra de que podem ser vítimas os agentes públicos, a interposição da exceção da verdade pelo querelado comum desloca a competência para seu julgamento se o querelante (no caso, também exceto) tiver prerrogativa de função, hipótese que evidencia a importância da competência *ratione personae*.

Nesse sentido, a posição do Superior Tribunal de Justiça é clara e contundente:

“Processo penal. Competência. Exceção da verdade. Se o querelante está sujeito a jurisdição do Tribunal de Justiça, a este compete o julgamento da exceção da verdade. O juízo de admissibilidade e o processamento, porém, incumbem ao Juízo de Direito perante o qual corre a ação penal. Inteligência do art. 85 do CPP. Ordem deferida”²⁶.

É bem verdade que a matéria tratada na ação civil pública não se insere na área penal, mas além de não haver essa distinção no dispositivo constitucional aplicável à espécie, também é certo que a sanção derivada da eventual procedência do pedido implica séria privação de direitos, tanto do prefeito quanto dos eleitores que legitimaram o poder político por seu voto.

Esta preocupação com a garantia do direito de foro especial para o Prefeito foi manifestada pelos membros do Poder Legislativo que, no curso da chamada “Reforma do Judiciário”²⁷, discutem nova redação do dispositivo constitucional em estudo em face da revogação do verbete 394, da Súmula do STF, que passaria a vigorar nos seguintes termos: “art. 29 (...) X — julgamento do Prefeito, enquanto no exercício do cargo, perante o Tribunal de Justiça”.

10. Não se olvida, contudo, a existência de julgados da Corte Estadual Catarinense que, fundados em precedentes do colendo Superior Tri-

25 BARROSO, Luis Roberto. *Op. cit.*, p. 134.

26 STJ — HC n. 841/PR — 6ª Turma, rel. Min. Costa Leite, DJU 6/4/92, p. 4.505, *apud*, GARCINDO FILHO, Alfredo de Oliveira. *Jurisprudência criminal do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*, p. 101.

27 PEC n. 96-A, de 1992, já aprovada em 1º turno na Câmara dos Deputados.

bunal de Justiça, admitem a competência do Juízo de primeiro grau para tal afastamento de Prefeito²⁸.

Todavia, em que pese o elevado respeito ao inegável saber jurídico daqueles ilustres julgadores, tem-se que suas conclusões derivaram de premissa equivocada, pois os referenciais do Superior Tribunal de Justiça tomados como paradigma não tratavam da competência hierárquica para conhecimento da pretensão de afastamento de Prefeito, mas sim da competência em função da matéria.

Com efeito, no Conflito de Competência n. 819—RS a Corte Superior dirimiu controvérsia relativa à competência para processar e julgar Prefeito por ato que possuía conotação de crime eleitoral, conflito que se baseava na matéria abordada na lide, e não em relação à hierarquia, como se vê:

“Conflito de competência. Ação popular promovida contra o prefeito municipal. Competência do MM. Juízo da Vara Cível, que não se modifica pelo simples fato de o ato impugnado possuir conotação de crime eleitoral. Conflito procedente”²⁹.

O outro precedente utilizado refere-se à discussão da competência para julgamento de desvio e má aplicação de verbas, havendo dúvida se caberia à Justiça Estadual ou Federal (sem falar em Juízo de primeiro grau ou Tribunal), sendo decidido que:

“Conflito de competência. Ação popular ajuizada contra ato de prefeito municipal. Desvio e má aplicação de verbas. Competência da Justiça Estadual. A competência para o processo de ação popular está determinada pela origem do ato a ser anulado. Assim, se o ato é do prefeito, acusado de má aplicação de dinheiro, a competência é da Justiça Comum, embora a verba seja proveniente do governo federal, porque já incorporada ao patrimônio da Prefeitura, passando para a disponibilidade do Município”³⁰.

28 *Vide*: Mandado de Segurança n. 6.024, de Rio do Sul, j. 4/2/93 e Ação Popular n. 01, de Piçarras, j. 23/7/92; ambos do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

29 Registro n. 89.12131-6, rel. Min. Ilmar Galvão, suscitante: Juízo de Direito da 7ª Zona Eleitoral de Bagé — RS; suscitado: Juízo de Direito da 3ª Vara Cível de Bagé — RS; RSTJ 9/92.

30 CC 2.273/PI; (1991/0016243-4), DJ 25/11/1991, p. 17.039, rel. Min. HÉLIO MOSIMANN, j. 29/10/91.

Vê-se que, nos casos listados, a questão relativa à competência hierárquica não foi abordada (porque não tornada controversa), tendo havido apenas discussão quanto à competência em relação à matéria, que não se confunde com aquela; por este motivo, os precedentes aludidos não servem para resolver a *vexata quaestio*, pois somente trataram-na de forma oblíqua.

11. Do exposto, resta claro que, sendo medida possível desde que preenchidos determinados requisitos (e salvo quando for infração político-administrativa a ser julgada pelas Câmaras Municipais), o afastamento de Prefeito e eventual posterior perda da função pública para a qual foi eleito, em processo penal e civil, não compete ao Juízo de primeiro grau, mas sim ao Tribunal de Justiça por força da Norma Constitucional (CF, art. 29, X), o que pode ser viabilizado com as seguintes formas:

11.1. no processo penal, observadas as normas procedimentais previstas na Lei n. 8.038/90 (aplicadas em face da Lei n. 8.658/93), combinadas com os arts. 2º, II, do Dec.-Lei n. 201/67 (preventivo) e 92 do Código Penal (definitivo).

11.2. no processo da ação civil pública, em primeira opção, desde que proposta a medida cautelar diretamente ao Tribunal competente para conhecer do recurso advindo da ação principal, a ser decidida aquela consoante previsão regimental; é a melhor forma de preservação da garantia constitucional do foro especial.

Pode-se viabilizar uma segunda possibilidade, desde que se entenda como mantida a sistemática atual (processo da ação civil pública em primeiro grau, porque não se aplicaria o privilégio à esfera civil): que a decisão liminar de afastamento somente seja executada após confirmada pelo Tribunal ou transite em julgado, tanto em relação ao recurso de agravo de instrumento, como da suspensão de execução viável diante do art. 14, § 1º, da Lei n. 7.347/85.

Com isso, certamente serão garantidos os direitos constitucionais do contraditório e devido processo legal (aqui incluído o juízo competente), além de evitados os desgastes e reflexos políticos tão conhecidos e negativos advindos das sucessivas liminares, umas cassando outras.

CONCLUSÕES

1. O exercício do mandato eletivo é resultado do direito de sufrágio que, por sua vez, legitima o poder do Estado Democrático de Direito.

2. A manifestação da vontade popular expressada pelo voto é soberana e prevalece sobre qualquer outra, ressalvadas as hipóteses de suspensão ou perda dos direitos políticos e do mandato, previstas na própria Constituição da República Federativa do Brasil.

3. A prerrogativa de foro é garantia constitucional que pertence tanto ao detentor do mandato quanto aos eleitores que legitimaram o poder político por seu voto.

4. Dentre as hipóteses de perda do mandato estão a procedência de acusação por infração político-administrativa (1) e a condenação criminal por sentença transitada em julgado (2) ou a prática de atos de improbidade administrativa apurada em ação civil pública (3).

5. Em relação às condutas tipificadas como crimes, os prefeitos municipais, processados julgados pelo Tribunal de Justiça, podem ser afastados tanto temporária e cautelarmente para evitar que, na qualidade de chefes do Executivo, exerçam influência ou prejudiquem a obtenção das provas, quanto definitivamente em função de efeito extrapenal específico.

6. As infrações político-administrativas são processadas julgadas pela Câmara de Vereadores mediante procedimento específico, delimitado no Dec.-Lei n. 201/67.

7. No curso de ação civil pública, é possível o afastamento cautelar de agente público do exercício do cargo, emprego ou função, desde que preenchidos os requisitos dessa medida: *fumus boni juris* e *periculum in mora*, este consubstanciado na demonstração da necessidade do afastamento para garantia de efetividade da instrução processual, e aquele pela existência de elementos nos autos indicando a plausibilidade do direito pretendido pelo autor.

8. A influência negativa do Prefeito no andamento regular da instrução pode se dar no curso de ação civil pública visando apurar ato de improbidade imputado a ele ou a terceiro; nesta última hipótese, sua conduta pode configurar crime que deverá ser apurado em processo penal, no qual podem ser decretados o afastamento cautelar e/ou a prisão preventiva pelo Tribunal de Justiça.

9. Na hipótese de o afastamento do Prefeito ser necessário para apuração de ato de improbidade que lhe é atribuído em ação civil pública, a competência para ordenar tal medida é do Tribunal de Justiça do Estado, por força do art. 29, X, da CF/88.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 3ª ed. rev. e atual., São Paulo, Saraiva, 1999.
- BASTOS, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. Vol. 3, tomo II, São Paulo, Saraiva, 1993.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Vol. 4, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991.
- DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 4ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1998.
- GARCINDO FILHO, Alfredo de Oliveira. *Jurisprudência Criminal do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*. 3ª ed., Curitiba, Edição do Autor, 1999.
- MAZZILI, Hugo Nigro. *O acesso à Justiça e o Ministério Público*. 3ª ed. rev., ampl. e atual., São Paulo, Saraiva, 1998.
- NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 4ª ed. rev. e ampl., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16ª ed., rev. e atual., São Paulo, Malheiros, 1998.
- STOCO, Rui. Crimes de Responsabilidade de Prefeitos e Vereadores — Afastamento Temporário do Réu do Cargo de Prefeito enquanto estiver sendo objeto de ação penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 12, Ed. RT, out./dez., 1995.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1, 22ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997.
- _____. Tutela Jurisdicional Cautelar. *Revista dos Tribunais*, vol. 574, Ed. RT, agosto, 1983.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Vol. 2, 18ª ed., rev. e atual., São Paulo, Saraiva, 1997.

DESCARACTERIZAÇÃO DO CONTRATO BANCÁRIO — ARRENDAMENTO MERCANTIL — QUANDO COBRADO ANTECIPADAMENTE O VRG (VALOR RESIDUAL GARANTIDO)

Paulo Afonso Sandri*

Convém salientar, em princípio, a diferença entre o *Valor Residual Garantido* e a *Opção de Compra*, o que muito bem explica Arnaldo Rizzardo, em sua obra “*Leasing — Arrendamento Mercantil no Direito Brasileiro*”, RT, 2ª ed., pág. 70:

“Há uma distinção entre opção de compra e do valor residual de garantia, ou resíduo que sobra depois do pagamento de todas as prestações. 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” (grifei).

Continua o mestre, falando do tema:

“Ora, o valor residual garantido pouco representa, pelo menos na sistemática que leva a fixar as prestações, as quais compreendem o valor total do bem. O que existe no arrendamento é a possibilidade de não se exercer a opção de compra. Exigindo a complementação do valor, caso a alienação a terceiro ficar aquém do valor residual, *indiretamente está-se impondo a aquisição* do bem. Ademais, admitindo que o valor residual expresse alguma parcela do produto arrendado, mostra-se evidente que a

* Juiz Substituto Vitalício da comarca de Itajaí/SC.

permanência do mesmo deverá cobrir a parcela do valor residual, o qual, aliás, é fixado pela própria empresa que arrenda. Por último, ficando ao seu arbítrio a fixação do preço, afiguram-se possíveis engenhos dirigidos a falsear a realidade do preço efetivamente conseguido” (grifei).

Dessa forma, na verdade, o que se cobra nos contratos de arrendamento mercantil, com a designação de Valor Residual Garantido é a Opção de Compra antecipada, posto que, em ambos os casos, haveriam que ser definidos tais pagamentos somente ao final do contrato.

Tanto assim o é que inexistente residual para pagamento pela opção de compra, bem como hipótese de devolução do saldo do Valor Residual Garantido, transformando o contrato de arrendamento mercantil em compra e venda.

Uma circunstância que não pode, sobremaneira, passar despercebida, é a descaracterização do contrato como arrendamento mercantil, posto que o Valor Residual Garantido, qual seja, a efetiva e mascarada Opção de Compra, está sendo cobrado anteriormente ao final do contrato do suposto arrendamento.

Essa condição está muito bem posta pelo doutrinador Aramy Dornelles da Luz, in “*Negócios Jurídicos Bancários — O Banco Múltiplo e seus Contratos*”, RT, pág. 194, quando define a figura jurídica do arrendamento mercantil:

“O arrendamento mercantil, também denominado *leasing*, é, em linhas gerais, um negócio jurídico de financiamento, que toma a forma de uma locação de bens móveis ou imóveis, onde o locador atribui ao locatário o direito de opção entre renovar a locação, devolver o bem ou comprá-lo, *pagando então apenas o valor residual nele previsto, findo o prazo contratual*” (grifei).

Quando a pessoa pagou, a título de entrada, o valor inicial, equivalente à parte da compra do bem, e vinha pagando mensalmente parcelas do Valor Residual Garantido, por óbvio já foi feita a opção de compra, restando ela como proprietária de parte do bem, o que descaracteriza a figura do arrendamento mercantil, que na verdade é uma locação, com possibilidade de compra no final do prazo contratual.

Assim, trata-se, não mais de um arrendamento mercantil, mas sim de uma compra e venda a prazo, posto que a parte arrendatária já pagou, por meio da entrada, parte do valor da opção de compra, e está a pagar mensalmente, por intermédio das parcelas do Valor Residual Garantido, o preço de aquisição do bem, e não somente o valor da locação.

Esse raciocínio é por demais lógico, haja vista que, já havendo as partes acordado, pelo próprio contrato, a opção de compra seria feita de imediato, pelo pagamento da entrada, e no decorrer do arrendamento, pelas antecipações do Valor Residual garantido diluído, porém individualizado, nas prestações, na verdade se está a configurar um contrato de compra e venda a prazo, disfarçado sob a denominação de arrendamento mercantil.

Tal fato fica evidente, ante o comando da Lei n. 6.099, de 12 de setembro de 1974, no § 10, do artigo 11:

“A aquisição pelo arrendatário de bens arrendados em desacordo com as disposições desta Lei será considerada operação de compra e venda a prestação”.

A Resolução n. 980, de 13 de dezembro de 1984, que disciplina as operações de arrendamento mercantil, prescreve no item *e*, de seu art. 9º:

“Art. 9º — Os contratos de arrendamento mercantil devem ser formalizados por instrumento público ou particular, *devendo constar obrigatoriamente*, no mínimo, as especificações abaixo relacionadas:

“e) as condições para o *exercício por parte da arrendatária do direito de optar, após cumprido o prazo do arrendamento*, pela renovação do contrato, pela devolução dos bens ou *pela aquisição dos bens arrendados*” (meu destaque).

O item *g* e seu inciso 1, definindo a questão, preceituam:

“g) as despesas e os encargos adicionais que ficarem por conta da arrendatária ou da entidade arrendadora, admitindo-se:

“1 — a obrigação da arrendatária de pagar, *no final do prazo de arrendamento*, um valor residual garantido, sempre que optar pelo não exercício da opção de compra” (grifei).

Finalmente, em seu art. 11, define claramente a Resolução n. 980/84:

“A operação será considerada de compra e venda a prestação se a opção de compra for exercida antes do término da vigência do contrato de arrendamento”.

Tanto está descaracterizada como arrendamento mercantil a espécie sob comento e objeto dos presentes autos, que o mestre Arnaldo Rizzardo, em sua obra “*Leasing — Arrendamento Mercantil no Direito Brasileiro*”, RT, 2ª ed., pág. 77, ensina:

“Percebe-se que nada impede o exercício da opção antes do término do contrato. Mas, uma consequência advirá: o contrato não continuará

como de arrendamento mercantil. Passará a considerar-se como de compra e venda a prestação”.

Resta então evidente que se está a discutir uma compra e venda a prestação, como mesmo diz a Lei, pela cobrança antecipada do Valor Residual Garantido ou ainda pela Opção de Compra igualmente antecipada, na forma declinada pela própria Lei e demais normativos que regulam a espécie.

Essa condição, então, há que nos levar à conclusão lógica e óbvia de que, em se tratando de Compra e Venda a Prestação, e não Arrendamento Mercantil, não pode ser o dólar americano utilizado como indexador, ante a expressão do artigo 60 da Lei n. 8.880, de 27 de maio de 1994, que disciplina:

“É nula de pleno direito a *contratação de reajuste vinculado à variação cambial, exceto quando expressamente autorizado por lei federal e nos contratos de arrendamento mercantil* celebrados entre pessoas residentes e domiciliadas no País, *com base em captação de recursos provenientes do exterior*” (grifo meu).

Conclui-se que, como o contrato em discussão encontra-se descaracterizado pela própria Lei e pela Resolução específicas, que o impelem como Compra e Venda a Prestação, e não possui, nesta real condição, as condições necessárias para que possa ter como indexador a variação cambial, deve ser utilizado o valor de indexação nacional previsto, qual seja o *INPC*.

Outro fator de cobrança indevida fica por conta do valor residual, que, na forma da lei, funciona como opção de compra, devendo ser pago somente ao final do arrendamento, se a parte arrendatária pretender optar por adquirir o bem.

Nesse caso, se o valor do bem foi devidamente atualizado e acrescido de juros que já embutiam o lucro (*juro é remuneração do capital*), nada justifica a incidência de juros, encargos, correção monetária e comissão de permanência sobre um valor que na verdade somente seria despendido a final, isto ainda, se houvesse a opção de compra do bem.

É importante frisar que tudo o que se paga antecipadamente está sempre acompanhado de parcela correspondente ao valor residual, constatando-se, por simples cálculo aritmético, que os valores já mencionados foram pagos indevidamente e com acréscimos ilegais.

Assim, já se pagou parte dos débitos relativos ao valor residual, quitando percentual da opção de compra, de forma inteiramente irregular, muito mais quando se aplicou reajuste proveniente de saldo que incluía

tal resíduo, caracterizando-se, portanto, a cobrança indevida, como se observa dos ensinamentos da eminente jurista Maria Helena Diniz:

“Todavia, é preciso lembrar que o Decreto n. 22.626/33, parcialmente alterado pelo Decreto-Lei n. 182/38, ao reprimir os excessos da usura, proibiu a estipulação, em quaisquer contratos, de taxas superiores ao dobro legal (art. 1º), cominando pena de nulidade para os negócios celebrados com infração da lei, assegurando ao devedor a repetição do que houvesse pago a mais (art. 11). Assim sendo, a taxa de juros não poderá ultrapassar 12% ao ano, sendo vedado receber, a pretexto de comissão, taxas maiores que as permitidas pela lei (art. 2º) e, proibindo-se (art. 40), ainda, contar juros dos juros” (Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro, vol. 2º, Saraiva, pág. 322, b.61, n.1).

A LESÃO ENORME

Existe norma (Lei n. 1.521/51) que determina que os juros em operações ativas não podem ultrapassar o patamar de 20% da maior taxa praticada no mercado financeiro, porquanto ter-se-ia o que a doutrina define como exercício abusivo de direito por parte do banco, impingindo lesão no direito da empresa autora.

Segundo *Arnaldo Rizzardo*:

“Várias são as razões que justificam a necessidade do Instituto da Lesão, como proteção aos que se encontram em situação de inferioridade. Em determinados momentos, dadas certas premências materiais, a pessoa perde a noção do justo e do consentâneo com a realidade. É conduzida a praticar verdadeiros disparates econômicos. Evidentemente, sua vontade está contaminada por uma pressão muito forte, não agindo livremente. O direito não pode caminhar divorciado dos princípios morais que imperam na sociedade e que norteiam as consciências a conceberem os relacionamentos dentro de um mínimo de decência e pudor econômico, sob pena de se converterem estes em instrumentos de pura especulação e destruição, ao invés de se tornarem fatores construtivos da riqueza nacional. Num época em que a desigualdade econômica torna-se cada vez mais acentuada, apresenta-se de inestimável importância a reintrodução, em nosso direito, do instituto da lesão. A desproporcionalidade das prestações constitui um sintoma gritante da exploração de um contratante pelo outro, agravando as diferenças de níveis sociais. A odiosa exploração do próximo é contrária à moral, que ensina a tratar os homens como irmãos. A justiça deve inspirar as intenções e reinar nos contratos. A obrigação de

não prejudicar os outros é fundamento da responsabilidade civil” (Arnaldo Rizzardo, *in* Da Ineficácia dos Atos Jurídicos e da Lesão no Direito, Forense, 1983, pág. 96).

A Lei n. 1.521, de 26/12/51 admitiu o instituto da lesão no direito brasileiro, e, comentando o art. 40 deste diploma, afirma o doutrinador:

“No § 30 do dispositivo transcrito, assinala-se que a estipulação de juros ou lucros usurários será nula, devendo o Juiz ajustá-los à medida legal, ou, caso já tenha sido cumprida, ordenar a restituição da quantia paga em excesso, com juros legais a contar da data do pagamento indevido. Evidentemente, se os contratos desta espécie constituem delitos, desprovidos de valor jurídico se encontram. Não se trata de mera analogia de contratos do direito civil. Há uma incidência direta da lei, caracterizando de ilegais negócios com lucros ou proveito econômico excedente a um quinto do valor patrimonial da coisa envolvida na transação” (ob. cit., págs. 101/102).

Com efeito, a teor do estabelecido no diploma legislativo sob comentário, a vantagem desmedida, exagerada, é proibida, enquanto, de seu lado, o art. 145, inciso II, do CC, comina de nulidade o ato jurídico quando ilícito seu objeto:

“A Lei Penal” — Lei n. 1.521/51 — “contempla como crime a ação vulneradora da norma, e a Lei Civil comina de nulidade o ato. De forma que não é desarrazoado afirmar-se perdurar o instituto em exame vigorando no nosso ordenamento jurídico. Tudo que uma Lei Penal Comum ou extravagante proíbe, punindo o infrator, não é tolerado pela Lei Positiva Civil. Isto por uma questão de coerência, sob pena de cair por terra a ordem jurídica e social da tutela. Diante da regra do art. 145, inc. II, do CC, não se pode deduzir que a Lei n. 1.521/51 tem seu campo de aplicação apenas no âmbito penal, o mesmo acontecendo com todos os mandamentos punitivos que traçam normas de comportamento ilícito” (Arnaldo Rizzardo, ob. cit., pág. 103).

Conforme salientado pela lei, o lucro será considerado exorbitante, portanto acarretando lesão à parte contratante, quando ultrapassado um quinto do valor considerado justo (art. 4º, letras *a* e *b*), sendo razoável, até por falta de impugnação, ter como parâmetro para apuração do limitador *supra*, a fonte mais usual de captação de recursos utilizada pelos bancos, qual seja, o CDB.

Demais disso, a legislação ordinária (CDC) aponta:

“Art. 51 — São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) IV

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

Nesse sentido, constatada a *desproporção entre o custo total do dinheiro para a instituição bancária financeira e a taxa do mútuo*” se pode perfeitamente lançar mão do elemento quantitativo constante na Lei n. 1.521/51 (*até mesmo por analogia, considerando o teor do art. 40 da Lei de Introdução ao CCB*) que, apesar do cunho penal, dispõe ser ilícito de usura e abusiva a vantagem ou lucro patrimoniais que exceda a um quinto (20%) do valor patrimonial da coisa envolvida na transação.

Mais ainda, não bastasse tal interpretação para aplicação da Lei Federal à espécie, se há de ver que o art. 145, inciso II, do Código Civil, dispõe:

“É nulo o ato jurídico: (...) quando for ilícito ou impossível seu objeto”.

Nesse diapasão, seja pela aplicação conjugada do art. 173, § 4º, da Constituição Federal e do art. 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor, com o art. 4º, da Lei de Introdução do Código Civil e o art. 4º, *b*, da Lei n. 1.521/51, ou seja, pela aplicação pura e simples do art. 173, § 4º, da Constituição Federal, e do art. 145, inciso II, do Código Civil *c/c* o art. 4º, *b*, da Lei n. 1.521/51, a conclusão é que existem normativos hábeis a reprimir o aumento arbitrário do lucro.

RESUMINDO, E APENAS PARA FRISAR, PELO QUE ACIMA FOI EXPOSTO, FICOU CLARO QUE NA ESPÉCIE TRATA-SE DE UMA COMPRA E VENDA À PRESTAÇÃO E QUE NÃO PODE SER ADOTADA A VARIAÇÃO CAMBIAL COMO ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA.

“PLANO NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA” E O SISTEMA PENITENCIÁRIO

Antônio Julião da Silva *

No último dia 20 de junho, o Governo Federal, objetivando reprimir e prevenir o crime e reduzir a impunidade, por meio do aumento da segurança e da tranqüilidade do cidadão brasileiro, lançou o “Plano Nacional de Segurança Pública”, tendo em vista o crescimento da criminalidade aliado à inércia do Estado na sua repressão e prevenção.

Busca-se dessa forma garantir direitos sociais já previstos na Constituição Federal em seu artigo 6º.

Dentre as medidas previstas no “Plano Nacional de Segurança Pública”, que relaciona 124 ações, vê-se em seu capítulo II, dentre as formuladas no âmbito da Cooperação do Governo Federal com os Governos Estaduais, o compromisso de n. 13 que se refere ao aperfeiçoamento do sistema penitenciário, onde se buscará ações para ampliação do sistema prisional estadual e federal, multirões penitenciários, educação e profissionalização de detentos, capacitação de agentes penitenciários, assistência à vítima, ao egresso (liberado definitivo, pelo prazo de um ano a contar da saída do estabelecimento prisional ou o liberado condicional, durante o período de prova) e ao preso, reaparelhamento dos estabelecimentos penais, concessão de liberdade condicional e regime aberto e o fomento das chamadas penas alternativas.

* *É bacharel em Direito; foi diretor da Penitenciária de Florianópolis e, atualmente é Escrivão Judicial do Fórum Distrital do Norte da Ilha em Florianópolis/SC.*

Com o incremento dessas medidas o Governo Federal espera que, até o ano 2002, sejam criadas novas vagas prisionais; implantação, nas principais capitais do País, das penas alternativas, devidamente fiscalizadas; melhoria dos estabelecimentos prisionais, conforme os padrões mínimos previstos pela ONU; treinamento de agentes penitenciários; criação do sistema prisional federal funcionando adequadamente, bem como de programas assistenciais e de reinserção social do egresso.

O Governo Federal, no que tange ao Sistema Penitenciário, na quase totalidade das medidas propostas, não inovou.

Vigora no Brasil, desde o ano de 1984, a Lei de Execuções Penais — Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 — que tem por objetivo “efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (artigo 1º da referida legislação).

No Brasil a primeira tentativa de editar-se uma lei referente à execução penal foi o Código Penitenciário da República, no ano de 1933, tendo sido abandonado em face da edição do atual Código Penal de 1940, do qual discrepava. Houve a edição da Lei n. 3.274, de 2 de outubro de 1957, que dispunha sobre normas gerais do regime penitenciário que vigorou até a vigência da Lei n. 7.210/84.

Outros países também optaram pela autonomia do direito penitenciário, podendo-se citar, em ordem cronológica, a Argentina (1958), a Polônia (1969), a Itália (1975), a Alemanha (1976) e a Espanha (1979).

Propõe o Governo Federal programas de educação, de capacitação e profissionalização de detentos, visando sua futura reinserção social (Ação n. 102 do “Plano”).

Dispõe nesse sentido a Lei de Execuções Penais (Lei n. 7.210/84) que “A assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado”, bem como que “As atividades educacionais podem ser objeto de convênio com entidades públicas ou particulares, que instalem escolas ou ofereçam cursos especializados” (art. 20) e, mais adiante, refere que “O ensino profissional será ministrado em nível de iniciação ou de aperfeiçoamento técnico” (art. 19).

Em seus artigos 28 a 37, o legislador dedicou-se ao trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, que terá finalidade educativa e produtiva, tornando obrigatório o trabalho interno, autorizando seu gerenciamento por fundação, ou empresa pública, com autonomia administrativa, visando à formação profissional do condenado e possibilitando, *inclusive*, a realização de trabalho externo em serviços

ou obras públicas, por órgãos da administração direta ou indireta, ou entidades privadas.

Os bens ou produtos desse trabalho prisional poderão ser adquiridos pelos órgãos da administração direta ou indireta da União, dos Estados, Distrito Federal e dos Municípios, dispensada até mesmo a concorrência pública, quando não for possível ou recomendável a venda a particulares.

Prevê na Ação n. 104 o desenvolvimento de programas assistenciais à vítima, ao egresso e ao preso.

Tais previsões encontram-se no capítulo II da Lei n. 7.210/84, quais sejam: material, à saúde, jurídica, educacional social e a religiosa (art. 11) como dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno do preso, internado e do egresso à convivência em sociedade (art. 10).

A assistência à vítima está prevista no inciso VII do art. 22 da Lei de Execuções Penais. Aliás, extrai-se da exposição de motivos (item 44) do referido diploma legal que “Nesta quadra da vida nacional, marcada pela extensão de benefícios previdenciários a faixas crescentes da população, devem ser incluídas entre os assistidos, por via de legislação específica, as famílias das vítimas, quando carentes de recursos. A perda ou lesão por elas sofrida não deixa de ter como causa a falência, ainda que ocasional dos organismos de prevenção da segurança pública, mantidos pelo Estado. Se os Poderes Públicos se preocupam com os delinquentes, com mais razão devem preocupar-se com a vítima e sua família”.

O desenvolvimento de programas de reaparelhamento dos estabelecimentos penais, visando proporcionar oportunidades de trabalho aos presos (Ação n. 105), está previsto no título IV da Lei de Execuções Penais, onde foi prevista uma diversidade de estabelecimentos penitenciários, para atendimento do sistema progressivo do cumprimento da pena, ou seja, a penitenciária, destinada ao condenado à pena de reclusão em regime fechado (arts. 87/90), colônia agrícola, industrial ou similar para o cumprimento da pena em regime semi-aberto (arts. 91 e 92), a casa do albergado (arts. 93/95) destinada ao cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto e da pena de limitação de fim de semana, o centro de observação (arts. 96/98) idealizado para realização de exames gerais e o criminológico e até mesmo para pesquisas criminológicas, o hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, destinado aos inimputáveis e semi-imputáveis (arts. 99/101) e a cadeia pública destinada ao recolhimento de presos provisórios (arts. 102/104).

Previu-se que o estabelecimento penal, conforme sua natureza, deve contar com espaços destinados à assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva (art. 83).

Por outro lado, declarando que o estabelecimento penal deve ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade (art. 84), o legislador prevê, como punição, a interdição do estabelecimento a ser declarada pelo juiz encarregado da execução da pena (art. 65, inciso VIII), bem como a suspensão de qualquer ajuda financeira destinada às unidades federativas, para atender às despesas da execução das penas e medidas de segurança (art. 203, § 4º).

Já os institutos da liberdade condicional, regime aberto e imposição das penas alternativas, têm seus requisitos e forma de cumprimento devidamente apresentadas, respectivamente, nos artigos 131/146, 113/117 e 147/155 c/c as disposições aplicáveis às penas alternativas previstas na Lei n. 9.714 de 25/11/98 que alterou dispositivos do Decreto-Lei n. 2.848, de 7/12/40 (Código Penal).

Os “Mutirões Penitenciários” (Ação n. 101 do “Plano Nacional de Segurança Pública”), com vistas a retirar dos estabelecimentos prisionais os presos que já tenham cumprido integralmente suas penas, embora não haja previsão legal na Lei de Execuções Penais, deve-se destacar que o procedimento judicial previsto na Lei n. 7.210/84 “iniciar-se-á, de ofício, a requerimento do Ministério Público, do interessado, de quem o representante, de seu cônjuge, parente ou descendente, mediante proposta do Conselho Penitenciário, ou, ainda, da autoridade administrativa” (art. 195).

A atribuição diversificada para iniciativa do procedimento judicial, referente às situações previstas na execução da pena, garante que o sentenciado possa ter resguardado todos os seus direitos consagrados durante a execução da pena.

Possibilitando que o juiz da execução da pena possa agir de ofício, outorgou a Lei de Execuções Penais ao magistrado além do caráter decisório, que lhe é inerente, também o postulatório.

Assim é que, nessa esteira de atribuições, e objetivando suprir lacunas deixadas pela inércia dos demais Poderes da República no decorrer desses 16 anos de vigência da Lei n. 7.210/84 — que, de certa forma, concorrem para sua inexecutabilidade — o Poder Judiciário, por meio de suas decisões proferidas nacionalmente, vem repelindo excessos e desvios na execução da pena (art. 185), procurando garantir ao condenado e ao internado todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela Lei (art. 3º), tais

como concessão de prisão albergue domiciliar ante a ausência de casa do albergado na comarca (*Habeas Corpus* n. 3.192/RS (1995/0000273-6), do Superior Tribunal de Justiça) e instauração, de ofício, de requerimentos de benefícios previstos na Lei de Execuções Penais (Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 1.414/SP (1991/0014703-6), do Superior Tribunal de Justiça).

O Poder Judiciário Catarinense com a competência que lhe é peculiar não discrepa dessa sua missão.

Exemplo dessa disposição é o Provimento n. 12/98 da douta Corregedoria-Geral da Justiça, quando então no exercício do cargo de Corregedor-Geral da Justiça, o Exmo. Sr. Desembargador Francisco José Rodrigues de Oliveira Filho estabeleceu “O Programa Prioritário de Providências Criminais”, onde se pode destacar, dentre muitas outras medidas previstas nos seus 11 artigos, a de “Declarar interesse em firmar entendimentos com a Secretaria da Justiça e Cidadania, objetivando estimular a ampliação de convênios entre aquele órgão do Estado e as Faculdades de Direito, a fim de que, na condição de estagiários, acadêmicos participem de urgente estudo dos feitos em que há recolhimento ao cárcere, verificando se existe possibilidade de mudança para regime menos rigoroso, como semi-aberto e aberto e a concessão do livramento condicional, tudo porque o requerimento endereçado ao Juiz de Direito pode ser subscrito pelo próprio preso, por seus familiares e até pelo diretor do presídio” (art. 5º).

Dessa forma, podemos afirmar que o “Plano Nacional de Segurança Pública” não apresentou propostas inovadoras no que se refere ao sistema penitenciário, dada a vigência da Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 que, se integralmente aplicada e cumprida, viabilizaria seus objetivos.

CONTRATOS BANCÁRIOS: NATUREZA JURÍDICA E TUTELA JURISDICIONAL^{*}

Munir Karam^{**}

1. Atividades bancárias. O tema dos contratos bancários é de atualidade permanente e de complexidade crescente. Interessa a vários ramos do Direito: civil, comercial, defesa do consumidor, penal e econômico.

Para enfrentar esse desafio é necessário que tenhamos presentes os diferentes conceitos jurídicos aplicáveis à espécie. É essa posição conceitual que vai permitir-nos distinguir os elementos tópicos e dar-lhes a solução adequada. Como disse um jurista italiano: *un gatto è un gatto e un leone è un leone. Se uno pensa che un gatto è un leone e un leone è un gatto, esso avrà dei grossi problemi.*

Os bancos, além de penetrarem e dominarem a vida quotidiana, ainda extrapolam as suas atividades restritas, prestando uma grande gama de serviços.

* *Palestra apresentada na Semana de Estudos Jurídicos, promovida pelo Centro de Estudos Jurídicos do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, pela Universidade do Vale do Itajaí — Campus IV, e pelo Centro Acadêmico de Direito de Biguaçu, de 23 a 26 de maio de 2000, em Florianópolis.*

** *Juiz do Tribunal de Alçada do Paraná, convocado no Tribunal de Justiça do Paraná; especialista em Direito Civil e Direito Comercial pela Universidade Estadual de Maringá; pós-graduado em Direito Romano e Direito Mediterrâneo pela Universidade de Roma La Sapienza; membro da Academia de Letras Jurídicas do Paraná; e Coordenador do Núcleo de Direito Civil do Seguro da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.*

Por isso, as atividades bancárias são tomadas pelo legislador como objeto de regulamentação especial, e disciplinadas como operações muitas vezes ligadas à ordem pública e ao interesse coletivo.

Os bancos costumam efetuar três tipos diferentes de operações:

I — Operações de MOEDAS E CRÉDITOS, que se subdividem em DEPÓSITOS BANCÁRIOS e FINANCIAMENTOS.

O contrato de depósito é considerado a principal operação passiva do banco. É real, porquanto se efetua mediante a *traditio*, oneroso e unilateral, se considerarmos que o banco tem a obrigação de restituir o depósito, acompanhado do interesse.

Há uma dupla disponibilidade: a do banco, que capta e usa os recursos, e a do depositante, que pode exigi-los e utilizá-los em qualquer tempo, o que explicaria o duplo poder de dispor que se exerce sobre os mesmos recursos e que permitiu a realização moderna, pelo sistema financeiro, do milagre da multiplicação dos pães. O depósito bancário caracteriza-se como instrumento fiduciário, ensejando pois a existência da dupla propriedade, a real e efetiva, *do banco*, e a fiduciária, *do cliente*.

Os FINANCIAMENTOS, a seu turno, compreendem operações de mútuo, desconto de duplicatas, *factoring*, *leasing*, câmbio e cartões de crédito.

II — Operações de CRÉDITOS E SERVIÇOS, como ordem de pagamento, cobrança bancária, venda de valores mobiliários, crédito documentário (o banco convencionou com o comprador a abertura de um crédito em benefício do vendedor, que recebe o pagamento contra a entrega dos documentos referentes à exportação).

III — Operações apenas de SERVIÇOS, como fiança bancária, conta corrente com serviço de caixa e cofre de aluguel.

Alguns sustentam que somente as operações mistas de CRÉDITOS E SERVIÇOS ou apenas de SERVIÇOS estariam regidas pelo CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

Mas essa concepção está superada pela jurisprudência e doutrina predominantes, que entendem estarem todas essas operações sob o pálio do CDC.

As operações de moedas e créditos são ativas e passivas. O banco capta os depósitos e reaplica parte deles em empréstimos e financiamentos. É evidente que essa captação tem um custo. O banco faz um papel de intermediação. Não irá emprestar por uma taxa menor do que o custo da captação, senão quebra.

Essa é — ou era — a principal atividade bancária. Os bancos têm, atualmente, uma receita muito grande com as até então consideradas operações *accessórias* de prestação de serviços.

2. O contrato bancário no anteprojeto do Código Civil. Pela importância dessas múltiplas e relevantíssimas atividades, os bancos sofrem a regulamentação do governo federal. O anteprojeto do Código Civil tinha um capítulo reservado aos contratos bancários (arts. 866 a 889). Mas foi ele retirado do projeto, por considerar-se que tal atividade deveria ser regulada por lei complementar, a teor do disposto no art. 192, seus incisos e parágrafos, da Constituição da República, que trata do SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL, no qual se encontra a polêmica regra sobre *juros reais*. Dentre a competência privativa da União, definida no art. 22 da Carta Magna, cabe a de legislar sobre *política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores* (inc. VII).

Mas muitos embates, com certeza, irão despertar os capítulos Da mora e Das perdas e danos, no projeto do Código Civil.

O projeto incorporou a correção monetária (conforme índices oficiais) às perdas e danos, que abrangem ainda juros, custas e honorários, sem prejuízo da pena convencional (art. 404).

Mas há um parágrafo único no art. 404, pelo qual *pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar*, provado que os juros da mora não cobrem o prejuízo e não havendo pena convencional.

Na ausência de taxa de juros moratórios, dispõe o projeto que “...serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional” (art. 406). Este dispositivo conflita com o texto constitucional dos juros reais. Além disso, a taxa SELIC vem sendo questionada no STJ, em incidente de argüição de inconstitucionalidade, porque não foi criada por lei, ferindo pois o art. 150, I, da Constituição da República.

Quero chamar também a atenção para o art. 591 do projeto, que trata do mútuo para fins econômicos, dispondo presumirem-se devidos juros, “os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual”.

É muito provável que as instituições financeiras fiquem a salvo desses dispositivos, a exemplo do que acontece com a Medida Provisória n. 1.965, que em seu art. 1º declara nula de pleno direito, nos contratos de mútuo, a taxa de juros superior às legalmente permitidas, exceto em se tratando de contratos bancários ou assemelhados.

3. O sistema financeiro e o direito bancário constitucional. Podemos considerar que um *sistema financeiro* ganha dimensão jurídico-científica desde o momento em que concite o surgimento de um corpo de regras jurídicas que lhe sejam dirigidas. Tais regras pressupõem um mínimo de liberalização econômica e um máximo de intervenção estatal. Trata-se de ocorrência recente, a partir do séc. XIX. Antes dela qualquer iniciativa dispensaria aprovação que definisse fronteiras e regimes, nem sequer se podendo falar em disciplina jurídica. Alcançou, agora, foros de constitucionalidade. O sistema bancário é regido por lei própria (Lei n. 7.913).

Pode-se dizer que temos, pois, um *direito bancário constitucional*. Deflui dele o poder amplo que o Estado possui para regular o sistema financeiro. Fazendo-o, o Estado delimita o âmbito de aplicação das próprias normas, isto é: define, para efeitos jurídicos, o que entende por sistema financeiro e quais as entidades que podem ser incluídas nesse conjunto ordenado. É mais correto falar-se latamente em sistema financeiro do que em sistema bancário, que abrange, além dos bancos, outras instituições de crédito e sociedades financeiras.

Temos então duas categorias de relações bancárias: de ordem pública e de ordem privada.

A primeira, com a regulação do Estado, que considera o fenômeno bancário em função da propulsão econômico-financeira e, mediante disposições proibitivas ou imperativas, imprime a disciplina geral das atividades bancárias. A segunda, quanto à clientela que se utiliza do banco.

Aliás, uma das questões que sempre aflora nos debates jurídicos é a de saber quais as hipóteses em que as normas de direito econômico são consideradas como sendo de ordem pública. Se elas forem de ordem pública, têm aplicação imediata, sobrepondo-se inclusive ao contratado. Não há direito adquirido. Tal sucede, por exemplo, na mudança de padrão monetário. Se a prestação era em cruzados novos ou em unidade real de valor, não posso usá-los se o padrão monetário mudou para cruzeiros ou para reais.

Assim, os elementos normativos ou os tipos bancários podem ser legais, que são os predominantes, regulamentares ou usuais.

Conforme possam ou não ser afastados pela vontade da parte, tais elementos são injuntivos ou supletivos. Em qualquer hipótese, são sempre contratos de adesão, submetidos às condições gerais. Como se trata de atividade de massa, seria impossível celebrarem-se contratos personalizados.

A atividade bancária pode ser classificada como os negócios jurídicos em geral. Teremos assim, quanto ao conteúdo, situações jurídicas simples e complexas, uni e plurissubjetivas, absolutas e relativas, patrimoniais e não-patrimoniais, ativas e passivas, analíticas e compreensivas.

Em regra é possível dizer que os negócios jurídicos bancários são patrimoniais, contratuais e onerosos, não se diferenciando em muito dos contratos típicos da vida civil e comercial, como mútuo, mandato, locação, fiança etc.

4. A correção monetária nos contratos bancários. A atividade bancária consiste, preponderantemente, na intermediação do *crédito*. De um lado, é feita a captação do capital, com os investidores; de outro, realizam-se os empréstimos pela aplicação desse capital.

O custo da primeira operação é representado pela chamada *taxa de captação*. E o custo da segunda, pela *taxa de mercado*.

Para o que nos interessa, a taxa de mercado cobrada dos tomadores de empréstimos tem os seguintes componentes: a) risco; b) correção monetária; c) custo operacional, encargos tributários; d) remuneração do capital (= juros).

Essa taxa, quanto ao componente *correção monetária*, tem sido praticada sob três modalidades:

— *prefixada*: a correção monetária é estabelecida no dia da celebração do contrato;

— *pós-fixada*: a correção será correspondente à variação do indexador escolhido, no dia do vencimento do contrato;

— *flutuante*: a certos períodos é calculada a correção conforme o valor então encontrado. Têm sido utilizadas as taxas ANDIMA e ANBID. É prevista pela Resolução n. 1.143, de 26/6/86, e pela Circular n. 1.047, de 9/7/86, do Banco Central. A jurisprudência dos Tribunais tem entendido que a cláusula que prevê a incidência da comissão de permanência pelas taxas da ANDIMA ou da ANBID é abusiva e, portanto, ilegal.

É praxe bancária vincular a esses empréstimos uma nota promissória em garantia, com valor até 150% superior ao total do débito contraído, com a finalidade sobretudo de vincular o avalista.

Mas há bancos que, infelizmente, recorrem a uma prática abusiva. Preenchem a cártula com o vencimento *à vista*, mas com o valor de garantia 150% acima da correção prefixada e, posteriormente, colocam a

data da emissão como sendo aquela da *celebração* do contrato e não do *vencimento* da obrigação. O resultado é que o débito, embora a prazo, se considera vencido na mesma data da assinatura do contrato, impondo-se então uma dupla correção monetária, vale dizer, além daquela representada pela cártula, pois nela embutido o percentual de 150%, a outra própria à execução judicial.

Fato mais grave ainda ocorria quando eram inseridas nos contratos cláusulas pelas quais o devedor constituía como seu bastante procurador uma empresa coligada ao próprio banco credor, para em seu nome emitir títulos de crédito e prestar avais.

No conflito efetivo de interesses entre o representado e o terceiro, o representante sempre tomará o partido deste, traindo assim o mandato.

A doutrina que nega validade ao contrato consigo mesmo invoca os seguintes motivos: a) a ausência de consentimento; b) o conflito de interesses.

O Superior Tribunal de Justiça, na Súmula 60, fulminou de nulidade tal obrigação cambial, *verbis*:

“É nula a obrigação cambial assumida por procurador do mutuário vinculado ao mutuante, no exclusivo interesse deste”.

5. O contrato bancário e o Código de Defesa do Consumidor.

Questão controvertida é a de saber se o CDC aplica-se aos contratos bancários. Para os que adotam o critério finalista, é necessário que esteja presente a relação de consumo. Assim, não poderá operar em relação a empresas que fazem mútuo para capital de giro ou compra de ativo imobilizado.

O sistema bancário é regido por lei própria (Lei n. 7.913). O banco capta e repassa. Faz intermediação. A captação tem um custo, o repasse é condição do negócio jurídico.

O prof. Arnoldo Wald não admite que o sistema seja regido pelo Código de Defesa do Consumidor. Para ele, o dinheiro é bem fungível, não estando sujeito às suas regras. Admite exceção apenas quando o financiamento seja contrato secundário de uma outra relação, que implique em consumo.

Mas o Código de Defesa do Consumidor, ao definir no art. 3º e seus §§ *fornecedor, produto e serviço*, é muito claro ao dispor que “*serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária...*”.

Não se trata de dinheiro, mas de crédito. Consumo e crédito são duas faces da mesma moeda.

Cláudia Lima Marques destaca os *contratos cativos de longa duração*, que amarram as partes por longo período. São relações em que o consumidor está diante de autênticas cadeias de fornecedores. É o caso do cliente de um banco múltiplo, ao qual são oferecidos, além da conta corrente, cheque especial, cartão de crédito, diversas modalidades de investimentos e seguros. O modelo contratual de *prestação de serviços* é imposição da modernidade. Está tendo destaque muito maior do que os demais, no campo das obrigações. E é tratado tão timidamente no projeto do Código Civil. Diante desse quadro é preciso definir uma nova relação contratual, cujos princípios são a boa-fé e a proteção da confiança despertada no consumidor.

É necessário ir além e tomar cautelas inclusive pré-contratuais. Ter cuidado na redação das normas (Ver Eros Grau), que exige clareza, transparência.

A boa-fé é um dos pilares do Código de Defesa do Consumidor, limitando o direito subjetivo (de contratar). A boa-fé VALORIZA A LEALDADE DE AMBAS AS PARTES.

O crédito não é só garantia. Deve ser examinada a capacidade de pagamento do cliente e a viabilidade do projeto.

Cada vez mais estamos diante de um relacionamento pessoal em que a aprovação do crédito é feita pelo computador. É área extremamente delicada porque o erro de conduta gerencial pode causar danos imprevisíveis. Veja-se, por exemplo, uma suspensão abusiva do fluxo de créditos, ou cessação da renovação do crédito, o que poderia levar o mutuário do inadimplemento à insolvência.

O cerne do contrato é a cooperação entre as partes e não a exploração de uma pela outra. Contrato relacional. Visão mais ampla das relações contratuais. As cláusulas abusivas são de nulidade absoluta, insanáveis, devem ser revisadas. O art. 51, IV, do CDC, nulifica as cláusulas que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade. Os contratos de longo prazo devem constituir uma unidade. Privilegia-se a cooperação em vez da contraposição.

O professor argentino Rubens Stiglitz enfatizou, no contrato bancário, a importância das condições gerais (cláusulas predeterminadas destinadas a se inserirem em contratos futuros, especificando os seus efe-

itos) e o fato de o contrato de adesão ser uma de suas espécies. O banco é o titular do poder de negociação.

Considerou as cláusulas abusivas como um capítulo patológico. Exemplos: a — suprimem ou limitam as conseqüências aos bancos; b — conferem aos bancos o direito de modificar unilateralmente os contratos; c — adesão do cliente a cláusulas desconhecidas (o contrato está registrado no Cartório de Títulos e Documentos da Capital). O desequilíbrio contratual seria pressuposto da má-fé. O Banco Central argentino criou um serviço de assistência ao usuário.

6. Liquidez da dívida apesar da cláusula de reajuste. A estipulação dos reajustes pactuados não desnatura a liquidez do débito pois, caso contrário, jamais poderia haver títulos cambiais ou cambiariformes com taxas remuneratórias pós-fixadas.

Para Humberto Theodoro Júnior, *“Não são, porém, ilíquidos os títulos que, sem mencionar diretamente a quantia exata da dívida, indicam todos os elementos para apurá-la mediante simples operação aritmética em torno de dados do próprio documento. Destarte, a cláusula de juros, por exemplo, não retira a liquidez do título”* (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. IV, pág. 181).

Theotonio Negrão também anota precedente jurisprudencial que se amolda à espécie vertente: *“Acréscimos que podem ser apurados por simples cálculo do contador, como correção monetária e juros, não tiram a liquidez e a certeza do débito”* (CPC e legislação processual em vigor, 20ª ed., nota 4 ao art. 586).

O colendo Superior Tribunal de Justiça decidiu no mesmo sentido, conforme ementa publicada na RSTJ, vol. 21, pág. 397, sendo relator o Min. Barros Monteiro:

“Nota promissória e contrato de financiamento. Desconformidade entre o valor cobrado e o constante dos títulos.

“A dívida não deixa de ser líquida, se precisa, para saber em quanto importa, de simples operação aritmética.

“Recurso conhecido e provido”.

No julgamento do REsp. n. 4.912—MG, o STJ reafirmou a tese, em acórdão de que foi relator o Min. Athos Carneiro:

“A liquidez dos títulos não fica prejudicada pela alegação de cobrança excessiva de comissão de permanência ou de encargos contratuais, devendo eventuais excessos de execução ser abatidos do montante exequendo” (RSTJ, vol. 24, pág. 376).

A Medida Provisória n. 1.963, em sua 17ª edição, incluiu o art. 5º, permitindo a capitalização dos juros em contratos inferiores a um ano. A norma foi argüida de inconstitucional, porque não se trata de matéria urgente, a ser regulamentada em medida provisória.

O parágrafo único do mesmo artigo dispõe que o devedor pode solicitar a apuração do valor exato da obrigação, ou do seu saldo devedor, o que será feito por planilha de cálculo que evidencie de modo claro, preciso e de fácil entendimento e compreensão o valor principal da dívida, seus encargos e despesas contratuais, a parcela de juros e os critérios de sua incidência, a parcela correspondente a multa e demais encargos contratuais.

7. A crise do sistema. A ação revisional. Neste quadro o que mais se pergunta é por que o banco capta remunerando a taxas de 1, 2%, se tanto, e repassa cobrando taxas de 6, 7, 8% ao mês.

Quero ensaiar uma explicação. Antigamente, o banco analisava o *spread* (risco) em relação a cada cliente e aplicava a taxa. Com a crise asiática, o Banco Central dobrou os juros para pagar a agiotagem internacional. Nunca a Receita Federal arrecadou tanto, com o pacote de novembro de 1998, como nos primeiros meses de 1999. Mas esse dinheiro, bem como o dinheiro das privatizações, sumiu. Calcula-se que foram aplicados 18 bilhões de dólares no pagamento dos juros a investidores estrangeiros, que deveriam ser para amortizar o principal da dívida. Não é à toa que as nossas reservas chegaram a beirar 74 bilhões de dólares. Hoje estão em 28 bilhões.

Enquanto houver garantias, como a Petrobrás, a Eletrobrás (o sistema Telebrás já se foi), o capital estrangeiro continuará aplicando. Depois, como controlar a sua volatilidade? Mas esse fato serviu para aumentar a inadimplência. Formou-se uma corrente. Empresas sólidas, bem administradas, passaram a operar no vermelho.

O que os bancos e financeiras fizeram?

O cliente passou a responder pelo *spread* coletivo. O bom pagador está cobrindo o risco daqueles que se tornaram inadimplentes pela perversidade do sistema. Mas causava espanto ouvir de ex-presidente do Banco Central que nada faria — como nada fez — para controlar os juros. O crédito fácil aumentaria o consumo e traria de volta a inflação. Só que o remédio está pior do que o mal que se pretende evitar. Estamos ainda em desemprego acentuado, sem afastar os riscos da recessão.

O que faz o mutuário, quando sente que não mais pode pagar a dívida contraída? Se recorrer ao crédito bancário, a sua margem de lucros nem sequer pagará os interesses.

Não sendo possível uma composição amigável, pede a revisão do contrato.

8. (I) Os casos de revisão: a lesão. A revisão pode ocorrer em duas hipóteses. A primeira delas diz respeito aos vícios que atingem o sinalagma genético, como a lesão e as cláusulas abusivas.

A segunda, no curso do contrato, nas hipóteses de onerosidade excessiva, teoria da imprevisão ou desequilíbrio na base objetiva do negócio jurídico.

Dentre os defeitos do negócio jurídico, inclui-se a LESÃO, prevista na Lei n. 1.521, que trata de crimes contra a economia popular, *sub nomine iuris* de *usura real*. Apenas que não integra o tipo o que CICALA denominou de *dolo di sfruttamento*, basta o lucro patrimonial *desproporcional*, em razão da inexperiência ou premente necessidade da parte. A premente necessidade não significa indigência, mas uma situação que limite sensivelmente a liberdade volitiva do contratante. A inexperiência é a falta de conhecimento prático, a ignorância das peculiaridades do negócio, embora possa ter conhecimento e prática em outros. Não será ele anulado se for oferecido suplemento suficiente ou redução do proveito.

É importante observar que a Medida Provisória n. 1.965, em sua 14ª edição, no inc. II do art. 1º, nulifica de pleno direito as estipulações usurárias, assim consideradas as que estabeleçam, nos negócios jurídicos, “*lucros ou vantagens patrimoniais excessivos, estipulados em situação de vulnerabilidade da parte, caso em que deverá o juiz, se requerido, restabelecer o equilíbrio da relação contratual, ajustando-os ao valor corrente, ou, na hipótese de cumprimento da obrigação, ordenar a restituição em dobro da quantia recebida em excesso, com juros legais a contar da data do pagamento indevido*”.

Não obstante, de forma estranha e até mesmo discriminatória, em seu art. 4º, aquele diploma legal excluiu as instituições financeiras, as instituições autorizadas a funcionar pelo BACEN e as sociedades de crédito.

9. (II) Os casos de revisão: a teoria da base objetiva do negócio jurídico, a onerosidade excessiva e a teoria da imprevisão. A teoria da base objetiva do negócio jurídico, criada por Paul Oertmann, aperfeiçoada por Karl Larenz e divulgada entre nós pelo saudoso e inesquecível Clóvis do Couto e Silva, vincula-se à finalidade real do contrato e procu-

ra responder à questão de saber se a intenção geral dos contratantes pode ainda efetivar-se, em face das modificações econômicas sobrevindas. Leva em conta a posição de ambos os figurantes.

A base objetiva decorre de uma *tensão* ou *polaridade* entre os aspectos voluntaristas do contrato — aspecto subjetivo — e o seu meio econômico — aspecto institucional —, o que relativiza, nas situações mais dramáticas, a aludida vontade, para permitir a adaptação do contrato à realidade subjacente. Essa tensão, como se disse, constitui a base objetiva do contrato. Sob o aspecto subjetivo, de expectativa ou previsão comum de ambas as partes, encontra obstáculo no art. 90 do CC.

Não atua de modo automático, como a cláusula *rebus sic stantibus*, pois pressupõe sempre um juízo de valor a respeito da importância das modificações do meio econômico em que o contrato se realizou. Permite que o juiz adapte o contrato com mais liberdade.

Pela teoria da base do negócio, basta que o fato seja imprevisto. O fato não precisa causar onerosidade excessiva. O contrato torna-se inútil (Exemplo do rebocador que é contratado, mas a maré sobe e o navio desencana. É evidente que as condições da base do negócio não são mais as mesmas. Houve um fato imprevisto, mas não onerosidade excessiva.), ou a base do negócio jurídico desaparece porque, dentro da relação obrigacional, destrói-se a equivalência das prestações, que é a base da bilateralidade contratual.

Mas a onerosidade excessiva está expressamente prevista no CDC, como causa de revisão do contrato. O art. 6º do referido diploma legal, a par do inc. II, que assegura a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações, dispõe, no inc. V, ser direito do consumidor a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem *excessivamente onerosas*. Podemos pensar, por exemplo, nos contratos de aquisição de imóvel pelo SFH, que são reajustados pela TR, enquanto os salários dos servidores públicos permanecem congelados. É evidente que tal leva ao desequilíbrio contratual.

Creio que, nessa hipótese, sempre caberá a ação revisional.

Costuma-se também falar da teoria da imprevisão. Creio que a sua aplicação seja bem mais difícil. Além do fato imprevisível e extraordinário, devem agregar-se outras condições objetivas para que se possa invocar a teoria da imprevisão, no mútuo feneratício.

Os subsídios retirados da doutrina e do direito comparado permitem-nos esboçar o seguinte rol dessas condições:

a — é preciso que se trate de contratos de execução diferida ou continuada e não de curto prazo;

b — onerosidade excessiva para o devedor, não compensada por outras vantagens auferidas anteriormente, ou ainda esperáveis, dentro dos termos do ajuste;

c — extrema vantagem ao credor, como consequência direta da superveniência imprevista;

d — o benefício excepcional não pode ser concedido ao devedor que tenha contribuído, por culpa ou pela mora, para colocar o contrato à mercê das circunstâncias imprevisíveis. Nos termos do art. 1.092 do Código Civil, a parte inadimplente não pode pedir a resolução do contrato.

10. A questão da revisão de contratos anteriores ou já extintos.

Questão tormentosa é a de saber se é possível ao mutuário, na ação revisional, discutir não apenas o contrato em curso, mas aqueles que o antecederam, aqueles que deram origem a uma consolidação da dívida em novas condições, operando uma novação ou uma reforma.

O mais das vezes o mutuário nem sequer possui a prova documental dessas operações anteriores. Mais grave é quando isso se faz por meio de uma confissão de dívida, porque ela representa não apenas a comprovação do débito, como uma ratificação de toda a cadeia anterior.

A professora Cláudia Lima Marques defende a revisão inclusive de contratos já extintos.

Diz ela que se a relação for vista como algo contínuo o Judiciário teria poderes para controlá-la desde o início. O CDC trata o abuso como nulidade absoluta. Por isso ele não pode ser sanado pela manifestação de vontade das partes — nem pelo pagamento, nem pela novação, confissão de dívida ou títulos abstratos.

A dívida assim poderia ser revista, ainda que se tratasse de contrato extinto, conforme a visão tradicional. Seria uma espécie de pós-eficácia dos contratos, em virtude de uma interpretação da relação contratual, a partir do princípio da boa-fé.

Mas não devemos esquecer que o revisionismo ilimitado e incondicional pode levar também à insegurança jurídica. Como adverte Antônio Menezes Cordeiro, “no direito bancário como, em geral, na vida dos negócios e na vida pessoal, os acordos devem ser cumpridos a todo o custo, apenas nos limites últimos da boa-fé. É um *minimum* de coesão social que tem de ser exigido, sob pena de tudo converter em litígios” (Manual de Direito Bancário, pág. 363). Caio Mário da Silva Pereira também adver-

tia que o comércio jurídico baseia uma grande porção de sua existência no contrato, fonte de direito: “Permitir que seja revisto, alterado ou desfeito, pela razão de sofrer uma das partes um prejuízo oriundo de sua inferioridade é abrir a porta à discussão de toda avença” (Lesão nos Contratos).

A revisão implica em profundo estudo das cláusulas contratuais, dos lançamentos nos extratos bancários e do levantamento de toda a documentação. É recomendável a assistência de um perito em contas bancárias. Entendo, como aspecto dos mais importantes, que deveriam fazer parte dos currículos do curso de Direito disciplinas que estudassem a *análise jurídica dos contratos*, e a *análise econômica dos contratos*. Os operadores do Direito, em nosso país, com as naturais exceções, não procedem à leitura dos contratos, e, se o fazem, não sabem como interpretá-los. A Escola da Magistratura Francesa criou cursos de especialização a seus juízes para estudar os contratos bancários.

A análise jurídica cuida de examinar a justiça dos contratos e a econômica, a sua certeza.

11. Ações declaratórias e embargos do devedor. É freqüente que o devedor ajuíze ação declaratória tendo como objeto cláusulas abusivas do contrato. O banco, porém, ajuíza a execução e o devedor vem discutir a mesma matéria, agora em sede de embargos.

O que sucede? Temos várias hipóteses.

Admitamos que, após ajuizada a declaratória, sobrevenha a execução. Nessa hipótese, deve o executado desistir da declaratória e opor os embargos, ou, então, deve requerer o apensamento da declaratória à execução, pedindo seja processada com os efeitos dos embargos.

Mas e se a ação declaratória já estiver sentenciada, pendendo de recurso? Se o devedor opuser embargos, não haverá conexão, porque já há sentença. Coincidindo a declaratória e os embargos na identidade de partes e de objeto, teremos litispendência, ou mesmo continência, que é a litispendência parcial. Nessa hipótese, deve o juiz extinguir os embargos sem julgamento de mérito e aguardar a decisão do recurso.

Se a declaratória foi julgada procedente, desconstituindo o título, haverá coisa julgada, tendo ele perdido a sua eficácia.

Na execução, como incide a taxa dos juros prevista no contrato?

Surge nova questão polêmica.

Há quatro correntes a respeito do tema no Tribunal de Alçada do Paraná.

Uma delas admite os *juros reais* incondicionalmente (12% ao ano), desde o momento da contratação até o do efetivo pagamento, desprezando-se as taxas contratadas. A segunda entende que as partes devem submeter-se aos encargos pactuados, projetando-se estes no período do inadimplemento, até o efetivo pagamento. A terceira, à qual me filio, sustenta que os encargos livremente pactuados são exigíveis no período contratual. No período do inadimplemento, o débito será corrigido conforme índices oficiais, mais juros moratórios legais (6% a.a.) ou convencionais (12% a.a.). Dessa ótica, perde em muito de importância a temática dos juros reais, posto que eles já são assim normalmente aplicados aos débitos judiciais. A última corrente, finalmente, entende que os encargos contratados são devidos até a data do ajuizamento da execução.

12. A responsabilidade civil dos bancos. Ao participar do 1º Simpósio Internacional de Direito Bancário, promovido pela Carta Maior, chamou-me muito a atenção o painel sobre o tema “Responsabilidade Civil das Instituições Financeiras pela Má Concessão de Crédito”. Perguntava-me em que hipóteses tal seria possível e quais as conseqüências.

Impressionou-me a exposição do jurista português Antonio Menezes Cordeiro, autor de obra importante, modestamente intitulada Manual de Direito Bancário.

Disse estar perplexo sobre o sistema de responsabilidade civil adotado no Brasil. Não conseguira chegar à conclusão de qual seria ele. Enfatizou três diferentes modalidades. A primeira, o sistema baseado na unidade da culpa pura, radicado no Código de Napoleão, mas abandonado até na França. No direito napoleônico (art. 1.382), a responsabilidade exige que alguém pratique um dano com *faute* (corrente, mas erroneamente traduzida por *culpa*). A segunda, atualmente adotada naquele país, tendo como conceito de *faute* o misto de culpa mais ilicitude. Não basta a conduta negligente, é preciso que ocorra também a violação da norma. E a terceira é o sistema germânico, baseado na boa-fé contratual. Por ele, faltando a boa-fé, pode-se exigir a revisão contratual. O esquema *preventivo* funciona *a priori*. O esquema napoleônico é repressivo (art. 1.384). Marcado pela generalidade. Difere a culpa da ilicitude, que restringe a responsabilidade civil.

A teoria da *causalidade adequada*, para Menezes Cordeiro, é vazia. Não é critério autônomo. Tem de ser preenchida. Contraposta a ela há a *causalidade normativa*: danos aos bens *protegidos pela norma*. A teoria da causalidade adequada foi inspirada na teoria do filósofo alemão Von Kries. Coloca o problema da relação de causalidade como uma questão

científica de probabilidades. Quando há mais de uma causa dentre os antecedentes do dano, há que se destacar aquela que está em condições mais *adequadas* de tê-lo provocado. Mas os seus críticos dizem que *probabilidade* não é certeza. O Código de Napoleão adotou o conceito de *equivalência das condições*. A equivalência resulta de que, suprimida uma das causas, o dano não se verificaria. Um dos fatos culposos, pela gravidade, absorve todos os outros. Também sofreu críticas porque não se pode apontar, arbitrariamente, na cadeia dos fatos, um deles como gerador da responsabilidade. A causalidade normativa caracteriza-se por responsabilizar quem causa dano a um bem tutelado pela norma. Cabe estabelecer, em face do direito positivo, que houve uma violação de direito alheio e um dano, e que existe um nexó causal, ainda que presumido, entre um e outro. Ao juiz cumpre decidir com base nas provas que ao demandante incumbe produzir. O Código Civil, em seu art. 1.060, exige que haja, entre a inexecução da obrigação e o dano, uma relação de causa e efeito, *direta e imediata*. A causa próxima toma lugar da remota.

A responsabilidade contratual é napoleônica, a delitual é alemã.

Pergunta Menezes Cordeiro qual o melhor esquema para responsabilizar os banqueiros.

A *faute* primitiva responsabilizava sem saber por quê. Mas o atual esquema da *faute* pressupõe a ilicitude (violação da norma).

Onde fica o *erro de conduta*? Não basta a garantia, tem-se que verificar o *cash float*. O dever de prestar informações. O filão está nas regras protetivas prudenciais. Com base nelas pode-se proteger o terceiro.

A culpa aquiliana é lata. Cabe à vítima provar o dano.

Na culpa contratual a violação ao contrato presume a culpa.

Explicou-se, nos debates, que o sistema brasileiro continua sendo o da culpa pura, inclusive no projeto do Código Civil, embora o Código de Defesa do Consumidor tenha adotado a culpa objetiva. Mas o projeto faz concessões ao princípio da boa-fé, o que vai resultar em um sistema misto, uma bela salada, com dificuldades para sistematizar a matéria.

Para Menezes Cordeiro, no caso de bancos, o nexó de causalidade não tem solução clara. A conduta do banqueiro pode causar danos em cascata (danos remotos).

Concluiu que, de qualquer modo, para responsabilizar o banco pela má concessão do crédito, teria de haver a violação da norma. Dê-me um caso em que o banco agiu com ilicitude e eu farei dele o ponto de apoio para responsabilizá-lo, tal qual a alavanca de Arquimedes, o filósofo grego.

O direito bancário é um direito de informações. O CDC, em seu art. 52, prevê esse dever de informação no fornecimento de produtos ou de serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, incluindo o montante dos juros, a taxa efetiva anual e os acréscimos legalmente previstos.

No direito bancário, em face da perfeita predeterminação dos intervenientes — banqueiro e cliente — e tendo em conta o valor das operações e a necessidade extrema da precisão, as informações redobram de valor.

Um banqueiro dá informações inexatas a um cliente que, assim, adquire um mau produto e tem prejuízos. Um cliente engana o banco quanto às suas possibilidades econômicas. Bancos emitem informações preliminares ou trocam informações inexatas. Nuns casos há engano mas de boa-fé; noutros, negligência; noutros, finalmente, uma vontade direta, necessária ou eventual de enganar.

A professora francesa Andrée Brunet disse que crédito é confiança, mas que a confiança é *frágil*. O financiamento do banco dá-lhe uma *aparência de solidez*. Fez referência ao art. 1.380 do CC francês.

Referiu-se aos saques a descoberto e ao chamado crédito de tesouraria. Pergunta o que é. O banqueiro, para ela, *nada como peixe n'água*. E o mutuário, digo eu, afoga-se até na banheira ou na bacia.

No direito italiano, a responsabilidade dos bancos ocorre pela sustentação de um empresário que não mais deveria participar do mercado. O art. 1.175 do CC italiano, que exige às partes que se comportem com retidão (*secondo correttezza*, retamente, honestamente), remete ao art. 1.227, pelo qual, se o fato culposo do credor concorreu para ocasionar o dano, o ressarcimento é diminuído segundo a gravidade da culpa (culpa concorrente). E a segunda parte, pela qual a indenização não é devida pelos danos que o credor teria podido evitar, usando a diligência ordinária. (Não sei até que ponto seria aplicável ao caso da Encol, ou da Interunion, por exemplo, se os bancos faltaram com o dever de diligência. E a responsabilidade do Banco Central em demorar para intervir nos bancos que foram posteriormente liquidados?)

Mas, uma das conseqüências poderia ser o retorno à massa falida dos bens dados em garantia ao banco, por empréstimo abusivo. Outra hipótese: o interessado na compra de um apartamento depara-se com uma grande placa no tapume da obra, dizendo que ela está sendo financiada por um grande banco. Não duvida da solidez do crédito. Mas ignora que todas as futuras unidades estão hipotecadas. Adquire de boa-fé o imóvel e

paga o preço ao empreendedor. Este, porém, não faz o repasse ao banco. Resultado: dá-se a execução, respondendo a garantia hipotecária. E o comprador que pagou o preço integralmente, confiando no crédito concedido, como fica? Se ficar provado que houve má concessão do crédito, como no caso da Encol, entendendo viável — em tese — que o banco venha a responder, perdendo a garantia hipotecária.

Ao conceder o crédito, a preocupação do banco é com o retorno. Mas o crédito é considerado condição para o exercício da cidadania e do desenvolvimento.

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

MANDADOS DE SEGURANÇA

MANDADO DE SEGURANÇA N. 5.837, DA CAPITAL

Relator: Des. Trindade dos Santos

Mandado de segurança. Funcionário público. Cargos comissionados exercidos. Agregação apostilada. Pretensão ao estabelecimento de correlação com cargos da atual estrutura administrativa. Impossibilidade e irrelevância. Ausência de direito adquirido a regime jurídico. Nova orientação jurisprudencial. Direito líquido e certo inexistente. Ordem denegada.

Consoante orientação atualmente prestigiada por inúmeros julgados dos pretórios superiores, com encampamento por este colegiado, inexistente direito adquirido dos servidores estaduais com direito de agregação apostilado nos termos da lei à obtenção automática dos novos valores vencimentais atribuídos aos cargos criados pela Lei n. 8.240/91, com respaldo no art. 90, § 1º, da Lei n. 6.745/85.

Isso porquanto a Lei Complementar n. 43/92 desvinculou por completo o cálculo da vantagem concedida aos antigos exercentes de cargos comissionados, e que se beneficiaram com o instituto da agregação, do regime de reajustamento dos próprios cargos comissionados, submetendo-o aos reajustes periódicos que beneficiarem o funcionalismo público como um todo, desvinculação essa que não incide em qualquer afronta à lei ou ao direito adquirido. Mormente porque a composição do cálculo das parcelas resultantes da incorporação de parcelas de cargos comissionados ou de confiança exercidos é parte integrante do regime jurídico a que está afeto o

servidor público. E não existe direito adquirido deste a regime jurídico.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 5.837, da comarca da Capital, em que é impetrante Sydney José Dias, sendo impetrado o Sr. Secretário de Estado da Fazenda de Santa Catarina:

ACORDAM, em Primeiro Grupo de Câmaras, por votação unânime, denegar a ordem.

Custas na forma da lei.

Sydney José Dias ingressou com mandado de segurança contra ato do Sr. Secretário da Fazenda do Estado de Santa Catarina, aduzindo que quando de sua inativação logrou o direito de perceber 100% da diferença de seu cargo efetivo com o cargo comissionado de assessor nível DASU-3 da estrutura básica da Casa Civil, Gabinete do Governador, conforme apostila anexa.

Argumenta que, após a apresentação, a sua situação funcional e financeira sempre acompanhou a evolução do cargo em comissão que desempenhara, ou seja, as alterações efetuadas no padrão e os reajustes de vencimentos sempre o alcançaram.

Aponta que após a edição da Lei n. 8.240/91 o cargo agregado passou a denominar-se Assistente Pessoal do Secretário DGS-2, cargo este que teve seus vencimentos básicos reajustados por força da LC n. 57/92.

No entanto, mesmo fazendo jus aos mesmos direitos e vantagens dos titulares do cargo de Assistente Pessoal do Secretário (DGS-2), os novos valores não foram estendidos ao im-

petrante afrontando o direito adquirido prestigiado pela Constituição Federal.

Ademais, a transformação de nomenclatura dos cargos em comissão implicou na concessão de novos valores para seus ocupantes, valores esses que, contudo, não foram estendidos aos antigos ocupantes do mesmo cargo, sob a premissa de que os cargos não são os mesmos anteriormente ocupados pelos agregados.

Requeru a concessão de liminar para que lhe sejam pagos os novos valores de vencimentos constantes da LC n. 57/92, anexo XLV, correspondentes aos vencimentos do cargo comissionado de Assistente Pessoal do Secretário DGS-2, nos termos do art. 40, § 4º, da CF, a contar de julho de 1989, com o reconhecimento, quando do julgamento final, da correlação com os vencimentos da nova nomenclatura, estendendo-se-lhe todas as modificações, reestruturações e vantagens, bem como o pagamento de juros e correção monetária sobre as parcelas vencidas e vincendas.

Pelo despacho exarado às fls. 22, a liminar foi concedida, determinando-se o pagamento dos proventos do impetrante em conformidade com os padrões do nível AD-DGS-2.

Notificada, compareceu a autoridade coatora aos autos, aduzindo, a título de preliminares, a intempestividade do writ e a ausência de direito líquido e certo, diante da inexistência de correlação entre os cargos mencionados, sendo o mandamus a via inadequada para a proposição formulada pelo autor da impetração, uma vez

que a Lei n. 8.240/91 extinguiu vários cargos de provimento em comissão; demais disso, enfatiza a autoridade informante, a LC n. 43/92 proibiu as vinculações e equiparações de vencimento, com as agregações passando a constituir a denominada vantagem nominalmente identificável, assegurado o aumento desta toda vez que houver aumento da remuneração do cargo efetivo do servidor beneficiado. Não bastasse isso, a agregação do impetrante deu-se antes da Lei n. 6.745/85, sendo que apenas esse diploma legal contém dispositivo asseguratório de que o valor agregado acompanharia todas as alterações remuneratórias posteriores.

Apontou que, a partir de dezembro de 1985, com a publicação da Lei n. 6.745, o servidor público ocupante de cargo de confiança tinha uma expectativa de direito de auferir as benesses da mencionada lei, incorporando aos vencimentos do cargo efetivo 20% dos cargos de comissão e de confiança, por ano de efetivo exercício. De conseguinte, só em dezembro de 1990 os servidores públicos passaram a ter o direito de adicionar aos vencimentos do cargo efetivo os percentuais decorrentes da agregação até o limite de 100%, com a norma não contendo efeitos retroativos, pelo que se faz ela inaplicável aos casos precedentes.

Falou sobre a incompatibilidade dos arts. 90 da Lei n. 6.745/85 e 24 da Lei n. 7.373/88, com os arts. 98, parágrafo único, da Constituição Federal de 1969, e 37, XIII, da CF/88, posto que refalado dispositivo vincula o benefício a todas as alterações remuneratórias de cargos diferentes, usurpando, assim, a competência do Chefe

do Poder Executivo, prevista nos arts. 61, § 1º, II, da CF, e 50, § 2º, II, da CE.

Argumentou que a vinculação existente no caso em apreço é indiscutível, pois a toda evidência existe a subordinação vedada em lei, com a LC n. 43/92 apenas alterando esse critério, acabando com a vinculação existente ao estabelecer que o valor agregado seria reajustado toda vez que houvesse aumento de vencimentos do cargo efetivo do servidor beneficiado por esse instituto, de onde se vê que também não houve congelamento do valor agregado; ressaltou, ainda, que a mencionada Lei Complementar passou a denominar a agregação de vantagem nominalmente identificável, estabelecendo em seus arts. 3º e 4º, de forma cristalina, a majoração dos respectivos valores nas mesmas datas e proporções em que ocorrer o aumento de vencimentos dos servidores dela beneficiários, incidindo sobre ela o adicional de tempo de serviço.

Concluiu aduzindo sobre a inconstitucionalidade do instituto da agregação e da vinculação permanente, inexistência de direito adquirido contra a Constituição, inviabilidade do pleito nos termos da jurisprudência cristalizada na Súmula 339 do STF e inaplicabilidade ao caso do art. 40, § 4º, da CF/88, em face da ausência da norma reguladora nele prevista.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou, às fls. 79 a 83, pela denegação da segurança.

A liminar concedida restou suspensa ante o deferimento do pedido de Suspensão de Segurança n. 539-1/260, pelo Supremo Tribunal Federal (fls.84), a qual foi revogada pelo

Agravo Regimental n. 539-2/266 (fls.150).

É o relatório.

Colima o impetrante, pelo presente mandamus, alcançar o reconhecimento da correlação entre os vencimentos do cargo comissionado por si outrora ocupado, qual seja o de Assessor nível DASU-3, com os vencimentos do atual cargo de Assistente Pessoal do Secretário, nível DGS-2, e que, instituído pela Lei n. 8.240/91, a qual estabeleceu a nova estrutura organizacional básica da administração direta do Estado de Santa Catarina, teve seus vencimentos reajustados pela LC n. 57/92.

No entanto, nos moldes do recente entendimento adotado pela egrégia Primeira Câmara Civil deste Tribunal, entendimento esse também encampado por este Primeiro Grupo de Câmaras, inexistente direito líquido a amparar a pretensão esposada pelo postulante mandamental.

Da documentação acostada à inicial constata-se que, com efeito, exerceu o impetrante o cargo de provimento comissionado nível PE — DASU-3, da estrutura básica da Casa Civil, Gabinete do Governador do Estado, o qual restou agregado a seus vencimentos, no percentual de 100% da diferença com os vencimentos do cargo efetivo de agente administrativo, incidente, na hipótese, o art. 90, item II, §§ 2º e 3º, da Lei n. 6.745/85, com nova redação decorrente do art. 3º da Lei n. 6.901/86.

Resta evidente, porém, que a teor da Lei n. 8.240/91, que reformulou toda a estrutura organizacional da administração estadual, e, com maior precisão, de seu art. 29, foram extin-

tos os cargos do Grupo Direção e Assessoramento Superior Código DASU 1 a 4, estando aí incluído aquele antes exercido e agregado aos vencimentos do cargo efetivo do impetrante, criando o mencionado diploma legal cargos outros, com novas nomenclaturas e atribuições diversas daqueles extintos, situação essa que não abriga, contudo, o direito de o autor reclamar para si os vencimentos dos novos cargos, bem como as alterações vencimentais trazidas pela LC n. 57/92.

E não há, com efeito, direito adquirido dos servidores estaduais com direito de agregação apostilado nos termos da lei à obtenção automática dos novos valores vencimentais atribuídos aos cargos criados pela Lei n. 8.240/91, com respaldo no art. 90, § 1º, da Lei n. 6.745/85.

Mencionado art. 90, § 1º, dispunha que os valores decorrentes da agregação acompanhariam todas as alterações remuneratórias do cargo comissionado ou de função gratificada ensejador da agregação.

Contudo, posteriormente, pela Lei Complementar n. 36, de 18/4/91, houve a alteração de dispositivos do Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado, restando revogado o mencionado art. 90, § 1º.

Expressamente dispôs o art. 9º da referida Lei Complementar n. 36/91 que:

“Ficam revogados:

“I — o inciso III do § 6º do art. 22; o inciso III do § 1º do art. 43; o § 5º do art. 77; o parágrafo único do art. 78; o inciso I do art. 80; o art. 90; os arts. 175 e 176 da Lei n. 6.745, de 28 de dezembro de 1985”.

Com essa revogação, a agregação passou a ser disciplinada pela Lei Complementar n. 43, de 20/1/92, diploma esse que alterou o critério de reajuste dos valores agregados, ou seja, o respectivo regime jurídico.

E respeitou-se, com essa Lei Complementar, o direito do servidor beneficiário do instituto da agregação, mantendo-se a vantagem que tinha conquistado, observando-se os percentuais agregados, os quais a lei nova não modificou em hipótese alguma.

Não houve, pois, redução de vencimentos ou supressão de qualquer vantagem.

In verbis, dispôs a Lei Complementar n. 43:

“Art. 3º — É vedada a vinculação ou equiparação de vencimentos para efeito de remuneração do pessoal ativo ou inativo, de qualquer dos Poderes do Estado, da Administração Direta, Autarquia ou de Fundação instituída e mantida pelo Estado, não podendo em hipótese nenhuma manter-se quaisquer vinculações ou equiparações com a remuneração de Secretário de Estado com o limite máximo de remuneração ou com vencimentos ou gratificações atribuídos respectivamente a cargos em comissão ou funções de confiança.

“§ 1º — O servidor com vencimentos ou proventos vinculados ou equiparados na forma do caput deste artigo passará a receber o valor decorrente da adição prevista pelo artigo 90 e respectivos incisos e parágrafos da Lei n. 6.745, de 28 de dezembro de 1985, pelo artigo 80 e respectivos incisos e parágrafos da Lei n. 6.844, de 29 de julho de 1986, e pelo artigo 96 e

respectivos incisos e parágrafos da Lei n. 6.843, de 28 de julho de 1986, percebido no mês de dezembro de 1991, a título de vantagem pessoal nominalmente identificável.

“§ 4º — O valor da vantagem nominalmente identificável e da gratificação nominalmente identificável, de que tratam os parágrafos 1º e 2º deste artigo, será aumentado nas mesmas datas e proporções em que ocorrer o aumento de vencimento dos servidores delas beneficiários, incidindo sobre elas o adicional por tempo de serviço”.

Olvidaram-se, entretanto, na exegese que se emprestava anteriormente à problemática, os determinativos assim constantes desta Lei Complementar n. 43, quando, de modo expresso, vedou a vinculação prevista no antes mencionado art. 90, § 1º, da Lei n. 6.745.

Refalada Lei Complementar criou, observa-se do seu texto, em relação aos beneficiários do instituto da agregação, a denominada “Vantagem Nominalmente Identificável”, passando esta vantagem a ser reajustada em idênticos parâmetros dos reajustes concedidos aos cargos de provimento efetivo ocupados por eles.

Tal Lei Complementar, em sentido assim, desvinculou por completo o cálculo da vantagem concedida aos antigos exercentes de cargos comissionados, e que se beneficiaram com o instituto da agregação, do regime de reajustamento dos próprios cargos comissionados.

E essa desvinculação, resta ver, não incide em qualquer afronta à lei ou ao direito adquirido.

Já enfatizou, a respeito, o Excelso Pretório:

“Servidor Público: estabilidade financeira: a constitucionalidade das leis que a instituem — que tem sido afirmada pelo STF (ADIn. n. 1.264, 27/5/95, Pertence, Lex 203/39; ADIn. n. 1.279, 27/9/95, M. Correa) — não ilide a plausibilidade do entendimento de ser legítimo que, mediante lei, o cálculo da vantagem seja desvinculado, para o futuro, dos vencimentos do cargo em comissão outrora ocupado pelo servidor, passando a quantia a ela correspondente a ser reajustada segundo os critérios das revisões gerais de remuneração do funcionalismo” (Lex — Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal n. 213, pág. 265).

Outrossim:

“Servidor do Estado de Santa Catarina. Vencimentos. Agregação. Direito adquirido. Inocorrência. Súmula 339.

“A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 193.810, rel. Min. Moreira Alves, afastou a existência de direito adquirido à percepção de vencimentos do cargo correspondente ao que deixou de existir, em razão da alteração no regime jurídico do reajuste dessa vantagem.

“Recurso extraordinário conhecido e provido” (RE n. 191.904-4/SC, rel. Min. Ilmar Galvão).

Mais especificamente quanto à desvinculação instituída pela Lei Complementar n. 43/92, fixou o mesmo colendo Supremo Tribunal Federal, em acórdão da lavra do eminente Ministro Moreira Alves, ao ensejo do julgamento do Recurso Extraordinário n. 193.810/SC:

“Estabilidade financeira: LC n. 43/92 de SC. Não ofende a garantia do direito adquirido lei que, no tocante à parcela remuneratória decorrente do exercício de cargo em comissão, adota critérios de reajuste diferenciado: a) para os servidores que se encontrem no efetivo exercício desses cargos, e b) para os servidores, aposentados ou não, beneficiados pelo instituto da estabilidade financeira (incorporação da diferença entre o cargo efetivo e o cargo em comissão em virtude do exercício deste por determinado período de tempo). Com base nesse entendimento, a Turma reformou decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que, fundada no princípio da intangibilidade do direito adquirido e no da isonomia, determinara a observância, no reajuste da parcela remuneratória incorporada por servidor aposentado, dos mesmos critérios aplicáveis aos servidores em exercício de cargos em comissão” (Informativo do STF n. 66, abril de 1997).

Em igual diapasão, ainda:

“Vencimentos. Agregação. Lei Complementar n. 43/92 do Estado de Santa Catarina.

“Não há falar em direito adquirido, pois a Lei Complementar n. 43/92, assegurando o quantum da vantagem, limitou-se a alterar o seu regime jurídico, ao qual, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, não há direito adquirido.

“Estender os vencimentos dos novos cargos, tidos como correspondentes aos que deixaram de existir, com base no princípio da isonomia, contraria, além da Súmula 339, os princípios da separação dos poderes e da legalidade na fixação dos vencimentos.

Recurso extraordinário conhecido e provido” (RE n. 193.807-2/SC, rel. Min. Octávio Gallotti, DJU de 3/10/97, pág. 49.244).

Dessa forma, o que há de se concluir é que, com efeito, não há direito adquirido a regime jurídico.

Assim:

“Vencimentos. Reajuste. Direito adquirido. Inexistência.

“Segundo a jurisprudência do STF —, que reduz a questão à inexistência de direito adquirido a regime jurídico —, as leis — ainda quando posteriores à norma constitucional de sua irredutibilidade — que modifiquem sistemática de reajuste de vencimentos ou proventos são aplicáveis desde o início de sua vigência” (RTJ 134/1.112).

Ou:

“Recurso extraordinário. Adicional por tempo de serviço. Lei estadual. Lei Complementar paulista n. 6.454/1989. Pretensão a que se aplique o sistema da lei nova, considerando já incorporados aos vencimentos os adicionais por tempo de serviço.

“2. Ação julgada improcedente.

“3. Adotado o novo sistema de cálculo de remuneração com base na Lei Complementar n. 645/1989 e na Lei n. 6.628/1989, ambas do Estado de São Paulo, não é possível pretenderem os servidores que sua retribuição, disciplinada pelas leis novas, permaneça, também, vinculada ao regime de cálculo da legislação anterior, quanto aos adicionais por tempo de serviço.

“4. Constituição Federal, art. 37, XV. ADCT de 1988, art. 17.

“5. Não há, na espécie, cogitar de direito adquirido a uma certa forma de cálculo de vantagens funcionais. Relevante é registrar, no caso, que os adicionais por tempo de serviço continuarão a ser computados, segundo a forma estipulada na lei nova.

“6. Hipótese em que as instâncias ordinárias dirimiram a controvérsia com base, também, na exegese da legislação local. Súmula 280.

“7. Inocorrência de ofensa à Constituição Federal.

“8. Recurso extraordinário não conhecido” (RE n. 154.152-1/SP, rel. Min. Néri da Silveira, DJU n. 188, de 29/9/95, pág. 31.991).

Do mesmo Excelso Pretório, destaque-se:

“Recurso extraordinário: a aplicação de norma ou princípio a situação por eles não alcançada vale por contrariá-los.

“II. Estabilidade financeira: inexistência de direito adquirido de servidores ativos e inativos à permanência do regime legal de reajuste de vantagem correspondente” (RE n. 226.462-5/SC, j. 13/5/88, rel. Min. Sepúlveda Pertence).

Na mesma esteira, acentuou mais uma vez o preclaro Ministro Sepúlveda Pertence, quando do exame do Pedido de Suspensão de Segurança n. 844-7, do Estado de Pernambuco:

“O que agora se indaga é se a lei superveniente pode, sem ofensa a direito adquirido, alterar aquele sistema anterior e desatrelar a vantagem questionada das variações da remuneração do cargo em comissão, considerado de modo a que a parcela nomi-

nal a ela correspondente passe, no futuro, a sofrer exclusivamente os reajustes gerais dos servidores públicos estaduais.

“Aí já não se pode negar, à primeira vista, extrema plausibilidade à postura do Estado.

“A ela não cabe opor a garantia da irredutibilidade de vencimentos, que, segundo a leitura prevalente na doutrina do Supremo Tribunal, estaria satisfeita com a determinação, na lei questionada, de que não haja decurso de remuneração, em consequência da alteração determinada.

“De outra parte, não se tratou de eliminar a vantagem pessoal oriunda do exercício do cargo em comissão, mas sim de mudar o critério do seu reajuste, contra o que, em princípio, não se tem admitido a invocação de direito adquirido”.

Por via de consequência, inexistente direito adquirido a regime jurídico, não tem o impetrante direito de reclamar a manutenção do regime jurídico do art. 90 da Lei n. 6.745. Noutros dizeres, portanto: há ele que se submeter, contrario sensu, ao regime decorrente da Lei Complementar n. 43/92, com os valores resultantes da agregação acompanhando, também, o sistema de reajustamento dos vencimentos do cargo efetivo.

Manifestando-se sobre o tema, enfatiza o lapidar Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Isto significa que o funcionário se encontra debaixo de uma situação legal, estatutária, que não é produzida mediante um acordo de vontades, mas imposta unilateralmente pelo estado e, por isso mesmo, suscetível de ser, a qualquer tempo, alterada por

ele sem que o funcionário possa se opor à mudança das condições de prestação do serviço, de sistema de retribuição, de direitos e vantagens, de deveres e limitações, em uma palavra, de regime jurídico” (Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta, 1990, RT, pág. 9).

Para arrematar, instantes após:

“Em face do exposto, ao contrário do ocorrente quando o vínculo é contratual, não se constitui em favor do funcionário direito adquirido à persistência das condições de prestação de serviço ou direitos e deveres existentes ao tempo da formação do vínculo, isto é, vigentes à época de sua investidura no cargo” (págs. 13 e 14).

Não é demais acrescentar-se que:

“No regime estatutário da função pública, os direitos, deveres e garantias do funcionário são determinados unilateralmente pelo Estado, por via de normas legais e regulamentares, alteráveis a qualquer tempo, também de modo unilateral. Diante de mudança de regime jurídico, o funcionário só poderá invocar direito adquirido quando tiver preenchido, ainda no regime anterior, todos os seus pressupostos e requisitos” (RTJ 155/592, rel. Min. Celso de Mello).

Premissas básicas que resultam dos norteamientos jurisprudenciais transcritos, em consequência, são as de que:

a) hígida e, pois, eficaz é a Lei Complementar n. 43/92;

b) a inexistência de direito adquirido a regime jurídico, inclusive no que tange ao critério de remuneração

das vantagens adquiridas pelos servidores públicos;

c) inviável é a extensão aos servidores beneficiários do instituto da agregação e, portanto, da Vantagem Nominalmente Identificável, do vencimento ou das majorações conferidas com exclusividade aos servidores em efetivo exercício de cargos de provimento comissionado;

d) a inaplicabilidade, em hipóteses como a dos autos, do princípio isonômico apontado no art. 40, § 4º, da Magna Carta.

E com relação à situação dos aposentados e dos pensionistas de servidores públicos falecidos e que, em vida, tiveram incorporadas aos seus vencimentos parcelas correspondentes à agregação, professou o culto Ministro Sepúlveda Pertence, no voto que lavrou no acórdão inserido in Lex JSTF n. 213, pág. 265:

“...é mais que duvidosa a incidência em favor dos impetrantes inativos do art. 40, § 4º, da Constituição, que tem como parâmetro de reajustes de proventos os do cargo em que se houver dado a aposentadoria, não os daqueles outros antes exercidos pelo servidor, ainda que sirvam os últimos de base de cálculo de determinada vantagem pessoal”.

E mais: em sua composição plenária, proclamou mais uma vez o Pretório Excelso:

“Tendo em vista a orientação da jurisprudência do STF no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico, o Tribunal, por maioria, conheceu e deu provimento a recurso do Estado de Santa Catarina, contra acórdão do Tribunal de Justiça local que, fundado no princípio da intangibi-

lidade do direito adquirido e no de irredutibilidade de vencimentos, determinou a observância, no reajuste da parcela remuneratória incorporada por servidor em razão do anterior exercício de cargo em comissão (estabilidade financeira), dos mesmos critérios aplicáveis ao reajuste dos vencimentos dos atuais ocupantes daqueles cargos. Considerou-se que o instituto da estabilidade financeira visa a manter o padrão de vida do servidor quando este ocupava cargo em comissão, conservando, portanto, o valor nominal da remuneração por ele percebida, não implicando o direito a ter seus vencimentos atrelados aos dos atuais ocupantes de cargos em comissão. Afastou-se, também, a alegada ofensa ao princípio da irredutibilidade de vencimentos uma vez que não houve decréscimo no valor nominal da remuneração dos servidores beneficiados pela referida estabilidade financeira. Concluiu-se, ainda, não ser aplicável à espécie o § 4º do art. 40 da CF — que determina a extensão aos inativos de quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade —, porquanto não houve tratamento diferenciado entre os servidores em atividade e os inativos. Precedentes citados: SS (AgRg) 761—PE (DJU de 22/3/96); RE 193.810—SC (DJU de 6/6/97). Vencidos os Ministros Maurício Corrêa, Marco Aurélio, Néri da Silveira e Carlos Velloso” (Recurso Extraordinário n. 226.462-5—SC, j. 13/5/98, rel. Min. Sepúlveda Pertence).

Sobre o assunto, empreste-se realce, ainda, ao seguinte acórdão, da lavra do eminente Ministro Moreira Alves, prolatado no Recurso Extraor-

dinário n. 231.024-2, de Santa Catarina, julgado em 25 de agosto de 1998:

“Recurso extraordinário. Estabilidade financeira. Gratificação complementar de vencimento. Medida Provisória n. 61/95 convertida na Lei n. 9.847/95, ambas do Estado de Santa Catarina.

— A estabilidade financeira, que não se confunde com o instituto da agregação, não viola o princípio constitucional da vedação de vinculação ou equiparação de vencimentos.

— Inexistência, no caso, de direito adquirido, porquanto é entendimento firme nesta Corte o de que não há direito adquirido a regime jurídico.

— Não-observância, de outra parte, dos artigos 2º e 37, caput, da atual Constituição — em cujos princípios se funda a Súmula 339 desta Corte.

— Não-aplicabilidade, no caso, do § 4º do artigo 40 da Carta Magna, porquanto não houve tratamento diferenciado entre os em atividade e os inativos com o benefício da estabilidade financeira.

“Recurso extraordinário conhecido e provido”.

Em seu voto, averbou o eminente Ministro o seguinte:

“(…) o instituto da estabilidade financeira não viola o princípio constitucional da vedação da vinculação ou equiparação de vencimentos (artigo 37, XIII, da Constituição Federal), porquanto não há aqui vinculação entre dois cargos distintos, mas, sim, a percepção de vencimentos, a título de vantagem pessoal, do mesmo cargo.

“Tem razão, no entanto, o recorrente com relação a dois pontos: o

de que, no caso, não há direito adquirido (artigo 5º, XXXVI, da Constituição) e o de que, na espécie, foram violados os artigos 2º (separação de Poderes) e 37, caput (princípio da legalidade com relação a concessão de vantagem que aumenta os vencimentos).

“Com efeito, não tendo a legislação em causa estendido essa gratificação complementar aos servidores com estabilidade financeira, não têm estes direito adquirido a regime jurídico no sentido de que toda a vantagem concedida aos que exerçam efetivamente o cargo em comissão se aplique a eles. A lei nova pode deixar de conceder-lhes uma vantagem que outorgue apenas aos que são titulares do cargo em comissão. Nesse caso, não há sequer que se pretender violação ao princípio da irredutibilidade porque não se reduz o quantum que eles percebem, mas apenas não se acresce a esse quantum o valor da gratificação que não lhes foi concedida.

“De outra parte, o aresto recorrido ao estender essa vantagem sem apoio em texto de lei o fez — e isso também porque, no caso, não há como se pretender se impunha essa extensão com fundamento no princípio do direito adquirido ou da irredutibilidade de vencimentos — com base, embora formalmente o negue, no princípio da isonomia, afrontando, assim, a Súmula 339 desta Corte, por ofensa aos artigos 2º e 37, caput, da Carta Magna.

“Note-se, ademais, que, com referência aos servidores aposentados com a estabilidade financeira em causa, não se pode sustentar essa ex-

tensão com apoio no § 4º do artigo 40 da Constituição Federal — que é auto-aplicável, independentemente, portanto, de lei para a sua concretização —, porque também os servidores em atividade com essa estabilidade financeira não têm direito a tal gratificação, não ocorrendo, pois, a hipótese de extensão a inativos de benefício outorgado aos em atividade na mesma situação daqueles”.

Pelas razões expostas, considerando-se a inexistência de direito adquirido, em favor dos servidores públicos estaduais e de seus pensionistas, a regime jurídico e, mormente a desvinculação operada pela Lei Complementar n. 43/92, a qual desatrelou dos cargos comissionados em vigor o pagamento dos valores dos vencimentos dos novos cargos àqueles que possuem agregados valores de cargos comissionados que foram extintos, é que se denega a segurança clamada, re-

vogando-se a liminar outorgada às fls. 22, restando prejudicados, em consequência, os demais pedidos constantes na peça exordial do mandamus, arcando o impetrante com as custas processuais incidentes.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Anselmo Cerello, Carlos Prudêncio, Gaspar Rubik, Nelson Schaefer Martins, Newton Trisotto e Orli Rodrigues.

Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Henrique Espada Rodrigues Lima.

Florianópolis, 10 de novembro de 1999.

Xavier Vieira,
Presidente com voto;
Trindade dos Santos,
Relator.

MANDADO DE SEGURANÇA N. 98.000446-2, DA CAPITAL

Relator: Des. Nelson Schaefer Martins

Mandado de segurança. Servidor público. Aposentadoria estatutária. Sobrestamento de processo administrativo. Lei Estadual n. 6.745 de 28/12/1985, art. 124, inc. I. Contagem de tempo de serviço prestado como trabalhador rural. Averbação anterior. Emenda Constitucional n. 20/98. CF, art. 202, § 2º. Lei n. 8.213/91, art. 55, § 2º. Ordem parcialmente deferida.

Evidencia-se a ilegalidade no sobrestamento, sem definição de prazo, do procedimento administrativo em que se formula o pedido de aposentadoria voluntária, a teor do disposto nos arts. 5º, inc. LIV, da Constituição Federal e 124, inc. I, da Lei Estadual n. 6.745 de 28/12/1985.

O art. 4º da Emenda Constitucional n. 20 de 15/12/1998 prescreve que, observado o disposto no art. 40, § 10, da Constituição Federal, conta-se, como tempo de contribuição, o tempo de serviço considerado pela legislação vigente, para efeito de aposentadoria, cumprido até que a lei disciplinasse a matéria.

O art. 55, § 2º, da Lei n. 8.213 de 24/7/1991 dispôs que o tempo de serviço do segurado trabalhador rural, anterior à data da lei, seria computado independentemente de recolhimento das contribuições.

No sistema anterior ao Plano de Benefícios da Previdência Social, instituído pela Lei n. 8.213/91, a previdência social rural era financiada pelas empresas rurais mediante o recolhimento das contribuições destinadas ao Funrural e ao Prorural, assegurando-se aos trabalhadores rurais a condição de segurados sociais.

Segundo precedente da colenda Sexta Turma do STJ, reconhecida a condição de segurados sociais dos trabalhadores rurais, é de se afastar o requisito da comprovação do recolhimento de contribuições sociais para a seguridade social inscrito no § 2º do art. 202 da CF para fins de aposentadoria.

Ementa aditiva do voto vencido do Exmo. Sr. Des. Carlos Prudêncio

Mandado de segurança. Pretensão ao reconhecimento de averbação do tempo de serviço rural. Falta de requisito essencial. Comprovação do tempo de contribuição. Exigência contida na própria Carta da República. Inteligência do § 2º do art. 202. Denegação da ordem.

Em observância aos ditames constitucionais, tem a jurisprudência desta Corte decidido pela inacolhida de pleitos que visam ao reconhecimento de averbação do tempo de serviço rural para fins de aposentadoria, sempre que não for preenchido o requisito essencial para a obtenção desse fim, consistente na comprovação do tempo da respectiva contribuição previdenciária.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 98.000446-2, da comarca da Capital, em que é impetrante Evaldo Moretto, sendo

impetrada a Sra. Secretária de Estado da Administração:

ACORDAM, em Primeiro Grupo de Câmaras, por maioria de votos, conceder parcialmente a ordem.

Custas na forma da lei.

Evaldo Moretto impetrou mandado de segurança contra ato da Senhora Secretária de Estado da Administração que determinou o sobrestamento de seu pedido de aposentadoria.

Noticiou que o tempo de serviço exercido como trabalhador rural em regime de economia familiar, correspondente ao período de 1º/1/1966 a 31/12/1970, para fins de aposentadoria, foi averbado na Secretaria de Segurança Pública, à luz de certidão emitida pelo INSS.

Informou que exerceu por mais de vinte e seis anos a atividade de policial civil, ocupando atualmente o cargo de Delegado de Polícia.

No entanto a autoridade coatora sobrestou a concessão de aposentadoria por interpretar que seria indispensável a comprovação da respectiva contribuição previdenciária, conforme a nova redação dada a dispositivos da Lei n. 8.213/91 pela Medida Provisória n. 1.523/96, regulamentada pelo Decreto n. 2.172/97.

Asseverou que o ato da autoridade impetrada estaria a ferir o seu direito de ver averbado o tempo de serviço exercido na atividade rural, a teor das disposições dos arts. 202, § 2º, da CF/88 e 55, § 2º, da Lei n. 8.213/91 que asseguram o direito à contagem recíproca do tempo de serviço prestado à Administração Pública e à atividade rural.

Requeru a concessão de liminar para que fosse determinado à autoridade coatora que concedesse a

aposentadoria ao impetrante, confirmando-se, a final, a medida, no julgamento do mérito.

A liminar foi deferida tão-somente para determinar que a autoridade coatora apreciasse a pretensão em 48 (quarenta e oito) horas.

Notificada, a autoridade impetrada prestou informações argumentando que a teor da LC n. 11/71 apenas o chefe ou arrimo de unidade familiar poderia ter o tempo de serviço rural averbado, requisito não demonstrado pelo impetrante.

Ressaltou que a partir da vigência da Lei n. 8.213/91 é que se pôde assegurar a inscrição dos filhos dos trabalhadores rurais, na qualidade de dependentes, como segurados da Previdência Social.

Salientou que para contagem recíproca não bastaria a prova do tempo de serviço, sendo igualmente necessária a prova da respectiva contribuição previdenciária.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça em parecer da lavra do Dr. Antônio Gercino Ramos de Medeiros manifestou-se pela concessão da segurança.

O impetrante informou do não cumprimento da liminar pela impetrada que, intimada a se manifestar, limitou-se a ratificar suas informações.

É o relatório.

O impetrante requereu a concessão da segurança para que a ele seja garantido o direito a “aposentadoria em razão do implemento do tempo para a concessão do benefício, vez que são cinco anos de trabalhador rural e mais vinte e seis anos de policial”.

Evidencia-se a ilegalidade no sobrestamento do procedimento administrativo em que se formula o pedido de aposentadoria voluntária.

Ocorre que o art. 5º, inc. LIV, da Constituição Federal preconiza:

“Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Ademais, prescreve a Lei n. 6.745 de 28/12/1985:

“Art. 124. É assegurado ao funcionário requerer ou representar, pedir reconsideração e recorrer de decisões, observadas as seguintes regras:

“I — o requerimento ou representação será dirigido à autoridade competente para decidi-lo e terá solução no prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias, salvo em caso que obrigue a realização de diligência ou estudo especial, hipótese em que não poderá passar de 90 (noventa) dias”.

Os dispositivos invocados indicam que a autoridade impetrada não poderia determinar o sobrestamento do procedimento administrativo sem definição de prazo.

Logo, identifica-se, em favor do impetrante, o direito de obter resposta à sua pretensão.

No que tange ao pedido de averbação do tempo de serviço prestado na atividade rural, observa-se que a pretensão já fora deferida pela Secretaria de Segurança Pública, conforme despacho de fls. 18, à luz de certidão de tempo de serviço expedida pelo Instituto Nacional do Seguro Social (fls. 19).

É fato que a Administração pode rever os seus atos.

Contudo, colaciona-se precedente do colendo Superior Tribunal de Justiça em Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 10.426—SC, Sexta Turma, rel. Min. Vicente Leal, j. 24/6/99, DJU de 6/9/1999, pág. 138:

“Previdenciário. Servidores públicos estaduais. Aposentadoria estatutária. Tempo de serviço prestado na atividade rural. Previdência social rural. Condição de segurados sociais. CF, § 2º, art. 202.

— A Constituição Federal, em seu art. 194, define a Seguridade Social como um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, financiada, de forma direta e indireta, com recursos provenientes da União, dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, e das contribuições sociais dos empregadores.

— No sistema anterior ao atual Plano de Benefícios da Previdência Social, a Previdência Social Rural era financiada pelas empresas rurais mediante o recolhimento das contribuições destinadas ao Funrural e ao Pro-rural, assegurando aos trabalhadores rurais a condição de segurados sociais.

— Reconhecida a condição de segurados sociais dos trabalhadores rurais, é de se afastar o requisito da comprovação do recolhimento de contribuições sociais para a Seguridade Social inscrito no § 2º do art. 202 da CF, para fins de aposentadoria.

— Recurso ordinário provido. Segurança concedida”.

No mesmo sentido: Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 10.854—SC, Sexta Turma, rel. Min.

Vicente Leal, j. 18/10/99, DJU de 22/11/99, pág. 194.

O colendo Segundo Grupo de Câmaras deste Tribunal decidiu na mesma direção em Mandado de Segurança n. 99.016648-1, da Capital, rel. Des. Eder Graf, j. 13/12/99, anotando-se no acórdão:

"(...) Não obstante a liminar ter sido negada em virtude da ausência do periculum in mora, restou consignado naquela ocasião:

'Trata-se de mandado de segurança cujo escopo é a contagem de tempo de serviço rural, em regime de economia familiar já averbado perante o INSS para fins de aposentadoria de servidor público estadual'.

"Decisões deste Tribunal, em sentido contrário ao pretendido ascenderam ao Superior Tribunal de Justiça e mereceram reforma, como se evidencia no seguinte precedente:

'Previdenciário. Servidores públicos estaduais. Aposentadoria estatutária. Tempo de serviço prestado na atividade rural. Previdência social rural. Condição de segurados sociais. CF, § 2º, art. 202.

'A Constituição Federal, em seu art. 194, define a Seguridade Social como um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, financiada, de forma direta e indireta, com recursos provenientes da União, dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, e das contribuições sociais dos empregadores.

'No sistema anterior ao atual Plano de Benefícios da Previdência Social, a Previdência Social Rural era financiada pelas empresas rurais me-

diante o recolhimento das contribuições destinadas ao Funrural e ao Prorural, assegurando aos trabalhadores rurais a condição de segurados sociais.

'Reconhecida a condição de segurados sociais dos trabalhadores rurais, é de se afastar o requisito de comprovação do recolhimento de contribuições sociais para a Seguridade Social inscrito no § 2º do art. 202 da CF, para fins de aposentadoria.

'Recurso ordinário provido. Segurança concedida' (RMS n. 10.426/SC, Min. Vicente Leal, j. 6/9/99).

"Ademais, com o advento da Emenda Constitucional n. 20, o art. 201, § 9º, da Carta Magna passou a ter a seguinte redação:

'Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição, na Administração Pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei'.

"E o art. 4º da Emenda Constitucional n. 20 é categórico:

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

"Preceitua o art. 40, § 10, da Constituição Federal de 1988, in verbis:

'A lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício'.

‘Obviamente a restrição não é aplicável ao caso concreto porque não se trata de tempo de contribuição fictício.

‘Nesse diapasão já se fixou, recentemente, neste Tribunal:

‘Administrativo. Contagem recíproca para aposentadoria do tempo de serviço na Administração Pública e na atividade privada, rural e urbana.

‘Se à luz do § 2º do art. 202 da Constituição Federal, na redação anterior à Emenda Constitucional n. 20, de 15/12/98, só podia ser computado o tempo de contribuição, como assentado pelo STF no RE n. 148.510-8 e, nesta Instância, entre outros, no MS n. 97.009624-0, o art. 4º da citada EC n. 20/98, observado o disposto no art. 40, § 10, da CF, mandou contar como tempo de contribuição o tempo de serviço considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria, cumprido até que a lei discipline a matéria.

‘A ressalva do § 10 do art. 40 diz respeito à proibição de contagem de tempo fictício, que compreende, segundo a doutrina, entre outros, os períodos contados em dobro (tempo de guerra e licença-prêmio) ou os ampliados (conversão de tempo de serviço especial em comum ou embarcado).

‘Assinala-se que o § 2º do art. 55 da Lei n. 8.213/91 dispôs que ‘o tempo de serviço do segurado trabalhador rural, anterior à data computado independentemente de recolhimento das contribuições a ele correspondente, exceto para efeito de carência, conforme dispuser o regulamento’, dispositivo que ficou revigorado pelo art. 4º da EC n. 20/98.

‘Pedido de averbação de tempo de serviço rural deferido para fins de aposentadoria’ (Processo Administrativo n. 97.013676-5, da Capital, Des. João José Schaefer, j. 20/9/99).

‘Por conseguinte, cessada a orientação anterior, a plausibilidade jurídica do direito invocado é evidente (fls. 23/25).

‘No Superior Tribunal de Justiça recentemente se decidiu:

‘Previdenciário. Servidores públicos estaduais. Aposentadoria estatutária. Tempo de serviço prestado na atividade rural. Previdência Social Rural. Condição de segurados sociais. CF, § 2º, art. 202.

‘— A Constituição Federal, em seu art. 194, define a Seguridade Social como um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, financiada, de forma direta e indireta, com recursos provenientes da União, dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, e das contribuições sociais dos empregadores.

‘— No sistema anterior ao atual Plano de Benefícios da Previdência Social, a Previdência Social Rural era financiada pelas empresas rurais mediante o recolhimento das contribuições destinadas ao Funrural e ao Prorural, assegurando aos trabalhadores rurais a condição de segurados sociais.

‘— Reconhecida a condição de segurados sociais dos trabalhadores rurais, é de se afastar o requisito da comprovação do recolhimento de contribuições sociais para a Seguridade Social inscrito no § 2º do art. 202 da CF, para fins de aposentadoria.

‘— Recurso ordinário provido. Segurança concedida’ (RMS n. 10.854/SC, DJU de 22/11/99, pág. 194).

‘O eminente Relator do recurso acima transcrito, Ministro Vicente Leal, pontificou em seu voto:

‘A questão emoldurada no writ que deu origem ao presente recurso tem como ponto central o reconhecimento do tempo de serviço prestado na atividade rural para fins de concessão de aposentadoria pelo sistema estatutário.

‘O Tribunal a quo denegou a segurança, proclamando o entendimento de que o § 2º do artigo 202 da CF/88 não assegura a mera contagem do tempo de serviço para efeito de aposentadoria, pressupondo, outrossim, o tempo de contribuição na Administração Pública e na atividade privada.

‘Tenho, todavia, que a questão emoldurada no presente recurso deve ser compreendida sob enfoque diverso.

‘É certo que a regra da reciprocidade inscrita no § 2º do art. 202 da Carta da República assegura, para fins de aposentadoria, a contagem recíproca do tempo de contribuição na Administração Pública e na atividade privada mediante um sistema de compensação financeira. Eis o teor do citado preceito legal:

‘Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na Administração Pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos sistemas de previdência se compensarão financeiramente, se-

gundo os critérios estabelecidos em lei’.

‘A análise exegética do mencionado cânon revela ser assegurado o direito de opção entre os dois sistemas, mediante a contagem recíproca do período de recolhimento de contribuições ao sistema da Seguridade Social com o tempo de serviço prestado à Administração Pública.

‘Todavia, é de se reconhecer que a Constituição Federal, em seu art. 194, define a Seguridade Social como um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, sob a invocação do princípio da universalidade da cobertura e do atendimento.

‘Daí por que é financiada, de forma direta e indireta, com recursos provenientes da União, dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, e das contribuições sociais dos empregadores.

‘Ora, no sistema anterior ao atual Plano de Benefícios da Previdência Social a Previdência Social Rural era financiada pelas empresas rurais mediante o recolhimento das contribuições destinadas ao Funrural e ao Incra.

‘É que o Serviço Social Rural instituído pela Lei n. 2.613/55 tornou obrigatória a contribuição para o custeio do Programa de Assistência ao Trabalhador Rural Prorural, sendo que 2,4% dos recursos pagos pelos empregadores eram destinados ao Funrural.

‘Depreende-se daí que o pagamento das contribuições destinadas ao custeio da Previdência Social Rural pelo Prorural e pelo Funrural assegu-

ram ao trabalhador rural a condição de segurado social.

‘Assim sendo, reconhecida a condição de segurados sociais dos trabalhadores rurais, é de se afastar o requisito da comprovação do recolhimento de contribuições sociais para a Seguridade Social inscrito no § 2º do art. 202 da CF, para fins de aposentadoria.

‘Na hipótese, tendo o Instituto Nacional do Seguro Social reconhecido o tempo de serviço prestado pelos impetrantes na atividade rural, deve ser assegurado o direito à aposentadoria mediante a contagem recíproca com o tempo de serviço público estadual.

‘Em face dessas considerações, tenho que o acórdão não aplicou o melhor direito à espécie.

‘Ante o exposto, dou provimento ao recurso ordinário para conceder a ordem de segurança nos termos requeridos’.

“E em igual norte, os REsp. ns. 11.023/SC (Min. Vicente Leal, DJU de 22/11/99, pág. 201) e 11.040/SC (Min. Vicente Leal, DJU de 22/11/99, pág. 201).

“É o quanto basta para demonstrar a violação ao direito líquido e certo da impetrante”.

O eminente Procurador de Justiça, Dr. Antônio Gercino Medeiros consignou em seu bem lançado parecer:

“De efeito, com suporte em regular certidão de tempo de serviço fornecida pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, órgão Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, onde consta expresso reconhecimento

de tempo de atividade rural efetiva, o impetrante buscou junto à Administração Pública Estadual ver computado, na modalidade de reciprocidade, ao serviço público que desempenha, aquele período de tempo para fins de aposentadoria.

“A Constituição Federal de 1988 traz com clareza no § 2º do art. 202: ‘Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na Administração Pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos sistemas de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei’.

“Preleciona Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, in A Ordem Social e a Nova Constituição (arts. 193 a 232), Aide Editora, pág. 65: ‘A norma constitucional ora enfocada, em seu § 2º, fala em contagem recíproca para assegurá-la às aposentadorias. Em outras palavras, existentes diversos sistemas de previdência social — o que tutela os servidores públicos, vinculados à Administração Pública, e os que tutelam, na atividade privada, os rurais e os urbanos —, o tempo de contribuição em cada um deles é computado para efeito da aposentadoria por tempo de serviço, ‘hipótese em que os diversos sistemas de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei’.

“Tendo, no caso, o órgão previdenciário federal reconhecido através de certidão idônea o período trabalhado na área rural pelo impetrante, não poderia no procedimento administrativo, o Poder Público Estadual apresentar obstáculo à contagem recíproca,

para efeito de aposentadoria por tempo de serviço, buscando, tão-somente, eventual compensação entre os sistemas de previdência envolvidos, a teor do citado § 2º do art. 202 da Constituição Federal de 1988.

“Cita-se:

‘Ementa: Previdenciário. Tempo de serviço. Contagem recíproca. Previdência rural e urbana.

‘I — O art. 202, § 2º, da Constituição Federal de 1988 constitui, em relação à contagem recíproca de tempo de serviço prestado em atividade privada, rural e urbana, um todo completo, enquadrando-se na doutrina americana clássica sobre a auto-aplicabilidade das normas constitucionais, segundo a qual ‘uma disposição constitucional é executável por si mesma quando, completa no que determina, lhe é supérfluo o auxílio supletivo da lei, para exprimir tudo o que intenta, e realizar tudo o que exprime’. A atuação supletiva de norma infraconstitucional, a que alude no seu texto, só se faz necessária para disciplinar a compensação de contribuições recolhidas em favor de órgãos filiados e sistemas distintos de Previdência Social, o que não ocorre na hipótese em causa.

‘II — Apelação improvida’ (TRF — 1ª Região. AC 92.01.15002-4/MG. Rel.: Juiz Jirair Aram Meguerian, 2ª Turma, decisão: 20/9/94, DJ 2 de 6/10/94, pág. 56.023).

“Assim exposto, pela concessão da segurança”.

Ratifique-se pois que no caso concreto o impetrante já fora contemplado com o deferimento, pela Administração Estadual, de averbação do tempo de serviço rural prestado em

regime de economia familiar, nos termos de certidão expedida pelo INSS.

Por outro lado, conclui-se que o art. 4º da Emenda Constitucional n. 20 de 15/12/1998 prescreve que, observado o disposto no art. 40, § 10, da Constituição Federal, conta-se, como tempo de contribuição, o tempo de serviço considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria, cumprido até que a lei disciplinasse a matéria.

O art. 55, § 2º, da Lei n. 8.213 de 24/7/1991 dispôs que o tempo de serviço do segurado trabalhador rural, anterior à data da lei, seria computado independentemente de recolhimento das contribuições.

No sistema anterior ao Plano de Benefícios da Previdência Social, instituído pela Lei n. 8.213/91, a previdência social rural era financiada pelas empresas rurais mediante o recolhimento das contribuições destinadas ao Funrural e ao Prorural, assegurando-se aos trabalhadores rurais a condição de segurados sociais.

Segundo a colenda Sexta Turma do STJ, reconhecida a condição de segurados sociais dos trabalhadores rurais, é de se afastar a exigência do requisito da comprovação do recolhimento de contribuições sociais para a seguridade social inscrito no art. 202, § 2º, da CF, para fins de aposentadoria.

Isso posto, defere-se parcialmente a ordem, para que seja determinado à autoridade impetrada que aprecie o pedido administrativo do impetrante e para que considere como tempo de serviço, para fins de concessão de aposentadoria, o período com-

preendido entre 1º/1/1966 a 31/12/1970.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Anselmo Cerello, Orli Rodrigues e Cesar Abreu e, com votos vencidos, os Exmos. Srs. Des. Carlos Prudêncio e Gaspar Rubik. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Antônio Gercino Ramos de Medeiros.

Florianópolis, 14 de março de 2000.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente para o acórdão;
Nelson Schaefer Martins,
Relator.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Carlos Prudêncio

Ousei divergir da douta maioria pelos motivos abaixo expostos:

O Primeiro Grupo de Câmaras, ao apreciar a matéria, vinha decidindo pela denegação da mandamental, não importando o tempo de serviço trabalhado, sempre que não fosse comprovado o tempo de contribuição previdenciária para a concessão do benefício.

Para fins de aposentadoria, a contagem recíproca admitida pela Constituição é do tempo de contribuição no âmbito da iniciativa privada e do serviço público, não podendo ser confundido, portanto, com o simples tempo de serviço.

É o que emana da orientação constitucional insculpida no art. 202, § 2º, da Carta da República, senão vejamos:

“Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na Administração Pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos sistemas de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei”.

Colhe-se da jurisprudência deste Sodalício:

1) “Apenas ‘o tempo de contribuição na Administração Pública e na atividade privada, rural e urbana’, e não o tempo de serviço, é que garante a contagem recíproca para efeito de aposentadoria (CF, art. 202, § 2º)” (Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 98.009737-1, de Timbó, rel. Des. Newton Trisotto).

2) “Sem a devida comprovação do recolhimento da contribuição previdenciária, não pode ser concedida a contagem recíproca de tempo de serviço público estadual, a teor do disposto no art. 202, § 2º, da Carta Magna.

“Ademais, segundo precedentes deste egrégio Tribunal: ‘A norma constitucional exige tempo de contribuição e as unidades federadas não podem ser oneradas por normas previdenciárias federais que dispensem esse requisito’ (rel. Des. Eder Graf; MS n. 97.009624-0)” (Mandado de Segurança n. 97.011799-0, da Capital, rel. Des. Anselmo Cerello).

Entendi, destarte, pela denegação da ordem.

É o meu voto.

Carlos Prudêncio.

Supedaneado nas disposições do § 2º do art. 151 do Regimento Interno deste Sodalício abstenho-me de proferir declaração de voto vencido.

APELAÇÕES CÍVEIS EM MANDADOS DE SEGURANÇA

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 99.000835-5, DE RIO DO SUL

Relator: Des. Anselmo Cerello

Mandado de segurança. Recusa de inscrição de empresa no cadastro de contribuintes do ICMS, haja vista a existência de dívidas de outra empresa. Irrelevância de um dos sócios participar de ambas. Ilegalidade do ato caracterizada. Ordem concedida. Sentença mantida. Remessa desprovida. Recurso desprovido.

“A pessoa jurídica, com personalidade própria, não se confunde com outra, ainda que tenha sócios com participação em ambas. Constitui, pois, delírio fiscal, à matroca de substituição tributária, atribuir-se a responsabilidade substitutiva (art. 135 — caput — CTN) para pessoa jurídica diversa daquela em cujo nome está inscrita a dívida” (Superior Tribunal de Justiça).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 99.000835-5, da comarca de Rio do Sul, em que é apelante o Estado de Santa Catarina, sendo apelado J. Nevan:

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

Custas legais.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por J. Nevan, pessoa jurídica de direito privado, representada por seus sócios-gerentes, Ivan Carlos Selhorst e Lucélia Masson, contra ato do Sr. Gerente Regional da Fazenda Estadual de Rio do Sul, perante a 1ª Vara Cível da comarca de Rio do Sul.

Alegou, em síntese, que o impetrado negou-lhe o pedido de inscrição no cadastro de contribuintes do ICMS, sob a alegação de que um dos sócios quotistas do novo estabelecimento comercial constava como sócio de uma empresa que estava em débito para com a Fazenda Pública. Houve requerimento de concessão de liminar para que fosse autorizada a inscrição estadual.

Deferida a liminar, foi notificada a autoridade impetrada, que, em suas informações, manifestou-se pelo não cabimento de mandado de segurança, pois ausente o perigo na demora da concessão da tutela, haja vista tratar-se de absurdo proporcionar-se a regularização de empresa em desobediência à Lei sob pressão de que, se não concedido cadastro, a empresa funcionaria irregularmente. Aduziu que o deferimento da segurança poderia projetar-se em “aplicação genérica futura”, sendo que, no caso vertente, a lei determina seja negada a inscrição até a regularização da situação.

O representante do Ministério Público de Primeiro Grau opinou pela concessão da ordem.

O MM. Juiz a quo concedeu em definitivo a segurança para fim de inscrição da impetrante no Cadastro de Contribuintes do ICMS.

Irresignado, o Estado de Santa Catarina apelou (fls. 44/47), alegando que cabe à autoridade administrativa, nos termos da lei federal (que se questiona para a necessidade de interposição de Recurso Especial), a recusa de inscrição estadual à empresa que não preencha os pré-requisitos para tal.

Asseverou que o deferimento ou indeferimento da inscrição no Cadastro de Contribuintes não é proferido aleatoriamente, mas em decorrência de uma pesquisa que é feita das condições de constituição da empresa; e, de posse de tais dados, é que é deferido ou indeferido o pedido de inscrição no Cadastro de Contribuintes.

Argumentou que totalmente ausente é o direito líquido e certo alegado pelo impetrante, pois a negativa de cadastro requerido é uma faculdade do Fisco, levando em consideração o interesse público.

Aduziu que estão ausentes os elementos do *periculum in mora* e *fumus boni juris*.

Requeru a reforma da r. sentença de Primeiro Grau.

Sem contra-razões, os autos alçaram.

Os dignos representantes do Ministério Público de Primeiro e Segundo Graus opinaram pelo desprovido do apelo.

É o relatório.

A remessa e o apelo são desprovidos.

Ora, as dívidas reclamadas pelo Fisco são todas de responsabilidade da “Casa do Frango Ind. e Com. e Agricultura Ltda.”, da qual Edmilson João Fachini, sócio da empresa impetrante, também é sócio. Acontece que se tratam de pessoas jurídicas diversas, cuja responsabilidade patrimonial não se comunica; o fato de possuírem em seus quadros sociais, sócios em comum, ainda que uma das empresas seja devedora do fisco estadual, nenhuma relevância assume.

Reza o art. 20 do Código Civil:

“As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros”, ou seja, não se confunde a pessoa jurídica, que possui personalidade própria, com a pessoa física dos sócios que a compõem.

Maria Helena Diniz comenta:

“No momento em que se opera o assento do contrato ou do estatuto no registro competente, a pessoa jurídica começa a existir, passando a ter aptidão para ser sujeito de direitos e obrigações, a ter capacidade patrimonial, constituindo seu patrimônio, que não tem nenhuma relação com os dos sócios, adquirindo vida própria e autônoma, não se confundindo com os seus membros, por ser uma nova unidade orgânica. O princípio contido no caput do artigo ora comentado é uma decorrência lógica da personificação da sociedade, que terá personalidade distinta da de seus membros” (in Código Civil Anotado, Saraiva, 1995, pág. 36).

E conclui:

“Todos os atos da pessoa jurídica serão tidos como atos próprios, consequentemente os atos praticados individualmente por seus sócios nada terão que ver com ela”.

Assentou J. M. Carvalho Santos, citado pelo ilustre Procurador de Justiça oficiante no feito, Dr. Joel Rogério Furtado:

“Universitas distat a singulis. É o princípio tradicional que caracteriza a pessoa jurídica. As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus

membros como uma consequência imediata da personificação da sociedade, que passa a ser uma unidade, não obstante a pluralidade de membros; havendo, portanto, uma individualidade, de um lado, e muitas outras individualidades isoladas, de outro lado, as quais congregadas formam aquela outra unidade” (in Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. I, 7ª ed., Livraria Freitas Bastos S/A, 1956, págs. 389/390).

Gize-se que a circunstância de um dos sócios da impetrante fazer parte do quadro social da empresa devedora em nada modifica a questão, já que restou comprovado que se tratam de pessoas jurídicas diversas.

Destarte, impõe-se a confirmação da sentença monocrática pelo seu indiscutível acerto.

É por estas que, por votação unânime, nega-se provimento à remessa e ao apelo.

É o voto.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Gaspar Rubik e Sérgio Paladino. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Carlos Henrique Fernandes.

Florianópolis, 15 de abril de 1999.

Xavier Vieira,
Presidente para o acórdão;
Anselmo Cerello,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 99.006854-4, DE TIMBÓ**Relator: Des. Anselmo Cerello**

Servidor público estadual — Contagem recíproca de tempo de serviço rurícola prestado em âmbito familiar — Ausência de comprovação do recolhimento de contribuições previdenciárias quando do exercício das atividades rurícolas — Inadmissibilidade — Inteligência do art. 202, § 1º, da Carta Magna em vigor c/c art. 55 da Lei n. 8.213/91, conforme a nova redação dada pela Medida Provisória n. 1.523 de 11/10/96.

Impõe-se que se faça uma distinção entre aposentadoria em atividade privada e na Administração Pública. Dessa forma se a contagem do tempo de serviço na atividade rural para efeito de jubilação na atividade privada pode ser feita independentemente de contribuição, na contagem de tempo da atividade rural para efeito de albergamento na Administração Pública, não se faz possível a postergação da contribuição previdenciária, que tem inquestionável natureza tributária (art. 149, CF/88), segundo também em face dos termos claros do § 2º do art. 202 da CF/88 por força do qual se torna inadmissível a contagem recíproca, como tempo de serviço público de trabalho rural sem comprovação da contribuição previdenciária — Enfim, a norma constitucional exige tempo de contribuição ao passo que as unidades federadas não podem ser oneradas por normas federais que abolirem a cobrança, o que representa ferimento ao princípio federativo consagrado no art. 151, III, da CF/88 que inadmite a outorga de isenções heterônimas.

Vistos relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 99.006854-4, da comarca de Timbó, em que são apelantes e apelados o município de Timbó e Lorindo Tomelin:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, prover a remessa e o recurso do Município, e desprover o apelo do impetrado.

Custas legais.

Trata-se de mandado de segurança com pedido liminar, tempestivamente impetrado perante a 2ª Vara Cível da comarca de Timbó por Lorindo Tomelin, contra ato do Prefeito Municipal do município de Timbó.

Aduz o impetrante que é funcionário público municipal desde 2 de dezembro de 1982 e pretende aposentar-se por tempo de serviço. Re-

queru ao Chefe do Poder Público local a concessão do benefício, anexando certidão de tempo de serviço passada pelo INSS, correspondente a 15 (quinze) anos, 9 (nove) meses e 17 (dezesete) dias, pedido este que foi indeferido sob o argumento de que o tempo de serviço que prestou na atividade rural, reconhecido na certidão expedida pelo INSS, não pode ser contado para fins de aposentadoria.

Discorre acerca do direito que lhe assiste à aposentadoria, argumentando que a Constituição Federal assegura a contagem do tempo de serviço prestado na atividade privada e rural para efeito desta, independente de contribuição, defendendo a autoaplicabilidade do disposto na CF/88.

Requer o deferimento da medida liminar pleiteada, a fim de declarar a nulidade do ato impugnado, determinando, ainda, que o impetrado o aposente no cargo de Auxiliar Operacional III, com proventos proporcionais, retroativos à data do ajuizamento da ação, a notificação da autoridade coatora, bem como a intimação do representante ministerial, e a concessão em definitivo da segurança e assistência judiciária.

Juntou além de instrumento particular de procuração documentos de fls. 10/44.

Regularmente notificada, a autoridade impetrada apresentou informações (fls. 49/56) no prazo legal, afirmando, em síntese, que o tempo de serviço rural, desacompanhado do comprovante do recolhimento das contribuições relativas, não pode ser averbado para efeitos de aposentadoria. Reproduziu dispositivos de Lei,

arrematando pela improcedência da segurança pretendida, juntando documentos de fls. 57 a 85.

Com vista ao nobre representante do Ministério Público, manifestou opinando pelo acolhimento parcial da pretensão deduzida para determinar o aproveitamento do tempo de serviço rural, em toda a sua extensão.

Julgando a demanda, o Magistrado a quo determinou ao impetrado que realizasse a averbação de todo o tempo de serviço constante na certidão de fls. 12 a 17.

Irresignada com a prestação jurisdicional entregue, a Municipalidade, na qualidade de litisconsorte, tempestivamente, apelou (fls. 105), alegando, como matéria de fundo, os argumentos já trazidos com a inicial. E, como preliminar, inova, arguindo que a via escolhida é imprópria, porquanto a certidão embasada do pedido não tem eficácia absoluta, necessitando o requerimento de dilação probatória.

As contra-razões foram apresentadas às fls. 151/156, nas quais o recorrido refuta argumentos expendidos pelo Município recorrente. Este por sua vez arguiu a impossibilidade jurídica do atendimento ao pleito formulado pelo autor em sede recursal.

Instado a se manifestar, o digno representante ministerial de Primeiro Grau emitiu parecer no sentido do desprovimento do reclamo.

Ascenderam os autos a este egrégio Tribunal, vindo a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestar-se neste grau, posicionando-se no sentido de serem conhecidos os recursos voluntários e a remessa, provendo-se tão-somente a apelação do município de Timbó para reformar-se integral-

mente a sentença guerreada, denequando-se a segurança almejada.

É o relatório.

A questão central do pleito mandamental deduzido pelo recorrido, saliente-se, diz respeito essencialmente à contagem recíproca de tempo de serviço.

O postulante mandamental pugnou, no plano administrativo, como funcionário público do município de Timbó, a averbação do tempo de serviço e aposentadoria proporcional ao tempo que trabalhou na atividade rural, pleito esse que lhe foi negado em razão de não estarem comprovadas as contribuições previdenciárias correspondentes ao tempo trabalhado.

Por derradeiro, do parecer do Dr. Luiz César Medeiros, em brilhante estudo sobre o tema, com a permissa venia, transcrevo, *mutatis mutandis*, os mesmos fundamentos utilizados pelo ilustrado representante do Ministério Público, aplicando como razão de decidir:

“No meu modo de ver, agiu com acerto a autoridade impetrada em indeferir o pleito na esfera administrativa, pois a determinação da averbação do citado tempo de serviço através do writ of mandamus, somente seria possível se o impetrante tivesse, de plano, a prova de haver sido, nas épocas devidas, recolhidas as necessárias contribuições previdenciárias. Equivocou-se, portanto, o MM. Juiz em julgar ilegal o ato impugnado nesta ação mandamental.

“Tal exigência é imperativo constitucional, insculpido no § 2º do art. 202 da Carta Magna, assim descrito:

‘Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na Administração Pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos sistemas de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei’.

“Resta evidenciado de forma clara e indubitosa no texto legal que a garantia dada ao trabalhador não é propriamente a contagem recíproca do tempo de serviço; e sim, com maior precisão, a contagem recíproca do tempo de contribuição na Administração Pública e na esfera privada, urbana ou rural.

“Uma vez comprovados esses recolhimentos, o que poderia ou deveria ter sido no plano administrativo, não teria como a autoridade impetrada indeferir a averbação, para os fins de aposentadoria, de tempo de serviço prestado na área rural.

“Além do estabelecido na Constituição Federal, a exigência da comprovação do tempo de contribuição como condição essencial para a averbação do tempo de serviço prestado à atividade rural, a Medida Provisória n. 1.523, de 11 de outubro de 1996 e suas respectivas reedições regulando a matéria, estabelece idêntico requisito.

“A citada norma infraconstitucional, por meio do seu art. 2º, alterou o art. 55 da Lei n. 8.213/91 que trata da contagem recíproca, passando então a dispor o seguinte:

‘Art. 55 — (...)

‘§ 2º — O tempo de atividade rural anterior a novembro de 1991, dos segurados de que tratam a alínea a do inciso I ou do inciso IV do art. 11, serão computados exclusivamente

para fins de concessão do benefício previsto no art. 143 desta Lei e dos benefícios de valor mínimo, vedada sua utilização para efeito de carência, de contagem recíproca e de averbação de tempo de serviço de que tratam os arts. 94 a 99 desta Lei, salvo se o segurado comprovar recolhimento das contribuições relativas ao respectivo período, feito em época própria’.

“Dessa forma, nos termos do citado enunciado legal, não há como determinar-se pura e simplesmente a averbação para efeitos de contagem de tempo de serviço, do período em que o recorrente laborava na área rural, salvo se, lograr o impetrante, provar os recolhimentos das respectivas contribuições previdenciárias nas épocas oportunas, ou acaso convertida a mencionada Medida Provisória em Lei, esta vier a dispensar a exigência. Por oportuno, não há dizer que tal norma seja violadora de direito líquido e certo do impetrante, porquanto, mesmo antes dela, a Lei Maior já exigia expressamente a comprovação do tempo de contribuição e não simplesmente de serviço.

“A justificativa para tal exigência é óbvia: como poderiam a União, os Estados e os Municípios se compensarem se não houve contribuição. O sistema já falido ruiria de vez.

“Sobre o tema, vale a pena repetir os ensinamentos emitidos pelo eminente Des. João José Schaefer, quando do despacho exarado no MS n. 98.001271-4, da comarca da Capital:

‘É que deve ser feita uma distinção entre aposentadoria na ativi-

dade privada e na Administração Pública.

‘Assim, se a contagem do tempo de serviço na atividade rural, para efeito de aposentadoria na atividade privada, pode ser feita independentemente de contribuição, na contagem de tempo da atividade rural para efeito de aposentadoria na Administração Pública não há como dispensar a contribuição, ante os termos claros do § 2º do art. 202 da CF...’.

“Da egrégia Terceira Câmara Civil, destaca-se importante julgado:

‘Servidor público estadual — Tempo de serviço — Contagem recíproca — Rurícola.

‘Em face do preceituado no art. 202, § 2º, da Carta Magna, torna-se inadmissível a contagem recíproca, como tempo de serviço público, de trabalho rural sem prova da contribuição previdenciária.

‘A norma constitucional exige tempo de contribuição e as unidades federadas não podem ser oneradas por normas previdenciárias federais que dispensem esse requisito’ (MS n. 97.009624-0, da Capital, j. 16/2/98 — in DJSC n. 9.930, de 13/3/98, pág. 11)”.

Assim, sob qualquer prisma, a pretensão dos impetrantes se mostra inviável de ser atendida pela ausência de pressuposto indeclinável: comprovação do tempo de contribuição para o Instituto Previdenciário, quando do exercício das atividades rurícolas.

Diante de tal contexto, dou provimento à remessa para denegar a ordem.

É o voto.

Participou do julgamento com voto vencedor o Exmo. Des. Gaspar Rubik. Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Luiz César Medeiros.

João Martins,
Presidente;
Anselmo Cerello,
Relator.

Florianópolis, 29 de maio de 1999.

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 99.021115-0, DE CURITIBANOS

Relator: Des. Anselmo Cerello

Tributos — Regime especial para recolhimento do ICMS — Imposto — Cerceamento do exercício da atividade profissional da empresa apelante — Inteligência do art. 5º, XIII, da CF — Sentença anulada — Prestação jurisdicional não integralmente entregue.

*Sendo o contribuinte enquadrado no regime especial para recolhimento do ICMS, nula é a sentença, a teor do artigo 460 do Digesto Processual Civil, quando não se equaciona todas as restrições impostas pelo referido *statutus* sob o prisma do livre exercício da atividade empresarial, tutelado constitucionalmente. Assim, se o *decisum* se limita a analisar apenas uma das restrições referidas, qual seja, a substituição tributária do ICMS, omitindo as demais limitações que compõem aquele quadro, não efetivou integralmente a prestação jurisdicional.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 99.021115-0, da comarca de Curitiba, em que é apelante Comercial Exportadora Ibicui Ltda., sendo apelado o Estado de Santa Catarina:

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

Custas legais.

Trata-se de recurso de apelação cível em mandado de segurança interposto por Comercial Exportadora Ibicui Ltda., em face da sentença de fls. 120/128 que denegou a segurança requerida, a qual objetivava a cassação do regime especial para recolhimento do ICMS, que lhe foi imposto pelo Fisco, e a devolução de seus blocos de notas fiscais apreendidos.

Alegou a apelante, em síntese, que todos os lançamentos e atitudes ameaçadoras procedidos pela autoridade, dita coatora, são írritos e ilegais,

por afrontar dispositivos do Código Tributário Nacional, e por ferirem frontalmente o art. 145, II, da Constituição da República, pois falta motivação ao ato administrativo fiscal.

Afirmou que o Fisco Estadual dispõe de meios próprios para a cobrança de seus créditos, não podendo, pois, obstar o exercício de atividades econômicas e profissionais de seus devedores.

A apelante requereu a nulidade ou a integral reforma da sentença de fls. 135/165.

Devidamente intimado, o Estado de Santa Catarina apresentou contra-razões, alegando o descabimento de mandado de segurança contra lei em tese, e, no mérito, insistiu na legalidade do ato em exame, pugnando, por derradeiro, pela manutenção do decisório (fls. 168/182).

O representante do Ministério Público de Primeiro Grau e a douta Procuradoria de Justiça manifestaram-se pelo conhecimento e provimento do apelo, para que seja reformada a sentença.

É o relatório.

Muito bem assinalou, em seu parecer, o Procurador Sérgio Antônio Rizello, às fls. 189/197, que assim expôs:

“O inconformismo interposto é próprio e tempestivo e, estando devidamente preparado, merece ser conhecido.

“No mérito, opinamos por seu provimento.

“I — Preliminarmente:

“Alega o apelado a impossibilidade do aforamento de ação mandamental contra lei em tese, o que, nos

termos da Súmula 266 do STF, importaria na extinção do feito por carência de ação.

“De fato, não se pode admitir a invocação do poder jurisdicional do Estado embasado em dúvidas subjetivas, temor pessoal ou em fatos não acontecidos, pois, se assim fosse, o Poder Judiciário seria transformado num órgão de consultas e especulações, o que poderia impedir que a Administração Pública pudesse praticar seus atos normais de fiscalização e de constituição do crédito tributário.

“À luz desses princípios inadmitte-se o uso de ação mandamental contra lei em tese, sem que exista uma situação concreta e devidamente provada, sob pena de transformar a prestação jurisdicional em mera consulta jurídica.

“In casu, denota-se dos autos que a autoridade coatora interpretou equivocadamente o direito aplicável à matéria, o que causou prejuízo à apelante, na medida em que a providência administrativa adotada culminou por impedi-la de prosseguir arrecadando o ICMS incidente sobre as operações que realiza no prazo previsto em lei.

“Em outras palavras o que estamos afirmando é que a apelante sofreu concretamente os efeitos noticiados no Ato Declaratório n. 5/97, em cópia acostado às fls. 36/37, o qual está embasado, segundo reiteradas decisões das Cortes de Justiça pátrias, em normas ilegais que pecam por inconstitucionalidade.

“Portanto, é cabível o mandado de segurança, eis que não se está diante de impetração contra lei em tese.

“II — No Mérito:

“A apelante foi enquadrada, através do Ato Declaratório n. 5/97, da 9ª Gerência Regional da Fazenda Estadual sediada em Curitiba, no Regime Especial de Pagamento Antecipado do ICMS.

“O citado Ato Declaratório, que em cópia está acostado às fls. 36/37 dos autos, positiva:

‘I — Enquadrar a empresa ‘Comercial Exportadora Ibicui Ltda.’, estabelecida na Avenida Carlos Pisani, s/n, em Monte Carlo, Fraiburgo (SC) e inscrita no Cadastro Geral de Contribuintes do ICMS, sob o número 252.752.341, em Regime Especial de Pagamento Antecipado do ICMS, pelo prazo de 730 (setecentos e trinta) dias, contado da data do ciente deste Ato Declaratório, conforme disposto no art. 53, § 1º, inciso III, letra f, itens 1 e 2, e artigo 60, § 1º, inciso I, letra f, do RICMS—SC/97, aprovado pelo Decreto n. 1.790, de 29/4/97’.

‘II — Em todas as notas fiscais de saídas de mercadorias ou serviços constará a seguinte observação: ‘Esta nota fiscal é válida para acobertar o transporte de mercadorias ou aproveitamento de crédito, somente quando acompanhada do comprovante de recolhimento do ICMS, conforme art. 60, § 1º, inciso I, letra f, do RICMS—SC/97, aprovado pelo Decreto n. 1.790, de 29/4/97’.

‘III — Também, fica o contribuinte cientificado de que os créditos decorrentes das entradas de matéria-prima, material secundário e de embalagens poderá ser abatido, a cada operação do débito decorrente da saída da mercadoria. Para tanto, deverá o mesmo apresentar, na sede da 093 Unidade Setorial da Fiscalização de

Videira (SC), no horário comercial, todos os livros fiscais relativos aos últimos 12 (doze) meses, para que seja apurado o percentual de crédito a ser somado em cada operação de saída de mercadorias’ (Versão original em negrito e sublinhada).

“Determinam os arts. 53, § 1º, inciso III, letra f, itens 1 e 2, e 60, § 1º, inciso I, letra f, do RICMS—SC/97, aprovado pelo Decreto n. 1.790/97:

‘Art. 53 — O imposto a recolher será apurado mensalmente, pelo confronto entre débitos e créditos escriturados durante o mês, em cada estabelecimento do sujeito passivo.

‘§ 1º — Em substituição ao regime de apuração mencionado no caput, a apuração será feita:

‘III — por operação ou prestação:

‘f) — realizada por contribuinte enquadrado para esse fim, por período certo, pelo Gerente Regional da Fazenda Estadual que o jurisdiciona, por se encontrar em qualquer das seguintes situações:

‘1 — tiver praticado reiteradamente quaisquer das infrações descritas na Lei n. 10.297, de 26 de dezembro de 1996, arts. 51 a 58, 60 a 66, 72, 73 e 81.

‘2 — tiver crédito tributário de sua responsabilidade inscrito em dívida ativa não garantida’.

‘Art. 60 — O imposto será recolhido até o 10º (décimo) dia após o encerramento do período de apuração, ressalvado o disposto no § 1º.

‘§ 1º — Nos seguintes casos, o imposto será recolhido:

‘I — por ocasião do fato gerador:

f) na hipótese prevista no art. 53, § 1º, III, d e f”.

“Do confronto entre o que restou afirmado no Ato Declaratório, e das disposições legais transcritas, em poucas linhas pode-se dizer que o objetivo da ilustre Autoridade impetrada foi obrigar a Apelante a recolher ao Fisco, no exato instante da saída das mercadorias que ela comercializa, o ICMS incidente sobre a operação.

“A insurgência da Apelante é para que lhe seja permitido recolher mensalmente o ICMS devido sobre as operações tributáveis que realiza.

“As justificativas para tal proceder são ponderosas, e consistem, em suma, na continuada inadimplência da Apelante, no tocante ao ICMS.

“Aliás, a Apelante pertence ao grupo Imaribo, e a dívida tributária deste, consultado, a respeito, o Fisco, é expressiva.

“Dizemos isto para deixar muito claro que entendemos as razões pelas quais a providência noticiada no citado Ato Declaratório foi adotada.

“Porém, razão assiste à apelante ao afirmar que o procedimento adotado pelo Fisco é ilegal e abusivo, e que viola seu direito líquido e certo de exercer suas atividades comerciais, notadamente em face do constante no art. 5º, inciso XIII, da Constituição Federal, porquanto cria obstáculos para o regular desempenho dos atos de comércio que empreende.

“Assim estabelece o supracitado artigo:

‘Art. 5º — (...)

‘XIII — é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão,

atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer’;

“Ademais, sabe-se que no mundo globalizado de hoje, devem as empresas ser ágeis para atender seus clientes, sob pena de os perderem, o que, salvo melhor juízo e caso seja mantida a determinação do apelante, fatalmente ocorrerá.

“Nesse sentido ensina Fábio Fanuchi:

‘Medidas restritivas ao exercício profissional ou de atividade econômica. Entre as garantias reservadas ao crédito tributário e afora a mencionada por último, registrada no art. 193 do Código, nem qualquer outra na lei nacional, que importe restrições ao exercício de profissão ou atividade econômica. Todavia, não são desconhecidas em nosso ordenamento positivo algumas dessas medidas coercitivas, já consideradas inconstitucionais por torrencial jurisprudência de nossos tribunais. Tal tipo de coerção acarretará prejuízos também para a Fazenda Pública, como é fácil de imaginar. Se o sujeito passivo é tolhido ao exercício normal de suas atividades porque deve parcelas tributárias, é certo que dele se estará retirando a capacidade de produzir numerário que acabe por habilitá-lo ao pagamento do seu crédito’ (Curso de Direito Tributário, vol. 1, Ed. Resenha Tributária, pág. 211)“.

Diante disso, não procede a alegativa de descabimento de mandado de segurança contra lei em tese.

Na exordial extrai-se que cinco são os pedidos, respectivamente:

1. cassação do regime especial para recolhimento do ICMS adotado

pela autoridade coatora em relação à impetrante;

2. devolução dos blocos de notas fiscais e demais documentos apreendidos;

3. seja determinado para a autoridade coatora que se abstenha de inserir em todas as vias das notas fiscais e demais documentos da impetrante a observação de que:

“Esta nota fiscal é válida para acobertar o transporte de mercadorias ou aproveitamento de crédito, somente quando acompanhada do recolhimento do ICMS”;

4. recolhimento do ICMS dentro dos prazos normais e legalmente estabelecidos para todos os demais sujeitos a esse tipo de tributação;

5. abstenção, por parte da autoridade coatora, de administrativamente seqüestrar os documentos fiscais que a impetrante utiliza para o desenvolvimento de suas atividades negociais.

Todavia, compulsando os autos, verifica-se, ao analisar a sentença de fls. 120/128, que esta limitou-se a analisar apenas “O descabimento de mandado de segurança contra lei em tese” e “inexistência de direito líquido e certo” — argüida pela autoridade impetrada — e no mérito tão-somente na “legalidade ou não da antecipação do ICMS”, o que culminou com a denegação da segurança, revogando a liminar de fls. 59/61.

“Nessas condições, não se justifica que a sentença tenha deixado de julgar a demanda entre denunciante e denunciado. Ressente-se o decisório do vício apontado na apelação (julgamento *intra petita*), incidindo em nulidade,

como ressaltam doutrina e jurisprudência (Moacyr Amaral Santos, ‘Comentários ao Código de Processo Civil’, vol. IV, pág. 438, n. 327; ‘Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo’, LEX, vol. 6, pág. 197; ‘Julgados’, LEX, vols. 2/81, 12/157, 13/194, 29/29 e 31/408). A este Tribunal seria vedado conhecer da questão omitida, pois importaria na supressão de um grau de jurisdição” (Apelação n. 235.593, de São Paulo, em que é apelante José da Costa, sendo apelados José Maximino e outros. Ac. unân. da Quarta Câmara, de 27/7/77, rel. Bandeira de Mello).

“Se, no dispositivo, o juiz só vai acolher alguns dos pedidos, necessário fazer constar que está julgando procedente, em parte, a demanda, embora o mais correto, para evitar dúvidas, é que, no dispositivo, se pronuncie especificamente sobre cada pedido, mesmo porque não há sentença implícita.

“A sentença aquém do pedido é nula, pois a instância recursal não pode reformar o que não foi apreciado no Juízo a quo” (Nagib Slaib Filho, *ob. cit.*, pág. 354).

Nesse sentido é a jurisprudência:

“Sentença. Omissões. Embargos não opostos. Supressão de instância. Havendo omissões na decisão de 1ª Instância, não se utilizando a parte do remédio legal pertinente para saná-las, que são os embargos de declaração, e nem argüindo em seu recurso ordinário a preliminar de nulidade da sentença por julgamento *intra petita*, não pode o Regional apreciar tais não analisados, sob pena de suprimir uma instância’ (TRT – 8ª Re-

gião. Ac. unân. de 6/6/89, RO 333/89, rel. Juiz Nazer Nassar. Manoel da Silva Tavares vs. Construtora Barroso Ribeiro Ltda. Adv. Maria da Paixão C. Gonçalves, ADV — Jurisprudência 46.944).

“Sentença citra petita — Nulidade — Cumulação de pedidos — Voto vencido. Relator Juiz Campos Oliveira. TJMG.

‘— É nula a sentença que, em ação com pedidos cumulados, decide apenas sobre um deles deixando de examinar e pronunciar-se a respeito do outro’ (TJMG — Ap. Cív. n. 39.830 — Ac. unân. da 4ª Câm. Cív. — publ. em 17/10/89, rel. Juiz Campos Oliveira, Aptes: Terezinha Ribeiro de Prado e Joaquim Bastos Trindade — Apdos.: os mesmos).

“Sentença — Reivindicatória — Denúnciação da lide — Julgamento citra petita — Nulidade. Relator Des. João Martins. Tribunal TJSC.

‘É nula a sentença em que havendo pedidos acumulados desde apenas um deles, deixando de examinar e pronunciar-se quanto ao outro’ (Ap. n. 39.830, 4ª Câm. Civil—TJMG. No mesmo sentido (RT 498/89,

RJTJESP 62/217, Ap. Cív. n. 23.867, da 1ª Câm., rel. Des. João Martins).

“No que concerne à condenação fundada em indenização com base no art. 1.539 do Código Civil a sentença deve prover, no sentido de que seja constituído um capital a teor do disposto no art. 602 do CPC que garanta uma pensão vitalícia à vítima. Veja-se a respeito o escólio do referido Nagib Slaib Filho:

‘Em se tratando de indenização por ato ilícito em que se inclua prestação de alimentos, o juiz, quanto ao alimentante, o condenará a constituir um capital, cuja renda assegure o seu cabal cumprimento (art. 602 do CPC)’ (in Apelação Cível n. 41.055, de Joinville, deste relator).

É o voto.

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

Florianópolis, 17 de fevereiro de 2000.

Anselmo Cerello,
Presidente e Relator.

APELAÇÕES CÍVEIS

APELAÇÃO CÍVEL N. 96.001067-0, DE SANTO AMARO DA IMPERATRIZ

Relator: Des. Xavier Vieira

Apelação cível. Ponte em condições precárias. Queda de pessoa. Responsabilidade objetiva do poder público. Risco administrativo. Recurso provido.

— Ponte despida de laterais, com buracos no assoalho e sem iluminação sujeita seus usuários a danos graves. Revelando comportamento omissivo da Administração, não há como fugir à responsabilização.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 96.001067-0, da comarca de Santo Amaro da Imperatriz, em que é apelante R. R. S. representada por sua mãe Neusa Ramos Regis, sendo apelado município de Angelina:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, sem voto discrepante, dar provimento ao recurso.

Custas ex lege.

R. R. S. representada por sua genetriz, Neusa Ramos Regis, promoveu ação de reparação de dano contra

a Prefeitura Municipal de Angelina, alegando que em data de 21 de junho de 1987, seu genitor Elson Guilherme Schmitz faleceu com traumatismo craniano ao cair de uma ponte localizada em Alto Garcia diante das suas precárias condições de uso (ausência de proteção lateral, tábuas e iluminação). Aduziu desídia da administração pública na conservação da ponte e por conseguinte sua responsabilidade no sinistro.

Requeru, pois, pensão vitalícia equivalente a dois terços de um salário mínimo.

O Município, em peça contestatória, disse não ter personalidade jurídica para figurar no pólo passivo da demanda. Expôs que o acidente ocorreu por culpa exclusiva do pai da autora que estava em estado de embriaguez. Quanto à alegação contida na proemial, da falta de proteção nas laterais da ponte, informou que o Município possui mais de cem pontes e nenhuma delas as possui. Outrossim, que o pai da requerente era trabalhador rural, devendo, pois, o pedido ser dirigido ao Sindicato dos Trabalhadores Rurais do Município.

Houve impugnação à contestação.

Realizou-se a audiência de instrução e julgamento, oportunidade na qual foram ouvidas duas testemunhas arroladas pela demandante, além de tomado o depoimento pessoal da genitora da requerente, tendo sido as demais testemunhas dispensadas.

Alegações finais (fls. 77/85).

O representante do Parquet local opinou pela improcedência do pleito exordial.

O Magistrado julgou improcedente o pedido (fls. 4/6).

Inconformada, Neusa Ramos Regis interpôs apelação, reeditando os argumentos expendidos na inicial, alertando que inexistente nos autos exame de dosagem alcoólica de Elson Schmitz. Ainda, que na apreciação da responsabilidade civil do Estado, não se indaga a existência ou não de culpa, bastando a comprovação do dano, que efetivamente aconteceu com a morte do genitor da autora, pela omissão da municipalidade.

Sem contra-razões, o Ministério Público, neste Grau, manifestou-se pelo desprovimento do apelo.

É o relatório.

Compulsando-se os autos, observa-se a existência do nexo de causalidade e dos prejuízos sofridos, cabendo neste caso ao Estado a reparação dos danos causados à autora.

Na verdade, a ponte encontrava-se em situação precária, despida de laterais, sem iluminação e com buracos no assoalho. A incúria da Municipalidade na sua manutenção restou indesmentida pelo fato de que, aproximadamente um mês depois do acidente, ela própria supriu as falhas apontadas.

Os depoimentos colacionados confirmam o estado da ponte:

Neusa Ramos Régis, esposa do falecido, a fls. 74v.:

"...que a dep. já conhecia aquela ponte, achava muito perigosa e sempre se preocupava que alguém poderia ali se machucar, inclusive por já ter ali morrido um homem acerca de dois anos passados; que a ponte não é servida de iluminação pública nem por corrimão nas laterais, assim como apresentava um buraco no assoalho central (...) que realmente a morte de seu marido se deu pela queda dessa mesma ponte; que depois da morte do marido, cerca de oito meses a prefeitura colocou iluminação pública nesta ponte e corrimão".

Wilmar Schmitz, a fls. 75:

"...sua perda de equilíbrio provavelmente pelo dep. Encontrou como aliada a falta de corrimão na ponte; que na época também não existia ilu-

minação pública; que depois do acontecimento o Município colocou iluminação pública e colocou um corrimão...”.

EneDir Teresinha Felipe, a fls. 76:

“que mostradas para a dep. as fotos de fls. 19/21, esta reconhece como sendo a ponte onde se deu o acidente; que na época essa ponte estava bastante perigosa pela existência de um buraco entre as tábuas do assoalho (...) que nessa época não existia iluminação pública (...) que por ouvir dizer, soube de acidente anterior nesta ponte envolvendo terceira pessoa (...) que atualmente esta ponte se acha em melhores condições de segurança, com corrimão, iluminação pública a assoalho perfeito, que a depoente foi a pessoa quem primeiro viu o corpo da vítima caído nas pedras/águas do rio...”.

A alegação de estar o falecido embriagado no momento do acidente não procede, porquanto inexistente nos autos exame de dosagem alcoólica e os depoimentos colhidos não asseguraram tal afirmação.

Os prejuízos advindos da morte do pai da demandante são claros, salientando-se ser a autora portadora de doença mental.

A Administração Pública não pode esquivar-se de suas obrigações, aplicando-se, ao caso, a Teoria do Risco Administrativo.

A doutrina e a jurisprudência confirmam o dever da Municipalidade em reparar os danos causados:

“A responsabilidade civil pelos danos da obra pública surge do só fato de sua realização, bastando que a

vítima demonstre o nexo causal entre a obra e os prejuízos suportados. A administração só se libera dessa responsabilidade comprovando culpa exclusiva da vítima, ou a ausência de relação entre a obra e o dano. É a regra do art. 37, § 6º, da CF que consagrou a responsabilidade objetiva do Poder Público e de seus delegados pelos atos lesivos aos particulares. No caso de obra pública, tal responsabilidade deriva diretamente da construção, que é um fato administrativo, razão pela qual a Administração não a descarta nem mesmo quando contrata a execução com um construtor particular” (Hely Lopes Meirelles, in *Direito Municipal Brasileiro*, Ed. Malheiros, 6ª ed., 1993, pág. 269).

Segundo Rui Stoco, in *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*, 2ª edição, Ed. Revista dos Tribunais, pág. 408, “tanto a Administração central como a indireta têm o dever de manter os serviços que a lei lhes cometeu.

“A conservação de estradas, por exemplo, é, de regra, entregue à administração indireta do Estado, ou seja, às autarquias, sociedades, para-estatais ou concessionárias de serviços públicos, como o DER (autarquia) e a DERSA (sociedade de economia mista).

“A má conservação de vias e logradouros públicos, estradas, pontes, viadutos e outros bens públicos e de uso comum do povo empenham a responsabilidade do Estado ou desses órgãos acima mencionados, quando haja relação direta entre esse descaso e os danos que ocorram.

“Uma ponte mal conservada pode trazer gravíssimas conseqüências

aos usuários, razão pela qual exige vigilância e manutenção constantes.

“Ora, aqueles que a utilizam são obrigados a pagar imposto estadual denominado IPVA — Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores para que possam circular com seus veículos e o ‘pedágio’, para que possam utilizar as Rodovias Estaduais.

“Desse modo, nada justifica que as vias de trânsito, acesso e seus complementos (pontes, túneis, viadutos, alças de ligação, acessos etc.) desmereçam cuidados e se mostrem deteriorados, mal conservados e com defeitos.

“Trata-se de comportamento omissivo grave da Administração que, em caso de dano pelo fato da coisa, conduz à responsabilização do Poder Público”.

É da jurisprudência:

“Houve época em que imperava a total irresponsabilidade da Administração Pública, traduzida pela parêmia *The king can do no wrong* (o rei não erra). Essa concepção, comum nos tempos dos Estados despóticos, há muito foi abandonada.

“Superada a teoria da irresponsabilidade, passou-se a responsabilizar o Estado por alguns atos lesivos que praticasse. Dividiram-se os atos do Estado, então, em atos de império e atos de gestão. Naqueles, agia com poder soberano, no interesse da coletividade, não respondendo pelos danos que causasse; nestes, operava a gestão dos interesses coletivos, administrando seu patrimônio como pessoa privada, respondendo pelos danos a que desse causa.

“Suplantada essa segunda fase, tratou-se de responsabilizar o Estado pelos atos danosos de seus funcionários, praticados com culpa ou dolo. Vinculou-se a responsabilidade do Poder Público à culpa in eligendo ou in vigilando.

“Patente a insuficiência dessa teoria da culpa civil, abraçou-se a teoria do acidente administrativo, que veio eliminar a necessidade de identificação do agente estatal causador do dano. Com efeito, não raras as vezes a Administração Pública causa dano a terceiros, sem que se possa, contudo, indicar qual seja o funcionário responsável. A partir daí passou-se a falar em uma falta impessoal ou falta anônima. Com a adoção desse entendimento, vinculou-se a responsabilidade não mais ao ato lesivo do agente público, mas ao mau funcionamento do serviço público. A normalidade e a continuidade do serviço público, uma vez quebradas, davam azo à configuração da responsabilidade do Poder Público, alicerçada na *faute du service*” (Apelação Cível n. 47.626, relator Des. Pedro Manoel Abreu, j. 20/6/96).

Ainda:

“Responsabilidade civil. Teoria do Risco. Ponte localizada no perímetro urbano em precárias condições de tráfego e sem a sinalização adequada. Obrigação do poder público municipal de reparar os prejuízos causados em acidente. Danos pessoais e materiais. Indenização devida” (JC 39/155).

No mesmo sentido:

“Todo dano anormal, excepcional, exorbitante, por sua natureza e sua importância, dos incômodos e sacrifícios correntes exigidos pela vida

em sociedade e por sua pacífica manutenção, deve ser considerado como violação da igualdade dos cidadãos em face dos encargos públicos" (RF 104/227).

Também:

"Responsabilidade civil do Estado — Morte causada por queda de ponte mal conservada — Negligência do Município, responsável por sua manutenção, que a deixou aberta para passagem, mesmo em estado precário — Indenização à companheira — Procedência" (Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis do TJ do Paraná — El n.

7.875-5/01 — Araucária, j. 20/8/1992, Juruá 170/171).

Por tais razões, decide a Câmara dar provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Anselmo Cerello e Gaspar Rubik. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Norival Acácio Engel.

Florianópolis, 27 de outubro de 1999.

Xavier Vieira,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.013677-6, DE BLUMENAU

Relator: Des. Xavier Vieira

Adoção. Requerimento formulado em Cartório sem assistência de advogado. Guarda deferida, incidentalmente, com a concordância expressa da mãe biológica. Decretação da perda do pátrio-poder diante da situação peculiar do menor.

Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.013677-6, da comarca de Blumenau, em que é apelante o representante do Ministério Público, sendo apelados C. M. e N. M.:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, sem voto discrepante, negar provimento ao recurso.

Custas ex lege.

Relatório, a este integrado, fls. 78/9.

Da leitura dos autos constata-se que o casal C. M. e N. M. formu-

lou pedido de adoção da menor L. B., filha de R. M. B., em requerimento formulado em Cartório, firmado pelos próprios requerentes.

A menor, nascida aos 24/8/87, encontra-se com os requerentes desde junho de 1995, quando lhes foi concedida a guarda judicial, em cujo ato houve o consentimento materno (Autos de Guarda e Responsabilidade n. 895007151.7, apensos).

O inconformismo do Ministério Público diz respeito à inexistência do consentimento materno para a adoção, motivo pelo qual os requerentes não poderiam ter-se valido das dispo-

sições do artigo 166, caput, do ECA, que permite aos adotantes procederem dessa forma, somente nos casos em que os pais do adotando tiverem sido destituídos, suspensos do pátrio-poder, aderido expressamente ao pedido de colocação em família substituta, não existam mais, ou, ainda, se forem desconhecidos.

Enfatiza o Parquet, outrossim, que "inexistiu procedimento contencioso em relação à destituição ou extinção do pátrio-poder, não sendo possível a adoção requerida sem que se tenha antes proporcionado à mãe biológica o direito de defender-se, com amplitude, em processo contencioso que haja sido deflagrado por profissional da advocacia, mormente porque a hipótese não é daquelas que autorizam o ajuizamento da ação de adoção diretamente no Cartório, pelos pretensos adotantes. Requereu, pois, a extinção do feito por não apresentar forma nem figura de juízo, e alvitra o aforamento de novo pedido, desde que formulado por advogado, como requer a lei" (fls. 70).

No caso presente vê-se que a mãe biológica expressamente concordou com a colocação da filha em família substituta apenas a título de guarda. Nos autos do pedido de adoção, como a genetriz se encontrava em lugar incerto e não sabido (o pai é desconhecido), foi citada via edital e se lhe deu curador especial.

Na verdade, ao contrário do que afirma o Parquet, o contraditório foi assegurado à mãe da menor e o Magistrado, ao agir da maneira como o fez, entendeu ser mais relevante que o rigor processual o atendimento à situação peculiar do menor.

É entendimento jurisprudencial da mais alta Corte de Justiça, "que, em se tratando de interesse de menores, é de convir-se pela relativização de aspectos processuais, sobretudo em face da prevalência dos interesses do menor, como determina a legislação vigente" (ECA, art. 6º, LICC, art. 5º) e já proclamava o art. 5º do Código de Menores de 1979. Nesse sentido, aliás, o RMS n. 1.898/SP, relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira (DJ 17/4/95) com a seguinte ementa:

"A legislação que dispõe sobre a proteção à criança e ao adolescente proclama enfaticamente a especial atenção que se deve dar aos seus direitos e interesses e à hermenêutica valorativa e teleológica na sua exegese" (REsp. n. 158.920/SP).

Pelo que se observa dos autos, a criança encontra-se no convívio dos apelados há quase 4 (quatro) anos, sendo de assinalar-se que ela, consoante os relatórios psicossociais, está bem adaptada à família, gozando de boa saúde e criação. Anota-se, ademais, que o estudo social foi favorável à adoção, informando estar a criança perfeitamente adaptada ao novo lar.

É em face desses superiores interesses da infante, no caso, que não é recomendável a anulação do processo, restabelecendo-se o status quo ante até porque os autos demonstram o seu bem-estar na companhia do casal requerente. Mesmo que tal decisão não seja a melhor do ponto de vista do ordenamento jurídico, já que não se trata de mãe desconhecida, tal exceção processual certamente será a melhor para a menor. É possível que o precedente sirva para outros julgamentos, mas provavelmente, nesse

caso, a melhor solução a ser tomada é a confirmação do julgado.

A anulação do processo, que vem se alastrando desde 1995, alteraria a paz da criança que está sob a guarda dos apelados, ensejando uma outra demanda que a exporia a uma situação incômoda e teria o mesmo final, ou seja, a concretização da adoção.

Ademais, o presente caso tem outra particularidade. É que a menor conta, atualmente, 12 (doze) anos de idade e, caso o processo seja anulado, como objetiva o ilustre representante do Ministério Público, haverá necessi-

dade do seu consentimento expresso, conforme o art. 45, § 2º, do ECA.

Assim, por tais razões, nega-se provimento ao apelo.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Anselmo Cerello e Gaspar Rubik. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Luiz Carlos Freyesleben.

Florianópolis, 30 de setembro de 1999.

Xavier Vieira,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.006134-5, DE ORLEANS

Relator: Des. Xavier Vieira

Separação judicial. Pensão alimentícia. Culpa recíproca. Necessidade de apoio econômico. Obrigatoriedade de prestação de alimentos ao cônjuge necessitado.

Alimentos devidos ao filho. Elevação do percentual. Admissibilidade.

Recurso provido.

— O reconhecimento de culpa recíproca não exime o cônjuge varão da obrigação alimentar à mulher, de parcos recursos financeiros.

— A manutenção do filho compete a ambos os genitores. Se a mãe arca com alimentos em espécie, o marido deve contribuir com quantia equivalente.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.006134-5, da comarca de Orleans, em que é apelante E. J. P., sendo apelado L. C. P.:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por maioria de votos, dar provimento ao recurso. Vencido o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins.

Custas ex lege.

Perante o Juízo da comarca de Orleans, E. J. P., promoveu ação de separação judicial litigiosa contra seu marido L. C. P., apontando-lhe grave violação aos deveres do casamento, tornando-se insuportável a vida em comum.

Requeru a decretação da dissolução da sociedade conjugal, guarda do filho menor e condenação do réu ao pagamento de alimentos.

Após tentativa de conciliação, inexitosa, o réu contestou, negando os fatos a ele atribuídos, sustentando que a responsabilidade pela separação era da mulher.

Na reconvenção, o réu reiterou a argumentação daquela peça aduzindo que ela abandonou o lar conjugal.

A esposa replicou e contestou.

Houve audiência de instrução e julgamento com a produção de prova oral. Apresentadas alegações finais, o Parquet opinou pela procedência de ambos os pedidos (da autora e do recorrente).

O Magistrado prolatou sentença, julgando parcialmente procedentes o pedido da mulher e a reconvenção do marido, reconhecendo a culpa de ambos os cônjuges. Decretou a dissolução da sociedade conjugal, atribuindo à autora-reconvinda a guarda do filho e condenou o réu-reconvinte ao pagamento de pensão alimentícia para o filho, assegurando, outrossim, o direito de visita.

Irresignada, a autora apelou, tempestivamente, alegando que o ex-marido foi o único responsável pela separação do casal, propugnando pelo agravamento da pensão para um

salário mínimo em favor do filho e também da apelante, acrescido do valor correspondente ao auxílio-acidente que o INSS estaria pagando ao apelado.

Houve contra-razões.

O Ministério Público, em ambos os graus de jurisdição, manifestou-se pelo parcial provimento do recurso, exclusivamente para majorar o quantum da pensão devida pelo marido ao filho a 50% do salário mínimo.

É o relatório.

Ainda que se reconheça a culpa recíproca dos cônjuges, o apelo da mulher merece parcial provimento.

Em relação ao aumento da pensão do marido devida ao filho, é de ser mantido o entendimento do ilustre relator originário.

Na verdade, verifica-se que o quantum de 50% sobre o salário mínimo é aceitável para a manutenção de um filho, ainda mais em se tratando de criança em tenra idade.

O sustento do filho compete a ambos os pais. A apelante, de poucos recursos, que detém a guarda do filho, arca com alimentos em espécie, contribuindo para sua educação, saúde, vestuário, despendendo, para esse mister, a quantia de 50% sobre o salário mínimo.

O apelado convive com outra mulher, sua atual companheira, como consubstanciado nos autos (fls. 113). Ele contribui inclusive para o sustento do filho de sua companheira, que é mãe solteira. Tal fato não o exime de também contribuir para o sustento de seu filho.

E nem se diga que o apelado não tem condições de arcar com os

alimentos. Nesse sentido tem decidido esta Casa:

“Mas, bem é de ver, os alimentos podem ser objeto de revisão, a qualquer tempo, desde que haja mudança na fortuna de quem os supre, ou na de quem os recebe, circunstância em que o interessado poderá reclamar do Juiz, ou para pedir exoneração, redução, ou agravação do encargo, nos termos do art. 401 do Código Civil; e, ainda, em conformidade com o disposto no artigo 13 da Lei n. 5.478, de 25/7/68” (Apelação Cível n. 35.144, de Pomerode, julgada em 4/12/90, rel. Des. Rubem Córdova).

Destarte, eleva-se o quantum da pensão devida pelo cônjuge varão a seu filho de 35% (sentença) para 50%.

Da mesma forma, procede a ir-signação na parte em que negou alimentos ao cônjuge mulher.

A jurisprudência, especialmente o voto do Sr. Ministro Nilson Naves, prolatado no Recurso Especial n. 762, de Minas Gerais (Registro 89100858), consignou a possibilidade de prestação alimentícia ao cônjuge necessitado.

Reproduz-se trecho do r. ares-to.

“8. Não há que falar em violação do art. 19 da Lei n. 6.515/77. Este preceito legal não afasta a obrigação de prestar alimentos ao cônjuge que deles necessitar no caso de separação judicial por culpa recíproca. Limita-se a dizer que ‘o cônjuge responsável pela separação prestará ao outro, se dela necessitar, a pensão que o juiz fixar’. No caso de culpa recíproca, ambos os cônjuges são responsáveis pela separação, donde se conclui que o

cônjuge que necessita de alimentos, tem direito de recebê-los do outro cônjuge” (Recurso Especial n. 762—MG — Registro 89.10085-8, voto do Exmo. Sr. Min. Nilson Naves).

No mesmo diapasão:

“6ª Câmara do TJRS: Não sendo a mulher a única culpada, e necessitando de apoio econômico na fase de readaptação subsequente à ruptura do casamento, pelo menos até que se possa reorganizar para o exercício de profissão a que está habilitada, cabível é a estipulação de pensão módica para atender a tal situação, enquanto perdurar (1º/8/89, RJTJRS 146/337)” (in Yussef Said Cahali, Divórcio e Separação, Tomo 2, 8ª edição, revista e ampliada, pág. 975).

No mesmo vértice:

“1º Grupo de Câmaras de TJSE: o reconhecimento de culpa recíproca não extingue o direito do cônjuge necessitado aos alimentos (Apelação 244/87, rel. Artur de Oliveira Deda, 5/4/88)” (in Yussef Said Cahali, ob. cit., pág. 975).

Em igual sentido, já decidiu a mais alta Corte do País:

“Separação judicial. Reconvencção. Pensão alimentícia. Culpa recíproca. II — Ausência — Lei n. 6.515/77, eis que ambos os cônjuges deram causa à separação, ficando, por isso, o cônjuge varão na obrigação de alimentar a mulher, que deles (alimentos) necessita. III — Dissídio jurisprudencial não comprovado, em conformidade com as exigências do art. 305 do regimento interno (Súmula 291)” (Recurso Extraordinário 91741, do RS, julgado em 14/12/80, 1ª Turma, rel. Min. Thompson Flores).

Assim, como o cônjuge mulher necessita de alimentos, eis que dispõe de poucos recursos financeiros, é de se condenar o cônjuge varão ao pagamento de uma pensão fixada em 35% do salário mínimo.

Por tais motivos, dá-se provimento ao recurso para, em se reformando a r. sentença hostilizada, arbitrar uma pensão devida pelo marido à apelante, no quantum de 35% do salário mínimo, bem como elevar para 50% do salário mínimo os alimentos devidos ao filho.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Anselmo Cerello e, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Joel Rogério Furtado.

Florianópolis, 9 de dezembro de 1999.

Xavier Vieira,
Presidente e Relator.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins:

Trata-se de ação de separação judicial litigiosa cumulada com pedido de alimentos em que a autora se insurgiu contra a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido e declarou a separação do casal, por culpa recíproca dos cônjuges, e deferiu alimentos apenas para o filho menor do casal.

A prova dos autos indica a culpa de ambos os litigantes, ensejadora da separação do casal. A mulher certa ocasião teria impedido a entrada do

marido em casa e, posteriormente, abandonou o lar conjugal.

Dissenti da douda maioria e votei vencido no sentido de dar parcial provimento ao recurso, dispensando-se o varão de contribuir para a manutenção da apelante.

E o fiz com amparo nos seguintes precedentes:

1) RE n. 108.086-8—SP, Supremo Tribunal Federal — 1ª Turma, rel. Ministro Octávio Gallotti, j. 13/6/1986, RT 611/269:

“Separação judicial — Alimentos — Culpa recíproca — Pretendida percepção de pensão alimentícia pela mulher — Inadmissibilidade — Inteligência do art. 19 da Lei n. 6.515/77.

“Por dedução do art. 19 da Lei do Divórcio, infere-se que o cônjuge necessitado só conserva o direito de ser pensonado pelo outro se não responsável pela separação judicial. Assim, a declaração de reciprocidade de culpas exclui, para ambos os cônjuges, o direito à percepção de alimentos”.

2) REsp. n. 762—MG, Superior Tribunal de Justiça — 3ª Turma, rel. Min. Cláudio Santos, j. 24/10/1989, DJU 20/11/89, RSTJ 7/371:

“Alimentos. Separação. Culpa recíproca.

“São indevidos alimentos na ocorrência de culpa recíproca (art. 19 da Lei n. 6.515/77).

“Recurso conhecido e provido”.

3) Apelação Cível n. 96.000864-0, da Capital, rel. Des. João José Schaefer, TJSC, Quarta Câmara Civil, j. 19/12/1996:

“— Separação judicial. Alimentos e guarda do filho menor.

“— Responsáveis ambos os cônjuges, está o ex-marido desobrigado de prestar alimentos à ex-esposa”.

4) Apelação Cível n. 35.890, da Capital, rel. Des. Cid Pedroso, Terceira Câmara Civil, TJSC, j. 5/3/1992, publicada no DJESC n. 8.471, pág. 11, de 1º/4/1992:

“Apelação cível — Ação de separação judicial litigiosa — Culpa reci-

proca dos cônjuges — Dever alimentar inexistente entre ambos — Recurso provido em parte — Procedência da ação do marido e da reconvenção da mulher”.

Por estas razões, votei no sentido de dar apenas parcial provimento ao recurso.

É a declaração de voto

Nelson Schaefer Martins.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.012985-0, DE BLUMENAU

Relator: Des. João José Schaefer

— *Seguro de automóvel.*

— *Na linha de firme e reiterada jurisprudência deste Tribunal e da colenda 4ª Turma do STJ, a indenização de veículo segurado, havendo perda total, é feita pelo valor contratado, em função do qual, aliás, a seguradora cobrou o respectivo prêmio.*

— *Apelo desprovido.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.012985-0, da comarca de Blumenau (3ª Vara), em que é apelante Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais, sendo apelado Norberto Mette:

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

Custas de lei.

Sentença da lavra do Dr. Eduard Mattos Gallo Júnior, Juiz de Direito Especial, em cooperação, julgou procedente pedido em ação de cobrança que Norberto Mette promoveu contra

Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais e que objetiva o recebimento de diferença de indenização de seguro de automóvel para condenar a requerida “ao pagamento da quantia correspondente entre o efetivamente devido e o indenizado, corrigida monetariamente a partir de 4/11/96 — data do pagamento da indenização, conforme documentos de fls. 12/13 — e acrescida de juros de mora a contar da citação”.

Foi a seguradora condenada, ainda, ao pagamento das despesas processuais e honorários de advogado, arbitrados em 20% do montante atualizado da condenação.

Depois de referir que a pretensão do autor é o recebimento da diferença entre o valor fixado na apólice e o efetivamente pago pela seguradora, considerou o julgador de Primeiro Grau que pago prêmio sobre o valor de R\$ 21.000,00 e tendo havido perda total do veículo segurado, a indenização não poderia ser pelo valor de mercado, unilateralmente fixado pela seguradora, mas sim pelo valor consignado na apólice, conforme doutrina Arnaldo Marmitt (Seguro de Automóvel, Ed. Aide, 1987, págs. 237/8) e precedentes do TJSC nas Apelações Cíveis ns. 45.347, de Blumenau, rel. Des. Newton Trisotto e 46.506, rel. Des. Rubem Córdova.

Inconformada, apelou a seguradora dizendo que, verificado o sinistro, consultou diversas revendedoras autorizadas de veículos que lhe indicaram como valor médio de mercado do automóvel sinistrado o de R\$ 15.500,00, valor que prontamente pagou ao segurado.

A importância segurada constitui o limite máximo, o que não significa dizer que, em caso de perda total do veículo, esteja obrigada a pagar a indenização por tal valor.

No caso, entre a contratação e o sinistro houve alteração no valor do veículo, que, à época do acidente, representava R\$ 15.500,00.

Por isso, nos termos de cláusula específica, esse o valor indenizado, o que foi reconhecido pelo STJ no REsp. n. 63.678, bem como na Ap. Cív. n. 48.090, desta Corte, em acórdão da lavra do eminente Des. Wilson Guarany.

De acordo com o art. 1.432, o segurador se obriga a indenizar o se-

gurado do prejuízo resultante de riscos futuros, devendo as partes respeitar as disposições contratuais, não sofrendo estas a interferência das normas do Código de Defesa do Consumidor, consoante a abalizada opinião de Ricardo Bechara Santos, renomado processualista e especialista em seguros.

Há lógica na cláusula que manda indenizar o veículo, em caso de perda total, pelo valor de mercado, pois impede a especulação por parte do segurado, impossibilitando-lhe de segurar um bem por valor superior ao real.

O Código de Defesa do Consumidor, no art. 54, ao tratar dos contratos de adesão, admite cláusulas limitativas e restritivas ao direito do consumidor, desde que feitas com destaque e permitindo fácil e imediata compreensão.

Invoca o apelante, ainda, o magistério de Carvalho Santos e Clóvis Beviláqua e ainda lição de Pedro Alvim, no sentido de que “quando a importância segurada, em vez de ser prefixada, é apenas estimada pelo segurado, o que ocorre em vários ramos, como por exemplo automóvel, incêndio e responsabilidade civil, constitui o limite máximo de responsabilidade do segurador” (O Contrato de Seguro, pág. 307), afirmando o renomado jurista, ainda, à página 303 da mesma obra, que “o seguro não constitui fonte de renda, mas apenas garantia de segurança” e que “a especulação é contrária à sua natureza”.

Do mesmo festejado Pedro Alvim esta afirmação: “O segurado não pode, sob o pretexto de ter pago o prêmio, receber o valor integral da

apólice, pretensão que se manifesta geralmente quando os prejuízos são totais" (obra citada, pág. 304).

No mesmo sentido a jurisprudência, conforme julgados do TJRJ, rel. Des. Carpena Amorim, DJ 27/10/88, pág. 15; do TJSC, rel. Des. João Martins, BJA n. 34, verbete n. 105.190 e ainda TJRJ, rel. Des. João Wehbi Dib.

Sem contra-razões, subiram os autos a esta Instância.

É o relatório.

O que se discute nos autos é se, havendo dano total do veículo segurado, a indenização é paga pelo valor da apólice ou pelo valor de mercado, existente no contrato cláusula em tal sentido.

Decisão da colenda 3ª Turma do STJ, no REsp. n. 155.595, de 9/12/97 (DJ 9/3/98), rel. o Sr. Min. Eduardo Ribeiro, admitiu a indenização pelo preço de mercado, entendendo que o da apólice é apenas limite máximo da indenização. Mais recentemente, esse entendimento foi reafirmado no REsp. n. 161.907, rel. o Sr. Ministro Menezes Direito.

Em sentido contrário, assentou a colenda 4ª Turma que a indenização deve ser feita pelo valor da apólice: REsp. ns. 63.543, Min. César Rocha (Ementário STJ 20/183); 159.154, Min. Ruy Rosado (ESTJ 21/171); 182.686, Min. Barros Monteiro (DJ 14/12/98) e 197.468, Min. Sálvio Teixeira (DJ 12/4/99).

A primeira e a última das decisões da 4ª Turma tiveram por admissível a reparação pelo valor de mercado se a seguradora houvesse postulado a redução de que trata o

art. 1.438 do Código Civil, de que os autos não dão notícia.

Neste Tribunal, em 27/5/98, este relator votou na linha do assentado pela 3ª Turma do STJ na Ap. Cív. n. 98.005302-1. Embora o acórdão não registre, houve, então, forte resistência à tese por parte dos demais julgadores que acabaram por concordar com o relator, uma vez que o sinistro ocorreu quase um ano depois da contratação do seguro.

Um mês após, na Ap. Cív. n. 97.012489-9, de Concórdia, rel. o Des. Francisco Borges, invocando precedentes nas Ap. Cív. ns. 34.791 e 96.009302, rel. o Des. Pedro Manoel Abreu e Ap. Cív. n. 97.005020-8, que relatara a Ap. Cív. n. 97.008055-7, rel. o Des. Carlos Prudêncio e Ap. Cív. n. 50.735, rel. o Des. Newton Trisotto, decidia a Câmara pela indenização pelo valor da apólice, tendo este relator se rendido, convicto, aos fundamentos dos demais integrantes da Câmara.

Outras colendas Câmaras do Tribunal assim também se orientaram, como a Primeira Câmara Civil, na Ap. Cív. n. 97.000635-7, rel. o Des. Trindade dos Santos e a Terceira Câmara na Ap. Cív. n. 98.002394-7, rel. o Des. Eder Graf.

Assinale-se que a seguradora cobrou o prêmio do seguro pelo valor da apólice, não se justificando, assim, pague a indenização pelo valor de mercado.

Em tais condições, firme que é a diretriz da Corte adotando como valor da indenização aquele pelo qual foi contratado o seguro, passa o signatário a acompanhar definitivamente essa linha, decidindo a Câmara, à unani-

midade, pelo desprovemento do apelo, confirmando-se a sentença do Dr. Juiz a quo pela obrigatoriedade de pagar a seguradora, como indenização, o valor pelo qual segurou o veículo.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos.

Srs. Des. Alcides Aguiar e Solon d'Eça Neves.

Florianópolis, 26 de agosto de 1999.

João José Schaefer,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.015773-0, DE PIÇARRAS

Relator: Des. João José Schaefer

— *Alienação fiduciária em garantia. Bens já pertencentes ao devedor quando da constituição do gravame. Admissibilidade da constituição da garantia, mas não da prisão civil.*

— *Embora admissível a alienação fiduciária em garantia de bens anteriormente pertencentes ao devedor (Súmula 28 do STJ), o depósito em tais casos é atípico, instituído por “equiparação” (REsp. ns. 2.320 e 3.413, rel. o Ministro Athos Carneiro), não autorizando, em caso de desvio ou desaparecimento dos bens, o decreto de prisão civil, em face da excepcionalidade das hipóteses em que a admite a Constituição Federal.*

— *Precedente mais recente no REsp. n. 164.053-0 (ESTJ 21/193), rel. o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo, reafirmando: a) — a possibilidade da alienação fiduciária em garantia de bem já pertencente ao devedor (Súmula 28) e b) — a inadmissibilidade da prisão civil do devedor.*

— *Apelo desprovido.*

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

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.015773-0, da comarca de Piçarras, em que é apelante Banco Fiat S/A, sendo apelada Empresa de Transporte Coletivo Penha Ltda.:

Custas de lei.

Sentença da lavra do Dr. Ricardo Freire Gerck, Juiz de Direito da comarca de Piçarras, na ação de busca e apreensão convertida em depósito, proposta pelo Banco Fiat S/A contra a

Empresa de Transporte Coletivo Penha Ltda., julgou, na forma do art. 330, inc. I, do CPC, parcialmente procedente o pedido, deixando de cominar pena de prisão civil ao depositário infiel, determinando fosse “expedido mandado para entrega, em 24 horas, da coisa depositada (fls. 6) ou de seu equivalente em dinheiro. Caso frustrado o cumprimento da ordem retro, o feito deverá prosseguir nos termos do art. 906, ou seja, segundo o procedimento da execução por quantia certa”.

A decisão condenou o requerido, ainda, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios arbitrados, a teor do § 3º do art. 20 do CPC, ponderados os critérios das alíneas a e c, em 10% sobre o valor da causa.

Inconformado, apelou o Banco Fiat S/A, alegando que a r. sentença equivocou-se em não atender o pedido de prisão do depositário Francisco Dias, pois “o preceito, no tocante ao depositário infiel, não diverge do texto anterior (art. 153, § 17, da Constituição de 67), razão pela qual houve recepção da legislação ordinária que regia a matéria (art. 66 da Lei n. 4.728/65), na redação que lhe deu o art. 1º do Decreto-Lei n. 911/69, segundo o qual a alienação fiduciária transforma o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem com a lei civil e penal”.

Continua “para reforçar a condição de depositário do devedor, o art. 4º do citado Decreto-Lei n. 911/69 estabeleceu a possibilidade de conversão do pedido de busca e apreensão

em ação de depósito, na forma prevista no Capítulo II do Título I do Livro IV do Código de Processo Civil (redação dada pela Lei n. 6.071). E, nesse Capítulo II encontramos a autorização da prisão civil do depositário (arts. 902, § 1º, e 904, parágrafo único)”.

Por fim, assevera que a Constituição Federal em seu art. 5º, inc. LXVII possibilita a prisão civil do depositário que deixa de entregar a coisa ou o equivalente em dinheiro (art. 904 do CPC), não assistindo razão à sua não decretação no caso. Colacionou julgados em prol de sua tese e pugnou pelo provimento do recurso.

O apelado ofereceu contra-razões, alegando a ocorrência de litigância de má-fé, uma vez que o recurso tem o objetivo de tumultuar o processo com proposições destituídas de fundamento.

No mérito, sustentou, primeiro, que a apelação não é sede própria para questões relativas à pena de prisão civil; segundo, que não houve negativa de entrega do bem que, além de não ter sido requerida na exordial, foi rejeitada pelo próprio banco credor sob a alegação de que o veículo se encontrava em estado de “sucata”. O mandado, diz, não foi cumprido única e exclusivamente por solicitação do procurador jurídico do Banco Fiat S/A.

Também não se justifica o pedido se os representantes legais da empresa apelada não assumiram compromisso de depositários e tampouco incorreram em desobediência ou apropriação indébita.

Assim a prisão civil do avalista Francisco Dias não tem cabimento, pois só se aplica nos casos de dívida por alimentos e de depositário infiel,

desde que nomeado por ato judicial e não particular/unilateral, como é o caso. Requereu, em conclusão, o improvizamento do recurso, confirmada a sentença recorrida, condenado o apelante por litigância de má-fé e ônus da sucumbência.

É o relatório.

A alienação fiduciária em garantia, no caso, foi constituída no bojo do contrato de abertura de crédito, firmado em 14/10/94.

Afirmou-se à cláusula primeira que o mútuo tinha por escopo a “aquisição de bens ou prestação de serviços, motivo pelo qual requer que o pagamento do crédito seja liberado pelo Banco Fiat e que seja direcionado à vendedora”.

No campo III, quanto às características do produto, descreve-se um ônibus Mercedes, 1987, diesel, chassi n. 344 230 130 25155.

Não há maiores esclarecimentos sobre a data de aquisição mas é fora de dúvida que o veículo não era novo, uma vez que de modelo 1987, para um contrato firmado em 1994.

Ocorre que o veículo não foi encontrado e, em petição de 11/10/96 (fls. 120), o credor informa que o veículo “não foi localizado”, acrescentando que por aditamento ao contrato, a ré deu em alienação fiduciária um outro ônibus, desta vez um Scânia, mod. B-III, cor branca, movido a diesel, chassi n. 3401894, placa YE 0443.

O aditamento, aliás, tem a mesma data do contrato, 14/10/94.

Segundo a certidão de fls. 123 do Detran, o veículo foi cadastrado em 16/9/93 em nome da requerida, ora apelada, o que significa que, à da-

ta do contrato ou do aditamento, o veículo já era da outorgante da garantia fiduciária.

Em tais condições e sem considerar contradição entre os fundamentos da sentença e seu dispositivo, como o alegou o apelante, não cabe, no caso, a prisão civil, embora válida a garantia constituída.

A matéria foi examinada na Ap. Cív. n. 39.082, de Blumenau, de que relator o signatário, quando se decidiu pelo incabimento da prisão civil, uma vez que, quando da constituição da garantia, o bem já pertencia à devedora.

É que, consoante reiterado entendimento do STJ, embora admissível a alienação fiduciária de bens em tais condições, conforme a Súmula 28, isto é, de bens já integrantes do patrimônio do devedor, ao ser formalizada a garantia, o depósito, em tais casos, é atípico, instituído por “equiparação”, para reforço das garantias do credor, não autorizando, em caso de desvio ou desaparecimento dos bens, o decreto de prisão civil, cabível constitucionalmente, ao lado da hipótese de inadimplemento por obrigação de alimentos, apenas nos casos de desvio de bens em depósito regular.

Nesse sentido acórdãos prolatados nos Recursos Especiais ns. 7.943, 2.320 e 3.413, todos relatados pelo Ministro Athos Carneiro e no de n. 14.938, da lavra do Ministro Bueno de Souza (DJ 10/6/91, 2/8/91, 9/9/91 e 29/6/93), o segundo a tornar expresso:

“Alienação fiduciária. Financiamento para obtenção de capital de giro, com emissão de cédula de crédito industrial.

“Bens infungíveis, instrumentos de trabalho da empresa. Possibilidade de sua alienação em garantia, mesmo já anteriormente integrados ao patrimônio do devedor. Não cabe estabelecer distinção onde a lei não distingue e a natureza do pacto não a impõe.

“Prisão civil. Sua impossibilidade nos casos de depósitos atípicos, instituídos por ‘equiparação’ para reforço às garantias em favor de credores. Prevalência da norma constitucional, tutelar do direito maior à liberdade, e imune a leis ordinárias ampliativas do conceito de depositário infiel”.

O último dos mencionados arestos referiu: “...3. ‘O contrato de alienação fiduciária em garantia pode ter por objeto bem que já integrava o patrimônio do devedor’ (Súmula 28 do STJ). 4. Exclusão da cominação de prisão civil do devedor, porquanto ampliativa dos casos constitucionalmente admitidos”.

Esse entendimento o colendo Superior Tribunal de Justiça reiterou mais recentemente no REsp. n. 164.053-0, rel. o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo, ESTJ 21/193, com esta ementa:

“Processual civil — Prisão civil — Impossibilidade — Alienação fiduciária em garantia — Bens integrantes do patrimônio do devedor — Possibilidade — Súmula 28/STJ.

“Alienação fiduciária em garantia. Bens integrantes do patrimônio do devedor. Possibilidade. Súmula. Prisão do devedor. Descabimento. Precedentes da Turma. Recurso acolhido.

“I — Segundo entendimento sumulado do Tribunal (Enunciado n. 28), o contrato de alienação fiduciária em garantia pode ter por objeto bens já integrantes do patrimônio do devedor.

“II — Todavia, em tal hipótese, não se admite a cominação de prisão do devedor, por importar ampliação dos casos admitidos em nossa ordem jurídica”.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

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

Florianópolis, 12 de agosto de 1999.

João José Schaefer,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.005493-4, DE BLUMENAU

Relator: Des. João José Schaefer

— *Responsabilidade civil do Município.*

— *É do mantenedor da escola — no caso o Município — a responsabilidade civil pela morte de uma aluna, menor de idade, em decorrência da queda, sobre sua cabeça, de uma trave de uma cancha*

de esporte. Cuida-se de responsabilidade objetiva, decorrendo a obrigação de indenizar da falta de prova da culpa exclusiva da vítima. Essa culpa, de resto, seria questionável, dada a pouca idade da vítima, recaíndo, antes, nos que teriam o dever de vigilância que não alertaram de forma efetiva a menor ao balançar-se esta no citado equipamento.

— *Pensão mensal revista para adequá-la aos parâmetros ordinariamente adotados pela jurisprudência.*

— *Apelo do Município e remessa parcialmente providos.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.005493-4, da comarca de Blumenau (3ª Vara), em que é apelante o município de Blumenau, sendo apelada Iracema de Oliveira:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso voluntário e à remessa.

Custas de lei.

Sentença da lavra do Dr. Pedro Aujor Furtado Júnior, Juiz de Direito Substituto da 3ª Vara Cível da comarca de Blumenau, julgou procedente, em parte, ação de indenização por ato ilícito que Iracema de Oliveira moveu contra o município de Blumenau pela morte de sua filha menor Fernanda Pereira de Oliveira, em face de queda de uma trave de futebol sobre a menor, condenando o requerido ao pagamento de pensão mensal no importe de três salários mínimos, a partir da data do acidente (3/4/94), até a data em que a menor completaria 25 anos, atualizados pelos critérios legais, e, ainda, ao pagamento da quantia de R\$ 30.000,00, a título de reparação por danos morais, tudo corrigido monetariamente desde o evento danoso

mais juros de mora a contar da citação.

Por fim, condenou o Município ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor da condenação pelos danos morais, devidamente atualizados.

Assim decidiu porque comprovado que a menor Fernanda Pereira de Oliveira faleceu em decorrência da queda da trave de futebol da quadra poliesportiva da Escola Básica Lauro Müller, conforme prova pericial produzida no inquérito policial que constatou a falta de manutenção do equipamento esportivo, caracterizando, assim, a responsabilidade da administração pelo acidente, por falta de vigilância, substituindo a responsabilidade do Estado à do professor, sendo ao Estado que o lesado deve pedir indenização, conforme Jean Rivero, citado por Rui Stocco em sua "Responsabilidade Civil".

Inconformado, apelou o Município alegando que o acidente ocorreu porque a menor se dependurou e se balançou na trave de futebol, fazendo com que esta viesse a cair sobre sua cabeça. Isso demonstra que a atitude

da vítima foi preponderante para a ocorrência do acidente.

Diz equivocada a sentença ao afirmar que não havia manutenção do equipamento esportivo, uma vez que o laudo pericial é contraditório e inconclusivo, "tendo em vista a descaracterização do local do acidente", não restando demonstrado, pelas provas trazidas aos autos, que o evento danoso teve origem em ação ou omissão da Administração Pública (fls. 57).

De outro lado, a menor não exercia atividade lucrativa, não cabendo a condenação de pensão mensal, desde a data do fato, no valor de três salários mínimos, mas, se mantida a condenação, que o dies a quo seja a data em que a menor completaria 14 anos (CF, art. 227, § 3º), e no percentual de 1/3 do salário mínimo, já que, entre os 14 e 18 anos, o menor recebe salário de aprendiz.

Por fim, alega que pelo simples fato de estar presente no local do fato o poder público, isso não é suficiente para que seja decretada sua condenação, ainda mais levando-se em conta que o ato praticado pela vítima contribuiu para a ocorrência do fato danoso, invocando decisão do TJSP de que a concorrência de culpa autoriza seja mitigado o valor da indenização (RT 582/94).

Após as contra-razões, de aplauso à sentença, e destacando as conclusões da perícia quanto à falta de manutenção da trave que caiu sobre a cabeça da menor, manifestou-se a representante do Ministério Público local, a Promotora de Justiça Dra. Rosemarie Verônica Sachtleben, em amplo parecer, com análise das questões em debate, pelo provimento

parcial, a fim de ser reduzida a pensão mensal, uma vez que a menor não contribuía financeiramente para o sustento da família em face de sua tenra idade.

Os autos subiram a esta Instância, aqui opinando, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o culto Procurador Dr. Kurt Ernesto Hammerschmidt, pelo desprovimento do recurso voluntário e da remessa, tendo em vista que plenamente caracterizada a responsabilidade do município de Blumenau, pela "falta de vigilância necessária dos professores e funcionários do estabelecimento de ensino em questão, ensejando a responsabilidade civil do Município. Eis que se investe a entidade pública no dever de preservar a integridade física dos alunos, sendo necessária extrema vigilância por parte dos servidores ali lotados, responsáveis internamente pela integridade física do corpo discente" (fls. 76).

Diz o douto Procurador de Justiça, também com detida análise da quaestio, que a pensão é cabível, não importando que a vítima, à época do evento, contasse com apenas 9 anos de idade e não contribuísse para a subsistência da família (Súmula 491 do STF), devendo, de outro lado, ser paga a pensão desde a data do evento danoso até a em que a vítima completaria 25 anos. Primeiro porque não se pode prever em que momento ela começaria a auxiliar na renda familiar e, segundo, por ser aos 25 anos que, provavelmente, deixaria de ajudar seus pais, por constituir vida própria. Nesse sentido, transcreve julgado do TARS, na AC 191181031, rel. o Juiz Jauro Duarte Gehlen.

Por fim, afirma que o quantum fixado, de três salários mínimos, deve ser mantido, “pois a previsão fica a critério do Magistrado, o qual estabelece um valor provável, por se tratar de questão de fato, e não de direito, pois uma vez mais próximo do contexto fático e das partes, reúne melhores condições em aquilatar suas exatas necessidades” (fls. 78).

É o relatório.

A alegação de falta de comprovação de que o acidente ocorreu por ação ou omissão da Administração Pública não prospera. Do simples fato de que a menor estava em horário de aula decorre a responsabilidade da escola e, conseqüentemente, da municipalidade, em preservar a integridade física dos alunos sob sua guarda.

É incontroverso que o acidente ocorreu nas dependências de escola municipal, de responsabilidade do Município, e em horário de aula, sob os cuidados dos professores, responsáveis pela manutenção da integridade física de seus alunos.

Em tal hipótese é inequívoca a responsabilidade da escola e, sendo esta pública, da pessoa jurídica de direito público que a mantém.

Referiu o douto prolator da decisão, com pertinência, o magistério de Jean Rivero, citado por Rui Stocco, de que responsável a escola e, no caso o Município, por falta de vigilância.

Vale transcrever esta passagem de Rui Stocco, na obra “Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial”: “Ao receber o estudante menor, confiado ao estabelecimento de ensino da rede oficial ou da rede particular (...) a entidade de ensino fica investida do dever de guarda e

preservação da integridade física do aluno, com a obrigação de empregar a mais diligente vigilância para prevenir e evitar qualquer ofensa ou dano aos seus pupilos, que possam resultar do convívio escolar” (pág. 431, 3ª edição).

Ilustrativa dessa orientação a decisão desta Corte, em acórdão na Ap. Cív n. 97.008837-0, da lavra do Des. Wilson Guarany, como lembrado pelo douto Procurador de Justiça, com a seguinte ementa: “Responsabilidade civil — Estudante que perde a visão em acidente ocorrido no interior de estabelecimento de ensino público — Culpa objetiva do Estado — Dever de indenizar”.

O laudo é, de fato, meramente descritivo, não se podendo dele concluir que os quatro pinos de sustentação da barra superior da trave às balizas verticais fossem de dimensão diminuta.

Mas tratando-se de acidente que vitimou uma menor de nove anos, que estava se deambulando na trave e se balançando, quando a trave caiu sobre sua cabeça, ocasionando-lhe a morte, e não tendo o Município oferecido prova efetiva de que o acidente só ocorreu por culpa da inditosa vítima e não por falta de manutenção do equipamento, indiscutível a responsabilidade do Município, por força da teoria objetiva que rege sua responsabilidade civil.

Bem observou o Dr. Juiz a quo: “...valha-me Deus, será que não tinha vivalma naquele colégio para corrigir o defeito da trave, ou um professor diligente para censurar a pequena Fernanda, mesmo que com um puxão de orelha, lhe evitar o trágico desfecho.

Com que segurança nos dias de hoje podemos confiar nossos filhos à uma instituição de ensino, entidade primária na vida de qualquer ser humano. O fato é que a pequena Fernanda morreu por negligência do Município...”.

A culpa exclusiva da vítima, no caso, seria, de resto, bastante discutível, dada sua pouca idade, recaindo, antes, nos que teriam o dever de vigilância que não alertaram suficientemente a menor ao balançar-se esta no citado equipamento.

Quanto ao fato de a vítima ser menor, com apenas 9 anos de idade e não contribuir para o sustento familiar, tal alegação foi feita apenas em grau de apelação, tendo a contestação se limitado a dizer que a corrente jurisprudencial dominante é de que a pensão por morte de filho menor é devida “até quando este completasse 25 anos”.

A inicial, a seu turno, invocou a Súmula 491 do STF.

Por fim, no que pertine à pensão mensal cumpre rever o respectivo quantum, pois o valor fixado não corresponde ao que a jurisprudência ordinariamente observa.

É sabido que a indenização nunca deve corresponder ao total auferido pela vítima, sendo, ao contrário,

fixada em 2/3 dos ganhos prováveis da vítima (RT 737/246).

Se a vítima nada auferia — e no caso, dada a sua pouca idade, ela não trabalhava — deve ser tomado como padrão o valor do salário mínimo. Assim o fez o 1º TACivSP (RT 704/129) e o TJA (RT 757/248).

Essa, aliás, a orientação que prevaleceu em ação de indenização oriunda da comarca de Blumenau e que foi julgada aqui na Apelação Cível n. 96.010871-8, rel. o Des. Pedro Manoel Abreu.

Ante o exposto, dá-se provimento parcial ao recurso voluntário e à remessa para refixar a pensão mensal devida à autora em 2/3 de um salário mínimo, mantidos todos os demais termos da sentença.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Alcides Aguiar e Cesar Abreu. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Kurt Ernesto Hamerschmidt.

Florianópolis, 10 de agosto de 1999.

João José Schaefer,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 97.006808-5, DE LAGES

Relator: Des. Alcides Aguiar

Seguro — Veículo roubado — Seguradora citada por correspondência com “AR” — Recebimento por funcionário devidamente identificado — Ciência inequívoca — Nulidade afastada — Prescrição da ação inexistente — Prazo quinquenal — Contrato que enseja

relação de consumo — Art. 27 do Código de Defesa do Consumidor — Súmula 78 do TRF — Termo inicial da correção monetária contado a partir da comunicação do sinistro à seguradora e não da data do contrato — Lucros cessantes — Automotor utilizado no transporte de mercadorias — Marco inicial da data da negativa da cobertura securitária — Provimento parcial do recurso.

“A citação ou intimação por via postal, na pessoa de preposto identificado, equivale à de pessoa com poderes de gerenciamento ou administração’ Theotonio Negrão, Enunciado n. 34 do Centro de Estudos e Debates do 2º TASP (in Código Anotado, 27ª ed., SP, Saraiva, 1996, art. 223:4, pág. 203)” (apud *Apelação Cível n. 96.002753-0, relator: Des. Pedro Manoel Abreu.*)

“Agrav. Consumidor. Fornecedor. Serviço. Atividade securitária. Prescrição quinquenal. Ação de reparação de danos por fato do serviço. CDC, arts. 3º, § 2º, e 27. Recurso desprovido.

“A teor do disposto no art. 3º, § 2º, da Lei n. 8.078 de 11/9/90, a atividade securitária é considerada como serviço e a empresa seguradora é por consequência equiparada a fornecedor para os fins do Código de Defesa do Consumidor.

“Logo, em ação de indenização por fato de serviço, aplica-se a disposição do art. 27 do CDC que estatui que o prazo prescricional é de cinco anos” (in Agrav. de Instrumento n. 98.011951-0, da Capital, rel. Des. Nelson Schaefer Martins, j. em 10/6/99).

O termo inicial da correção monetária conta-se da ciência inequívoca do sinistro por parte da seguradora. Os lucros cessantes são contados da data da negativa do seguro, enquanto os juros de mora são devidos a partir da citação.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.006808-5, da comarca de Lages (1ª Vara), em que é apelante Sul América Unibanco Seguradora S/A, sendo apelada Transporte Rodoviário de Cargas Zapelini Ltda.:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, afastar as

preliminares e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso.

Custas na forma da lei.

Transporte Rodoviário de Cargas Zapelini Ltda. ajuizou ação de cobrança e indenização contra Sul América Unibanco Seguradora S/A, objetivando o cumprimento da Apólice de Seguro n. 399482-7, referente ao caminhão roubado — descrito na

exordial, lucros cessantes e danos emergentes.

Aduziu que firmou o contrato de seguro com a acionada em 30/6/92, sendo que o bem assegurado foi roubado em 28/1/93, na cidade de Palotina—PR, razão pela qual em 29/1/93 procedeu à comunicação do sinistro à seguradora, remetendo-lhe toda a documentação pertinente para o cumprimento da apólice. Respondendo à solicitação, a ré comunicou ao autor que estava encerrando o processo sem indenização, por isso que, à época do acidente, o veículo em questão havia sido vendido para Ismael Egea Vigo.

Sublinha que a alienação do bem não ocorreu, pois havia apenas emprestado o caminhão a Ismael. E, mesmo que tivesse alienado o veículo, tal fato não eximiria a seguradora do cumprimento da apólice ante o disposto no art. 1.463 do CCB.

Requeru a condenação da ré ao pagamento dos valores pactuados no contrato de seguro, bem como lucros cessantes e danos emergentes acrescidos de juros e correção monetária.

Valorou a causa em Cr\$ 12.000.000,00 (doze milhões de cruzeiros reais). Juntou documentos (fls.13/51).

Às fls. 54 a autora requereu a citação da seguradora via Correio — com Aviso de Recebimento, o que foi deferido.

Citada, a ré deixou transcorrer in albis o prazo para contestação, sendo-lhe decretada a revelia (fls. 62).

Realizada a audiência de instrução e julgamento, restou inexistente a conciliação. Inexistindo outras pro-

vas a serem produzidas, foi fixado prazo para a apresentação de alegações finais na forma de memoriais.

Em alegações finais, a autora pugnou pela procedência do pedido aduzindo que a seguradora é revel (fls. 73/77).

A seguradora Sul América Unibanco S/A apresentou suas alegações finais, alegando, preliminarmente, a nulidade da citação, em razão de ter sido realizada em pessoa sem poderes para recebê-la; a incompetência do Juízo; carência da ação — ilegitimidade ativa ad causam — por não ter comprovado a autora a propriedade do caminhão; e a prescrição do direito de ação, eis que o lapso temporal para o ingresso da actio é de um ano. No mérito, se algo devesse, aduz que o pedido deve limitar-se aos termos da apólice, enquanto esta não agasalha a pretensão a lucros cessantes; pugnando ao final pela improcedência.

O Magistrado de Primeiro Grau julgou procedente, em parte, o pedido, afastando as preliminares e condenando a seguradora “ao pagamento do valor segurado, devidamente corrigido a partir da data do contrato, e ao valor a ser apurado em liquidação por arbitramento a título de lucros cessantes, partindo-se de 3/5/93 e tendo por base o contido nas fls. 33/43, mais juros de mora a contar da citação (30/5/94)”. Condenou a autora ao pagamento das custas processuais na base de 1/3 e a ré na de 2/3, incluídas as iniciais. Fixou os honorários advocatícios em 13% sobre do valor da condenação a ser arcado pela empresa seguradora (fls. 91/98).

Irresignada, apelou a ré, arguindo, preliminarmente, nulidade da

citação, posto que efetivada em pessoa sem poderes para tanto, ou seja, não foi realizada nas pessoas dos Diretores da seguradora — Rony Castro de Oliveira Lyrio e Osvaldo Mário Pego de Amorim Azevedo que outorgaram poderes ao Dr. Osvaldo Worsbecher para defendê-la em Juízo.

Aduz, também, a prescrição da ação, nos termos do art. 178, § 6º, inciso II, do Código Civil. In casu, a negativa da cobertura securitária deu-se em 3/5/93, e o prazo prescricional consumou-se no dia 3/5/94. Embora a ação tenha sido ajuizada em 3/5/94, a citação somente ocorreu no dia 27 daquele mês e ano. Diz que a citação ocorreu antes da vigência da Lei n. 8.952/13/12/94, que alterou o art. 219 do Código de Processo Civil. Assim, à luz do § 1º do art. 219 do CPC, a prescrição não restou interrompida, pois a citação não foi efetivada nos dez dias subsequentes ao ajuizamento da ação, e a autora não requereu a prorrogação do prazo citatório.

Quanto ao mérito, sustenta que o marco inicial da correção monetária é o da negativa da cobertura, ou seja, 3/5/1993, consoante jurisprudência que cita. Os lucros cessantes são indevidos, porque: não contratados; somente são devidos se oriundos de ato ilícito; ou porque não requerida a rescisão contratual, art. 1.092, parágrafo único, do Código Civil.

Por último, ainda quanto ao marco inicial dos lucros cessantes, enfatiza que a demora na propositura da ação não pode ser atribuída a si, e, portanto, o termo conta-se da citação.

Contra-arrazoando, a apelada pugnou pela manutenção da sentença, sustentando que a nulidade acer-

ca da citação não foi argüida em momento oportuno, restando a matéria preclusa, e, com o comparecimento do preposto e procurador da apelante à audiência, tornou válida a citação; que não houve a prescrição suscitada, eis que a negativa de indenização ocorreu em 3/5/93, tendo sido ajuizada a presente ação em 3/5/94; que a demora na citação, por motivo inerentes ao mecanismo Judiciário, não pode prejudicar a parte (Súmula 78 do TFR); que a apelante deve arcar com os lucros cessantes a que deu causa desde a negativa de indenização, e os juros a partir da citação. Pugnou ao final pela total manutenção do julgado.

Após, ascenderam os autos a este egrégio Tribunal de Justiça.

É o relatório.

O apelo invoca a nulidade do ato citatório, sob o fundamento de que efetivado em pessoa que não dispunha de poderes para receber a citação.

O art. 12, VI, da Lei Adjetiva Civil diz que as pessoas jurídicas serão representadas “por quem os respectivos estatutos designarem, ou, não os designando, por seus diretores”. Em consonância com o art. 215 do mesmo estatuto manda fazer-se a citação pessoalmente ao réu, ao seu representante legal ou ao procurador legalmente autorizado.

A seguradora apelante refere que os poderes para receber citação inicial concernem apenas aos diretores Rony Castro de Oliveira Lyrio e Osvaldo Mário Pego de Amorim Azevedo.

A nulidade argüida, porém, não merece prosperar. A citação ocorreu via postal, com aviso de recebimento,

fls. 56 e 58. A correspondência foi endereçada à sede da empresa, tendo subscrito o aviso de recebimento em nome da firma Bernardino Garcia. Por ocasião da intimação para a audiência já então acusado nos autos o decurso in albis do prazo para contestar (fls. 59), a correspondência enviada para o mesmo endereço foi recebida pelo referido Sr. Bernadino Garcia de Oliveira. Ainda que a assinatura aposta no primeiro “AR” não corresponda ao do mencionado representante, é indiscutível que a carta foi entregue no endereço certo e tomou ciência a ré. A alegação é de que a correspondência foi recebida por pessoa diversa da do diretor da empresa, mas não de que efetivamente os representantes legais não tiveram conhecimento da missiva. No caso, não era dado ao carteiro conhecer o efetivo representante legal da empresa, mormente quando o funcionário não impôs resistência.

Sobre o assunto, doutrina Cândido Rangel Dinamarco:

“(...) ‘pessoa com poderes de gerência geral ou de administração’ (art. 223, parágrafo). Essa redação é exageradamente restritiva e poderá conduzir à aniquilação da citação de pessoas jurídicas por correio se o texto não for adequadamente interpretado em confronto com outros dispositivos contidos na ordem jurídica (interpretação sistemática). Seria até ingênuo crer que pudesse o carteiro, que não tem as prerrogativas de um oficial de justiça, ingressar no estabelecimento, exigir a presença da pessoa assim qualificada, pedir sua identificação e prova de poderes etc. A experiência que se tem quanto à citação postal, máxime aquela oriunda da Justiça do Trabalho, aponta para solu-

ções de extremo informalismo, que dispensa esses cuidados e tem-se mostrado eficiente. Por isso e porque a pessoa jurídica citanda será invariavelmente de direito privado (...), o preposto que atender ao carteiro no estabelecimento receberá eficazmente a citação e a ré considerar-se-á citada mediante a ciência atestada por ele. A jurisprudência vinha evoluindo no sentido de ter por eficaz a citação na pessoa de preposto presente no estabelecimento, mesmo quando feita por oficial de justiça (é regra geral a da representação do preponente pelo preposto, no estabelecimento comercial). Augura-se, pois, que saibam os juízes mitigar a aparente rigidez desse parágrafo, evitando que a inovação venha a figurar como fator de um indesejável retrocesso” (in A Reforma do Código de Processo Civil, 3ª edição, Malheiros Editores, pág. 90).

O Superior Tribunal de Justiça traça a seguinte orientação:

“Processual civil — Citação válida — Subgerente de agência onde se firmou o contrato. Banco sediado em outro Estado.

“I — Validade da citação, procedida por Oficial de Justiça, adotando-se a teoria da aparência, sobretudo quando o próprio Subgerente a aceitou, ficando ciente de todo o conteúdo do processo. Contudo, nada argüiu quanto à alegada falta de poderes expressos para a prática de atos daquela natureza, na qualidade de representante legal do Banco, que detém sede em outro Estado.

“II — Recurso não conhecido” (REsp. n. 5.276—SC. Reg. n. 900009585-9, rel. Min. Waldemar Zveiter, Terceira Turma, Unânime, DJ

17/12/90). Ementário do STJ n. 3. pág. 142)".

Conforme já decidiu o TJSP, "é válida a citação de pessoa jurídica, mesmo não tendo sido efetivada na pessoa de seu representante legal, se o ato atinge o seu objetivo. Pela teoria da aparência, reputa-se válida a citação de sociedade comercial, na pessoa de empregado com evidência de representante, sem se infringir o art. 215 do CPC" (RT 725/237).

Ainda, mais preponderante:

"A citação ou intimação por via postal, na pessoa de preposto identificado, equivale à de pessoa com poderes de gerenciamento ou administração. Theotônio Negrão, Enunciado n. 34 do Centro de Estudos e Debates do 2º TASP (in Código Anotado, 27ª ed., SP, Saraiva, 1996, art. 223:4, pág. 203)" (apud Apelação Cível n. 96.002753-0, relator, Des. Pedro Manoel Abreu).

O v. aresto desta Corte, da lavra do eminente Des. Cláudio Barreto Dutra, guarda plena aplicabilidade à espécie, verbis:

"Embargos à execução fundada em sentença — Alegação de nulidade de citação. O julgamento antecipado da lide não é só uma faculdade do juiz, mas sim uma obrigação 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, do CPC). Sendo o réu pessoa jurídica, válida a citação postal se recebida a carta por simples funcionário da empresa, não sendo necessário que o seja exclusivamente por pessoas que representem a sociedade, mormente quando fatos objetivos demonstrem

que havia conhecimento da tramitação da lide no juízo de origem. Nulidade processual rejeitada. Recurso improvido. Maioria de votos" (in Apelação Cível n. 630, Brusque, Turma de Recursos, DJ n. 9.026, de 8/7/94, pág. 10).

Portanto, rechaça-se a preliminar de nulidade porque hígida a citação.

Acerca da preliminar de prescrição, esta egrégia Quarta Câmara Civil firmou entendimento no sentido de que o prazo prescricional é quinquenal, por isso que o contrato de seguro enseja relação de consumo, e, portanto, aplicável o Código de Defesa do Consumidor. Destarte, o prazo prescricional é aquele do art. 27 da Lei n. 8.078 de 11/9/90.

Nesse sentido:

"Agrav. Consumidor. Fornecedor. Serviço. Atividade securitária. Prescrição quinquenal. Ação de reparação de danos por fato do serviço. CDC, arts. 3º, § 2º, e 27. Recurso desprovido.

"A teor do disposto no art. 3º, § 2º, da Lei n. 8.078, de 11/9/90, a atividade securitária é considerada como serviço e a empresa seguradora é por consequência equiparada a fornecedor para os fins do Código de Defesa do Consumidor.

"Logo, em ação de indenização por fato de serviço, aplica-se a disposição do art. 27 do CDC que estatui que o prazo prescricional é de cinco anos" (in Agravo de Instrumento n. 98.011951-0, da Capital, rel. Des. Nelson Schaefer Martins, j. em 10/6/99).

Vale transcrever a lição de José Cretella Júnior, inserida na obra Co-

mentários ao Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1992, citada no aresto supra, verbis:

“Fornecedor é, ainda, toda entidade, com ou sem o atributo da personalidade, que presta serviços a outras entidades. Estas últimas são os consumidores, ou seja, toda pessoa física ou jurídica, que se utiliza de serviços, como destinatário final, concretizando-se, entre o prestador de serviços e aquele que destes se utiliza, a relação de consumo” (op. cit., pág. 14).

“(...) Serviço é ação de servir. Consiste em atos do homem, atividades, desempenhos, prestações. O serviço pode, como consequência, gerar produtos, ou pode exaurir-se, com a própria atividade realizada em determinado fim: limpeza, purificação, policiamento, guarda, vigilância. O serviço pode ser gratuito ou remunerado, só interessando este último, para efeitos da relação de consumo, desde que a atividade penetre no mercado de trabalho, com esse atributo de onerosidade” (op. cit., pág. 15).

“(...) Do mesmo modo que as atividades de natureza bancária, a lei inclui entre os serviços, objeto de relações de consumo, as atividades financeiras, a de crédito e as securitárias, sempre que remuneradas. As empresas, públicas ou privadas, ao lado das pessoas físicas, classificam-se como fornecedoras, sendo consumidores os que se utilizam desses tipos de serviços” (op. cit., pág. 16) (grifei).

Não obstante a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, ainda assim, a ação não estaria prescrita. É que, como expõe a r. sentença objugada, “o marco inicial do prazo

prescricional, na hipótese de negativa de pagamento, começa a fluir não do sinistro mas sim da negativa” (fls. 94).

Ora, o sinistro ocorreu no dia 28 de janeiro de 1993, a comunicação ocorreu no dia seguinte (29), e a negativa em 3 de maio de 1993, enquanto a ação foi ajuizada em 3 de maio de 1994. Portanto, dentro do prazo anual, a que alude a Lei Substantiva Civil.

A apelante, ainda sem razão, quando afirma que a prescrição ocorreu porque a citação efetivou-se após o prazo anual. Como adverte o Min. Athon Carneiro: “Promover a citação (...) significa requerê-la e arcar com as despesas de diligência; não significa ‘efetivá-la’, pois no direito processual brasileiro, a citação é feita pelo sistema da mediação” (STJ/4ª Turma, RMS 42/MG)” (in Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, Theotonio Negrão, 25ª edição, Malheiros Editores, pág. 197).

Recolhe-se por outro lado da Súmula 78 do TFR:

“Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição”.

Acresça-se mais que a redação atual do § 1º do art. 219 do CPC faz retroagir a interrupção da prescrição à data da propositura da ação.

Afasta-se, também, a preliminar de prescrição da ação.

Quanto ao mérito, sustenta a recorrente que o marco inicial para a correção monetária é a data da negativa da cobertura securitária, ou seja, 3/5/1993.

Muito embora tenha a sentença fixado o termo inicial da correção monetária como sendo a data do contrato, a melhor orientação é aquela que toma como base a data da ciência, pela seguradora, do sinistro. No caso, no dia 29 de janeiro de 1993, documento de fls. 26.

A jurisprudência é iterativa:

“Quanto à correção monetária, retifica-se a parte da sentença que determinou a atualização do valor da indenização ‘a partir da contratação’ (fls. 92), devendo ser calculada a partir da data do aviso do sinistro à seguradora até a do efetivo pagamento, conforme a Lei n. 5.488 de 27/8/68 que instituiu a correção monetária nos casos de liquidação de sinistros cobertos por contratos de seguros, regulamentada pela Resolução n. 5/85 de 5/7/85 do CNSP — Conselho Nacional de Seguros Privados” (in *Apelação Cível n. 39.245, da Capital*, rel. Des. José Bonifácio).

Ou:

“Seguro. Cobrança. Inexistência de prova do pagamento. Indenização devida. Correção monetária incidente a partir da ciência inequívoca do acidente. Litigância de má-fé da seguradora. Aplicação, de ofício, da pena respectiva (...)” (in *Apelação Cível n. 47.399, de Criciúma*, rel. Des. Carlos Prudêncio).

Por derradeiro:

“Seguro contra incêndio. A indenização devida deve ser paga com a correção monetária calculada entre a data do sinistro e a da liquidação, ainda que necessário aguardar as conclusões do laudo da autoridade policial ou do relatório de regulação do seguro. É que a correção monetária

não significa pena, mas mera recomposição do valor real da obrigação, nada efetivamente ganhando quem recebe e nada perdendo, em realidade, quem a paga. (...)” (in *Apelação Cível n. 37.404, de Biguaçu*, rel. Des. João José Schaefer).

Inconformou-se, também, a ré, com a condenação ao pagamento de lucros cessantes, em favor da apelada, apurados em liquidação por arbitramento, e a partir de 3/5/93, com base no contido nos documentos de fls. 33/34 (demonstrativos do faturamento do caminhão), mais juros de mora a contar da citação.

Em sendo o veículo sinistrado (caminhão) utilizado no transporte de mercadorias, e, portanto, com fim comercial, ficando a empresa privada ou reduzida de tal atividade, é inegável que sejam repassados à apelada os lucros cessantes, como indenização, em razão da demora no ressarcimento dos prejuízos noticiados na inicial. O marco inicial é a data da negativa do sinistro, ou seja, 3/5/93, enquanto os juros de mora são devidos a partir da citação.

Com efeito, não pagando a seguradora, no tempo e modo, a quantia devida, responderá pelo atraso no cumprimento da obrigação.

Este egrégio Tribunal de Justiça já decidiu:

“(...) Veículo utilizado na atividade profissional do segurado — Direito a ser ressarcido em lucros cessantes, além da indenização prevista no seguro pactuado.

‘Desde que, com o seguro, o segurado objetiva garantir a incolumidade do seu patrimônio, repondo-o no estado anterior ao sinistro, o não pa-

gamento pela seguradora, da indenização securitária na época aprazada, configura ato ilícito, o que impõe a indenização dos lucros cessantes, além da indenização prevista no seguro' (DJPR, de 17/6/94 e RT 582/47)" (in Apelação Cível n. 98.012669-0, rel. Des. Orli Rodrigues) (grifei).

No sentido acima, o seguinte lance doutrinário citado na Apelação Cível n. 96.002753-0, de Timbó, relator o ilustre Des. Pedro Manoel Abreu, verbis:

"Se em decorrência do acidente, o veículo, que era utilizado como fonte de renda (por ex.: automóvel de aluguel, caminhão de transporte etc.), ficar paralisado, os lucros cessantes serão devidos pelo tempo da privação

do uso" (in Responsabilidade Civil e Criminal nos Acidentes Automobilísticos, Wladimir Valler, vol. I, Ed. Julex Livros, págs. 247/248) (grifei).

Por tais razões, dá-se provimento parcial ao recurso, para fixar como termo inicial da correção monetária a data do aviso do sinistro à seguradora.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Solon d'Êça Neves.

Florianópolis, 11 de novembro de 1999.

João José Schaefer,
Presidente com voto;
Alcides Aguiar,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 97.014211-0, DE JOAÇABA

Relator: Des. Alcides Aguiar

Responsabilidade civil — Morte resultante de acidente laboral — Ausência de condições de segurança — Culpa do empregador — Negligência — Obrigação de indenizar — Pensão alimentícia fixada em 2/3 do que percebia a vítima à época do evento — Danos morais — Fixação adequada — Constituição de capital na forma do art. 602 do CPC — Empresa privada — Honorários advocatícios — Ato ilícito relativo — Aplicação dos arts. 20, § 3º e 260 do CPC — Percentual deve incidir sobre a soma das prestações vencidas e um ano das vincendas — Apelos desprovidos.

Age negligentemente o empregador e, por isso, é responsável civilmente quando, permitindo que seu empregado rotineiramente vistorie caixa d'água localizada sobre a laje de cobertura de um posto de gasolina, desprovido de proteção lateral, e em face dessa falta de proteção do trabalhador, dá causa à queda deste e ao seu conseqüente falecimento.

A pensão devida à mulher e aos filhos menores da vítima, no âmbito da indenização comum em decorrência de acidente infortu-

nístico, corresponderá a 2/3 dos ganhos do falecido à época do fato, incluindo o 13º salário, convertidos em salários mínimos e liquidados sob esta forma.

O dano moral faz-se devido como forma de minimizar a dor dos familiares pela perda do ente querido, de regra de valor inestimável. Para a fixação da indenização a esse título, o juiz, utilizando-se de seu livre arbítrio, deve sopesar as condições econômicas dos autores e do responsável pela reparação.

Via de regra, devem as empresas privadas constituir capital para garantir as prestações vincendas a que forem condenadas.

“O § 5º do artigo 20 do Código de Processo Civil, sendo texto de natureza excepcional e devendo, portanto, ser interpretado estritamente, só se aplica aos casos de ilícito absoluto (a denominada responsabilidade extracontratual), não abarcando as hipóteses de inadimplemento contratual (a chamada responsabilidade contratual), para as quais persiste a jurisprudência do STF no sentido de que a base de cálculo sobre a qual incidem os honorários de advogado é o resultado da soma do valor das prestações vencidas e de doze das vincendas” (RE n. 92.259 — STF — Min. Moreira Alves — RTJ 98/394).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.014211-0, da comarca de Joaçaba (1ª Vara/Inf. e Juv. Reg. Público), em que são apelantes e apelados Rosália Meskau da Cruz por si e representando seus filhos menores e Posto Campo Alegre Ltda.:

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

Custas na forma da lei.

Rosália Meskau da Cruz, por si, e representando seus filhos menores impúberes, E. M. da C. e R. da C., propôs ação de indenização por acidente do trabalho contra Posto Campo Alegre Ltda.

Informou que, em 22 de maio de 1991, Cláudio Marques da Cruz, esposo e pai dos autores, veio a sofrer um acidente no local de trabalho do qual resultou seu falecimento.

O infortúnio ocorreu quando a vítima foi observar o reservatório de água localizado na laje superior do posto e, de lá caiu, por ausência de beirais ou corrimão, atribuindo à empresa empregadora a culpa pelo evento e, por não ter fornecido equipamentos necessários para a segurança dos funcionários.

Pleiteou pensão indenizatória à base de 2/3 sobre os ganhos do falecido, incorporando-se, ainda, horas extras, FGTS, 13º e 14º salários, este referente ao PIS, fixados a partir da data

do evento até que a vítima viesse a completar 70 anos de idade; que a pensão seja percebida integralmente pela autora até a maioridade civil dos autores menores; o ressarcimento das despesas com o funeral a ser fixado em 10 (dez) salários mínimos; a indenização a título de danos morais fixada em 20 (vinte) vezes o valor que o falecido ganhava por mês, a ser efetuada em um único pagamento, transformada em salários mínimos para fins de correção; seja determinada a formação de um capital para garantir a obrigação; a composição dos juros ordinários e compostos, sobre o total da condenação; o deferimento da assistência judiciária; a condenação do demandado em custas processuais e honorários advocatícios; a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita.

Juntou documentos (fls.19/44).

Contestando, a empresa ré alegou, preliminarmente, a inépcia da inicial por serem incompatíveis entre si os pedidos, sendo que alguns deles não são de competência da justiça ordinária. No mérito, alegou que o local do sinistro — teto do posto, com altura de 2,90m e espaço com mais de 100m² — não oferecia riscos aos funcionários, responsabilizando a vítima — por descuido ou negligência — pelo evento. Ressaltou, ainda, que não era função da vítima realizar vistoria no reservatório.

Requeru a improcedência do pedido e a conseqüente condenação dos requerentes nas custas e honorários advocatícios.

Juntou documentos (fls. 63/80).

Realizada audiência de instrução e julgamento, foi proposta, sem

êxito, a conciliação sendo ouvidas as partes e testemunhas; sobrevieram as alegações finais das partes, tendo a representante do Ministério Público se manifestado pela procedência parcial do pedido.

Sobreveio sentença monocrática julgando procedente a ação, nestes termos: “Julgo procedente a presente ação, para condenar Posto Campo Alegre Ltda. a pagar aos Autores Rosália Meskau da Cruz, E. M. da C. e R. M. da C., a importância correspondente a 2 (dois) salários mínimos mensais, a partir do evento (22/5/91), a título de pensão alimentícia, incluído o 13º salário, tanto para as parcelas vencidas, como vincendas, sendo que nas prestações vencidas incidirão juros de mora de 6% ao ano, também a partir do evento, de acordo com o disposto no art. 962 do Código Civil. O cálculo tomará por base o salário mínimo atual, e, por isso, inexistente a correção monetária.

“Condeno a empresa requerida, também, ao pagamento de 30 (trinta) salários mínimos, em uma única parcela, a título de dano moral sofrido pelo suplicantes.

“Arcará a requerida, ainda, com o pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, decorrentes da sucumbência, os quais fixo em 15% (quinze por cento) sobre o valor apurado em liquidação de sentença, por cálculo do contador, e mais 12 (doze) prestações vincendas (art. 260, CPC).

“Deve a empresa vencida, ex vi do art. 602 e parágrafos do CPC, constituir capital a fim de garantir a indenização”.

Irresignados com prestação jurisdicional que lhes foi entregue, apelaram as partes, pugnando: os autores pela reforma do decisum em relação à fixação dos honorários advocatícios que devem incidir, na base de 20%, sobre as prestações vencidas e vincendas; a empresa ré, pela sua total modificação e conseqüente inversão do ônus sucumbencial, aduzindo ter ocorrido o acidente por culpa exclusiva da vítima, eis que além desta estar embriagada à ocasião não lhe competia a vistoria do reservatório de água. Alegou ser excessivo o valor fixado a título de pensão bem como do dano moral. Sustentou ainda a desnecessidade de constituir-se o capital na forma do art. 602 do CPC, por ser empresa notoriamente solvível, insurgindo-se, por fim, quanto à fixação da verba honorária, pois os autores decaíram de quase 40% do pedido, e, assim, devem ser condenados em face dessa parcela.

Manifestou-se o Ministério Público, por seu representante legal, pela manutenção da sentença (fls. 154/167).

Remetidos os autos à Turma de Recursos de Chapecó, manifestou-se o Ministério Público opinando pelo conhecimento dos recursos e provimento à apelação do réu.

Falecendo-lhe competência o Colégio Recursal não conheceu do recurso determinando a remessa dos autos ao Tribunal de Justiça (fls.177/180).

Neste Grau de Jurisdição, exarou parecer a representante da Procuradoria-Geral de Justiça no sentido de se conhecer dos recursos e negar-lhes provimento.

É o relatório.

Cuida-se de recursos de apelação interpostos em decorrência da decisão prolatada pelo juízo monocrático que julgou parcialmente procedente a ação de indenização por acidente de trabalho promovida por Rosália Meskau da Cruz e outros contra Posto Campo Alegre Ltda.

Denota-se, inicialmente, pelas provas colacionadas, a culpa da empresa empregadora, eis que deixou de oferecer ao seu empregado segurança necessária à execução de suas atividades laborais.

Consoante a prova coligida, não se vislumbra comprovada a alegada embriaguez da vítima quando realizava os serviços de conservação da caixa d'água, nem que por culpa sua exclusiva tivesse ensejado o incidente fatal.

Relata a testemunha Valdir Luiz Gardini, funcionário da ré, que a vítima supervisionava os trabalhos no Posto e que "haveria problemas com a água cerca de uma vez por semana", detalhe também confirmado pelo depoimento de Wilson Sikorski (fls. 90).

Conquanto relate que Cláudio "nos últimos dias em que viveu se embriagava" e "que segundo sua esposa, Ires, no dia em que aconteceu o acidente Cláudio havia tomado meio litro de uísque importado", o que é, em parte, confirmado por esta (fls. 89) ao anotar que "acha que Cláudio bebeu meio litro de uísque importado...", o fato é que a prova é duvidosa, e, assim insuficiente de molde a carrear para o de cujus a culpa no evento. De notar que o atual gerente — Cláudio José Krene — fls. 91 — é textual de que

“Cláudio não apresentava estar embriagado na tarde dos fatos”.

Aflora dos depoimentos que o falecido marido e pai dos autores, então na condição de gerente, subia regularmente até o piso superior do Posto para verificar as caixas d’água e, na tarde dos fatos, subira por três vezes ao local.

A testemunha Wilson Sikorski também confirma esse trabalho realizado pela vítima. A mesma testemunha esclarece que, atualmente, os gerentes da empresa — Edson e Claudir — “de quando em vez sobem para dar uma olhada nas caixas d’água”.

A simples alegação, por outro lado por parte da empresa empregadora, de que não era função da vítima vistoriar o reservatório de água não a exime da responsabilidade decorrente do acidente ocorrido, pois o empregador tem o dever de zelar pela segurança e incolumidade física de seus empregados, fornecendo-lhes o material necessário à realização segura de suas atividades.

Se de acordo com as provas testemunhais, a inspeção do reservatório de água fazia parte da rotina laboral da vítima, desde que o empregador permitia que seu empregado realizasse serviço perigoso, devia-lhe fornecer condições de segurança à sua consecução.

Este Tribunal assim já decidiu:

“Responsabilidade civil — Acidente do trabalho — Culpa do empregador.

“Se o empregador permitiu que o obreiro realizasse serviço perigoso, no telhado de um galpão de altura considerável, e sem os meios de pro-

teção adequados, ensejando a ocorrência do acidente que o vitimou, agiu com culpa, tornando inarredável a responsabilidade indenizatória.

“(...)” (Ap. Cív. n. 52.109, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Eder Graf).

Ainda:

“Acidente do trabalho. Indenização do direito comum. Negligência do empregador evidenciada. Sentença confirmada. Recurso desprovido.

“Com o advento da Carta Federal de 1988, mercê da norma insculpida em seu art. 7º, item XXVIII, a culpa do empregador para a ocorrência de sinistro laborativo, sem que importe o seu grau, acarreta-lhe o dever de prestar ao obreiro por si contratado indenização de acordo com as normas do direito comum, independentemente da cobertura acidentária. Aos empregadores, hodiernamente, impõe-se a obrigação de assegurar a seus empregados a mais completa segurança no trabalho que desenvolvem. Se assim não agem, descurando-se desse dever, permitindo que seus empregados prestem serviços arriscados, sem a menor garantia de segurança, são eles responsáveis perante o trabalhador e, no óbito deste, perante seus dependentes” (Ap. Cív. n. 96.003267-3, de Fraiburgo, rel. Des. Trindade dos Santos).

Quanto à alegação de que o acidente ocorrido é atípico e que este não seria evitado por nenhum tipo de proteção, esta não prospera, eis que um simples muro, grade ou corrimão de aproximadamente 1,5m (um metro e meio) de altura ao redor da laje, traria maior segurança aos seus empregados. É certo que tal medida de se-

gurança não seria necessária se estivéssemos analisando uma simples laje (teto de um posto de combustível) onde eventualmente pudesse ocorrer a subida de alguém, porém, no caso concreto, a vistoria do reservatório fazia parte da rotina diária do trabalho da vítima, tornando exigível, portanto, medidas que efetivamente assegurassem a execução destas vistorias.

Evidenciada, portanto, a culpa do empregador pelo acidente de seu empregado, na modalidade negligência, ante a ausência de medidas mínimas de segurança.

O valor fixado na decisão monocrática a título de pensão alimentícia não merece reparo, eis que não há nenhum óbice legal vedando a sua fixação com base no salário mínimo.

Denota-se pela comunicação de acidente do trabalho (fls. 25) que a vítima percebia, a título de remuneração, Cr\$ 51.000,00, o que equivalia a três salários mínimos vigentes à época do acidente (o salário mínimo em maio de 1991 era de Cr\$ 17.000,00), não havendo, portanto, excesso na fixação da pensão alimentícia, eis que o Magistrado a fez consoante o pacífico entendimento jurisprudencial.

Assim:

"(...).

"Havendo morte, a jurisprudência destina aos dependentes 2/3 dos rendimentos da falecida solteira até a época em que completaria 25 anos e, a partir daí, reduz a verba para 1/3 até o ano em que completaria 65 anos" (Ap. Cív. n. 51.233, de Turvo, rel. Des. Amaral e Silva).

Em relação à indenização por danos morais merece agasalho o apelo.

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, 30 salários mínimos, em princípio, não se afigura demasiado, já porque não comprovou o réu que lhe falte suporte econômico e financeiro para fazer em face do ônus imposto.

Nesse sentido:

"O arbitramento do valor do dano moral deflui do prudente arbítrio do juiz, ao examinar o nível econômico dos autores, porte da empresa ré e o dano ocorrido dentro da especificidade do caso concreto" (Ap. Cív. n. 98.010409-2 de Blumenau, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

Ainda:

"(...)

"Responsabilidade civil — Danos morais — Morte do cônjuge varão em acidente do trabalho — Fixação do quantum.

"É lícito à esposa, juntamente com os filhos, pleitear indenização por danos morais decorrentes da morte do cônjuge varão em acidente do trabalho, em virtude da dor provocada pela perda do ente querido.

"Inexiste um critério fixo para o arbitramento do quantum da repara-

ção do dano moral, razão pela qual é muito comum utilizar-se o Magistrado daqueles estabelecidos pelo Código Brasileiro de Telecomunicações ou pela Lei de Imprensa, em sintonia com a orientação jurisprudencial dominante" (Ap. Cív. n. 52.109, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Eder Graf).

Oportuno destacar a anotação feita por Theotonio Negrão ao art. 602 do CPC em que diz: "após a Constituição de 1988: 'É inaplicável a proibição de vinculação ao salário mínimo, prevista na parte final do art. 7º, inc. IV, da Constituição Federal, como base de cálculo e atualização de pensão em ação de indenização por ato ilícito' (STF, RT 724/223)" (in CPC e legislação processual em vigor, 28ª edição, Editora Saraiva, pág. 479).

Sem apoio jurídico, ainda, a assertiva da empresa empregadora de que a constituição de capital para garantir a indenização é absurda, pois, ao contrário do que alega, enquadra-se nas condições para sua exigibilidade; só deve ser dispensado o devedor da constituição de capital na forma do artigo 602 do Código de Processo Civil, em caso de notória solvabilidade.

Com efeito:

"A finalidade primordial da norma contida no caput e nos §§ 1º e 2º do art. 602 do CPC é a de dar ao lesado a segurança de que não será frustrado quanto ao efetivo recebimento das prestações futuras. Por isso, a cautela recomenda a constituição de um capital, ou a prestação de uma caução fidejussória, para garantia do recebimento das prestações de quem na causa foi exitoso" (STJ — 4ª T — REsp. n. 23.575 — DF — rel. Asfor

Rocha — j. 9/6/97 — Repert. IOB Jurisp. 20/97, cad. 3, pág. 395, n. 13.678, e RSTJ 98/271)" (citado por Rui Stoco, in Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial, 4ª ed., RT, SP, 1999, pág. 780).

Anota Theotonio Negrão: "Em caso de notória solvabilidade do devedor, pode ser dispensada constituição de capital; exemplos: Rede Ferroviária Federal S.S." (STJ — 3ª Turma, REsp. n. 33.163-1—RJ, rel. Min. Athos Carneiro, j. 14/6/93, deram provimento, v. u., DJU 9/8/93, pág. 15.232, 1ª col., em.) (in Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 28ª ed., Saraiva, SP, 1997, nota ao art. 602, pág. 479).

Mas, como já decidiu este colendo Órgão Fracionário: "As empresas privadas não podem ser dispensadas da constituição de capital para assegurar o cumprimento da obrigação" (Ap. Cív. n. 34.348, Des. Nestor Silveira).

No que tange à fixação, dos honorários advocatícios, também incensurável a decisão monocrática.

Objetivam os apelantes/autores a fixação dos honorários advocatícios, no percentual de 20% sobre o total da condenação, de acordo com o art. 20, § 5º, do CPC. Ocorre, porém, que a regra contida no artigo supra só se aplica aos casos de ilícito absoluto — responsabilidade extracontratual. Porém, na espécie, a responsabilidade do empregador decorre do inadimplemento contratual — ato ilícito relativo — devendo o percentual advocatício ser fixado segundo o disposto no art. 20, § 3º, do CPC, sobre a condenação representada pelas prestações venci-

das mais um ano de prestações vincendas.

Com efeito:

“A responsabilidade do empregador não decorre, automaticamente, do risco da atividade por ele criada, mas do descumprimento das normas de saúde e segurança do trabalho, que são inerentes ao contrato de trabalho ou relação de emprego” (2º TACSP, 5ª C., rel. Laerte Sampaio, j. 25/3/97, RT 745/285).

A propósito, a jurisprudência:

“Honorários de advogado. Incidência imediata de lei relativa a honorários advocatícios. Interpretação do § 5º do artigo 20 do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei n. 6.745, de 5 de dezembro de 1979.

— Em se tratando de sucumbência — inclusive no que diz respeito a honorários de advogado — os novos critérios legais de sua fixação se aplicam aos processos em curso, inclusive em grau de recurso extraordinário, quando este, por ter sido conhecido, dá margem a que se julgue a causa, e, portanto, se aplique a lei que esteja em vigor na época desse julgamento.

— Distinção entre ato ilícito (ilícito absoluto) e inadimplemento contratual decorrente de culpa (ilícito relativo).

— Ato ilícito contra pessoa somente ocorre quando há ilícito absoluto, e não quando existe inadimplemento contratual, hipótese em que apenas se verifica ato contra o conteúdo do contrato.

— O § 5º do artigo 20 do Código de Processo civil, sendo texto de natureza excepcional e devendo, portanto, ser interpretado estritamente,

só se aplica aos casos de ilícito absoluto (a denominada responsabilidade extracontratual), não abarcando as hipóteses de inadimplemento contratual (a chamada responsabilidade contratual), para as quais persiste a jurisprudência do STF no sentido de que a base de cálculo sobre a qual incidem os honorários de advogado é o resultado da soma do valor das prestações vencidas e de doze das vincendas.

“Recurso extraordinário conhecido e provido” (Recurso Extraordinário n. 92.259—RJ, STF, 2 T., rel. Min. Moreira Alves, in RTJ 98/394).

De igual sorte vem decidindo o colendo Superior Tribunal de Justiça:

“Os honorários de advogado em ação indenizatória devem ser calculados, segundo a taxa estabelecida, sobre a soma do vencimento e de doze das prestações vincendas” (3 T., REsp. n. 12.482—SP, rel. Min. Dias Trindade, j. 3/9/91, DJU 9/3/92, pág. 2.575).

Ainda da 4ª Câmara do Direito Privado do TJSP:

“Os honorários advocatícios foram corretamente fixados, em percentual incidente sobre a soma das prestações vencidas e mais 12 meses das vincendas, não se aplicando o art. 20, § 5º, do CPC, à ação de indenização por acidente do trabalho, com base no direito comum” (apelação 237.786-1, 12/12/95) (in Honorários Advocatícios, de Yussef Said Cahali, 3ª ed., Ed. RT, pág. 1.019).

Esta Quarta Câmara possui igual posicionamento:

“Apelação cível — Responsabilidade civil — Acidente de trabalho — Morte por eletrocussão — Ausência

de condições de segurança — Culpa da empregadora de energia elétrica — Obrigação de indenizar — Honorários advocatícios — Percentual fixado sobre a soma das parcelas vencidas mais uma anuidade das vincendas — Pretendida incidência também sobre o capital necessário a assegurar o cumprimento da obrigação (culpa contratual) e não absoluto — Inaplicabilidade do § 5º do art. 20 do CPC.

“Ao empregador incumbe fornecer ao empregado os instrumentos de trabalho indispensáveis não só a sua fiel, mas sobretudo segura, execução. Em faltando com tal dever, incumbe-lhe arcar com os danos causados ao preposto. A culpa concorrente deste só deve ser reconhecida se comprovada satisfatoriamente.

“O § 5º do artigo 20 do Código de Processo Civil, sendo texto de natureza excepcional e devendo portanto, ser interpretado estritamente, só se aplica aos casos de ilícito absoluto (a denominada responsabilidade extracontratual), não abarcando as hipóteses de inadimplemento contratual (a chamada responsabilidade contratual), para as quais persiste a jurisprudência do STF, no sentido de que a base de cálculo sobre a qual incidem os honorários de advogado é o resultado da soma do valor das prestações vencidas e de doze das vincendas” (RE n. 92.259, STF, Min. Moreira Alves)” (Ap. Cív. n. 88.088124-1, de Lages, do relator).

Enfim, inaplicável na hipótese o disposto no art. 20, § 5º, do CPC, por

tratar-se de obrigação indenizatória decorrente de ato ilícito relativo.

Por último, ainda que os autores não tenham obtido integralmente o que pleiteavam, nem por isso haverá no caso repartição dos ônus processuais. A inicial, na verdade, pugnou mais aleatoriamente do que de modo objetivo, em face das horas extras, FGTS e PIS, como base incidental para a pretensão, tanto que não discrimina valores a tal título. É certo que não fazia jus à quantia alusiva às despesas com funeral, nem assim obteve êxito relativamente ao valor indicado para o dano moral. Este último é de difícil aferição pelo Julgador e, portanto, de cunho estimativo se revestem de ordinário os pedidos a esse título.

De conseguinte, possível é concluir que os autores decaíram da parte mínima do pedido (parágrafo único do art. 21, CPC).

Por tais razões, nega-se provimento aos recursos.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Pedro Manoel Abreu. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, a Exma. Sra. Dra. Rosa Maria Garcia.

Florianópolis, 14 de outubro de 1999.

João José Schaefer,
Presidente com voto;
Alcides Aguiar,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.007265-4, DA CAPITAL**Relator: Des. Alcides Aguiar**

Ação de despejo por falta de pagamento c/c cobrança de aluguéis e acessórios da locação — Entrega das chaves no curso do processo — Perda do objeto da ação de despejo — Prosseguimento do feito para cobrança dos alugueres em atraso — Discussão acerca da periodicidade do reajuste da locação — Plano real — Possibilidade — Dedução do quantum condenatório das quantias pagas a mais — Fiadores — Isenção das despesas e honorários da ação de despejo de que não tiveram ciência — Provento parcial.

Entregue as chaves do prédio no curso da ação de despejo, c/c cobrança de aluguéis, extingue-se a locação e resta sem objeto o pedido principal, prosseguindo-se no segundo como de direito.

Alcança os contratos de locação em curso a norma de ordem pública, derivada do Plano Real, que previu a periodicidade anual de reajuste do valor locativo. Inobservado o preceito, com pagamento maior do que o devido, impõe-se seja deduzida a diferença do quantum debeat, apurada em liquidação de sentença e mediante cálculo aritmético. Possível saldo, a favor do locatário, será exigível pela via processual própria.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.007265-4, da comarca da Capital (Unidade de Justiça Intensiva — UJI), em que é apelante Cleber Correa Clarinda, sendo apelado Jaime Otávio da Silva:

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

Custas na forma da lei.

Jaime Otávio da Silva ajuizou ação de despejo por falta de pagamento c/c ação de cobrança de aluguéis e acessórios da locação contra Cleber Correa Clarinda, por isso que, em 1º/7/92 locou ao réu imóvel de sua

propriedade, localizado no bairro Estreito, na Capital, pelo prazo de 3 (três) anos, tendo sido posteriormente prorrogado até o dia 30/10/97.

Salienta que o réu deixou de pagar o aluguel referente ao mês de março/96, no valor de R\$ 1.937,50, que, somado às quantias relativas à multa contratual e à do IPTU, chega-se ao valor do débito, R\$ 2.243,94.

Pugna pela procedência da ação, com extinção da locação e condenação do réu ao pagamento dos alugueres vencidos e vincendos, acréscimos legais, custas e verba honorária.

Contestando, o réu aduziu ter aberto um comércio, em 1992, no imó-

vel locado, pagando sempre em dia o aluguel, aceitando todas as imposições feitas pelo autor no sentido do aumento daqueles valores mensalmente, até que, em virtude dos reiterados aumentos e em face da situação econômica, deixou de pagar a parcela referente ao mês de março/96.

Ressaltou que o contrato firmado entre eles previa um reajuste trimestral, mas, com a edição da MP n. 542, em 30/6/94, o reajuste do aluguel passou a ter nova regra, devendo, no caso, o autor fazer a média dos meses de abril e junho/94, para servir de base ao aluguel de julho daquele ano. No entanto, o autor aumentou o valor de julho/94 para R\$ 562,50, quando deveria ficar congelado pelo prazo de 1 (um) ano, conforme dispõe a Lei n. 8.880/94, somente podendo ser reajustado em julho/95; assim ocorreu também com a parcela de julho/95 a ser reajustada apenas em julho/96.

Por fim, afirma que a cláusula do contrato que prevê o reajuste trimestral é nula de pleno direito, eis que contraria a lei supracitada; que não está obrigado a pagar aluguel maior do que o devido, e que os fiadores estão liberados da obrigação assumida no contrato porque não assinaram o aditivo contratual que modificou o pactuado inicialmente.

Na réplica, o autor impugnou os documentos colacionados pelo réu e juntou novos documentos, tendo o réu se manifestado sobre eles após a realização de audiência.

Sentenciando, a ilustre Magistrada julgou procedente o feito com relação aos alugueres, uma vez que o

réu entregara o imóvel (recibo de entrega do bem a fls. 45).

Irresignado, apelou o vencido, ressaltando a abusividade da cobrança dos aluguéis pelo apelado, almejando discutir a legalidade das cláusulas de reajuste mensal de aluguel, os índices utilizados e sua periodicidade.

Relata que o contrato firmado inicialmente previa o reajuste a cada 6 (seis) meses, sendo modificado para que fosse trimestral e pelo maior índice permitido pela legislação vigente, o que se pode considerar um abuso por parte do apelado, uma vez que, atualmente, o índice utilizado deve ser o mais baixo do mercado e constar expressamente no contrato.

Sustenta a abusividade dos valores cobrados, demonstrando, pelos documentos que juntou, que, em julho/94 pagou aluguel no valor de R\$ 178,63, no mês seguinte R\$ 562,50, em dezembro do mesmo ano R\$ 1.625,00 e em março/96 R\$ 2.094,11. Afirma que tendo o aluguel de julho/94 sofrido aumento, só poderia ser reajustado em julho/95 e não como fez o apelado.

Sublinha que o acordo que firmaram, majorando o aluguel para R\$ 1.625,00, não tem validade porque contraria a legislação vigente, tendo sido aumentado em mais de 100%, causando um desequilíbrio econômico entre as partes; da mesma forma, é nula a cláusula contratual que prevê o reajuste trimestral, porque está em desacordo com as Leis n. 8.880/94 e 9.069/95.

Esclarece, ainda, que poderia ter ajuizado uma ação revisional para discutir os valores abusivos, mas não o fez porque não desejava infringir a

lei que criou o Plano de Estabilização Econômica; que a compensação entre valores pagos anteriormente pelo apelante e os valores pagos a mais podem ser apurados nos autos por simples cálculo aritmético apresentado pelas partes ou por contador judicial.

Apresentadas as contra-razões, açaram os autos a este egrégio Tribunal de Justiça.

É o relatório.

Cuida-se de ação de despejo por falta de pagamento c/c ação de cobrança de aluguéis e acessórios da locação. No curso do processo o réu entregou o imóvel (fls. 45), prosseguindo o feito apenas para a cobrança dos valores devidos, porque a ação de despejo perdeu seu objeto.

“Somente com a entrega das chaves extingue-se a locação — No despejo por falta de pagamento do aluguel, a desocupação do imóvel, pelo locatário, põe fim à locação e, por conseguinte, ao processo de despejo, por falta de objeto, desde que sejam devolvidas as chaves. Enquanto não forem entregues, subsiste o interesse do autor para a demanda (8ª Câm. Cív. do TJGB, DJ de 18/3/1971, apenso, 51, pág. 143)” (in Tratado das Locações, Ações de Despejo e Outras, José da Silva Pacheco, 10ª ed., SP, RT, pág. 521).

No contrato de locação firmado entre as partes (fls. 7/10) em 30/6/92 restou acordado que o aluguel seria reajustado a cada 3 (três) meses, pelo maior valor permitido pela legislação. No termo aditivo ao contrato (fls. 11), de 21/11/94, foi convencionado um novo aluguel — R\$ 1.625,00, ainda reajustado trimestralmente.

Alega o locador estar o apelante em débito desde 3/96, no montante de R\$ 2.243,94 (valor do aluguel R\$ 1.937,50, acrescido do IPTU R\$ 112,69 e multa contratual R\$ 193,75), mais as parcelas que se vencerem, com seus respectivos encargos, juntando aos autos bloqueto com vencimento em 5/4/96.

O locatário, por sua vez, reconhece estar em débito desde março/96, anexando à peça contestatória bloquetos de pagamento dos alugueiros referentes a 7/94, R\$ 178,63; 8/94, R\$ 562,50; 12/94, R\$ 1.625,00; 3/95, R\$ 1.701,25; 5/95, R\$ 1.703,62; 6/95, R\$ 1.891,14; 10/95, R\$ 2.022,50; 11/95, R\$ 2.026,03; 2/96, R\$ 2.040,05 e 3/96, R\$ 2.094,11 que foram parcial e oportunamente impugnados pelo autor.

Os autos, portanto, revelam a existência de dois contratos: o primeiro, datado de 30/6/92, fixava o valor do aluguel, reajustado a cada três meses; o segundo — como termo aditivo — datado de 21/11/94, prorrogou a avença primitiva até 30/10/97 e na sua cláusula II previu um novo valor para o aluguel a partir daquela data — R\$ 1.625,00 reajustável a cada três meses pelo maior índice permitido pela legislação. O acordo em questão deve prevalecer como lei entre as partes, e, a partir daí, sim, o reajuste deve ser anual.

O aluguel que motivou a ação de despejo impago foi o do mês de março de 1996, no valor reclamado de R\$ 1.937,50.

A sentença está correta ao anotar:

“Em novembro de 1994, as partes firmaram um adendo contratual

reajustando o valor do aluguel para R\$ 1.625,00. O reajuste pactuado era trimestral. No entanto, a legislação pertinente ao Plano Real que, de acordo com entendimento jurisprudencial, é aplicada também aos contratos de locação comercial, vedou, expressamente, na hipótese de revisão amigável do valor do aluguel, a majoração do encargo pelo período de um ano. Assim, os alugueres somente poderiam ser aumentados, pelo índice de atualização do governo cumulado no período a partir de 21/11/95”.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é uníssona no sentido da aplicabilidade do Plano Real aos contratos de locação não residencial ou comercial em curso na data da sua edição, verbis:

“Civil — Locação comercial — Revisional de aluguel — Periodicidade de reajustes — Lei nova de ordem pública — Plano real — Incidência sobre contratos em curso — Aplicabilidade imediata.

“1. Sendo norma de ordem pública, de aplicação imediata, a Lei n. 9.069/95, em que se converteu a Medida Provisória n. 542/94, alcança os contratos em curso.

“2. Recurso conhecido e provido” (in Recurso Especial n. 106.646—SP, rel. Min. Anselmo Santiago, j. em 3/9/98).

Do mesmo rel.: Recurso Especial n. 139.988—RJ, j. em 25/11/98.

Ainda:

“Locação comercial — Aluguel — Correção/Reajustamento. Custas/Sucumbência. Plano Real. Periodicidade dos reajustes. Plano Real. Aplicação. Sucumbência. A adoção do lau-

do do perito oficial deve ser mantida, posto que se trata de peça equidistante do interesse das partes, e feita com rigores técnicos. Quanto à periodicidade dos reajustes, é de se adotar a trimestralidade, até o advento do Plano Real, tendo em vista que, até então, era elevada a desvalorização da moeda (...)” (TACívRJ — Ap. Cív. n. 1.135/95 — Ac. unân. — 6ª Câm. — rel. Juiz Nilson de Castro Diao, j. em 28/3/95 — Fonte: DOERJ III, 5/9/95, pág. 264).

Como ainda promana da doutrina:

“Os contratos assinados até 30 de junho de 1994 seguem as suas regras próprias, podendo até implicar reajustes semestrais se for o caso. Os contratos assinados a partir de 1º de julho de 1994 se adaptam perfeitamente aos preceitos da Medida pois já previam prazo de reajuste anual, devendo apenas substituir o IPC, que era obrigatório, agora extinto, por qualquer outro índice” (Lei do Inquilinato Comentada — Residencial e não Residencial, Gilberto Caldas, 6ª ed., 1997, pág. 101).

Apenas merece reparo a sentença quando não autorizou a dedução dos valores pagos a mais e conhecidos nos autos relativamente aos meses que se seguiram ao contrato renovado (após 11/94), pois não poderia o aluguel ultrapassar a quantia de R\$ 1.625,00 (entre 11/94 e 11/95). Conforme os documentos juntados pelo apelante foram pagos em 5/5/95 — R\$ 1.703,62; em 5/10/95 — R\$ 2.022,50 e em 5/11/95 — R\$ 2.026,03. Os recibos de fls. 27 — de 8/2/96 e 5/3/96 — R\$ 2.040,05 e R\$ 2.094,11, não se apresentam autênti-

cados, e, por isso, não provam o pagamento alegado. Portanto, nos citados meses (5/3/95, 5/5/95, 5/10/95 e 5/11/95), porque pagou aluguel superior ao legalmente devido naqueles meses, devem ser deduzidos. O mesmo ocorrerá em relação ao mês de março de 1996, desde que por simples cálculo aritmético o aluguel exigido — de R\$ 1.937,50 (único conhecido nos autos após o cobrado em 5/11/95) por superior ao legalmente devido em face do reajuste autorizado (anual) a partir de novembro/95.

No que tange a possível excesso cobrado resultante dessa dedução e de valores outros não conhecidos nos autos e pagos após nov./94, apenas em ação própria poderão ser reclamados.

Nesse norte:

“Locação comercial. Despejo por falta de pagamento c/c cobrança dos alugueres em atraso. Pretensão do locatário de efetuar compensação entre os valores em atraso e parcelas referidamente pagas a maior e com abusividade em anterior pacto locativo firmado verbalmente. Inviabilidade. Pleito a ser deduzido em ação de repetição de indébito, acaso comportável. Multa contratual devida. Apelo rejeitado.

— Na forma da lei civil, a compensação somente se viabiliza entre dívidas líquidas, vencidas e exigíveis, pelo que incabível faz-se a pretensão do locatário inadimplente a compensar, com os valores do débito de alugueres vencidos e não pagos, perfeitamente expressos no contrato locativo, com valores referentes a aumentos abusivos e ilegais, alegadamente impostos pelo locador em ajuste locativo

anterior, celebrado verbalmente. Dependentes de comprovação esses aumentos exorbitantes pagos em razão de relação locatícia já encerrada, a devolução deles há que ser buscada por meio de ação de repetição de indébito, acaso positivo o locatário tê-los pago por erro.

— Gozando de amparo legal e prevista contratualmente a sua incidência, a multa contratual faz-se devida, não colidindo com qualquer norma legal o seu ajuste no percentual de 10% (dez por cento)” (in Apelação Cível n. 97.001919-0, da Capital, rel. Des. Trindade dos Santos).

Por último, não tendo os fiadores sido intimados da actio, ficam eles isentos das despesas e honorários da ação de despejo de que não tiveram ciência, mas permanece a responsabilidade pelo débito contratual que não fica afetado pela falta de intimação (VI ENTA — concl. 33, aprovada por unanimidade).

Vale transcrever a propósito o seguinte aresto:

“Ação de despejo. Abandono do imóvel antes da citação. Fiadores não cientificados. Verba honorária e custas processuais. Recurso do autor parcialmente provido. Os fiadores não respondem por honorários advocatícios e custas de processo em ação de despejo de que não tiveram ciência” (Apelação Cível n. 31.042, de Lages, rel. Des. Xavier Vieira).

Por tais razões, dá-se provimento parcial ao recurso, a fim de tão-só autorizar a dedução do quantum condenatório (aluguéis de março/96 até a entrega das chaves — 20/1/97) das quantias pagas a mais, conforme acima explicitado. Mantida

resta a decisão monocrática quanto aos juros de mora de 1% ao mês desde o vencimento de cada prestação, da correção monetária além da multa. Como o autor decaiu de parcela mínima do pedido, as custas serão pagas integralmente pelo réu. Já os honorários advocatícios — devidos ao procurador e não à parte — serão assim distribuídos: 20% em favor do autor, sobre o valor condenatório e 20% em prol do réu sobre a quantia cobrada a mais de aluguel.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Solon d'Eça Neves.

Florianópolis, 18 de novembro de 1999.

João José Schaefer,
Presidente com voto;
Alcides Aguiar,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.002902-6, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

Relator: Des. Alcides Aguiar

Ação de anulação do estatuto social de sindicato e do seu registro junto ao Cartório de Registros Públicos — Intervenção do Ministério Público — Desnecessidade — Alegação de titularidade na representação dos condomínios declarada por sentença judicial com trânsito em julgado — Registro da carta sindical junto ao Ministério do Trabalho a fim de resguardar o princípio constitucional da unicidade sindical — Arts. 8º, II, da Constituição da República e 516, da Consolidação das Leis do Trabalho — Início da pessoa jurídica, porém, somente com o registro dos estatutos sociais do sindicato no livro de pessoas jurídicas (livro a e não no livro b) — Art. 18, do Código Civil e Lei n. 6.015/73 — Precedência deste ato comprovada apenas pelo réu — Sentença reformada — Apelo provido.

O Promotor de Justiça é o curador nato dos Registros Públicos, no entanto, quando não há ataque direto a estes, mas apenas e por via de consequência pretende-se cancelar o registro ante a eiva que se busca ver reconhecida no ato jurídico que se quer anular, desnecessária é a obrigatoriedade de intervenção do Parquet. A propósito: “Não é necessária a intervenção do Parquet quando o cancelamento do registro imobiliário apresenta-se não como pedido principal, mas como mera e inafastável decorrência da anulação de contrato de compra e venda (STJ — REsp. n. 2.903/MA).

Se em ação anterior onde o autor desta foi vitorioso, as partes representavam categorias diversas, sendo julgado o processo com base nesta fundamentação, não tendo havido discussão sobre quem detinha a precedência do registro civil, que é o que dá início à pessoa jurídica, não há que se falar em coisa julgada, pois esta, assim como a litispendência, só ocorre quando houver tríplice identidade de partes, de causa de pedir e de objeto — art. 301, §§ 1º e 2º, do Código Buzaid.

“1 — A inscrição do sindicato no Cartório de Registro Civil das pessoas jurídicas faz com que o mesmo nasça para o mundo jurídico. 2 — Assertiva de que o registro no Ministério do Trabalho tem preferência e é mais importante não tem amparo em face da nova ordem constitucional” (STJ — REsp. n. 70.192/MG).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.002902-6, da comarca de Balneário Camboriú (1ª Vara), em que é apelante Secovi — Sindicato das Empresas de Compra, Venda, Locação e Administração de Imóveis e dos Edifícios em Condomínios Residenciais e Comerciais, sendo apelado o Sindiconde — Sindicato dos Condomínios do Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, afastar a preliminar e, no mérito, dar provimento ao recurso, invertendo-se o ônus da sucumbência.

Custas na forma da lei.

Sindiconde — Sindicato dos Condomínios do Estado de Santa Catarina propôs ação declaratória de anulação de ato jurídico em face de Secovi — Sindicato das Empresas de Compra, Venda, Locação e Administração de Imóveis e dos Edifícios em Condomínios Residenciais e Comerciais, objetivando a declaração de nulidade do Estatuto Social, do registro

no Cartório de Registro Civil — Títulos, Documentos e Pessoas Jurídicas do réu, em relação aos condomínios.

Relata que formou uma entidade sindical pela criação de um Estatuto Social, para dar início a sua apresentação como sindicato representativo dos condomínios em sua área de abrangência; o Secovi não detém a representação da classe patronal dos condomínios e por este motivo não poderia ter formado e registrado o sindicato como o fez.

Argumenta que possui a representatividade da classe patronal dos condomínios em todo o Estado, desde sua fundação em 1988; nesta área de abrangência nenhum outro sindicato pode representar os condomínios.

Ressalta que sua pretensão está amparada: no princípio legal da unicidade sindical insculpido no art. 8º, incs. II, III, VI, da Constituição da República; em sentença prolatada na Justiça Civil — 3ª Vara Cível, da comarca da Capital — processo n. 329/89, que está executando por Carta de Sentença; em decisão da Justiça

do Trabalho, a qual reconhece que o Secovi não detém a representatividade dos condomínios; em farta jurisprudência da citada justiça especializada; em processos de dissídios coletivos com o Sindicato dos Empregados, desde 1990; em acórdãos proferidos pelo egrégio Tribunal Superior do Trabalho.

Pugnou pela concessão de medida cautelar antecipatória, de forma a obstar que o requerido pratique cobrança ou outro ato como representante dos condomínios, nos termos do art. 273, do CPC, posto que presentes se encontravam os requisitos do periculum in mora e do fumus boni iuris.

Juntou documentos (fls. 7/221).

Examinando a liminar pleiteada, o MM. Juiz de Direito indeferiu-a — fls. 223.

Contestando, o réu, preliminarmente, alegou: carência de ação por ausência de registro da pessoa jurídica do autor; inépcia da inicial, posto que a ação intentada é meio impróprio e o objeto é impossível, tendo em vista que não é cabível nulidade parcial.

No mérito, sustenta que além da inexistência do registro legal apontado em preliminar e que faz o requerente carecer de personalidade jurídica, igualmente não existe seu registro junto ao Ministério do Trabalho; a representatividade da base territorial lhe pertence, conforme Carta Sindical que junta, reconhecida pelo Ministério do Trabalho em 1981, com a denominação original de Sindicato das Empresas de Compra, Venda, Locação e Administração de Imóveis no Estado de Santa Catarina, e, posteriormente, em 31/3/89, efetuou a alteração nos seus estatutos de forma a dar

maior clareza à sua abrangência em termos de categoria, passando a ter a denominação atual, com a inclusão “e dos Condomínios Residenciais e Comerciais”, pois desde o início representou esta categoria; falta de representatividade do autor, pois não tem este sequer um associado fora da Grande Florianópolis, restringindo seu quadro aos míseros componentes que se afiguram nas atas de constituição.

Destaca a ausência dos requisitos ensejadores da concessão da liminar, pugnando por fim pela improcedência do pedido.

A resposta fez-se instruir da documentação que se vê às fls. 235/263.

Réplica e juntada pelas partes de mais documentos, com manifestação e oitiva delas sobre estes.

A audiência de conciliação restou inexitosa. Foi deferido, pelo Magistrado, pedido da parte ré de vista do processo para se manifestar sobre documentos novos juntados pelo autor.

Sentenciando, o douto Togado de Primeiro Grau julgou procedente o pedido do Sindiconde, julgando extinta a ação cautelar em apenso.

Irresignado com a prestação jurisdicional, apelou o vencido, argumentando que a decisão atacada malferiu o art. 18 do Código Civil, a Lei n. 6.015/73, a Constituição da República e demais legislações pertinentes.

Ressalta que a inexistência de registro do apelado, no livro de pessoas jurídicas, somente foi constatada em data recente, de forma que várias decisões já começam a ser alteradas.

Ao contrário do que foi dito na sentença, destaca que a precedência

à prerrogativa no tempo pertence-lhe, pois efetuou seu registro no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, Carta Sindical, categoria patronal legalmente representada; em não havendo o sindicato apelado, conforme demonstra, registrado seu estatuto no Registro de Pessoa Jurídica e igualmente não existindo junto ao Ministério do Trabalho, não tem capacidade legal para comparecer em Juízo.

Contra-razões às fls. e fls.

Após a juntada de documentos por parte do apelante, os autos ascenderam a esta Superior Instância.

Pedido do apelado às fls., que restou indeferido por este relator.

Com impulso da parte apelante, o que ora subscreve determinou a expedição de cartas de ordens, visando a suspensão dos comandos contidos nos mandados de fls. 446 e 449 (fls. 517).

Contra esta decisão o apelado interpôs embargos declaratórios, os quais foram rejeitados — fls. 598/601.

Foram juntadas as cartas de ordem devidamente cumpridas.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por seu ilustre Procurador — Dr. José Antônio Salvadori, opina pela anulação do processo por ausência de intervenção do Ministério Público, essencial na espécie.

É o relatório.

Não procede a prefacial levantada pelo douto parecerista.

A inicial de fls. 2 propugna pela anulação do Estatuto Social do réu no que tange à expressão “e dos edifícios em condomínios”, porquanto a ele, autor, incumbe essa representação. Por corolário, pugna pela nulidade do

registro no Cartório de Registro Civil — Títulos e Documentos e Pessoas Jurídicas, dos aludidos estatutos no que concerne à mencionada expressão.

Portanto, não há ataque direto ao registro, mas por via apenas de conseqüência ante a eiva que pretende ver reconhecida no corpo dos estatutos.

Aplica-se, aqui, o entendimento segundo o qual: “não é necessária a intervenção do Parquet quando o cancelamento do registro imobiliário apresenta-se não como pedido principal, mas como mera e inafastável decorrência da anulação de contrato de compra e venda” (STJ — 4ª Turma — REsp. n. 2.903—MA, rel. Ministro Athos Carneiro, v. u., j. em 7/5/91).

O mestre Antônio Cláudio da Costa Machado, em sua obra “A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro”, ao comentar a intervenção fundada na legislação especial, no que tange à Promotoria de Justiça de Registros Públicos — questão registrária —, ensina que:

“Muitas vezes, a alteração registral acontece como mera decorrência do reconhecimento de um direito substantivo qualquer, mas que, em si, nada tem que ver com matéria de registros. Deduz-se judicialmente, por exemplo, pretensão material voltada ao reconhecimento do direito de propriedade, do direito à anulação do contrato de compra e venda, do direito do marido de não ser tido como pai de filho de sua esposa. Em nenhuma destas hipóteses é chamado o Magistrado a definir interesses concernentes ao direito registrário, em nenhuma delas o pedido e, conseqüentemente,

a sentença têm por objeto qualquer interesse afeto ao registro. Pelo contrário, a definição jurisdicional, que num certo instante tornar-se-á imutável, dirá respeito única e tão-somente à propriedade, à anulação, ou ao direito do marido de se desvincular da relação filial. É certo que o reconhecimento destes direitos provocará alteração no registro público, mas é certo também que nenhum interesse resguardado por norma registrária foi discutido e muito menos definido. Destarte, não há que se pensar em intervenção do curador de registros públicos nestes casos" (grifos nossos — 2ª edição, revista e atualizada, 1998, Ed. Saraiva, pág. 419).

E remata, citando julgados em favor do seu posicionamento:

"O mesmo Tribunal e Câmara assim decidiu, em 1976, em acórdão da lavra do Des. George Gomes: '...a Curadoria de Registros Públicos só funciona em ação direta de cancelamento de registros imobiliários ou em processo administrativo referente a tal cancelamento, mas não em ações cuja procedência poderá implicar a modificação de transcrição imobiliária' (RT 491/98). No mesmo diapasão atente-se para o teor deste julgado do Supremo Tribunal Federal, da lavra do Min. Cunha Peixoto, citado no relatório do Min. Leitão de Abreu, proferido nos embargos no RE n. 86.606/0, de 1980: 'A audiência do Ministério Público exigida pela Lei do Registro Público, quando se trata de ação de nulidade deste ato, a se entender, refere-se à postulação direta, isto é, se a ação objetiva simplesmente anulação do registro, e não quando o cancelamento ocorre por vias indiretas, ou seja, se se trata de uma ação de

nulidade de ato jurídico por vício de consentimento, que, vitoriosa, desfaz o ato que deu causa à inscrição'" (Jur. Bras. Cível 52/65).

Não se diga, ademais, que, em tendo sido afastada a preliminar de nulidade levantada pelo ilustre representante do Parquet de Segundo Grau, e por não ter este se manifestado quanto ao mérito, deve-se devolver os autos à douta Procuradoria-Geral de Justiça para apreciação do meritum causae.

É da jurisprudência:

"Ministério Público — Vista — Pronunciamento.

"Tem o Ministério Público total liberdade ao officiar nos autos. Todavia, apenas pronunciando-se sobre questão proemial, corre o risco de vê-la rejeitada, inexigindo-se o retorno dos autos para complementação, porque isto equivaleria a um privilégio, fraturando o equilíbrio e até a isonomia entre as partes.

"O Código de Processo Civil contenta-se com a intimação para a validade do processo. Não exige que a intervenção do Ministério Público seja real, eficaz ou proveitosa. Eventual omissão, engano ou displicência do representante do Ministério Público não são causas de nulidade (RT — 572/53)" (AI n. 96.010864-5, de Blumenau, rel. Des. Eder Graf).

No mérito, trata-se de apelação cível interposta contra sentença que, julgando procedente pedido formulado pelo Sindiconde, diante da comprovação de possuir este registro civil, e também no Ministério do Trabalho, como representante da categoria dos condomínios, sendo seus lançamentos e formação sindical precedentes

aos do Secovi, merecendo o direito de ver declarado, com a conseqüente exclusão dos lançamentos acrescidos nos estatutos e demais registros de “Sindicato dos Condomínios Residenciais e Comerciais”, por ser seu direito e prerrogativa, para o Estado de Santa Catarina.

Inicialmente, é de se destacar que diante do princípio da unicidade sindical, previsto constitucionalmente — art. 8º, II, “é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município”.

Por sua vez o art. 516 da Consolidação das Leis do Trabalho é taxativo:

“Não será reconhecido mais de um sindicato representativo da mesma categoria econômica ou profissional, ou profissão liberal, em uma dada base territorial”.

Portanto, por força da Lei Maior e da CLT, inviável é coexistir mais de um sindicato, pertinente a uma mesma categoria profissional, em determinada base territorial.

Amauri Mascaro Nascimento, in “Direito do Trabalho na Constituição de 1988”, Ed. Saraiva, 1989, n. 6, pág. 228, anota textualmente:

“O modelo adotado é o da unicidade sindical, compreendido como aquele em que a lei não permite mais de um sindicato da mesma categoria, profissional ou econômica, na mesma base territorial. A Constituição de 1988 é clara no sentido de ordenar que não será constituída mais de uma

organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, definindo assim, de modo objetivo, o critério que adotou e que não difere daquele que vem sendo observado em nosso país desde a Constituição de 1937, reafirmado pelo Decreto-Lei Federal n. 1.402, de 1939, e legislação subsequente” (in RJTJESP, Lex 137, pág. 306).

Os litigantes objetivam representar a mesma classe patronal numa mesma base territorial, o que não é permitido, devendo prevalecer, de acordo com as normas aplicáveis, a representação de apenas um sindicato. Ao mesmo tempo em que não é possível olvidar a preferência daquele preexistente, por isso que “em face do princípio da unicidade sindical, consagrada na Constituição da República, a anterioridade da existência do Sindicato é fundamental, no desfecho da lide, a personalidade jurídica dos Sindicatos é adquirida, na vigência da nova Constituição, do mesmo modo que as demais associações civis, isto é, pelo registro civil. A finalidade e valia do registro na Administração do Trabalho é apenas para se aferir a anterioridade, pedra angular do princípio da unidade sindical (...)” (Apelações ns. 151.754-2 e 151.753-2, Décima Câmara, julgadas em 30/11/89, rel. Des. Borrelli Machado) (RT 650/97) (in RJTJESP, Lex 137, págs. 304/7).

Destaca o recorrente que a certidão de fls. 31 não confere com a de fls. 241, com referência à denominação da entidade, apesar de ter sido certificado pelo mesmo cartório, ressaltando que a correta é esta — “não consta registro do sindicato apelado no registro de pessoa jurídica”.

Argumenta o apelante que o Sindiconde não possui registro no Livro de Pessoas Jurídicas, não tendo personalidade jurídica de acordo com o Código Civil, art. 18 e Lei n. 6.015/73, por conseguinte, não existe juridicamente, portanto sem capacidade legal para comparecer em juízo. Desta forma a precedência à prerrogativa no tempo lhe pertence, pois é registrado no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, Carta Sindical, categoria patronal legalmente representada.

Ressalte-se que o registro do apelante junto ao Ministério do Trabalho ocorreu em 22/12/1981, com a denominação "Sindicato das Empresas de Compra, Venda, Locação e Administração de Imóveis, no Estado de Santa Catarina. Somente em 9/7/1992, é que acrescentou "e dos Condomínios Residenciais e Comerciais" — fls. 236, tendo registrado seu estatuto no Ofício do Registro Civil da comarca de Itajaí em 9/7/92, que foi publicado no Diário Oficial do Estado em 15/6/92, diferentemente do que entendeu o MM. Juiz de Direito ao citar o ano de 1996, que corresponde à data em que foi expedida a certidão.

Já o Sindiconde possui o registro de representação dos condomínios residenciais e comerciais, perante o Ministério do Trabalho, e seu registro como pessoa, que é o que faz nascer para o mundo jurídico, em vez de ser feito no Livro de Pessoas Jurídicas, perfez-se no Cartório de Títulos e Documentos, tanto é que este ingressou com uma ação de retificação de registro público na comarca da Capital, objetivando a transferência do registro para o livro de pessoas jurídicas, a qual foi julgada improcedente e encontra-se em grau de recurso nesta

Corte de Justiça, cuja Apelação Cível recebeu o número 97.014558-6, relator o eminente Des. Xavier Vieira.

Nota-se que o primeiro registro do apelado no Cartório de Títulos e Documentos data de 1988, representando apenas os "Condomínios de Edifícios da Grande Florianópolis (fls. 3 — autos apensos — Ap. Cív. n. 99.002902-6), posteriormente, quando houve alteração no seu estatuto, expandindo sua base territorial para todo o Estado de Santa Catarina, em 1993, foi novamente registrada esta alteração no Cartório de Títulos e Documentos (fls. e fls.).

Em sendo provida a apelação interposta pelo Sindiconde nos autos acima mencionados, cujo relator é o ilustre Des. Xavier Vieira, irá se decidir se a retificação do registro deve retroagir. Isto indica que terá representação na região da Grande Florianópolis, pois apenas este é anterior ao registro do apelante.

Ademais, até aqui, não demonstrou o autor/apelado ter precedência do seu registro no Livro de Pessoas Jurídicas.

Sobre a inscrição do sindicato no Cartório de Pessoas Jurídicas os Tribunais em várias oportunidades têm decidido:

"Ação de nulidade de ato jurídico — Constituição de sindicato — Registro civil de pessoas jurídicas — Ministério do Trabalho — Irrelevância — Exegese do art. 8º, II, da Carta Magna — Inocorrência da ofensa ao princípio da unidade sindical.

"Com o advento da Constituição Federal de 1988, os sindicatos passaram a gozar da mais ampla liberdade, e mesmo autonomia organi-

zacional. Desde então, as entidades sindicais adquirem personalidade jurídica com a sua inscrição no Registro Civil de Pessoas Jurídicas. Por conseguinte, o denominado 'registro de entidades sindicais', mantido pelo Ministério do Trabalho é mero catálogo, sem qualquer consequência jurídica" (REsp. n. 3.875, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 5/9/94).

"Frente à Carta Magna — art. 8º, II — é vedada a criação de mais de um sindicato relativo a uma mesma categoria profissional, na mesma base territorial. Esta, porém, não é delimitada pelo Estado, tampouco pelas associações sindicais preexistentes, mas, sim, pelos próprios interessados, sejam eles trabalhadores ou empregadores. Não se constitui em ofensa ao princípio da unicidade sindical, o desmembramento de sindicato cuja área de atuação era superior a um município" (Ap. Cív. n. 40.376, relator Des. Vanderlei Romer).

Do corpo do acórdão extrai-se os seguintes ensinamentos e julgados:

"Com o advento da Constituição Federal de 1988, passou o sindicato a gozar de ampla liberdade de instituição, bem como de autonomia organizacional e imunidade perante o Estado.

"Inteira razão tem Amauri Mascaro Nascimento, ao acentuar que:

"De uma legislação ordinária altamente interferente e que previa até mesmo a destituição da diretoria e a administração do sindicato por uma junta interventora designada pelo Estado, passamos no regime da Constituição Federal de 1988, para a proibição da interferência e da inter-

venção, com o que não pode o Ministério do Trabalho exercer atos que cerceiem essa liberdade, restando, apenas, a atuação jurisdicional' (in Iniciação ao Direito do Trabalho, 14ª ed., pág. 398).

"Ante tal contexto, exigir-se o registro da entidade sindical na Delegacia Regional do Trabalho e respectiva autorização para funcionamento, é ir de encontro à nova realidade constitucional.

"Pacífico o entendimento pretoriano de que o ato constitutivo do Sindicato é o registro em cartório de títulos e documentos e no registro civil das pessoas jurídicas. É ele que confere personalidade jurídica ao ente sindical, sendo que o registro no Ministério do Trabalho é de mero arquivamento. Serve ele apenas para efeito de estatística e controle.

"Veja-se:

"Administrativo — Entidade sindical — Personalidade jurídica — Registro civil de pessoas jurídicas. A partir da vigência da Constituição Federal de 1988, as entidades sindicais tornam-se pessoas jurídicas, desde de sua inscrição no registro civil de pessoas jurídicas. O denominado 'registro de entidades sindicais' mantido pelo Ministério do Trabalho é mero catálogo, sem qualquer consequência jurídica" (REsp. n. 3.875, rel. Humberto Gomes de Barros, publicado no DJ em 5/9/94).

"Sindicato — Registro — Ministério do Trabalho — A Constituição da República de 1988 retirou qualquer interferência do Estado no sindicato. Está vedado opinar sobre conveniência ou oportunidade de criação, bem como determinar a colocação no siste-

ma sindical ou definir a categoria profissional ou econômica. O registro, no Ministério do Trabalho, era, antes da Lei Maior, imprescindível para a associação transformar-se em sindicato. A personalidade jurídica, como tal, nasce com a carta de reconhecimento. Nessa passagem, hoje, a Consolidação das Leis do Trabalho está revogada. Atualmente, o sindicato é criado como qualquer pessoa jurídica. Cesada a autorização prévia do Estado, restou prejudicado o procedimento no Ministério do Trabalho" (MS n. 188 — DF, rel. Min. Vicente Cernicchiaro, DJU n. 53, de 19/3/90, pág. 1.930).

"Assegurando a Carta Magna ampla liberdade sindical (arts. 8º e 37, VI), não há mais qualquer interferência do Ministério do Trabalho à criação e funcionamento de sindicatos, cuja personalidade jurídica resulta da sua inscrição no Registro Público, como qualquer pessoa jurídica" (ADIn. n. 14, de Imbituba, rel. Des. Eder Graf).

Recentemente o STJ se pronunciou:

"Constitucional. Sindicato. Personalidade jurídica após o registro civil no cartório. Registro no Ministério do Trabalho não é essencial, mas sim aquele é que prevalece para todos os fins. Recurso conhecido e provido.

"1 — A inscrição do sindicato no Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas faz com que o mesmo nasça para o mundo jurídico.

"2 — Assertiva de que o registro no Ministério do Trabalho tem preferência e é mais importante não tem amparo em face da nova ordem constitucional.

"3 — Por isto, cabe ao sindicato receber as respectivas contribuições sindicais, uma vez estar o sindicato devidamente registrado no cartório e abrangendo a respectiva área.

"4 — Recurso conhecido e provido" (STJ, REsp. n. 70.192/MG, rel. Min. José Delgado, DJ de 20/10/97, pág. 52.975).

Tem-se o seguinte julgado da egrégia Quarta Câmara Civil, de que fui relator:

"(...)

"A partir da vigência da Constituição da República de 1988, as entidades sindicais tornam-se pessoas jurídicas, desde sua inscrição no Registro Civil de Pessoas Jurídicas.

"O denominado 'registro de entidades sindicais' mantido pelo Ministério do Trabalho é mero catálogo, sem qualquer consequência jurídica" (STJ, Ap. Cív. n. 37.934, de Joinville).

Pacífico pois é o entendimento de que o início dos sindicatos ocorre com o registro no Cartório de Títulos e Documentos e no Registro Civil das Pessoas Jurídicas. O registro no Ministério do Trabalho é de mero arquivamento, servindo apenas para fins de estatística e controle.

Conforme exposto às fls. 250, "A Justiça do Trabalho apenas examina os elementos extrínsecos da convenção coletiva, não lhe cabendo, em que pese toda a restrição doutrinária cabível, no sistema de competência atual, a decisão que envolva litígio de ordem intrínseca, entre dois ou mais sindicatos a respeito de quem é que detém a representação de uma ou várias categorias".

Apesar da justiça especializada julgar várias ações favoráveis ao Sindiconde, quando este defendia a classe patronal, isso não quer dizer que este é o Sindicato que foi constituído de forma regular, pois nestes processos não se analisa se esta parte detém a representação ou não da categoria que está representando, matéria esta que se discute neste processo. A legitimidade para estar em juízo não se discute, pois não há necessidade de estar registrado como pessoa jurídica.

Nota-se que o acórdão da Apelação Cível n. 42.260, da lavra do eminente Des. Eduardo Luz, não analisou a matéria que ora se discute, pois lá tratava-se de categorias diversas, ver-bis:

“A sentença registra a premissa que os sindicatos litigantes compreendem categorias diversas. E está certa. De fato, o estatuto do autor, aprovado, conforme a petição inicial (item 2º), no art. 5º, dispõe: ‘A todo indivíduo que participe da atividade econômica de compra, venda, locação e administração de imóveis, satisfazendo as exigências da legislação sindical, assiste o direito de ser admitido no Sindicato, salvo faltas de idoneidade, com recurso para a autoridade competente’. E o estatuto do réu, no art. 2º, estabelece: ‘O Sindicato tem por objetivos congregar, orientar, assessorar e esclarecer os condôminos, proporcionando melhores condições de administração e convenção coletiva’. São coisas diferentes e as categorias profissionais pelas condições de trabalho não se identificam”.

Ficou reconhecida na decisão supra a representação do Sindiconde

em relação à Grande Florianópolis. No entanto, na ocasião, não se discutiu quem tinha precedência do registro no Livro de Pessoas Jurídicas, pois à época os sindicatos litigantes tinham representações diversas. Posteriormente, o Secovi alterou seus estatutos, acrescentando a representação dos condomínios, levando referida modificação a registro no Livro de Pessoas Jurídicas (fls. 92).

Dessa forma, restou comprovado que o registro do Secovi, representando os edifícios em condomínio, é anterior ao do Sindiconde, pois este, apesar de ter registrado sua representação na referida categoria para a Grande Florianópolis anteriormente, registrou no Livro B, ao passo que o correto, para o início da pessoa jurídica deve ser no Livro A, conforme registrou o Secovi, em 1992.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para julgar improcedente a ação declaratória, invertendo-se o ônus da sucumbência.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Des. Alcides Aguiar, e dele participaram, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Pedro Manoel Abreu e Solon d’Eça Neves. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. José Antônio Salvadori.

Florianópolis, 27 de outubro de 1999.

João José Schaefer,
Presidente para o acórdão;
Alcides Aguiar,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.012966-7, DE GASPAR**Relator: Des. Alcides Aguiar**

Arrendamento mercantil. Ação declaratória de nulidade de cláusulas contratuais e de reintegração de posse reunidas, por conexão, para julgamento simultâneo.

Cerceamento do direito de defesa — Inexistência. Documentação e alegações das partes dispensando a prova técnica para a definição da causa.

Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Configura relação jurídica de consumo o contrato de arrendamento mercantil (leasing) firmado com instituição financeira, onde o produto por este fornecido é o dinheiro e consumidor é o creditado. “O Código de Defesa do Consumidor rege as operações bancárias, inclusive as de mútuo ou de abertura de crédito, pois relações de consumo” (TARS).

Juros reais limitados a 12% ao ano — Artigo 192, § 3º, da Constituição Federal de 1988 — Norma de eficácia imediata, consequentemente, auto-aplicável.

A capitalização mensal dos juros somente é permitida quando houver previsão legal, como nas cédulas de crédito rural, comercial e industrial — Impossibilidade no caso concreto.

Inexistência de prova acerca da cumulação da comissão de permanência com a correção monetária.

Multa contratual reduzida a 2% do saldo devedor (art. 52, § 1º, do Codecon), ex officio, por tratar-se de matéria de ordem pública.

A aplicação da taxa referencial (TR), embora não reflita a atualização da moeda, é possível desde que pactuada após a vigência da Lei n. 8.177/91. Precedentes da Corte e do Supremo Tribunal Federal.

Ação de reintegração de posse — Comparecendo o réu apenas para alegar nulidade de citação ou, como no caso em espécie, para que se reconheça a conexão, considerar-se-á feita a citação na data em que se realizou a intimação da decisão acolhendo ou não a conexão (art. 214, § 2º, do CPC), e, no caso, a partir da ciência deste julgamento, uma vez que o réu ainda não exercitou o direito ao

contraditório — Art. 5º, inc. LV, CF/88 — Facultada em igual prazo a emenda da mora.

Provisamento parcial ao recurso para julgar-se procedente, em parte, a declaratória e anular-se a sentença no que concerne à possessória.

Recurso acolhido parcialmente.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.012966-7, da comarca de Gaspar, em que é apelante Lojas Emerson Ltda., sendo apelado Bradesco Leasing S/A — Arrendamento Mercantil:

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

Custas na forma da lei.

Lojas Emerson Ltda. ajuizou perante o Juízo de Direito da comarca de Gaspar — “ação declaratória de nulidade de cláusulas contratuais cumulada com declaratória de nulidade de ato jurídico e apuração do quantum debeatur (devolvendo ou compensando os valores pagos a maior”, objetivando, em síntese, ver reconhecida a inexigibilidade de cláusulas contratuais, bem como do ato jurídico das rerratificações, declarando-se nulos, por consequência, todos e quaisquer lançamentos e, ou cobranças delas derivadas, quer pretéritas, presentes ou futuras, declarando-se, também, o valor real do débito para com o réu (grifei).

Afirma que, em 25/5/95, por intermédio da agência 349-2 da cidade de Gaspar (SC), assinou dois contratos de arrendamento mercantil sob os ns. 120.762 e 121.002, sendo estes rerratificados por três vezes, modificando-se as datas de vencimento e o

prazo do arrendamento, até que em 16/5/96 ocorreram as últimas alterações contratuais quando se prorrogou o prazo do primeiro contrato para 48 (quarenta oito) meses e do segundo para 49 (quarenta e nove) meses.

Os contratos originais firmados entre as partes não permitiram à autora qualquer discussão acerca de suas cláusulas e condições, nem tampouco os aditamentos posteriores lhe permitiam, tendo aderido aos pactos pelas cláusulas e condições impostas pela ré e, vendo a sua dívida aumentar, embora pagando ao longo dos anos, não conseguiu adimplir os débitos.

Informa que foi notificada para efetuar o pagamento no valor de R\$ 11.332,89 (onze mil, trezentos e trinta e dois reais e oitenta e nove centavos) referente ao primeiro contrato, parcela vencida em 29/8/96, e, no valor de R\$ 8.003, 41 (oito mil, três reais e quarenta e um centavos) do segundo contrato, parcela vencida em 8/8/96.

Assim, espera que seja declarada a nulidade de várias cláusulas contratuais dos pactos e dos instrumentos de rerratificações firmados: “a cláusula IV, ns. 6, 7 e 8 e cláusula XIII dos contratos de arrendamento, bem como as cláusulas relativas aos valores das contraprestações e dos valores residuais garantidos dos instrumentos particulares de rerratificações, por consequência, demonstrar ser re-

ferida monta absurda, ilegítima e abusiva, pelo que requer, ainda, a apuração do valor efetivo do débito, se é que ele ainda existe (compensando ou devolvendo as importâncias pagas a maior)”.

Ressalta que os contratos do réu são pré-impressos, nos quais constam cláusulas abusivas no tocante à remuneração do capital, capitalização de juros, comissão de permanência com correção monetária e aplicação de taxas que afrontam o art. 115 do Código Civil.

Sublinha que em face dos instrumentos obrigacionais pactuados, que se constituem em verdadeiros pactos de adesão, encontra-se em nítida inferioridade, contendo disposições puramente potestativas como a cobrança de juros capitalizados, que é vedado em lei, taxas fixadas unilateralmente pelo réu, comissão de permanência cumulada com correção monetária e juros, que desencadeou em repetidas rerratificações.

Diz que a partir da edição do CDC (Código de Defesa do Consumidor) todas as questões relativas aos contratos bancários passaram a ser regidas por esse novo diploma legal, enquadrando-o no art. 3º, § 2º. A limitação, introduzida pela Lei n. 1.521/51, que em seu art. 4º, alínea b, dispõe que o lucro do banco não pode ser superior a um quinto do capital emprestado, ou seja, a 20% (vinte por cento), e o que se depreende dos pactos firmados é que o lucro obtido supera a limitação supramencionada.

No que diz respeito à capitalização dos juros afirma que, apesar de proibida em lei, a prática é tratada com naturalidade tanto por credores

como por devedores. Ressalta que são usados com frequência a TR, o CDI ou Taxa Andib, sendo que estes índices não se prestam à indexação de contratos, mesmo os bancários. Condena a capitalização dos juros porque afrontam a Lei de Usura e a Súmula 121 do STF. Salienta, ainda, que as taxas, fixadas unilateralmente, são contra a lei e ferem o disposto no art. 115 do Código Civil.

Propugna, por fim, pela procedência da ação, declarando nulas as cláusulas contratuais e os atos jurídicos das rerratificações, tornando-os inexigíveis e, devendo, ainda, fixar o valor real do débito.

Juntou os documentos de fls. 10 a 26.

Na contestação, o réu diz que é imperioso observar que a requerente é devedora confessa das obrigações e que não há qualquer vício na manifestação de vontade da autora.

Há de prevalecer a livre manifestação das partes, isto porque os contratos resultam da autonomia de vontades. Destaca que as cláusulas foram livremente pactuadas sem posição de inferioridade de qualquer dos contratantes, já que ambos são pessoas jurídicas de direito privado, cujos representantes apresentam plenas condições de entendimento das disposições avençadas, não se podendo considerá-las leoninas.

Afirma que, após terem sido liberados os valores do leasing, a autora corre ao Judiciário para reclamar da abusividade dos contratos, sem, contudo, justificar o inadimplemento das obrigações. Aduz que não há onerosidade excessiva e muito menos modificação da base do contrato, ao efeito

de revisá-lo, já que vem cobrando apenas o que foi contratado.

Em relação aos juros, sublinha que a jurisprudência do STF e do STJ é uníssona no sentido de serem cabíveis os juros pactuados no contrato, enquanto o constitucional (art. 192, § 3º, CF/88) depende de regulamentação.

No tocante à capitalização de juros, diz que não é ilegal a sua cobrança, desde que seja por instituição financeira pública ou privada. Sobre a cumulação da comissão de permanência com a correção monetária, salienta que esta não ocorreu, e, se no caso tivesse ocorrido, sustenta que a jurisprudência dominante autorizaria.

Salienta que a inconstitucionalidade do índice utilizado (TR) só cabe aos contratos firmados anteriormente à vigência da Lei n. 8.177/91, o que não é o caso dos autos; assim a TR continua válida, e, ademais, as partes convencionaram este índice, o que deve ser respeitado.

Esclarece que, em face do inadimplemento dos contratos pactuados, paralelamente, ajuizou duas ações de reintegração de posse c/c perdas e danos que foram distribuídas nos Juízos das 1ª e 4ª Varas Cíveis da comarca de Blumenau, sob os ns. 896015325.2 e 896015326.0, respectivamente.

Finaliza, requerendo a improcedência da ação e a condenação da autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

Às fls. 52 a 54 dos autos em apenso, impugnação à contestação reeditando os argumentos da inicial. Reafirma a possibilidade da auto-aplicabilidade do art. 192, § 3º, da CF/88; impropriedade da capitaliza-

ção dos juros, da utilização da TR como indexador dos contratos pactuados, e da cumulação de correção monetária com comissão de permanência.

Em apenso e julgada conjuntamente com a declaratória vê-se a ação de reintegração de posse promovida pelo Bradesco Leasing S/A — Arrendamento Mercantil em face de Lojas Emerson Ltda., diante do firmado entre as partes de contrato de arrendamento mercantil (n. 121.002), tendo por objeto uma máquina secador, marca Texmac, Quina ano 1995, com 1 motor de 0,33 CV do fraldador, 1 motor de 30 CV do ventilador, 1 motor de 3 CV do acionamento da esteira, entregue em 25/5/95, e pagável em 36 parcelas de R\$ 2.798,40 (dois mil, setecentos e noventa e oito reais e quarenta centavos), mais o residual de R\$ 2.138,40 (dois mil, cento e trinta oito reais e quarenta centavos), valores que deveriam ser pagos mediante débito em conta corrente.

Aduz que a ré deixou de efetuar os pagamentos a partir de 8/8/96, não o fazendo mesmo após ser notificada, resultando na rescisão do contrato, com vencimento antecipado das parcelas vincendas.

Requeru a concessão de liminar de reintegração de posse, bem como fosse dado ciência da ação aos avalistas, e a condenação da ré nas perdas e danos.

Deferida a liminar, veio aos autos a ré, em data de 24/3/97, alegando que ingressou anteriormente à reintegratória, ou em 23/9/96, com declaratória de nulidade de cláusulas contratuais c/c declaratória de nulidade de ato jurídico e apuração do quantum

debeatur contra o autor, discutindo o contrato que embasa a presente ação, na comarca de Gaspar, por isso, em face da conexão, deve esta ser remetida àquele Juízo.

Por último, informa que os equipamentos estão instalados naquela Comarca, nas dependências de uma tinturaria arrendada da massa falida de Malhas Emerson Ltda., e que são indispensáveis ao funcionamento da empresa. Juntou os documentos de fls. 29 a 58.

Em razão da conexão foi deferido o pedido (fls. 59), com remessa dos autos à comarca de Gaspar.

Reunidos os autos nesta última comarca (Gaspar), o Dr. Juiz de Direito entendendo julgar antecipadamente as ações, considerando desnecessária a realização de perícia e suprido o defeito da citação na reintegratória, porque o réu compareceu espontaneamente ao feito e alegando a preliminar de conexão — art. 301, VII, do CPC, haveria de articular sobre o mérito, sob pena de revelia, e a esse título apenas referiu acharem-se os bens depositados em uma tinturaria arrendada pela Massa Falida de Malhas Emerson, indispensáveis ao funcionamento da empresa, julgou: “1) improcedente a Ação Declaratória de Nulidade de Cláusulas Contratuais c/c Declaratória de Nulidade de Ato Jurídico n. 617/96 e; 2) parcialmente procedente a presente Ação de Reintegração de Posse n. 353/97, confirmando a liminar de fls. 24, para: consolidar na posse e propriedade de Bradesco Leasing S/A — Arrendamento Mercantil, os bens acima descritos e condenar Lojas Emerson Ltda., ao pagamento, em favor do au-

tor, das quantias relativas às prestações devidas desde 8/8/96 até a data da efetiva reintegração, acrescidas dos encargos contratuais” (fls. 71). Condenou, também, Lojas Emerson Ltda. às custas processuais e honorários advocatícios, de ambos os processos, fixados em R\$ 2.000,00.

Em 11/8/98, ante a consolidação na posse e na propriedade dos bens em favor do Banco Bradesco Leasing S/A — Arrendamento Mercantil, este requereu, urgentemente, a expedição do mandado de reintegração de posse.

Irresignada apelou Lojas Emerson Ltda., alegando cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide, uma vez que não pôde produzir prova pericial.

Sublinha que todas as questões relativas a contratos bancários passaram a ser regidas pelo Código de Defesa do Consumidor, enquanto o lucro das instituições financeiras, mesmo após a Constituição da República de 1988, continua limitado ao que dispõe o Decreto n. 22.626/33, com revogação da Lei n. 4.595/64.

Afirma que as cláusulas inseridas no pacto de adesão são potestativas, vislumbrando-se da cláusula XIII que o cálculo da comissão de permanência é o da taxa de mercado do dia do efetivo pagamento. Assevera que somente as instituições financeiras conhecem essa taxa. Assim, propugna pela reforma da sentença, inclusive possibilitando, após apurado o quantum debeatur, a purgação da mora.

Apresentadas as contra-razões, sustentou a inexistência de cerceamento do direito de defesa; inaplicabilidade do Código de Defesa do Consu-

midor no caso concreto e a aplicação legal dos juros, sem que tenha havido prova de sua capitalização e tampouco da cumulatividade da comissão de permanência com correção monetária.

É o relatório.

Trata-se de ações de reintegração de posse c/c perdas e danos e declaratória de nulidade de ato jurídico e apuração do quantum debeatur (devolução ou compensação dos valores pagos a mais), objetivando a autora desta última a anulação do ato jurídico que originou as sucessivas rerratificações dos contratos de arrendamento mercantil sob os ns. 120.762 e 121.002. Noticiam ainda os autos que ações de reintegração de posse em relação ao objeto dos citados contratos foram ajuizadas em varas distintas, a primeira na 4ª Vara Cível da comarca de Blumenau e a segunda na 1ª Vara Cível da mesma comarca.

A ação de reintegração de posse c/c perdas e danos, com base no contrato sob o n. 120.762, ajuizada na 4ª Vara da comarca de Blumenau, não foi reunida aos autos da ação declaratória intentada pela apelada, o que já aconteceu com o feito reintegratório ajuizado na 1ª Vara Cível, baseado no contrato sob o n. 121.002, em que restou ajustado entre as partes um arrendamento mercantil, tendo por objeto uma máquina secador, marca Texmac, Quina ano 1995, com 1 motor de 0,33 CV do fraldador, 1 motor de 30 CV do ventilador, 1 motor de 3 CV do acionamento da esteira, pagável em 36 parcelas de R\$ 2.798,40 (dois mil, setecentos e noventa e oito reais e quarenta centavos), mais residual de R\$ 2.138,40

(dois mil, cento e trinta e oito reais e quarenta centavos), valores que deveriam ser pagos mediante débito em conta corrente. Esta última ação, reunida, por conexão, à declaratória, sofreu decisão conjunta.

Cumpra inicialmente enfrentar a ação declaratória.

A preliminar de nulidade da sentença, por cerceamento do direito de defesa, já que a prova pericial era indispensável para caracterizar a capitalização de juros e outras situações que oneraram o contrato, imerece prosperar. É que "se o Juiz, em face da pouca plausibilidade jurídica dos temas desenvolvidos na inicial, entende desnecessária a produção de provas outras afora as já existentes nos autos, pode e deve proferir julgamento antecipado, atendendo, assim, ao princípio da economia processual e tornando mais célere o procedimento. Tal proceder se justifica ainda mais se a perícia pretendida pela parte serviria apenas para esclarecer fatos já documentalmente comprovados, mostrando-se perfeitamente dispensável" (in *Apelação Cível n. 98.004420-0, de Biguaçu, rel. Des. Eder Graf, j. em 22/6/99*).

Ante a documentação acostada nos autos e as próprias alegações das partes, fazia-se dispensável a prova técnica para a definição da causa, como se verá a seguir.

O inconformismo da apelante pertine às cláusulas IV, ns. 6, 7 e 8, e XIII do contrato de arrendamento mercantil, porque aplicável às disposições do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários, como forma de limitar os juros pactuados. Repele mais o contido na cláusula XIII.

A apelante sustenta que a relação contratual é puramente de consumo e todas as questões relativas a contratos bancários passaram a ser regidas pelo Código de Defesa do Consumidor.

Por ocasião do julgamento da Apelação Cível n. 96.002552-9, de Criciúma, relatada pelo ilustre Des. Pedro Manoel Abreu, esta egrégia Câmara, à unanimidade, firmou o seguinte entendimento:

“Leasing. Reintegratória e declaratória. Conexão. Plano Verão. Contrato firmado antes da edição da MP n. 32/89, convertida na Lei n. 7.730/89. Correção da prestação. Extinção da OTN. Índice substitutivo — IPC. Cláusula contratual que autoriza a arrendadora a utilizar qualquer outro índice. Condição potestativa. Código de Defesa do Consumidor.

“A orientação jurisprudencial tem evoluído no sentido de possibilitar o controle judicial dos contratos de adesão, aplicando-se o Código de Defesa do Consumidor, ainda que se trate de pacto de crédito bancário, a ele se assemelhando, por óbvio, o contrato de leasing (...)” (grifei).

Do corpo do acórdão extrai-se:

“Colhe-se do TARS:

‘Ainda que não incidam todas as normas do CDC nas relações entre banco e empresa, em contrato de crédito rotativo, aplicam-se os caps. V e VI, por força do art. 29 do CDC, que amplia o conceito de consumidor, possibilitando ao Judiciário o controle das cláusulas contratuais abusivas impostas em contratos de adesão. Cláusula que permite variação unilateral de taxa de juros é abusiva porque, nos termos do art. 51, X e XIII, possibilita variação

de preço e modificação unilateral dos termos contratados. Possibilidade de controle judicial, visando a estabelecer o equilíbrio contratual, reduzido o vigor do princípio *pacta sunt servanda*. Não tendo a taxa de juros sido convencionalizada no contrato, prevalece o disposto no art. 1.062 do CC e Decreto n. 22.626/33, fixando-se a taxa em 0,5% ao mês (...). Ação declaratória julgada procedente para anular lançamentos feitos abusivamente’ (in Direito do Consumidor n. 6, págs. 274/275).

“Noutro precedente do TARS, restou assentado:

‘O conceito de consumidor, por vezes, se amplia, no CDC, para proteger quem ‘equiparado’. É o caso do art. 29. Para o efeito das práticas comerciais e da proteção contratual, ‘equiparam-se aos consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas neles previstas’.

‘O CDC rege as operações bancárias, inclusive as de mútuo ou de abertura de crédito, pois relações de consumo.

‘O produto da empresa de banco é o dinheiro ou o crédito, bem juridicamente consumível, sendo, portanto, fornecedora; e consumidor o mutuário ou creditado.

‘Sendo os juros o ‘preço’ pago pelo consumidor, nula cláusula que preveja alteração unilateral do percentual prévia e expressamente ajustado pelos figurantes do negócio.

‘Sendo a nulidade prevista no art. 51 do CDC da espécie pleno iure, viável o conhecimento e a decretação de ofício, a realizar-se tanto que evi-

denciado o vício (art. 146, parágrafo do CC)' (RT 697/173).

"Diga-se, ademais, que o art. 52 do CDC estabelece para o fornecedor, no fornecimento de produtos ou serviços que envolva a outorga de crédito ou a concessão de financiamento, certos deveres de informação prévia e adequada ao consumidor sobre preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional; montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros; acréscimos legalmente previstos; número e periodicidade das prestações; soma total a pagar, com e sem financiamento.

"Anota Nelson Nery Júnior, comentando o art. 52, que 'são redutíveis ao regime deste artigo todos os contratos que envolverem crédito, como os de mútuo, de abertura de crédito rotativo (cheque especial), de cartão de crédito, de financiamento de aquisição de produto durável por alienação fiduciária ou reserva de domínio, de empréstimo para aquisição de imóvel etc., desde que, obviamente, configurem relação jurídica de consumo. Assim, não só os contratos bancários, mas também os celebrados entre o consumidor e a instituição financeira tout court submetem-se à norma comentada' (apud Direito do Consumidor, de Newton de Lucca, Ed. RT, pág. 82)".

Portanto, perfeitamente possível é a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de crédito bancário.

Destarte, forçoso enfrentar a questão da limitação dos juros reais de 12% a. a., à luz do art. 192, § 3º, da Constituição Federal de 1988.

Não obstante o posicionamento do STF, no sentido da necessidade de lei regulamentadora, esta Corte entende que a norma em discussão possui eficácia imediata, conseqüentemente, auto-aplicável. A propósito, do corpo do julgado em epígrafe, que enfrentou exaustivamente a matéria em questão, retira-se por oportuno, ver-bis:

"É consabida a negativa de auto-aplicabilidade do § 3º do art. 192 da Constituição Cidadã pela jurisprudência prevalecente, entretanto, a orientação contrária vem se espraiando. Apesar de vencido, o Min. Paulo Brossard, na ADIn. n. 004/DF, teve o ensejo de sustentar a eficácia imediata da norma prefalada, comentando em seu voto:

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

"Perfilhando esse entendimento, o Ministro Carlos Velloso, ao perscrutar o tema em discussão, conseguiu tratar-se de norma proibitória ou vedatória, de aplicabilidade imediata, salientando que 'As normas constitucionais são, de regra, auto-aplicáveis, vale dizer, são de eficácia plena e de aplicabilidade imediata. Já foi o tempo em que predominava a doutrina no sentido de que seriam excepcionais as normas constitucionais que seriam, por si mesmas, executórias'. E arrematou: '...o que deve o intérprete fazer, diante de um texto constitucional de duvidosa auto-aplicabilidade, é verificar se lhe é possível, mediante os processos de integração, integrar a norma à ordem jurídica'.

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

"Muito embora o caput do art. 192 da Constituição de 1988 aluda à feitura de lei complementar, o § 3º, em sua primeira parte, é de completude indisputável, desvelando a fragilidade e inutilidade das circunlocuções que se tem construído para negar a auto-aplicabilidade do preceito (v. Roberto W. Amarante, *Contratos Bancários — De Quem é a Mora?*, in *Revista Jurídica*, vol. 226, pág. 47). Por conta disso, vincular a exequibilidade da regra do art. 192, § 3º, CF/88, à edição de lei complementar que a regulamente, equivaleria a render preito ao tautológico. Cultuar-se a redundância é, per

se, conduta censurável, exasperando sua reprovabilidade quando, como na matéria em tela, importar sério grave-me a quem recorre a instituições financeiras, bem como a manutenção de nefasta benesse a esses entes.

"Não se olvide, outrossim, que, mesmo com a superveniência de lei complementar, pondo em foco os juros reais, em hipótese alguma — e isso é indubitável — admitir-se-á o estabelecimento de taxas excedentes aos 12% anuais, por plasmar evidente afronta ao texto constitucional. Aliás, foi nesse sentido a profícua advertência do ilustre Des. Carlos Prudêncio, ao relatar acórdão proferido na Apelação Cível n. 96.006262-9, da Capital, averbando:

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

'Em verdade, o parágrafo em questão é auto-aplicável pelo simples argumento de que tudo que prescreverá a lei complementar está e deverá estar de acordo com a norma constitu-

cional, ou então será inconstitucional; a legislação infraconstitucional não poderá negar vigência ao dispositivo já firmado na Constituição, muito menos impor-lhe limites' (1ª CC., j. em 24/9/96).

"Na refinada intelecção do Des. Trindade dos Santos, 'Por insculpir uma norma essencialmente restritiva, o art. 192, § 3º, da Lei Maior erigiu um direito auto-exercitável no âmbito do sistema financeiro pátrio, já que delimitou, com plenitude, a taxa máxima de juros reais a ser praticada no território nacional. A não ser por puro protecionismo aos economicamente mais fortes, verdadeiramente detentores do monopólio financeiro, é que poder-se-á admitir possa o legislador ordinário contrapor-se, em norma regulamentadora, à realidade implantada constitucionalmente, instituindo, então, uma taxa superior a 12% anuais' (1ª CC., Ap. Cív. n. 97.010947-4, de Maravilha, j. em 4/11/97).

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

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

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

'A decisão contida na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 004/DF, Supremo Tribunal Federal, não possui caráter vinculativo. A idéia de que o § 3º do art. 192 da Carta

Magna esteja a depender de lei complementar importa em verdadeiro atentado à soberania do poder constituinte até porque, é evidente, a legislação infraconstitucional não poderá negar vigência ao dispositivo já esculpido na Constituição, nem impor-lhes limites' (2ª CC., Ap. Cív. n. 97.000272-6, de São Carlos, rel. Des. Newton Trisotto, j. em 8/5/97).

"O Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul também tem sido manancial de considerável número de julgados sobre a matéria, a saber:

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

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

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

'Fixada a taxa de juros no limite máximo de 12% em texto expresso da Constituição Federal, a redução a esse limite dos juros cobrados em operações de crédito é imposição constitucional que dispensa regulamentação para sua imediata aplicação' (Ap. Cív. n. 5.560, j. em 21/8/90, rel. Des. Renato Mareschy).

'Juros reais. Artigo 192, § 3º.

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

‘Extraí-se do corpo do acórdão exarado na Apelação Cível n. 196082648, de Passo Fundo, o seguinte fragmento:

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

‘Vale atentar, ainda, para as Apelações Cíveis ns. 191.122.019, da Capital, rel. Juracy Vilela de Sousa, j. 14/8/92 e 196.130.710, de Passo Fundo, do mesmo sodalício.

‘O egrégio Tribunal de Alçada de Minas Gerais já decidiu:

‘Juros — CF/88 — Auto-aplicabilidade. É auto-aplicável o § 3º do art. 192 da CF, que proíbe a cobrança de juros acima de 12% do valor atualizado do débito, pelo que exerce agiota-

gem quem infringe a regra’ (3ª CC., Ap. Cív. n. 115.947-3, rel. Juiz Ximenes Carneiro, in DJ de 13/6/92).

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

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

‘É possível que surjam proposições definitórias.

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

‘No magistério de José Afonso da Silva, ‘Está previsto no § 3º do 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.

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

‘Pronunciamo-nos, pela imprensa, a favor de sua aplicabilidade imediata, porque se trata de uma norma autônoma, não subordinada à lei prevista no caput do artigo. Todo parágrafo, quando tecnicamente bem situado (e este não está, porque contém autonomia de artigo), liga-se ao conteúdo do artigo, mas tem autonomia normativa. Veja-se, por exemplo, o § 1º do mesmo art. 192. Ele disciplina assunto que consta dos incs. I e II do artigo, mas suas determinações, por si, são autônomas, pois uma vez outorgada qualquer autorização, imediatamente ela fica sujeita às limitações impostas no citado parágrafo.

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

‘Ainda com esteio na doutrina, tem-se que a norma enfocada ‘a) ...é auto-aplicável, bastando-se por si na qualidade de diretiva material permanente (...) b) admitindo-se, para argu-

mento, a necessidade de regulamentação, deve-se obter que a Constituição delimitou clara e explicitamente o percentual de 12% anuais, vinculando o legislador, julgador e os particulares nesses limites; c) também ad argumento, ainda que programático, o dispositivo tem conteúdo limitativo e eventual lei complementar regulamentadora não poderia ultrapassar a taxa estipulada, sob pena de declaração de inconstitucionalidade’ (Gustavo Saad Diniz, Juros nos Contratos Particulares de Mútuo e Financiamento Bancário de Crédito, in Revista Jurídica, vol. 240, pág. 27).

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

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

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

‘Nesse contexto, é atilada a conclusão de Édis Milaré, ao consignar que ‘...no Estado Social de Direito, à extrema facilidade com que novos

direitos são declarados, contrapõe-se a minguada atuação prática desses direitos' (apud Sílvio Dobrowolski, A Necessidade de Ativismo Judicial no Estado Contemporâneo, in Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, vol. 2, pág. 164).

"A limitação constitucional ao juros reais é medida de importância sócio-econômica invulgar, significando, na lição de MacPherson, que '...as normas sociais e os valores éticos devem prevalecer sobre os valores do mercado pessoal ou pelo menos resistir a eles' (apud César Pasold, A Função Social do Estado Contemporâneo e o Poder Judiciário, in Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, vol. 2, pág. 37).

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

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

'Em síntese, a jurisprudência e a doutrina são tranqüilas e remansosas sobre a quaestio. Ademais, o Estado em sua função ético-social não pode e não deve sancionar a crematística por meio da 'agiotagem' e, por isso mesmo, a Constituição vigente adota, como princípios constitucionais, dentre outros, o da 'dignidade da pessoa humana' e dos 'valores sociais do trabalho ...' (art. 1º, incs. III e

IV, primeira parte), dispondo, no seu art. 192, § 3º:

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

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

"Assim, entende-se auto-aplicável a limitação de juros contida no art. 192, § 3º, da Constituição Federal de 1988, devendo o montante superior a esta faixa, ser excluído do saldo exequendo".

Sobre a capitalização de juros, tem-se que somente é permitida quando houver previsão legal, como nas cédulas de crédito rural, comercial e industrial.

Nesse sentido o STJ vem reiteradamente decidindo:

"O Superior Tribunal de Justiça, após período inicial de divergência, adotou entendimento permissivo da capitalização até mensal de juros, mas isso em existindo expresso dispositivo de lei que a admita, como para os créditos rurais o artigo 5º do Decreto-Lei n. 167/67; para os créditos industriais o artigo 5º do Decreto-Lei n.

413/69, e para os créditos comerciais o artigo 5º da Lei n. 6.840/80. A não ser assim, vige a Súmula 121 do Supremo Tribunal Federal, não revogada pela Súmula 596 do mesmo Pretório (RTJ 124/616) — Recurso especial não conhecido” (REsp. n. 16.864/SP, DJU de 29/3/93, rel. Min. Athos Carneiro).

“Capitalização de juros. Possibilidade, no caso de financiamento de atividade comercial (Decreto-Lei n. 413, aplicável por força da Lei n. 6.840/80). Precedentes do STJ, dentre outros o REsp. n. 11.843. Recurso especial não conhecido” (REsp. n. 21.262/GO, rel. Min. Nilson Naves).

“Juros. Taxas. Capitalização.

“A legislação ordinária em vigor permite às instituições financeiras a cobrança de juros acima do limite estabelecido no Decreto n. 22.626/33.

“A sua capitalização, porém, somente tem sido autorizada nos casos expressamente previstos em lei, para as cédulas de crédito rural, industrial e comercial, que não é o caso dos autos” (REsp. n. 55.320-2/MG, DJU n. 54, de 20/3/95, pág. 6.126, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar”).

De igual sorte o nosso colendo Tribunal de Justiça:

“A capitalização mensal de juros só é permitida nos casos em que há expressa previsão legal, o que não se verifica com o contrato de financiamento bancário, para a abertura de crédito direto a usuário final” (Apelação Cível n. 52.271, rel. Des. Eder Graf).

Quanto à comissão de permanência, cumpre ressaltar que a “jurisprudência é iterativa no sentido de

afastar a aplicação conjunta da comissão de permanência e da correção monetária. Admite-se a incidência sucessiva, vigorando aquela até a data do ajuizamento da cobrança, quando esta última passa a se exercer (JTARS 63/374; RF 296/265; JTA 102/62)” e Ap. Cív. n. 96.009279-0, TJSC, rel. Des. Eder Graf. Ocorre que não há nos autos prova dessa cumulatividade, como se depreende da peça de fls. 24.

Relativamente à multa de 10% sobre o capital corrigido, prevista na cláusula XIII do contrato, fls. 11v., esta revela-se exorbitante, devendo ser reduzida ao patamar de 2% do saldo devedor, inclusive ex officio, por tratar-se de matéria de ordem pública.

Nesse jaez, decisão do Superior Tribunal de Justiça:

“Código de Defesa do Consumidor. Bancos. Cláusula penal. Limitação em 10%. 1. Os bancos, como prestadores de serviços especialmente contemplados no artigo 3º, § 2º, estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor. A circunstância de o usuário dispor do bem recebido por meio da operação bancária, transferindo-o a terceiros, em pagamento de outros bens ou serviços, não o descaracteriza como consumidor final dos serviços prestados pelo banco. 2. A limitação da cláusula penal em 10% já era do nosso sistema (Dec. n. 22.926/33), e aplicação da regra do artigo 924 do CC, o que mostra o acerto da regra do artigo 52, § 1º, do Codecon, que se aplica aos casos de mora, nos contratos bancários. Recurso não conhecido.

“Decisão: por unanimidade, não conhecer do recurso (Recurso

Especial n. 57.974, Rio Grande do Sul, rel. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, in DJ de 29/5/1995, página 15.524” (apud Apelação Cível n. 97.012256-0, de Itapiranga, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. em 29/10/98).

Quanto à Taxa Referencial — TR, é possível desde que pactuada, embora não reflita a atualização da moeda. Nesse rumo:

“A utilização da TR como indexador, em operação de mútuo bancário, quando pactuada, é juridicamente possível, conforme tem decidido esta Corte de Justiça, de forma iterativa, com apoio, inclusive, em decisão do STF, que não declarou a inconstitucionalidade do art. 26 da Lei n. 8.177/91” (Ap. Cív. n. 97.010504-5, de Ponte Serrada, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

E:

“Cédula de crédito rural. Correção monetária. Indexador. Taxa referencial. Título firmado após 1º/3/91. Validade do índice pactuado. Precedentes do STF e STJ. Recurso desprovido.

“A legislação ordinária sobre crédito rural não veda a incidência da correção monetária” (Súmula 16 do STJ).

“A jurisprudência da Corte, embora entenda inconstitucional a utilização da TR como indexador substitutivo nos contratos anteriores à Lei n. 8.177/91, nos ajustes posteriores e desde que pactuados, admite sua aplicação com base no princípio *pacta sunt servanda*” (Ap. Cív. n. 96.000946-9).

“O colendo Supremo Tribunal Federal não exclui do universo jurídi-

co a TR, que, pactuada posteriormente à vigência da Lei n. 8.177/91, serve como índice de atualização monetária” (Ap. Cív. n. 96.001728-3)” (in Apelação Cível n. 96.000947-7, de Trombudo Central, rel. Des. Francisco Borges).

Por tais razões, dá-se provimento parcial ao apelo para julgar procedente em parte a ação declaratória para limitar os juros reais a 12% (doze por cento) ao ano; vedar a capitalização mensal dos juros; reduzir a multa de 10% (cláusula XIII do contrato), para 2% do saldo devedor, ex vi do art. 52, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, corrigindo-se o débito pela TR, porque convencionada. Condena-se o banco réu, ora apelado, ao pagamento das custas processuais na base de 2/3 e 1/3 pela autora apelante, e honorários advocatícios, arbitrados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), em prol da autora e R\$ 600,00 (seiscentos reais), em favor do réu, diante da sucumbência parcial.

Resolvida a lide declaratória, passa-se à análise da ação possessória inicialmente aforada na comarca de Blumenau.

Na ação de reintegração de posse em arrendamento mercantil são exigidos para o deferimento da liminar, tão-somente, a prova da posse indireta, com o contrato de leasing, e a mora. Comprovada em tese a mora do devedor, foi deferida ao banco, sem a ouvida da parte contrária, a expedição do mando liminar reintegratório.

Entretanto, antes do cumprimento do mandado, a apelante, espontaneamente, compareceu aos autos informando a existência da outra lide — de natureza declaratória —,

com anterioridade de citação, envolvendo as mesmas partes e o mesmo objeto, requerendo, assim, que fosse reconhecida a conexão e remetido o processo de reintegração de posse para a comarca de Gaspar.

Da decisão que acolheu a conexão entre as duas causas e remeteu os autos da ação de reintegração de posse à Comarca última citada, a apelante não foi intimada.

Reunidas as ações na comarca de Gaspar, o Magistrado julgou-as simultaneamente considerando a apelante, em face da sua manifestação espontânea na ação de reintegração de posse, citada, a teor do art. 214, § 1º, do CPC.

O artigo 214, caput, e seus §§ 1º e 2º dispõem que:

“Art. 214 — Para validade do processo, é indispensável a citação inicial do réu.

“§ 1º — O comparecimento espontâneo do réu supre, entretanto, a falta de citação.

“§ 2º — Comparecendo o réu apenas para argüir a nulidade e sendo esta decretada, considerar-se-á feita a citação na data em que ele ou seu advogado for intimado da decisão”.

Logo, do despacho que desloco o feito para o Juízo considerado prevento, necessária se fazia a intimação do réu, contando-se desta o prazo para contestação, já que compareceu aos autos apenas para denunciar a conexão, sem esboçar defesa ou resistência ao pleito.

Nesse sentido é da jurisprudência:

“Acatando o Juiz argüição da parte de nulidade de citação pela au-

sência de citação pela ausência de prazo de defesa, dito prazo inicia-se a partir da intimação do advogado do decreto de nulidade (art. 214, § 2º, do CPC), independentemente de ter havido nova e desnecessária citação” (STJ-4ª Turma, REsp. n. 61.430-9/AL, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. em 22/8/95, não conheceram, v. u., DJU de 11/9/95, pág. 28.833, 1ª col.)

Vício gravíssimo do processo, que faz nula a sentença e rescindível no sistema tradicional, é a falta ou nulidade de citação, passível de ser reconhecido judicialmente em qualquer grau de jurisdição ou oportunidade, seja mediante ação declaratória, repetição da demanda, embargos à execução (CPC, art. 741, I) etc., conforme vem sendo afirmado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“O exame de anomalia na citação independe de provocação da parte, uma vez que ao Judiciário incumbe apreciar de ofício os pressupostos processuais e as condições da ação (CPC, arts. 267, § 3º, e 301, § 4º)” (STJ — 4ª Turma, REsp. n. 22.487-5/MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. em 2/6/92, deram provimento, v. u., DJU de 29/6/92, pág. 10.329, 2ª col.).

E mais:

“A falta ou nulidade de citação torna imprescritível a faculdade de se desfazer a viciada relação processual” (RT 648/71).

Ainda:

“A nulidade do processo por falta de citação pode ser reconhecida até em mandado de segurança” (RSTJ 46/528 e STJ — RT 697/189; JTAERGS 90/325).

Portanto, a citação, que é um ato solene, se inócurrenente ou realizada com imperfeição, em princípio, emerge como formalizada se o réu espontaneamente comparece em Juízo.

Todavia, se esse comparecimento se dá apenas para alegar nulidade de citação ou, como no caso em espécie, para que se reconheça da conexão, considerar-se-á feita a citação na data em que se realizou a intimação da decisão acolhendo ou não a conexão (art. 214, § 2º), uma vez que o réu ainda não exercitou o direito ao contraditório — art. 5º, inc. LV, CF/88.

Depreende-se do feito que, da decisão que reconheceu a conexão, não restou a apelante ciente, não obtendo prazo, assim, para exercer o direito à ampla defesa, ensejando a nulidade da sentença, ainda mais que experimentou prejuízo ao ver julgada procedente a ação.

Em relação ao prazo para resposta do réu, em tal hipótese, a jurisprudência tem-se manifestado:

“Considera-se feita a citação na data em que o réu, ou seu advogado, é intimado da decisão que anula a citação viciada (art. 214, § 2º, do CPC)” (in *Apelação Cível* n. 98.015155-4, de Balneário Camboriú, rel. Des. Carlos Prudêncio).

Portanto, não se podendo cogitar da revelia nos autos de “reintegração de posse c/c perdas e danos”, o prazo para exercitar o direito de defesa terá seu curso a partir da intimação deste julgado.

Destarte, anula-se a sentença em relação ao processo de reintegração de posse c/c perdas e danos.

Embora viciado o feito possessório, mantém-se a sentença relativamente à lide declaratória, eis que “o erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo praticar-se os que forem necessários, a fim de se observarem, quanto possível, as prescrições legais” (art. 250 do CPC).

Por fim, conquanto cessada a conexão em razão do julgamento da declaratória, permanece prevento o Juízo de Direito da comarca de Gaspar, por efeito da regra ditada pelo art. 87 do CPC.

De conseguinte, anula-se a sentença tão-somente em relação ao processo de reintegração de posse c/c perdas e danos, oportunizando-se a partir da intimação deste julgamento a contestação ou a purga da mora pela devedora, por isso que esta última faculdade se traduz em direito individual do consumidor de forma a prevenir a perda do bem adquirido (STJ, REsp. n. 9.219 — MG, rel. Min. Athos Carneiro, DJU n. 184 de 23/9/91; Ap. Cív. n. 97.007118-3, TJSC, rel. Des. Eder Graf, AI n. 97.007883-8, rel. Des. Gaspar Rubik e AI n. 99.003485-2, rel. Des. Sérgio Paladino).

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Pedro Manoel Abreu e Solon d’Eça Neves.

Florianópolis, 21 de outubro de 1999.

João José Schaefer,

Presidente;

Alcides Aguiar,

Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 97.005569-2, DE JOINVILLE**Relator designado: Des. Anselmo Cerello**

Seguro habitacional — Imóveis financiados pelo sistema financeiro de habitação — Constatação de falhas de construção, que ocasionaram risco de desmoração destes. Cobertura prevista na apólice — Inocorrência de quaisquer das hipóteses excludentes de responsabilidade da seguradora — Cláusulas contratuais ambíguas — Interpretação em favor dos segurados — Multa decendial devida na forma contratada (2%) sobre o valor do contrato com a limitação do disposto no art. 920 do Código Civil — Juros moratórios fixados à razão de 12%, não convencionados contratualmente — Redução ao patamar de 6% — Pedido exordial, alternativo, de condenação ao pagamento de indenização em dinheiro ou de reparação dos imóveis. Sentença que fixou à seguradora/ré o prazo de 10 (dez) dias para o exercício da opção entre uma ou outra forma de indenização para o caso dos imóveis ainda não recuperados, condenando-a, outrossim, ao pagamento em dinheiro na hipótese daqueles já consertados. Possibilidade — Honorários advocatícios bem fixados no percentual de 15% sobre o valor da condenação — Recurso da seguradora/ré provido em parte.

A indenização não pode ser negada àqueles que, pretendendo livrar-se dos riscos de desmoração, resolveram, diante da inércia da seguradora após o decurso do longo lapso temporal, reparar por si os danos havidos e até mesmo efetuar reformas ou ampliações nas residências.

Comprovado o risco de desmoração no imóvel objeto do contrato de seguro, cabe à seguradora o ônus da prova que se houve com culpa o segurado pela má conservação do imóvel.

Em se tratando de imóveis cobertos por apólice habitacional, detectando a prova técnica a existência de danos físicos de natureza irremediável, ensejando a pressuposição de ameaça de iminente desmoração, a tutela securitária faz-se devida, incumbindo à seguradora adiantar o importe necessário à reposição dos bens danificados ou, por sua conta e risco, restituí-los ao estado original. Dessa obrigação a seguradora somente se eximirá acaso resulte comprovado à saciedade — e o ônus probatório quanto a isso é exclusivamente seu — que os danos se vinculam à má conservação dos imóveis financiados, caracterizando a culpa dos mutuários.

O seguro faz parte da categoria dos contratos de adesão. É elaborado geralmente pelo segurador e deverá ser aceito pelo segurado. Admite-se, então, que, em caso de dúvida, seja resolvida contra o segurador.

Sendo comprovada a existência de danos para os quais concorreram, além de falhas construtivas, agentes externos, é o que basta para caracterizar o dever da seguradora de cobri-los, pois “em cuidando-se de contrato de adesão, como sói o securitário, há que se interpretar o contrato em consonância com o fim social a que se destina, máxime por se tratar de imóvel destinado à moradia, adquirido com recursos do Sistema Financeiro da Habitação, em cuja prestação se insere o pagamento obrigatório do prêmio.

“Se a perícia, contundentemente, alega iminente perigo de desmoranamento do imóvel, decorrentes de vícios em sua edificação, agravados pela ocorrência de enchentes, já havendo, inclusive, desabamento de parte do mesmo, dentro dos padrões da lógica do homem médio, não se pode ter como crível a assertiva da seguradora de que o desgaste natural dos imóveis e a falta de manutenção desses poderiam, em tão pouco tempo, levar os mesmos às condições precárias em que se encontram.

“A multa, contudo, não é ilimitada, tendo razão, neste ponto, a apelante.

“Prevalece, no caso, o disposto no art. 920 do Código Civil segundo o qual o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal”.

Carvalho Santos já escrevera:

“No sistema do nosso Código, as partes têm a liberdade de estipular a cláusula penal, fixando-a no valor que entenderem acordar como representativo das perdas e danos. Mas, sendo certo que a liberdade, no conceito do direito moderno, não é irrestrita, tendo, ao invés, limites que lhe são traçados pelos interesses da ordem pública, a liberdade da convenção, na espécie, ficou delimitada na lei, ao não permitir às partes convencionarem a cláusula penal em valor excedente ao da obrigação principal” (Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. XI, pág. 361, edição 1935).

Nesse sentido temos: JC 65/163; STJ—REsp. n. 13.416; STF—RTJ vol. 77, pág. 489; TJSC — Apelação Cível n. 50.086, dentre outros.

Vistos, relatados e discutidos, estes autos de Apelação Cível n. 97.005569-2, da comarca de Joinville (3ª Vara), em que são apelantes e apelados Zalete Maria de Abreu e outros, IRB — Instituto de Resseguros do Brasil e Companhia de Seguros Marítimos e Terrestres Phenix de Porto Alegre:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, à unanimidade, prover, em parte, o recurso da seguradora/ré.

Custas legais.

Na comarca de Joinville, perante a 3ª Vara Cível, Zalete Maria de Abreu e outros ajuizaram ação ordinária de responsabilidade obrigacional em face de Companhia de Seguros Marítimos e Terrestres Phenix de Porto Alegre, alegando, em resumida e necessária síntese, terem firmado com esta e com a Cohab/SC, contrato de compromisso de compra e venda, objetivando a aquisição das residências onde atualmente moram, sendo que, concomitantemente com o pagamento das prestações mensais do financiamento, quitavam os prêmios do seguro habitacional.

Aduziram, ainda, que as casas construídas apresentaram inúmeras falhas, como o cedimento e ondulação do madeiramento do telhado e do piso; apodrecimento do forro e assoalho; fissura a apodrecimento das esquadrias de madeira e deterioração da pintura, as quais põem em risco a vida de suas famílias.

Asseveraram, igualmente, que apesar de terem cientificado a Cohab acerca do ocorrido, que, por sua vez, por meio de "avisos de sinistros compreensivos", comunicou os fatos à demandada, na forma prevista no pacto, esta não se definiu sobre o início ou não das obras, restando configurada a sua mora 30 (trinta) dias após o recebimento daqueles.

Pleitearam, então, a condenação da requerida aos pagamentos dos valores necessários à recuperação dos imóveis sinistrados, utilizando-se o CUB para o seu reajuste, além da aplicação da multa de dois (2%) por cento, sobre os valores devidos a cada dez (10) dias de atraso ou fração, contados a partir do trigésimo dia da comunicação do sinistro, acrescida dos valores que tenham que despende quando saírem de suas residências para à aludida recuperação. Requereram, também, o pagamento de 50 UPC's, ou índice oficial que a tenha substituído, a cada um dos segurados, a título de indenização pelos danos causados aos seus bens pessoais ou em virtude do mau estado das casas, tudo acrescido de juros de 1% ao mês, ou, de forma alternativa, na impossibilidade de pagamento em moeda, a condenação da ré em recuperar as casas com problemas por intermédio de empresa amigavelmente ajustada, sem detrimento das demais condenações.

Deferidos os benefícios da justiça gratuita e efetivada a citação da ré, esta apresentou sua resposta, em

forma de contestação, argüindo, preliminarmente, a necessidade da convocação ao feito, na condição de litisconsortes passivos necessários, do I. R. B. e da Cohab/SC.

No mérito, alegou, em suma, que os autores não comprovaram sua qualidade de mutuários, pelos respectivos comprovantes de pagamento dos mútuos.

Aduziu, também, que não foi constatado risco de desmoranamento, sendo que nenhum dos sinistros examinados tem cobertura na apólice, porquanto decorrentes única e exclusivamente da falta de manutenção dos imóveis, haja vista que integrantes de conjuntos habitacionais construídos há mais de 20 (vinte) anos.

Pugnou, derradeiramente, pela improcedência do pedido.

Determinada a citação do I. R. B., este compareceu aos autos, também ofertando contestação, atribuindo a origem dos problemas à baixa qualidade dos materiais empregados e à falta de manutenção das casas pelos seus proprietários, os mutuários requerentes.

Deferida a produção da prova pericial oportunamente requerida, foi nomeado um perito do Juízo, tendo sido assinalado às partes prazo suficiente para a apresentação de seus quesitos e indicação dos assistentes técnicos.

Realizada a perícia e apresentados os extensos laudos, sobre eles se manifestaram os litigantes, tendo os autores pugnado por sua adoção integral, e, a ré, por sua vez, ao argumento de serem imprestáveis para o esclarecimento dos fatos, requerido a confecção de outros.

Em audiência de instrução e julgamento previamente designada, foram tomados os depoimentos de 3 (três) autores, elucidados alguns pontos da perícia pelo experto judicial, tendo sido deferido pedido de esclarecimentos à Cohab, que indicou quais os mutuários que receberam indenização por destelhamento decorrente de vendaval.

As partes apresentaram suas derradeiras alegações em forma de memorial, tendo sido prolatada sentença pelo Dr. Juiz de Direito Substituto (fls. 4.420/4.443), que, acolhendo em parte o pedido dos autores, condenou a seguradora/ré a reparar os seus imóveis, cujos danos foram apontados na perícia, e que ainda não foram recuperados, observando-se o procedimento previsto no anexo 12 da Apólice de Seguro Habitacional, devendo manifestar tal propósito no prazo de 10 (dez) dias, contados do trânsito em julgado da decisão, ou, alternativamente, pagar a estes e aos que já tiveram seus imóveis recuperados, os valores dos danos consignados nos orçamentos individuais, acrescidos de juros de mora legais e correção monetária, na forma acima determinada. Responsabilizou-a, outrossim, pelo pagamento de multa decendial contratualmente fixada de 2% sobre o valor estabelecido em cada orçamento, a contar do 30º dia a partir do recebimento do Aviso de Sinistro Compreensivo – ASC, e ao recolhimento dos honorários do perito e advocatícios, estes à razão de 15% (quinze por cento) sobre o valor total da condenação. Condenou, ainda, o I. R. B. a emitir a enunciação de vontade autorizadora do pagamento a ser feito, declarando a sua obrigação até o limite de sua

responsabilidade, nos moldes do Decreto n. 60.460/67, arcando, na mesma proporção, com os ônus das custas processuais e honorários advocatícios.

Inconformados com a prestação jurisdicional entregue, os vencidos interpuseram recurso de apelação, objetivando a reforma total da sentença. O I.R.B. alegou, em suma, que a responsabilidade pelas casas é da Cohab, porque fiscalizadora da obra. Sustentou, ainda, que o fato de o imóvel estar segurado não exime o proprietário do dever de cuidado e conservação deste, sendo que, no caso, a ausência desses procedimentos normais ocasionou a sua deterioração gradual, fato este que não se enquadra nas condições de cobertura do sinistro. Aduziu, também, ser descabida a condenação em multa decendial, que, acaso seja reconhecida, não deve ultrapassar o valor da obrigação principal.

A Cia. de Seguros Marítimos e Terrestres Phenix de Porto Alegre, a seu turno, sustentou, em síntese, que a apólice cobre ameaça de desmoroamento ou efetivo desmoroamento, o que incurso na espécie, porquanto constatou a perícia que os imóveis segurados apresentavam falhas construtivas, sem ameaça de queda, cuja responsabilidade, inclusive, é da construtora. Alegou, também, que os autores jamais prestaram qualquer manutenção às suas casas, sendo que a descrição de danos pretéritos por parte destes, sem a devida comprovação técnica de sua origem e valor, não pode ser aceita, porquanto não se sabe se a reforma foi realizada para o efetivo conserto ou por outro motivo. Enfatizou, igualmente, que a

multa cominatória, aliás, não prevista na apólice para o caso específico, mas tão-somente na hipótese de não repasse dos prêmios, deve ser fixada segundo a norma ínsita no art. 920 do Código Civil, sob pena de incidir de modo ilimitado, e, ainda, a contar do trânsito em julgado da decisão. Aduziu, derradeiramente, que os juros moratórios, quando não convenccionados, devem ser de 6% ao ano.

Também irrisignados, os autores interpuseram apelo, pugnano pela reforma parcial da decisão objurgada, no sentido de que a indenização seja paga em dinheiro, e não na forma alternativa estipulada no decisum recorrido, e que os honorários advocatícios, por sua vez, sejam majorados para o percentual de 20% sobre a condenação.

Contra-arrazoados os recursos, os autos ascenderam a este Sodalício.

É o relatório.

Ab initio cumpre ressaltar que o contrato de seguro, conforme previsto no art. 1.432 do Código Civil, é "aquele pelo qual uma das partes se obriga para com a outra, mediante o pagamento de um prêmio, a indenizá-la dos prejuízos de riscos futuros, previstos no contrato".

Em relação ao seguro habitacional, espécie da qual gira em torno a controvérsia dos autos, necessário esclarecer que o Sistema Financeiro de Habitação, sob a proteção do então Banco Nacional da Habitação, deu ênfase a tal modalidade, objetivando cobrir todos os riscos que poderiam vir a ocorrer nas habitações populares, financiadas com os recursos do próprio Sistema.

Destarte, a apólice única adotada, de formulação obrigatória e não facultativa, abrangeria os riscos de morte e invalidez permanente dos mutuários adquirentes da casa própria, como também os danos físicos sofridos pela habitação financiada. Certamente, a imposição do seguro ocorre justamente para garantir tanto a integridade do objeto do financiamento, como para resguardar a aplicação dos recursos envolvidos pelo agente financeiro.

Na espécie, a apólice de seguro habitacional, em suas Condições Particulares para Riscos de Danos Físicos, prevê, em sua cláusula 3ª, a cobertura nas hipóteses de incêndio, explosão, desmoronamento total ou parcial, onde se enquadra a destruição ou desabamento de paredes, vigas ou outro elemento estrutural, bem como a ameaça de desabamento devidamente comprovada, o destelhamento, inundação ou alagamento (pág. 1.786).

Acerca da exclusão dos riscos, consigna a apólice, na cláusula 4ª, letra f, que, dentre outros, não responderá a seguradora pelos prejuízos que se verificarem em razão direta ou indireta do “uso e desgaste”. Logo a seguir estatui que “entende-se por uso ou desgaste os danos verificados exclusivamente em razão do decurso do tempo e da utilização normal da coisa, ainda que cumulativamente a: a) revestimentos; b) instalações elétricas; c) instalações hidráulicas; d) pinturas; e) esquadrias; f) vidros; g) ferragens e h) pisos” (págs. 1.786v. e 1.787).

Já a cláusula 5ª insere como objetos de ressarcimento: a) os danos

materiais resultantes diretamente dos riscos cobertos; b) os danos materiais e despesas decorrentes das providências tomadas para combate à propagação dos riscos cobertos, para a salvaguarda e proteção dos bens descritos no instrumento caracterizador da operação a que se refere o imóvel objeto do seguro e para o desentulho do local; c) os encargos mensais devidos pelo mutuário, referentemente à operação abrangida na apólice, quando, em decorrência do sinistro, for constatada a necessidade de desocupação do imóvel, desde o encargo mensal que se vencer imediatamente após o aviso de sinistro até aquele que se vencer dentro dos 30 dias subseqüentes à conclusão dos reparos ou à reconstrução do imóvel sinistrado; d) na hipótese de perda do imóvel e/ou de seu conteúdo, sempre que a avaliação inicial do imóvel e que serviu de base à operação não exceda a 1.000 UPC's, indenização pela perda do conteúdo no limite máximo de 50 UPC's.

Finalmente, extrai-se da cláusula 12ª do referido instrumento:

“12.1. A seguradora, em atendimento ao dever de indenizar o segurado, obriga-se a providenciar, por sua conta e risco, a reposição do imóvel destruído ou danificado, restituindo-o ao estado equivalente àquele em que se encontrava imediatamente antes do sinistro.

“12.2. No caso de comprovada impossibilidade ou contra-indicação da reposição mencionada no subitem 12.1 acima, a indenização será prestada mediante pagamento em dinheiro, no prazo máximo de 30 dias, ao fi-

nanciador, por conta do segurado, com a prévia anuência do postulante”.

In casu, inquestionável a conclusão do perito judicial, ao concluir que, em razão das deficiências construtivas que acometem as residências dos autores, sofrem elas perigo de iminente desabamento.

Deve-se ressaltar que tal laudo pericial não deixa dúvidas quanto a natureza das avarias detectadas, excluindo totalmente a ocorrência de qualquer uma daquelas hipóteses que pudesse isentar a responsabilidade obrigacional da seguradora/ré à cobertura requerida.

E, por esta razão, transcreve-se a perfeita análise do exame técnico, realizada pelo douto sentenciador Dr. Roberto Ramos Alvim:

“A partir de fls. 3.919, no vol. XIII, o perito do Juízo faz as necessárias considerações gerais, esclarecendo que nos imóveis do C.H. Monsenhor Scarzello, conforme observou, os danos são comuns a todas as unidades, alterando-se tão-somente a intensidade dos mesmos para cada unidade habitacional.

“Com relação à cobertura dos imóveis vistoriados, afirma que não foram seguidas as recomendações básicas do fabricante, pois utilizaram prego galvanizado, para fixação das telhas ao invés de serem utilizados parafusos de rosca soberba, que proporciona maior segurança na fixação das chapas de fibrocimento, e as colocaram de forma desalinhada, não proporcionando um perfeito encaixe entre elas, possibilitando com isso o balanço com a ação de ventos e, dependendo da intensidade deste, a quebra das telhas. Diz ainda que a in-

correta forma de fixação, possibilita a existência de telhas soltas, mais a falta de massa de vedação, permite a infiltração da água da chuva para o interior dos imóveis, formando goteiras que estão deteriorando parcialmente a estrutura de madeira, principalmente as ripas nas partes onde os pregos ou parafusos são fixados, além é claro, dos forros. Tece ainda outras considerações sobre o madeiramento da cobertura, incorreto e fora de padrão, além do que está simplesmente apoiado na alvenaria, quando o correto seria sua fixação na estrutura, por meio de grampos de ferro. Relativamente à estrutura do madeiramento, também esta foi completamente fora dos padrões, pois deveriam ter sido usadas ripas de 5x5cm, ao invés das ripas de 2,5 x 5cm, encontradas.

“Com relação ao forro, afirma que as casas receberam o do tipo ‘pacote’, que é confeccionado a partir de ‘cavacos’ de madeira prensada e forro de madeira de pinho tipo paulista ou lambri, que por sua própria natureza, totalmente poroso, absorve com grande facilidade a umidade, deformando-se totalmente, não havendo condições de recuperação. E nas casas onde existe o forro de madeira, tipo lambri os mesmos se apresentam parcialmente deteriorados pela ação do cupim, e dos imóveis vistoriados, 245 ainda possuem forro original, 40 o substituíram totalmente, 7 substituíram parcialmente e um encontra-se sem forro.

“O assoalho de todos os imóveis, foram construídos com piso de madeira, e dos imóveis vistoriados, 170 já haviam substituído totalmente o assoalho original por contrapiso de concreto com revestimento diverso,

21 substituíram parcialmente, e 102 ainda permanecem com o mesmo piso, e os danos existentes nos imóveis vistoriados o mais grave é a subsidência e desmoronamento dos assoalhos que, sem exceção, iniciam junto às paredes, local onde apoiam-se os barrotes da estrutura dos assoalhos, provocadas pela deterioração parcial ou total da extremidade desse elemento estrutural, que tem como causa a grande umidade existente sob os imóveis.

“Em todos os imóveis que ainda possuíam assoalho, observou-se que o risco de acidente estava latente, haja vista a total insegurança desse piso, que poderia ruir totalmente, uma vez que já havia ruído parcialmente com o simples caminhar de uma pessoa, obrigando em alguns casos o isolamento de parte da residência. As causas da subsidência estão ligadas diretamente à pequena altura entre o assoalho e o solo aliado ao fato de que, sob o imóvel acabavam escoando as águas das chuvas onde ficavam represadas, provocando enorme umidade que acabava passando para as pontas dos barrotes, provocando o apodrecimento, tudo isso por falta de boa técnica de construção, que exige altura mínima de 0,60cm entre o assoalho e o solo, para que haja boa ventilação.

“Relativamente às esquadrias, observou o expert que, salvo raras exceções, os imóveis apresentavam-nas deterioradas, com maior incidência nas janelas, sujeitas às intempéries, onde o maior grau de apodrecimento são as forras (marcos), principalmente no encontro dos montantes com a parte inferior da janela.

“Indicou como causa, o fato de ter sido utilizada madeira de qualidade mole, que absorve com maior intensidade as águas das chuvas, ocorrendo o apodrecimento independente de conservação de pinturas.

“Para as paredes, observou que em um número reduzido de imóveis, foi observada a existência de fissuras, trincas ou mesmo rachaduras nas paredes, onde ocorrem com maior frequência nos vértices de portas e janelas ou no encontro de paredes, e que exceto nos casos em que menciona, esses defeitos não estão progredindo, apontando como causa principal a falta de cinta de amarração no respaldo das alvenarias e a inexistência de vergas sobre os vãos das portas e janelas, aliados aos recalques ocorridos em razão da saturação do solo, devido aos constantes alagamentos que ocorriam nos terrenos.

“Culmina por afirmar às fls. 3.925/6, que as causas dos danos foram: para a cobertura foi falha construtiva e causa externa; para o forro foi falha construtiva e causa externa; para o assoalho implantação incorreta das casas e altura insuficiente; para as esquadrias foi falha construtiva; e para as paredes foi falha construtiva”.

Insiste-se, a causa real e efetiva dos danos é o vício nas construções, e não a má conservação e desgaste pelo uso.

Descartada, também, a possibilidade de que as modificações realizadas em algumas unidades fosse a causadora dos defeitos, a uma, porque não acarretaram elas sobrecargas nos imóveis financiados; a duas, porque, tais mudanças, isoladamente, não de-

sobrigam a seguradora do dever de indenizar.

Aliás, é entendimento dominante nesta Corte:

“A indenização não pode ser negada àqueles que, pretendendo-se livrar-se dos riscos de desmoranamento, resolveram, diante da inércia da seguradora após o decurso do longo lapso temporal, reparar por si os danos havidos e até mesmo efetuar reformas ou ampliações nas residências” (Apelação Cível n. 96.008806-7, de Joinville, rel. Des. Eder Graf).

E mais:

“Contrato de seguro. Risco de desmoranamento devidamente comprovado. Prova testemunhal. Válida. Alegação de culpa do segurado na conservação do imóvel. Ônus da prova. Art. 333, II, do CPC. Comprovado o risco de desmoranamento no imóvel objeto do contrato de seguro, cabe à seguradora o ônus da prova que se houve com culpa o segurado pela má conservação do imóvel” (Apelação Cível n. 48.113, da Capital, rel. Des. Paulo Galotti).

Recentemente:

“(…) Em se tratando de imóveis cobertos por apólice habitacional, detectando a prova técnica e existência de danos físicos de natureza irremediável, ensejando a pressuposição de ameaça de iminente desmoranamento, a tutela securitária faz-se devida, incumbindo à seguradora adiantar o importe necessário à reposição dos bens danificados ou, por sua conta e risco, restituí-los ao estado original. Dessa obrigação a seguradora somente se eximirá, acaso resulte comprovado à saciedade — e o ônus probatório quanto a isso é

exclusivamente seu — que os danos se vinculam à má conservação dos imóveis financiados, caracterizando a culpa dos mutuários (...)” (Apelação Cível n. 97.015829-7, de Palhoça, rel. Des. Trindade dos Santos).

De outra parte, não há falar em exclusão peremptória dos riscos, pelo item 3.2 da cláusula 3ª das Condições Particulares para os Riscos de Danos Físicos, porque não é esse o entendimento que decorre do Anexo 12 da Apólice, que, naquele item, prevê duas hipóteses distintas de procedimentos a serem adotados quando da ocorrência de sinistros de danos físicos que atinjam os imóveis segurados (págs. 1.851/1.853).

Ora, a hipótese contemplada no item 3.2, no subitem 3.2.1 (pág. 1.852), só é aplicável quando a obra tiver sido contratada ou executada pelo próprio mutuário, ou quando não houver sido financiada com recursos do SFH, situação totalmente diversa da aqui retratada.

Ainda que houvesse ambigüidade na interpretação dos dispositivos, melhor sorte não estaria a amparar a seguradora, pois doutrina e jurisprudência são unânimes no sentido de que tal dúvida resolve-se em favor do segurado.

A respeito anota Pedro Alvim, verbis:

“(…) o seguro faz parte da categoria dos contratos de adesão. É elaborado geralmente pelo segurador e deverá ser aceito pelo segurado. Admite-se, então, que, em caso de dúvida, seja resolvida contra o segurador” (O Contrato de Seguro, Rio de Janeiro, Forense, 1.983, pág. 174).

Outra não é a orientação do nosso Tribunal:

"(...) 'O contrato de seguro em regra é feito para cobrir qualquer prejuízo. É o princípio do risco integral. Bem por isso e sobretudo em sede de seguro habitacional: '...impende interpretar a apólice no sentido mais favorável à parte, pois se cuida de contrato de adesão, e que, portanto, deve merecer uma exegese favorável, nos pontos em que possa ocorrer alguma dúvida, à parte que contratou o seguro, que aliás tem a finalidade de resguardar aqueles que, para ter moradia própria, tiveram que socorrer-se dos financiamentos sob o Sistema Financeiro da Habitação' (1ª CC — TJRGS, in 'RJRGS'; vol. 120/320, in JC 62/165)" (Apelação Cível n. 48.257, de São José, rel. Des. Alcides Aguiar).

Aliás, a conclusão do eminente Des. Trindade dos Santos, acerca do tema, merece ser transcrita:

"Ora, sendo as cláusulas da apólice habitacional impostas ao segurado, que às mesmas apenas adere, sem qualquer possibilidade de discutí-las ou reformulá-las, seria um verdadeiro contra-senso admitir-se que, imposta ao segurado uma cláusula de interpretação dúbia, os benefícios viessem a favorecer aquele que impôs a cláusula.

"Adotado entendimento diverso, mormente no que se refere aos seguros habitacionais, gerada estaria a falência da natureza social dos programas de habitações populares, pois tornar-se-ia letra morta na apólice habitacional a previsão de cobertura para os danos físicos decorrentes de vícios construtivos que, em última análise, teriam que ser suportadas ex-

clusivamente pelos mutuários, admitida, então, a total irresponsabilidade da seguradora.

"Irrefutavelmente, em assim sendo, impõe-se à seguradora que, uma vez constatados os danos, ainda que decorrentes os mesmos de vícios de construção, providencie a imediata recuperação dos imóveis ou a respectiva liquidação do sinistro, com o pagamento em dinheiro dos valores necessários a essa recuperação.

"Conclui-se, então, que, na situação detectada nos autos em pauta, não havia mesmo como deixar o insigne Magistrado sentenciante de acolher a proposição reparatória dos autores".

Em julgamentos de questões semelhantes a dos autos, decidiu esta Corte:

"Comprovado o dano físico de natureza irremediável em o imóvel coberto por apólice de Seguro Habitacional, cumpre à Companhia Seguradora adiantar o valor necessário à reposição do bem danificado ou, por sua conta e risco, restituí-lo ao estado equivalente àquele em que se encontrava imediatamente antes do sinistro" (JC 34/227, rel. Des. Napoleão Amarante).

E mais:

"Ocorrendo o sinistro, uma vez constatada ameaça de desmoronamento, obrigando inclusive o comprador a desocupar o prédio, evidencia-se a responsabilidade da seguradora, desde o momento da assinatura do contrato (...)" (JC 50/78, rel. Des. Hélio Mosimann).

Ainda:

“Sendo comprovada a existência de danos para os quais concorreram, além de falhas construtivas, agentes externos, é o que basta para caracterizar o dever da seguradora de cobri-los, pois ‘em cuidando-se de contrato de adesão, como sói o securitário, há que se interpretar o contrato em consonância com o fim social a que se destina, máxime por se tratar de imóvel destinado à moradia, adquirido com recursos do Sistema Financeiro da Habitação, em cuja prestação se insere o pagamento obrigatório do prêmio’ (Ap. Cív. n. 48.257, rel. Des. Alcides Aguiar). Em caso de dúvida, esta se resolve em favor dos segurados” (Apelação Cível n. 96.004741-7, da Capital, rel. Des. Sérgio Paladino).

Finalmente:

“Se a perícia, contundentemente, alega iminente perigo de desmoronamento do imóvel, decorrentes de vícios em sua edificação, agravados pela ocorrência de enchentes, já havendo, inclusive, desabamento de parte do mesmo, dentro dos padrões da lógica do homem médio, não se pode ter como crível a assertiva da seguradora de que o desgaste natural dos imóveis e a falta de manutenção desses poderiam, em tão pouco tempo, levar os mesmos às condições precárias em que se encontram” (Apelação Cível n. 96.006635-7, de Itajaí, rel. Des. Orli Rodrigues).

Do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“Seguro por danos sofridos em prédio financiado pelo Sistema Financeiro da Habitação. Risco de desmoronamento, em face da acomodação dos alicerces ao solo paludoso, ocasionando rachaduras nas paredes e

outros danos. Interpretação de cláusula sobre os ‘riscos cobertos’. Contrato de adesão. Tutela do seguro. Ação indenizatória procedente. Sentença confirmada” (RJTJRS 120/320).

Quanto à multa decendial, não há como isentar a seguradora/ré do seu pagamento, porquanto tendo recebido o aviso de sinistro não promoveu, no prazo estipulado na apólice, o pagamento dos danos apontados nos imóveis dos autores ou a devida recuperação destes, tornando-se, via de consequência, inadimplente a partir do 30º dia contado daquele recebimento, nos termos da cláusula 17ª, subitem 17.3, das Condições Particulares da Apólice de Seguro Habitacional (pág. 1.783/verso).

Comentando o art. 461 do Cânone Processual Civil, Kazuo Watanaabe anota:

“Na primeira hipótese, estamos diante de infungibilidade prática e a execução específica da obrigação de fazer somente poderá ser alcançada com a colaboração do devedor. Para induzi-lo à prática do ato, o sistema jurídico prevê a imposição de meios de coerção indireta, como a multa diária, à semelhança das astreintes do Sistema Francês” (pág. 41).

Mais adiante:

“Também a imposição da medida coercitiva indireta, consistente em multa (arts. 287 e 644 e parágrafo único do CPC), é feita por meio de sentença condenatória, que dá origem a título executivo judicial que, não sendo espontaneamente adimplido enseja o acesso ao processo de execução forçada”.

E prossegue:

“A respeito da multa cabe ser anotado que ela poderá ser imposta na sentença independentemente do pedido da parte (§ 4º do art. 461) e até mesmo na execução, quando omissa a sentença (art. 644, caput)” (pág. 43).

Especificamente sobre a multa e perdas e danos:

“A multa é medida de coerção indireta imposta com o objetivo de convencer o demandado a cumprir espontaneamente a obrigação. Não tem finalidade compensatória, de sorte que, ao descumprimento da obrigação, é ela devida independentemente da existência, ou não, de algum dano. E o valor desta não é compensado com o valor da multa, que é devido pelo só fato do descumprimento da medida coercitiva. Nesse sentido deve ser interpretado o § 2º do art. 461” (pág. 47) (Tutela Antecipatória e Tutela Específica das Obrigações de Fazer e não Fazer, in Reforma do Código de Processo Civil, São Paulo, Saraiva).

Assim, descabida a pretensão de não incidência da multa decendial, sendo, inclusive, improcedente a irrisignação quanto ao seu termo a quo, pois conquanto respeitável o entendimento doutrinário e jurisprudencial segundo o qual na ação cominatória a multa requerida na inicial incide a partir do trânsito em julgado da sentença que a decretou, no caso concreto está-se diante de cláusula contratual expressa em sentido contrário, bastando o Termo de Negativa do Seguro para configurar a mora e o próprio inadimplemento contratual. Em outras palavras, a multa não nasce do provimento judicial, mas de preceito próprio acordado na apólice.

É da lição de Carvalho Santos ao analisar o art. 921 do Cãnone Civil:

“Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal desde que se vença o prazo da obrigação, ou, se o não há, desde que se constitua em mora. Duas hipóteses precisam ser distinguidas, de acordo com os termos da lei. A primeira, esta em que incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, a que se verifica sempre que a obrigação não for cumprida dentro de um termo preestabelecido; a segunda quando não há prazo prefixado para o cumprimento da obrigação” (Código Civil Brasileiro Interpretado”, vol. XI, 9ª ed., pág. 366).

Complementando:

“Quando o Código diz que o devedor incorre de pleno direito na cláusula penal quer significar que, para ficar obrigado a pagá-la, não se faz mister nenhuma interpelação para constituí-lo em mora”.

No que pertine à aplicação ilimitada da multa contratual, assiste razão à seguradora/recorrente quando pretende seja respeitado o máximo previsto no art. 920 do Código Civil.

Estabeleceu a cláusula 17.3 da apólice:

“A falta de pagamento da indenização, no prazo fixado no item 16.2 da cláusula 16ª destas condições, sujeitará a seguradora ao pagamento da multa de 2% (dois por cento) sobre o valor da indenização devida, para cada decêndio ou fração de atraso, sem prejuízo da aplicação da correção monetária cabível” (fls. 1.783v.).

Vislumbra-se aí, o caráter cumulativo da multa, a teor do artigo 919 do Código Civil, o qual se sujeita ao limite

do artigo 920 do aludido diploma, incidindo apenas no caso de inadimplemento da obrigação por qualquer das partes, tendo como pressuposto a inexecução do contrato.

Tem sido decidido:

“O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal” (art. 920 do Código Civil).

“O que é preciso esclarecer, depois disso, é que se a cláusula penal excede o valor da obrigação, não há propriamente nulidade nem da obrigação principal, nem tampouco da cláusula penal. A nulidade é apenas do excesso, o que não prejudica a validade da convenção. Por isso que o Juiz ex vi legis tem o dever de fazer a redução” (JC 65/164).

E ainda:

“Processo civil, Ação cominatória. Execução. Pena pecuniária. CPC, arts. 287, 644, 645. Enriquecimento indevido. Limitação. CC, arts. 920 e 924. Hermenêutica. Recurso inacolhido.

“I — O objetivo buscado pelo legislador, ao prever a pena pecuniária no art. 644, CPC, foi coagir o devedor a cumprir a obrigação específica. Tal coação, no entanto, sem embargos de equiparar-se às astreintes do direito francês, não pode servir de justificativa para o enriquecimento sem causa, que ao Direito repugna.

“II — É da índole do sistema processual que, inviabilizada a execução específica, esta se converterá em execução por quantia certa, respondendo o devedor por perdas e danos, razão pela qual aplicáveis os princí-

pios que norteiam os arts. 920 e 924 do Código Civil.

“III — A lei, que deve ser entendida em termos hábeis e inteligentes, deve igualmente merecer do jogador interpretação sistemática e fundada na lógica do razoável, pena de prestigiar-se, em alguns casos, o absurdo jurídico” (REsp. n. 13.416-0—RJ rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. em 17/3/1992, in RSTJ n. 37/428).

“A multa diária pedida pelo autor para exigir o cumprimento de obrigação de fazer, deve ser limitada ao valor da causa sob pena de o preceito tornar-se exasperador” (ac. unânime, de 10/6/75, in ob. e a. citados, pág. 296 — eg. Primeira Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo).

Ou:

“A pena imposta em ação cominatória não pode ser superior ao quanto da obrigação principal — Código Civil, art. 920” (AC. unân. em sessão plena de 10/12/75, em embargos no RE n. 78.314-RJ, rel. Min. Antônio Neder; RTJ, vol. 77, pág. 489) (in “O Processo Civil à Luz da Jurisprudência”, Alexandre de Paula, vol. III, pág. 290).

Esta Corte de Justiça já se manifestou a respeito. Senão vejamos:

“A multa contratual por atraso no cumprimento de obrigações não está sujeita ao limite de 10% de que trata o Dec. n. 22.626, aplicável somente aos contratos de mútuo, mas também não é ilimitada. Está sujeita, sim, ao limite do art. 920 do Código Civil, isto é, não pode exceder o valor da obrigação contratual. Doutrina e jurisprudência a respeito” (Ap. Cív. n. 50.086, de Lages, rel. Des. João José Schaefer, julgada em 15/8/96).

No corpo do aresto ficou consignado:

“A multa, contudo, não é ilimitada, tendo razão, neste ponto, a apelante.

“Prevalece, no caso, o disposto no art. 920 do Código Civil segundo o qual o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal”.

Carvalho Santos já escrevera:

“No sistema do nosso Código, as partes têm a liberdade de estipular a cláusula penal, fixando-a no valor que entenderem acordar como representativo das perdas e danos. Mas, sendo certo que a liberdade, no conceito do direito moderno, não é irrestrita, tendo, ao invés, limites que lhe são traçados pelos interesses da ordem pública, a liberdade da convenção, na espécie, ficou delimitada na lei, ao não permitir às partes convenicionarem a cláusula penal em valor excedente ao da obrigação principal” (Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. XI, pág. 361, edição 1935).

Mais modernamente Orlando Gomes, depois de dizer que a cláusula penal pode ser prevista para a inexecução do contrato, ou para a infração de uma de suas cláusulas, ou para a simples mora, diz que nas duas últimas hipóteses é ela cumulativa com a obrigação principal.

Ou seja, além do cumprimento da obrigação principal, assiste ao credor o direito a exigir do devedor que também lhe pague a indenização prefixada na cláusula (Obrigações, ed. Forense, 1976, pág. 193).

Mas adverte que há um limite máximo: o valor da cominação impos-

ta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal, seja qual for a extensão do dano. A parte excedente é excluída, valendo a cláusula até a medida prevista em lei, justificando-se tal restrição pela necessidade de coibir abusos e injustiças (obra citada, pág. 194).

Essa a orientação jurisprudencial, antiga e nova.

De antigos arestos se vê que verificado o inadimplemento de certas cláusulas a multa não pode exceder o valor da obrigação principal (RT 185/711). Por igual RT 142/673.

De mais novos, pode referir o do TA de São Paulo divulgado por Wilson Bussada em seu Código Civil Interpretado pelos Tribunais, vol. 4, tomo I, sob n. 213 e ainda o do STF nos Embargos no Recurso Extraordinário n. 78.314, Tribunal Pleno, relator o Sr. Ministro Antônio Nader (RTJ 77/489), com esta ementa:

“1. A pena imposta em ação cominatória não pode ser superior ao quanto da obrigação principal (Cód. Civil, art. 920; CPC, de 1939, arts. 303 e 1.005)”.

Refere o último que ao julgar o caso na egrégia Primeira Turma o eminente Ministro Oswaldo Trigueiro invocara anterior decisão da Corte no RE n. 25.649, relator o Sr. Ministro Luiz Gallotti no sentido de que o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal, enunciando-se na ementa do julgado embargado:

“Ação cominatória. Não pode a pena cominatória exceder o valor da obrigação principal.

“Recurso extraordinário conhecido e provido.

“Neste ponto, pois, é provido parcialmente o recurso da seguradora para limitar a multa ao valor da condenação principal” (fls. 4.813/4.815).

Todavia, o limite de 10% é inaplicável, posto não se tratar de mútuo, este sim sujeito à lei de usura.

Veja-se a propósito:

“Direito civil. Compromisso de compra e venda. Inadimplemento. Pedidos de rescisão contratual, reintegração na posse e perdas e danos. Redução destas aos prejuízos efetivamente sofridos e ao aluguel pela ocupação. Cláusula penal. Inteligência dos arts. 920 e 924, CC. Recursos não conhecidos.

“I — (...)”

“II — A pena convencional prevista no art. 920, CC, não se limita ao percentual da lei de usura, sendo lícito ao juiz, porém, autorizado pela norma do art. 924 do mesmo diploma, reduzi-la a patamar justo, evitando que referida multa venha a constituir fonte de enriquecimento indevido” (JSTJ e TRF LEX 37/135).

Ou mais:

“Processo de execução. Sentença homologatória de transação. Obrigação de fazer. Cumprimento após o termo do prazo de execução. Cobrança da cláusula penal. Caráter moratório. Limites. Aplicação do art. 920 do Código Civil. Pretendida aplicação da lei de usura. Inadmissibilidade. Recurso provido parcialmente. Custas e honorários compensados entre os litigantes.

“(…)”

“A lei de usura não foi revogada pela Lei n. 4.595/64; todavia se aplica, apenas, aos contratos de mútuo, a fim de evitar a cobrança de juros onzenários” (JC 14/152-153).

Ou também:

“Contrato de compra e venda. Cláusula estabelecida em 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da dívida. Inaplicabilidade do Decreto n. 22.626, de 7/4/33. Convenção revestida de juridicidade.

“O artigo 9º da lei de usura, que não reconhece a validade de cláusula penal superior à importância de 10% do valor da dívida, só tem aplicação, consoante reiterado entendimento doutrinário e jurisprudencial, nos contratos de mútuo” (JC 55/155-156).

Caio Mário da Silva Pereira, com muito acerto, leciona:

“No caso especial do mútuo, a multa é limitada em 10%. Quando entrou em vigor o Decreto n. 22.626, de 1933, houve quem nele visse uma revogação do art. 920 do Código Civil, e arestos existem, aplicando tal doutrina, e sustentando, em conseqüência, que nenhuma cláusula penal pode exceder a 10% do valor da obrigação. Sem fundamento, porém, a doutrina não vingou, pois que o referido Decreto n. 22.626, como lei especial que é, só tem aplicação ao mútuo. Daí ficar assente o princípio, que a doutrina consagra e a jurisprudência aplica: o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal, salvo nos casos especiais em que, por exceção, a lei estatui outra limitação” (in Instituições de Direito Civil, vol. II, 4ª ed., Forense, 1976, págs. 137/138).

Sílvio Rodrigues comenta:

"No Supremo Tribunal, por escassa maioria, foi acolhida a tese de que a lei de usura (Dec. n. 22.626, de 7/4/1933), só abrangia os contratos de mútuo e, dessa maneira, lícita tinha sido a cobrança da multa pelo recorrente".

Da nossa Corte de Justiça ainda temos:

"A multa penal prevista na apólice habitacional por cada decêndio ou fração de atraso na reparação do sinistro, é medida de coerção indireta imposta com o objetivo de convencer a seguradora a cumprir espontaneamente a obrigação. O dies a quo da incidência dessa multa corresponderá à data do Termo de Negativa da Cobertura.

"Desde então incorreu o devedor de pleno direito na cláusula penal, posto que configurada a mora ou retardo injustificável na execução da obrigação" (Apelação Cível n. 48.257, 4ª Câmara Civil do TJSC, São José, rel. Des. Alcides Aguiar, 19/9/96).

Destaca-se ainda:

"Ação Cominatória. Não pode a pena cominatória exceder o valor da obrigação principal.

"Recurso extraordinário conhecido e provido".

Orientação nesse sentido adotou esta Câmara, na Apelação Cível n. 50.086, julgada em 15 de agosto de 1996, tendo como relator o mesmo deste acórdão e manifestado Recurso Especial ao egrégio Tribunal Superior de Justiça, foi o aresto confirmado por maioria, com esta ementa:

"Multa moratória diária.

"Incidência da limitação imposta pelo artigo 920 do Código Civil" (REsp. n. 128.260, DJU de 6/4/98).

O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, relator, depois de dizer que a questão se prendia unicamente em saber "se incide a limitação constante do art. 920 do Código Civil", sustentou: "Trata-se, no caso, indubitavelmente, de multa de caráter moratório, cujo objetivo é induzir o devedor ao cumprimento pontual da obrigação, ao mesmo tempo em que traduz prefixação do valor das perdas e danos que pudessem ser devidos pelo atraso". E acrescentou: "Considero que a ela se há de aplicar a restrição do dispositivo citado, com maior razão até do que quando se trate de multa compensatória".

Pontes de Miranda sintetiza:

"O segurador assume o risco. Vincula-se ao seguro. Se ocorre o sinistro, tem ele de pagar o seguro, que é o que ele deve. Tem de fazê-lo nos limites e no modo que se estabeleceram no contrato" (Tratado de Direito Privado, 2ª ed., Borsóí, 1964, pág. 331).

Ressaltando:

"O interessado pode exigir do segurador os meios para o salvamento, ou para atenuação dos prejuízos, desde que iminente o sinistro e em verdade suscetível de medidas diminutivas dos danos" (op. loc. cit., págs. 339/340).

"O contrato de seguro em regra é feito para cobrir qualquer prejuízo. É o princípio do risco integral. Bem por isso e sobretudo em sede de seguro habitacional: '...impende interpretar a apólice no sentido mais favorável à parte, pois se cuida de contrato de adesão, e que, portanto, deve mere-

cer uma exegese favorável, nos pontos em que possa ocorrer alguma dúvida, à parte que contratou o seguro, que aliás tem a finalidade de resguardar aqueles que, para ter moradia própria, tiveram que socorrer-se dos financiamentos sob o Sistema Financeiro da Habitação' (1ª CC — TJRGS, in RJRGS, vol. 120/320, in JC 62/165)" (Ap. Cív. n. 48.257, de São José).

Vale citar, ainda, aresto deste Areópago:

"Contrato de seguro — Cláusula penal — Excedimento ao valor da obrigação principal — Inadmissibilidade — Art. 920 do CC — Lei de usura — Inaplicação.

"A cláusula penal, convencionada para a hipótese de inadimplemento contratual, apesar de não estar sujeita à limitação de 10% prevista na lei de usura, deve respeitar aquela imposta pelo art. 920, do Código Civil, não podendo exceder o valor da própria obrigação principal" (Apelação Cível n. 96.008806-7, 3ª Câmara Civil do TJSC, Joinville, rel. Des. Eder Graf, 13/2/97).

Relativamente ao percentual de aplicação dos juros moratórios, cumpre asseverar que devem ser reduzidos para 6% ao ano porque, mesmo que não prevista sua incidência em caso de mora, esta é presumida pelos arts. 1.026 e 1.063 do Código Civil; neste caso, contudo, devem ater-se à taxa legal.

Vale citar o escólio de Carvalho Santos:

"Os juros podem ser convencionados ou legais. Convencionais são eles quando estipulados, pelas par-

tes, na convenção, quer sejam compensatórios, quer moratórios.

"Legais são os juros impostos pela lei, em falta de convenção, nos casos taxativamente previstos, ou, senão, no caso de mora.

"Vale dizer: se as partes não estipulam juros, os compensatórios não são devidos senão nos casos taxativamente previstos na lei, presumindo-se, quanto aos de mora, que convieram na taxa legal" (op. cit., vol. XIV, pág. 278).

E arremata:

"Admite o Código que prevaleça a taxa convencional, dispondo, assim, da forma supletiva.

"Na ausência de convenção, porém, a taxa dos juros deve ser a legal, não podendo prevalecer a do estilo da praça, ou a preponderante nos usos locais" (op. cit., pág. 281).

No que pertine à pretensão dos autores, no sentido de reformar-se a parte da sentença que facultou à ré/vencida o pagamento da indenização em dinheiro ou a recuperar os seus imóveis, preciso é o entendimento do eminente Des. Alcides Aguiar, que asinalou:

"Esta colenda Quarta Câmara Civil já decidiu questão análoga, ao julgar a Ap. Cív. n. 50.086, de que foi relator o eminente Des. João José Schaefer. Naquela demanda a Magistrada condenara a seguradora a recuperar os imóveis ou alternativamente a pagar a indenização ali apuradas, desde que não observado o procedimento previsto no art. 12 da apólice habitacional. Os autores se insurgiram contra essa condenação alternativa, porque não prevista na apó-

lice, enquanto o pagamento em dinheiro é que deve prevalecer se for contra-indicada a restauração, contra-indicação, que, como nos presentes autos, resultaria do largo espaço de tempo decorrido do tumultuado relacionamento com a seguradora, e, portanto, insuportável aversão dos autores em relação a ela; o processo não será extinto enquanto as casas não estiverem consertadas; surgirão questões únicas a serem resolvidas judicialmente; a seguradora optaria por reforma com economia de custos, e, portanto, com utilização de mão-de-obra desqualificada e material de baixa qualidade, enfim, que o pagamento em moeda é a forma mais simples e descomplicada do cumprimento da obrigação.

“Aquele v. aresto, porém, manteve o decism de Primeiro Grau, porquanto:

“Os próprios autores — tal como aqui ocorre — formularam pedido alternativo — vale dizer — se impossível o pagamento em moeda, que fosse a ré condenada a restaurar os imóveis sinistrados.

“A seguir ressalta o r. julgado deste Órgão Fracionário:

‘No magistério de Moacyr Amaral Santos (‘Primeiras Linhas de Direito Processual Civil’, II vol., pág. 153) ‘diz-se alternativo (o pedido) porque o autor, dada a natureza da relação de direito substancial, pede a efetuação do seu direito por mais de uma forma, cada uma suficiente para satisfação de sua pretensão: pede o cumprimento de uma ou outra prestação’.

“E prossegue:

‘No caso, é verdade, não se cuida de prestações diversas que pudes-

sem ser prestadas, uma ou outra, na forma dos arts. 884 e seguintes do Código Civil, senão que de obrigação suscetível de ser cumprida de uma ou outra forma (CPC, art. 288), para possibilitar a volta dos imóveis ao estado em que se encontravam anteriormente’.

“(…) ‘A sentença, no caso, atendeu ao pedido dos autores, admitindo o cumprimento da obrigação de uma ou outra forma, à escolha do devedor, mas fixando o prazo de 10 dias para o exercício da opção’.

“E anota:

‘É verdade que não justificou a admissão da segunda alternativa do pedido com a impossibilidade de cumprimento da primeira, como pretendido pelos autores, mas a obrigação da seguradora constante das ‘Condições Especiais do Seguro’ (Cês, item 3.1.1. — Anexo 12) da apólice (fls. 3.245), caso ocorresse o sinistro, consoante afirmação dos próprios autores na inicial (fls. 11/12, item 8) é a de, ‘contratar construtora e iniciar a recuperação do sinistro após as medidas judiciais deferidas ou determinadas’, obrigação, pois, ajustada plenamente à primeira alternativa da sentença’.

‘Se agora os autores entrevêem inconveniente ou dificuldades de ordem prática à alternativa posta na sentença, de que a seguradora requeria recupere os imóveis sinistrados, do ponto de vista jurídico não há óbice algum a tal forma de condenação, se o pedido foi assim formulado, não tendo amparo no contrato subordinar-se à hipótese de recuperação dos sinistros à demonstração de impossibilidade de pagamento direto de indenização em

moeda corrente aos procuradores dos autores’.

“E prossigue a r. decisão com inegável acerto:

‘De resto, o que poderia afigurar-se de cumprimento improvável ou pelo menos difícil seria a execução da obrigação de reconstruir ou reformar as casas, não o pagamento em dinheiro, como sustentado na inicial’.

“Ora, em face do que dispõem as cláusulas 12.1 e 12.2 das condições especiais da apólice — fls. 75 — a seguradora obriga-se a providenciar, por sua conta e risco, a reposição do imóvel destruído ou danificado, e, apenas no caso de comprovada impossibilidade ou contra-indicação da reposição, a indenização será prestada em dinheiro.

“A impossibilidade ou contra-indicação da reposição pertine naturalmente à natureza dos danos. Desde que a perícia não deixou configurada uma ou outra hipótese a reposição é a alternativa primeira a ser observada, em consonância com o convencionalizado (apólice habitacional).

“Bem por isso decidiu-se na Ap. Cív. n. 50.086 já referida: ‘... Havendo os próprios autores feito pedido alternativo, não procede agora sua insurgência contra a condenação alternativa, porque os inconvenientes que apontam relativamente à recuperação dos imóveis pela própria seguradora não encontram óbice do ponto de vista jurídico’.

“Enfim, a alternatividade das prestações não decorre apenas da vontade individual, resultando, na espécie vertente, das próprias disposições legais e contratuais” (Apelação Cível n. 48.257, de São José).

Improcede, por outro lado e todavia, a majoração da verba honorária, porquanto bem fixada segundo os parâmetros do art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil, naquele percentual de 15% sobre a condenação, tendo, inclusive, reconhecido o árduo trabalho dos doutos patrocinadores da causa, bem como a complexidade desta.

Ante todo o exposto, conhecesse dos recursos, apenas para dar-se provimento, em parte, ao da seguradora/ré, para limitar a multa e reduzir os juros de mora a 6% ao ano, mantendo-se intacta, no mais, a doutra sentença sob pleia.

Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Des. Anselmo Cerello e participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Sérgio Paladino e Vanderlei Romer, vencido o ilustre Des. relator, Gaspar Rubik que ilimitava a multa, tendo sido designado para lavrar o acórdão o eminente Des. Anselmo Cerello.

Florianópolis, 17 de junho de 1999.

Xavier Vieira,
Presidente para o acórdão;
Anselmo Cerello,
Relator designado.

APELAÇÃO CÍVEL N. 00.001965-8, DE TIMBÓ**Relator: Des. Carlos Prudêncio**

Execução. Inexistência de bens penhoráveis. Suspensão da execução requerida pela credora. Magistrado que a intima pessoalmente para prosseguir no feito e, sem nova manifestação de sua parte, extingue o processo. Impossibilidade. Inteligência do artigo 791, III, do Código de Processo Civil. Suspensão da execucional. Arquivamento dos autos. Recurso provido.

Se o devedor não possui bens passíveis de penhora, a execução deve ser suspensa por tempo indeterminado, com o arquivamento dos autos, e não extinta, a teor do que dispõe o inciso III do art. 791 do CPC.

As hipóteses de extinção da execução estão previstas no Código de Processo Civil em seu art. 794 e segs., e se relacionam com a extinção da própria obrigação, por pagamento, transação, remissão ou renúncia por parte do credor. Ao contrário, o art. 267, III, do CPC, que trata da extinção do processo por abandono, somente seria aplicável se fosse o caso de real desamparo do processo pela credora, o que não foi o caso, restando equivocada, pois, a atitude do Juiz que intimou a parte para impulsionar o feito e, diante disso, extinguiu-o sem julgamento do mérito.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.001965-8, da comarca de Timbó (1ª Vara), em que é apelante Talassa Modas Indústria e Comércio Ltda. — ME, sendo apelado Henrique José Wollinger:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso para anular o processo a partir da sentença de fls. 56, inclusive.

Custas legais.

I — Relatório

Talassa Modas Indústria e Comércio Ltda. — ME propôs execucional contra Henrique José Wollinger, aduzindo ser credora deste da quantia de R\$ 1.500,00, representada pela nota promissória emitida em 21/6/96 que, devidamente atualizada, alcançou a cifra de R\$ 1.390,93, já abatido um pagamento parcial do débito.

Tramitado o feito, restaram penhorados um refrigerador, um televisor e uma antena parabólica.

A fls. 42, a exequente requereu a suspensão do processo por trinta dias.

Às fls. 44/45, o meritíssimo Juiz de Direito cancelou a penhora efetivada, porquanto abrangidos os bens pela Lei n. 8.009/90. Em seguida, a credora requereu a expedição de novo mandado de penhora, o que foi deferido pelo Magistrado a fls. 47.

Pela certidão de fls. 49v., o meirinho consignou que o executado somente possui bens que guarnecem a residência. Assim, determinou o meritíssimo Juiz que a credora se manifestasse sobre a certidão, sob pena de arquivamento do feito.

A fls. 51, a credora Talassa requereu a suspensão do feito por noventa dias, o que restou deferido pela Magistrada a fls. 51.

Ultrapassado o prazo, a autora foi novamente intimada para manifestar seu interesse na continuidade do feito. Entretanto, deixou fluir in albis o prazo sem qualquer manifestação.

Em assim sendo, a fls. 56, o meritíssimo Juiz de Direito declarou extinta a execucional, condenando a credora ao pagamento das custas processuais.

Irresignada, apela a autora Talassa dizendo que, anteriormente à expiração do prazo de noventa dias de suspensão do feito, a escrivã, no dia 3/9/99, precipitou-se ao manifestar o decurso do prazo, até porque o despacho da Juíza sequer havia sido publicado. Diz, ainda, que a sua intimação pessoal para prosseguimento no feito foi feita somente à parte, e não ao procurador, e que a ausência de bens somente suspende a execução, não se podendo extinguir o feito por abandono, porquanto o processo não foi abandonado por mais de um ano por sua negligência.

Em seguida, os autos alçaram a esta Superior Instância.

II — Voto

Conforme suficientemente demonstrado no relatório, a fls. 51, em petição datada de 10/6/99, a credora Talassa requereu nova suspensão do processo por noventa dias, o que restou deferido pela Magistrada a fls. 51v., em 21/6/99, nos seguintes termos: "Decorrido o prazo sem manifestação, intime-se o credor pessoalmente para que se manifeste em 48 horas, sobre o interesse na continuidade do feito, sob pena de arquivamento".

Destarte, o prazo de 90 dias terminaria somente no dia 21 do mês de setembro. Entretanto, a fls. 52, para uma certidão da escrivã da 1ª Vara, datada de 3/9/99, informando haver decorrido o prazo legal de suspensão do processo sem qualquer manifestação das partes. Dessa certificação, a credora Talassa foi intimada pessoalmente conforme o mandado de fls. 54 e 54v., do que se seguiu a extinção da execucional a fls. 56.

É certo, não se duvida, que o art. 267, inciso II, autoriza a nossa lei processual civil a extinguir o processo sem conhecimento do respectivo mérito, "quando ficar parado durante mais de um ano por negligência das partes", autorizada também essa extinção, na forma do inciso III, "quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de trinta dias", e também que a intimação pessoal da autora, conforme dispõe o disposto no art. 267, § 1º, do Código de Processo Civil, constitui-se em providência inarredável para que, com base no abando-

no do processo, tanto com fulcro no inciso II como no III, seja proclamada a sua extinção.

Por outro lado, embora possua razão a apelante Talassa, não se aplica, in casu, o inc. II do art. 267 do CPC que trata da paralisação do processo por negligência das partes por mais de um ano, como também não incide na espécie o inc. III que trata do abandono da causa por mais de trinta dias. É que, primeiramente, o escrivão certificou o escoamento de um prazo de forma errônea antes de sua expiração, conforme determinado supra e, em segundo, porque o art. 791, III, é expresso ao dispor que o processo de execução suspende-se, dentre outras hipóteses, quando o devedor não possuir bens penhoráveis, devendo ser arquivado provisoriamente, se for o caso, mas não extinto. Em suma, não encontrado o devedor ou não localizados bens penhoráveis, impõe-se a suspensão do processo por prazo indeterminado, conforme dispõe o art. 791, III, do CPC, não se podendo falar em sua extinção.

As hipóteses de extinção da execução estão previstas no Código de Processo Civil em seu art. 794 e segs., e se relacionam com a extinção da própria obrigação, por pagamento, transação, remissão ou renúncia por parte do credor. Ao contrário, o art. 267 do CPC somente seria aplicável se fosse o caso de real abandono do processo pela credora, o que não foi o caso, restando equivocada, pois, a atitude da douta Magistrada de intimar a parte, sob pena de extinção, para promover o andamento do feito supostamente abandonado.

A respeito da hipótese em exame, assentou Nery Júnior, Nelson e Nery, Rosa Maria Andrade, Código de Processo Civil Comentado, 1996, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, pág. 1.115:

“A não-localização de bens pertencentes ao devedor sobre os quais possam se proceder o arresto para garantia da execução, leva à suspensão do processo, de acordo com o CPC, 791, III, por equivaler tal situação à inexistência de bens penhoráveis e não à extinção do feito (RT 698/117)”.

Nesse sentido, a Ap. Cív. n. 96.005250-0, da Capital, rel. Des. Newton Trisotto, DJE de 17/2/97:

“O pedido de suspensão da execução (CPC, art. 791, III) e de arquivamento administrativo dos autos não autoriza a extinção do processo”.

E, também: “A execução é suspensa, e não extinta, quando o devedor não possui bens penhoráveis” (in JC 63/87).

III — Decisão

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para anular o processo a partir da sentença de fls. 56, inclusive.

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

Florianópolis, 11 de abril de 2000.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente com voto;
Carlos Prudêncio,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 00.004917-4, DE TAIÓ**Relator: Des. Carlos Prudêncio**

Indenização por danos morais. Compra a prazo. Pagamento efetuado diretamente na loja. Inscrição indevida no SPC. Título já pago. Abalo psicológico incontestado. Recurso desprovido. Montante arbitrado em cem salários mínimos.

A dor moral não pode ser medida por técnica ou meio de prova do sofrimento e, portanto, dispensa comprovação. A demonstração do resultado lesivo, qual seja, a inscrição do suposto devedor no Serviço de Proteção ao Crédito, e do nexo causal, só por si, bastam ao direito de indenização correspondente, sendo mister da empresa que indica o título à negatização evitar o problema por outros meios.

A negatização indevida e prolongada no SPC, por si só, satisfaz a possibilidade de indenização por danos morais, sendo a ofensa à imagem, vertida na reação desgostosa suportada pelo autor, fato comprobatório dos prejuízos sofridos, mormente quando há dificuldade no arbitramento dos danos materiais.

É sabido que o SPC e a Serasa constituem-se em organizações privadas que têm por fim lançar anátema e execração sobre aqueles que deixam de cumprir com alguma obrigação ligada ao sistema financeiro. Nelas não se admite a contestação do débito ou qualquer escusa, pairando sobre os negatizados a ignomínia de inadimplente que somente é levantada após burocrático e moroso processo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.004917-4, da comarca de Taió, em que são apelantes e apeladas Istelina Dias e Losango Promotora de Vendas Ltda.:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, afastadas as preliminares, dar provimento ao recurso de apelação da autora para aumentar o valor da indenização para cem (100) salários mínimos, prejudicando o recurso da empresa requerida.

Custas legais.

I — Relatório

Istelina Dias ajuizou ação de indenização por danos morais e abalo de crédito contra Losango Promotora de Vendas Ltda., aduzindo que adquiriu bens móveis na empresa SCL & Cia., financiando-os por contrato firmado com a ré. Disse que tal avença previa o pagamento de oito prestações de R\$ 49,26 e que a autora não recebeu cópia do contrato, mas apenas um carnê de pagamento, quitando-o integralmente, pagando algumas parcelas no banco e outras na própria empresa. Disse que, por não possuir

mais dívidas, a autora foi a outra loja com a intenção de adquirir mais bens, também a prazo, em virtude de ser pessoa de poucas posses, mas lhe foi informado que seu nome estava registrado na lista do SPC, registro esse levado a cabo pela ré em decorrência do não pagamento das parcelas supramencionadas.

Citada, a ré contestou dizendo que três parcelas foram pagas indevidamente à empresa SCL e não lhe foram repassadas. Fez várias considerações e requereu a improcedência da demanda.

Sentenciando, o meritíssimo Juiz de Direito julgou procedente a ação, condenando a ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 4.000,00 e ao pagamento das custas e honorários fixados em 15% sobre o valor da indenização.

Irresignada, apela a autora afirmando ser de pouca monta o quantum indenizatório fixado. Acosta inúmeros precedentes jurisprudenciais e diz que o valor da indenização deve alcançar 100 vezes o valor do negócio, ou seja, R\$ 39.408,00, ou ainda que seja fixado entre 100 e 300 salários mínimos.

Igualmente inconformada, apela a ré arguindo, preliminarmente, cerceamento de defesa e nulidade da sentença por citra petita, visto que não analisou o pedido de citação da empresa SCL na condição de litisconsorte passiva. No mérito, argumenta que a empresa recebeu o pagamento de algumas parcelas sem o seu conhecimento porquanto não detinha poderes para cobrança e aduz estar comprovado o enriquecimento ilícito da autora. Requer o provimento do recurso ou, alternativamente, que seja

reduzida a indenização ao dobro do valor negatado.

Contra-arrazoado o apelo, os autos alçaram a esta Superior Instância.

II — Voto

1 — Preliminares

Afasta-se, inicialmente, as preliminares levantadas no recurso da empresa ré Losango. A uma porque inexistente cerceamento de defesa pela não produção de provas, já que foi a própria ré que juntou todos os documentos indispensáveis para um perfeito julgamento. A duas porque também não há nulidade da sentença diante da não apreciação do pedido de citação da loja CSL para integrar a lide como litisconsorte passivo. Ora, quem lançou o nome da autora no SPC foi a ré Losango e, eventual discussão sobre repasse de verbas referentes às 3 parcelas será entre a ré e a SCL. Ademais, a própria ré junta documento em que a empresa SCL compromete-se a repassar esses valores de outros clientes.

2 — Recurso da autora Istelina Dias

A sentença de boa lavra do Exmo. Sr. Dr. Luiz Claudio Broering, de fls. 100/104, expôs com a devida atenção o caso sub judice, razão pela qual se extrai parte do decisório, nos seguintes termos:

“Trata-se os presentes autos de ação de indenização por danos morais e abalo de crédito proposta por Istelina Dias contra Losango Promotora de

Vendas Ltda., em que a Requerente busca ser indenizada por ter seu nome inscrito junto ao SPC indevidamente, por ocasião de compras efetuadas na empresa SCL Móveis e Eletrodomésticos Ltda., parceladas em 8 vezes através da Requerida, sendo que a Requerente quitou todas as parcelas, algumas no banco e outras na empresa SCL, todavia mesmo sabendo deste fato a Requerida manteve o nome da Requerente junto ao SPC, causando-lhe prejuízos e enormes transtornos junto ao comércio.

"In casu, a Requerente busca ressarcimento pela restrição creditícia que sofreu, por inscrição indevida junto ao SPC (Serviço de Proteção ao Crédito) e, em que pesem os argumentos oferecidos pela Requerida, a ação merece prosperar, senão vejamos.

"Fato inconteste que a Requerente efetuou compra de bem móvel, parcelada em 8 vezes, na loja SCL Móveis e Eletrodomésticos Ltda., na cidade de Taió, cujo financiamento foi intermediado pela loja junto à Requerida. Após, a Requerida remeteu um carnê para pagamento bancário, passando a Requerente a efetuar os pagamentos, sendo alguns na loja SCL e outros na agência bancária.

"A Requerida, a fls. 34, alega que a Requerente foi inscrita no SPC por ter pago indevidamente as parcelas 4, 5 e 6 à empresa SCL Móveis e Eletrodomésticos Ltda., e estas não foram repassadas à Requerida, originando o débito e conseqüente inscrição em 5/6/1998.

"Em 13/11/1998, através de instrumento de confissão de dívida, que consta de fls. 42 juntado pela pró-

pria Requerida, esta tomou ciência de que a SCL Móveis e Eletrodomésticos Ltda. havia recebido valores referentes a financiamentos e não os havia repassado para a Requerida. inclusive pagaram para a empresa SCL suas parcelas (fls. 43/49), sendo que o nome da Requerente consta de fls. 45. Portanto, já em 13/11/1998 a Requerida tinha ciência de que a Requerente não era devedora das parcelas que em seus registros encontravam-se em aberto.

"A Requerida, em fls. 34, admite que o Requerente pagou as parcelas para a SCL Móveis e Eletrodomésticos Ltda. Ora, admitiu o pagamento das parcelas exigidas e mesmo assim manteve o nome da Requerente junto ao SPC até 7/7/1999, conforme observa-se pelo documento de fls. 39 (Boletim de Cancelamento, que inclusive faz menção a este processo). Isto por si só já configura a possibilidade de indenização.

"Desta forma, fica evidente que, mesmo sabendo em 13/11/98 que a Requerente não devia as parcelas que no sistema da Requerida encontravam-se em aberto, algumas para a SCL e outras em agência bancária, a mesma manteve o nome da Requerente junto ao cadastro do SPC, causando-lhe grande transtorno, manchando seu nome junto ao comércio local, por figurar na lista dos inadimplentes. Tudo isto, aliado ao sofrimento e abalo psicológico sofrido, merece ser indenizado.

"Em seu depoimento na delegacia, em inquérito policial (fls. 95), o representante da Requerida diz o seguinte:

‘(...) que os donos da loja SCL fizeram uma confissão de dívida de parte de clientes devedores, e que esses devedores permanecem no SPC até um estudo mais aprimorado pelo setor jurídico da financeira, também compromete-se a fornecer os dados mais precisos das pessoas que permanecem em débito com a Losango via SCL’.

“O representante da Requerida fala claramente que ‘manterá as pessoas cadastradas junto ao SPC até um estudo mais aprimorado’. Ora, usa a Requerida de má-fé, pois poderia retirá-los da lista negra do SPC, proceder-se ao estudo e, verificando realmente créditos a seu favor, somente comprovada a inadimplência dos financiados, proceder novamente a inscrição. Agiu com inegável abuso, tentando coagir os consumidores a pagar dívidas as quais já estavam quitadas. Se a Requerida sabia da retenção dos valores por parte da empresa SCL Móveis e Eletrodomésticos Ltda., não poderia ter mantido o nome da Requerente como devedora junto ao SPC”.

Ora, a negativação indevida e prolongada no SPC por mais de trinta dias, por si só, satisfaz a possibilidade de indenização por danos morais. O dano à imagem, vertido na reação desgostosa suportada pela autora Istelina, é fato comprobatório dos danos sofridos, mormente quando há dificuldade no arbitramento dos danos materiais. A indenização independe, nestes casos, de divulgação pública da negativação e, outrossim, de lapso temporal extensivamente prolongado.

Infelizmente, a maioria dos fornecedores de bens e serviços neste país utiliza o serviço do SPC e Serasa

que, além de serem bancos de dados de informações creditícias, são formadores de opinião, o que desvirtua suas atividades, pois uma inscrição em seus cadastros representa o completo fechamento para o consumidor da possibilidade de adquirir bens e serviços a prazo.

Tal fato é repugnante porquanto pode se inadimplir a uma obrigação por diversas razões sem que se receba o rótulo de “caloteiro”. Além disso, não procuram os comerciantes mostrar que o consumidor é desonesto mas, ao contrário, é o consumidor que tem de provar por meio de dezenas de documentos e exigências que é honesto. No Brasil inverte-se a posição do que é praticado no resto do mundo. Primeiro acusa-se de desonestidade ou pressupõe-se tal situação para, mais tarde, depois de esforço hercúleo, provar-se que nada desabona a conduta de quem quer comprar a crédito.

Nesse mesmo sentido decidiu esta egrégia Primeira Câmara Civil, em aresto da lavra do eminente Des. Trindade dos Santos, na Ap. Cív. n. 49.415, da Capital, in DJE de 20/9/96:

“— O indevido e ilícito lançamento do nome de alguém no Serviço de Proteção ao Crédito, consequenciando um efetivo abalo de crédito para o inscrito, lança profundas implicações na vida comercial do negativado, irradiando, ao mesmo tempo, drásticos reflexos patrimoniais, acarretando-lhe vexames sociais e atentando, concomitantemente, contra os princípios de dignidade e de credibilidade, inerentes, de regra, a todo ser humano. Presentes esses elementos, configurado resulta, por excelência, o dano

moral, traduzindo a indelével obrigação, para quem assim atua, de prestar indenização ao ofendido”.

Desnecessária, assim, a prova de alegada situação vexatória, pois é fato inarredável que as apelantes foram injustamente prejudicadas. Ademais, as dificuldades de comprovação dos danos materiais, ocasionados pela violação do direito à imagem, não constituem óbice à reparação por dano moral. Irrelevante para o deslinde da questão a discussão se a autora passou ou não por situação vexatória em decorrência da negativação. O fato é que ela efetivamente ficou negativada indevidamente no SPC e isso é suficiente para embasar o pedido indenizatório.

E também vale trazer à baila o precedente desta eg. Primeira Câmara da Apelação Cível n. 50.463, de Balneário Camboriú, relator Des. Orli Rodrigues:

“A negativação desprovida de sustentáculo legal, afrontando, inclusive, os próprios regulamentos internos do Serviço de Proteção ao Crédito enseja indenização moral.

‘Uma vez constatada a conduta lesiva, ou definida objetivamente a repercussão negativa na esfera do lesado, surge a obrigação de reparar o dano para o agente’”.

Diante dessas circunstâncias, a autora foi injustamente abalada em seu crédito, devendo, dessa forma, ser indenizada pelos danos morais que sofreu. O quantum indenizatório foi fixado em R\$ 4.000,00. Apela a au-

tora Istelina afirmando ser de pouca monta o valor fixado. Acosta inúmeros precedentes jurisprudenciais e diz que o valor da indenização deve alcançar 100 vezes o valor do negócio, ou seja, R\$ 39.408,00, ou ainda que seja fixado entre 100 e 300 salários mínimos.

A indenização por dano moral é arbitrável mediante estimativa prudencial que leve em conta a necessidade de, com a quantia, satisfazer a dor da vítima e dissuadir, de igual e novo atentado, a autora da ofensa. Destarte, impõe-se o pagamento do valor de cem (100) salários mínimos, por ser medida justa e consentânea com o estado dos autos.

Resta prejudicado, pois, diante de todos estes argumentos, o apelo da ré Losango.

III — Decisão

Ante o exposto, afastadas as preliminares, dá-se provimento ao recurso de apelação da autora para aumentar o valor da indenização para cem (100) salários mínimos, prejudicado o recurso da empresa requerida.

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

Florianópolis, 9 de maio de 2000.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente com voto;
Carlos Prudêncio,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.002251-0, DA CAPITAL**Relator: Des. Gaspar Rubik**

Falência. Protesto irregular. Processo extinto sem conhecimento do mérito. Sentença confirmada. Recurso desprovido.

A decretação da quebra de uma empresa, com o encerramento de todas as suas atividades, por ser ato extremado de gravíssimas repercussões para seus credores e todos que dela dependam, só deve ser ditada se, dentre outras exigências, ficar comprovada de forma irrefragável a sua impontualidade pelo(s) instrumento(s) de protesto (s) que identifique(m) a espécie de intimação e a pessoa a quem foi feita ou entregue a correspondência intimatória respectiva. “(...) ausente qualquer documento positivador da existência de uma real e efetiva intimação, restam visceralmente maculados de irregularidade, não autorizando o acolhimento da postulação falimentar, em face da ausência de pressuposto essencial à constituição válida e regular da relação processual” (Apelação Cível n. 97.007663-0, de Itajaí, rel. Des. Trindade dos Santos).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.002251-0, da comarca da Capital, em que é apelante Sulfabril Nordeste S/A, sendo apelada Modelar Modas e Confecções Ltda.:

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

Custas legais.

Na comarca da Capital, perante a 4ª Vara, Sulfabril Nordeste S/A requereu a falência de Modelar Modas e Confecções Ltda., aduzindo, concisamente, ser credora desta pela quantia de R\$ 3.242,49 (três mil duzentos e quarenta e dois reais e quarenta e nove centavos) representada por duplicatas que, por estarem vencidas, impagas e protestadas, estão a caracterizar a sua

impontualidade e o seu estado de insolvência.

Frustrada a citação da demandada, o MM. Juiz de Primeiro Grau, após a ouvida da autora, sentenciou antecipadamente o feito, julgando-o extinto com fundamento no art. 267, IV e § 3º do Cânone Processual Civil, ao argumento de que, para o pedido falimentar e como prova da impontualidade, é imprescindível a indicação no instrumento de protesto do nome da pessoa que recebeu a intimação, requisito este não satisfeito na espécie.

Irresignada com a prestação jurisdicional, a autora vencida interpôs recurso de apelação, sustentando, em suma, que a inicial atendeu aos requisitos indispensáveis à propositura do pedido falimentar.

Alegou, ainda, que a jurisprudência dominante entende ser desnecessária a intimação pessoal do representante legal da empresa devedora, desde que a comunicação tenha sido recebida por pessoa idônea integrante da firma destinatária.

Aduziu, igualmente, que o oficial do cartório de protesto goza de fé pública.

Tendo sido previamente formalizado o preparo, os autos ascenderam a esta Superior Instância, e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, instada a se manifestar, opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

É o breve relatório.

Improcede o inconformismo manifestado, eis que em total desconformidade com o posicionamento sereno desta Corte que é aquele estampado na douta sentença apelada.

Sabe-se que há, na legislação pátria, duas formas de protesto de títulos de crédito: o comum, previsto na Lei Cambial, destinado a preservar o direito regressivo do credor contra os coobrigados cambialmente, e o especial, insculpido no Decreto-Lei n. 7.661/45, que tem como fim específico o posterior pedido de decretação de falência do devedor.

Urge ressaltar que tanto um quanto outro pode servir para instruir o pedido falimentar, a fim de comprovar a impontualidade do devedor. Exige-se tão-só e apenasmente que qualquer deles seja efetivado com a fiel observância das exigências legais pertinentes. O protesto por indicação também não foge a essa regra.

In casu, o douto Magistrado de Primeiro Grau extinguiu o processo sem julgamento do mérito, por entender não ter sido regularmente intimado o representante legal da requerida. E o fez com indiscutível acerto, eis que excessivamente lacônicas e, por isso, imprestáveis as certidões de protesto, porquanto embora consignem terem sido efetuadas as intimações da pessoa jurídica apelada, não precisam o nome da pessoa sua representante em quem teria recaído, sequer lhes sendo anexado o cartão 'A. R.' para comprovar que realmente alguém em seu nome as recebeu. Certificar que foi feita a intimação por essa forma não basta, não satisfaz a exigência legal, ainda que de fé pública goze o serventuário que a subscreva.

Também com cautela agiu S. Exa., pois em razão das graves consequências econômicas e sociais que a quebra de uma empresa traz consigo, talvez maiores para seus empregados do que para seus proprietários e credores, impõe-se redobrada atenção no exame dos pedidos formulados, na verificação acerca do efetivo preenchimento de todas as formalidades legais.

Relativamente ao protesto, embora a Lei Falimentar não exija expressamente que a intimação respectiva seja feita na pessoa de um dos sócios, ainda assim preceitua que seja intimado o devedor, isto independentemente de o protesto ser extraído com base no § 1º do art. 10 ou no art. 29 da Lei n. 7.661/45 e do Decreto-Lei n. 2.044/08.

Ora, como ter a certeza da intimação do devedor, ainda mais em se tratando de pessoa jurídica, se, de-

vendo recair o ato, a rigor e como seria normal, na pessoa de seu representante legal ou, pelo menos, de alguém que seja efetivamente seu empregado e não possa ser contestada essa relação, não foi identificada a pessoa intimada?

Leciona José Waldecy Lucena, citando os ilustres doutrinadores Fábio Konder Comparato e Waldírio Bulgarelli, que a empresa, a partir de sua função social de evitar o desemprego, como instituição fundamental da vida contemporânea, deve ser preservada, tanto que possível, mesmo que para isto tenha-se de confrontar o denominado "princípio preservativo da empresa" ao interesse individual do credor (Das sociedades por Cotas de Responsabilidade Limitada, Rio de Janeiro, Renovar, 1996. pág. 736).

Embora possa haver, a respeito da matéria, pequena controvérsia, encontra-se ela majoritária neste egrégio Tribunal:

"Falência. Protesto irregular. Pedido desacolhido. O protesto cambial e o pedido de falência têm sido desvirtuados de suas finalidades legais, constituindo-se, não raro, meios coercitivos de pagamento. Pelos graves efeitos que deles resultam, notadamente da quebra, impõe-se que os requisitos formais sejam rigorosamente observados. O protesto irregular do título cambial, de cujo instrumento não consta certidão de ter sido pessoalmente intimado o representante legal da devedora com endereço conhecido, nem juntado aviso de recebimento na hipótese de a intimação ter sido processada por via postal, não autoriza a decretação da falência (RT 567/92)" (Apelação Cível n. 47.683,

de Tubarão, rel. Des. Newton Trisotto, in JC 75/381).

"Falência. Protesto. Ciência do devedor. Prova. Vício insanável. Recurso desprovido. Segundo a doutrina, 'O formalismo de que se reveste o ato de ciência justifica-se pelas graves conseqüências do protesto no plano jurídico e, com maior evidência, no plano fático (...)'. Inválido o protesto 'se realizada a intimação em pessoa não identificada'. Para perfectibilizar o protesto e caracterizar a impontualidade do devedor é indispensável a sua intimação. Se irregular o protesto, não configura o título executivo falencial e, por conseguinte, não viabiliza a decretação da quebra" (Apelação Cível n. 51.571, de Blumenau, rel. Des. Francisco Borges, in DJ de 1^o/4/96. pág. 16).

"Falência. Instrumento de protesto, indispensabilidade da indicação do nome da pessoa que recebeu a intimação. Sem a prova da efetiva intimação do devedor, torna-se ineficaz o instrumento de protesto do título em que se funda o pedido. Carência decretada. Recurso improvido" (JC 74/197, rel. Des. Nestor Silveira).

"Falência. Impossibilidade. Protesto irregular. Processo extinto sem conhecimento do mérito. Sentença confirmada. Recurso desprovido. Em tema falimentar, para que se tenha como caracterizada a impontualidade do devedor, com vistas ao pedido de quebra, de mister é que o protesto do título tenha sido extraído em estrita obediência às exigências legais reclamadas. E, impõe-se um máximo rigorismo formal em processos dessa natureza, pois, como é ressabido, a falência é um modo anormal de solução

dos créditos, compelindo o devedor comerciante à solução dos créditos, compelindo o devedor comerciante à solução, em prazo por demais exíguo, e sob pena de encerramento de suas atividades mercantis, do valor do débito. Nesse contexto, instrumento de protesto que não contenha a identificação de quem recebeu, em nome do devedor, a respectiva intimação, por ser ilegível a assinatura aposta no correspondente aviso de recepção, reveste-se de intensa irregularidade, desautorizando o êxito do pleito falitário, em face da ausência de pressuposto essencial à constituição válida e regular da relação processual" (Apelação Cível n. 45.051, de Joinville, rel. Des. Trindade dos Santos, in DJ de 1º/10/96, pág. 34).

Com relação à presunção de validade do instrumento de protesto, porque lavrado por oficial do respectivo Cartório, este colendo Tribunal, nos autos da Apelação Cível n. 97.005542-0, de Xanxerê, relator o eminente Desembargador Silveira Lenzi, assim decidiu:

"O fato de o oficial do cartório de protesto de títulos gozar de fé pública, igualmente não ilide a necessidade de comprovação da respectiva intimação, requisito inafastável em pedido dessa natureza, cujo ônus da prova cabe ao credor".

Por derradeiro, anota-se que tal orientação já foi, inclusive, recomendada aos cartórios pelo Conselho

da Magistratura, no Pedido de Providências n. 515, cuja ementa se transcreve:

"Pedido de providências. Matéria Administrativa. Competência do Conselho da Magistratura. Art. 6º, II, letra i, de seu Regimento Interno. Recomendação aos cartórios que façam constar no instrumento de protesto o nome do devedor, bem como a entrega do Aviso de Recebimento ao credor. Providência que pode ser também da competência do Juiz Diretor do Foro local. Inteligência do art. 10, § 1º, da Lei de Falências" (DJ 3/1/97, PP n. 515, Jaraguá do Sul, rel. Des. Napoleão Amarante).

Desse modo, pelo motivo no qual se ancorou o decisório fustigado, cabível era a extinção do processo sem julgamento de mérito, pelo que conhece-se do recurso, porém nega-se-lhe provimento, mantendo-se a sentença recorrida por sua conclusão.

Participou do julgamento com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Anselmo Cerello. Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. João Fernando Q. Borrelli.

Florianópolis, 19 de agosto de 1999.

Xavier Vieira,
Presidente com voto;
Gaspar Rubik,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.010107-0, DE IÇARA**Relator: Des. Gaspar Rubik**

Embargos à execução. Penhora sobre dois veículos. Recusa do devedor em assumir o compromisso de depositário de um dos bens, sob falsa alegação de não lhe pertencer. Assunção posterior do encargo, ao lhe ser retirado para entrega a outro depositário nomeado. Fato tratado como complementação da penhora, não alterador do marco inicial para embargar. Aplicação, ademais, do princípio de que a ninguém é dado beneficiar-se da própria malícia. Fluência do prazo a contar da juntada aos autos da prova da intimação da constrição. Oposição intempestiva, embora dentro do decêndio de cumprimento do termo de depósito de um dos bens. Rejeição liminar. Sentença mantida. Apelo desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.010107-0, da comarca de Içara, em que é apelante Nestor Brunel, sendo apelada Organização Lima Ltda.:

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

Custas legais.

Na comarca de Içara, embargos opostos por Nestor Brunel à execução proposta por Organização Lima Ltda. foram rejeitados liminarmente por serem considerados intempestivos.

Irresignado o embargante apelou sustentando a tempestividade, ao argumento de que a formalização do auto de penhora deu-se apenas com a remoção do segundo veículo para as mãos do depositário nomeado, e não com a sua efetivação também sobre o caminhão Mercedes-Benz, placa LYF 7055.

Contra-arrazoado o apelo, ascenderam os autos a esta Superior Instância.

É o relatório.

A irresignação não procede, eis que a decisão que rejeitou sumariamente os embargos opostos, por reputá-los intempestivos, está correta e não padece de reparo algum.

Com efeito, pois declarada a ineficácia da nomeação de bens à penhora feita pelo apelante diretamente ao meirinho, não obstante tivesse este a formalizado em auto datado de 23/9/98, que preencheu todos os requisitos exigidos à validade do ato, veio a constrição, por devolução do direito ao apelado, a recair em dois veículos, de um dos quais apenas assumiu o apelante o compromisso de depositário, mesmo assim lançando o seu ciente no auto formal então lavrado a 22 de outubro e que foi juntado aos autos em 27 do mesmo mês.

Evidentemente que a partir dessa data, e assim o entendeu corre-

tamente o Magistrado sentenciante, começou a fluir o prazo para embargos, e não a partir do momento bem posterior em que o automóvel, também penhorado naquela ocasião, por culpa do próprio apelante, que dele não quis assumir o depósito, foi removido para a mãos do depositário particular então nomeado.

É que consoante a regra clara e expressa do art. 738, I, do CPC, “o devedor oferecerá embargos no prazo de 10 (dez) dias contados da juntada aos autos da prova da intimação da penhora”, em nada interferindo neste prazo a circunstância de que referentemente a apenas um dos veículos não tenha havido o aperfeiçoamento do ato, na forma estabelecida pelo art. 665 do CPC.

A propósito, pela similitude que guarda com o caso, tem aplicação aqui o seguinte precedente desta Casa:

“Execução. Penhora realizada em dois momentos distintos do processo. Embargos do devedor aforados após a realização da segunda constrição. Indeferimento liminar da peça embargatória. Intempestividade reconhecida. Sentença confirmada. Recurso desprovido” (Apelação Cível n. 88.081191-8 (48.458), de Xanxerê, rel. Des. Eládio Torret Rocha).

Da melhor doutrina, também lembrada em r. aresto desta Corte, colhe-se:

“O prazo dos embargos do devedor é único, pouco importando a eventual multiplicidade de penhoras. A contagem do decênio do art. 738, n. I, far-se-á sempre e apenas a partir da primeira penhora. As modificações, substituições ou complementações da

penhora, para fins de embargos do devedor, são irrelevantes” (cf. Humberto Theodoro Jr., Curso de Direito Processual Civil, vol. II, 20ª ed., Forense, RJ, pág. 279) (Apelação Cível n. 97.012012-5, de Itapiranga, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

Ora, como foram opostos e protocolizados somente em 17 de novembro, após, portanto, cumprido o mandado de depósito do automóvel também penhorado, mas quando já passados bem mais do que 10 (dez) dias da juntada aos autos da prova da intimação ao embargante (22/10) da constrição que recaía sobre os dois veículos, obviamente que os embargos se apresentavam manifestamente intempestivos, pelo que sua rejeição sumária logicamente se impunha e se deu, pois, acertadamente.

Importante salientar, ademais e neste passo, que o depósito do veículo Logus em mãos do embargante só não aconteceu conjuntamente com o do caminhão Mercedes-Benz, em razão da sua falsa afirmação de que nunca havia possuído referido automóvel e que deveria ter havido erro de pessoa (fls. 29/autos em apenso). Falsa, não só porque na certidão emitida pelo Detran figura ele como seu proprietário (fls. 33), mas também porque requereu expressamente, ao insurgir-se contra o despacho que determinou a sua remoção, que este “permanecesse” na sua posse, sustentando, ao depois, pelo que se dессome da petição protocolizada no processo de execução (fls. 40), que empregado seu é que o vem utilizando.

Assim, andou bem o MM. Juiz de Direito atuante no feito ao rejeitar liminarmente os embargos, porquanto,

além do entendimento já consagrado por este Tribunal de que o prazo para o ajuizamento daquela ação incidental tem início a partir da juntada aos autos da prova da intimação da “primeira” penhora, não seria admissível que o embargante, beneficiando-se da própria malícia, lograsse conseguir a prorrogação do prazo que legalmente lhe é concedido. Lembre-se que, segundo o sempre sábio e nunca desatualizado adágio latino, *nemo propriam turpitudinem allegans potest*.

À vista destas razões, pois, é que se confirma, por seu acerto, a

sentença criticada, negando-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Vanderlei Romer.

Florianópolis, 12 de agosto de 1999.

Xavier Vieira,
Presidente com voto;
Gaspar Rubik,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 97.004816-5, DA CAPITAL

Relator: Des. Pedro Manoel Abreu

Ação demolitória. Construção de muro em área verde de uso público. Licenciamento. Irrelevância. Pretensão em atribuir ao Município o custo da demolição, por eventual falha fiscalizatória. Impertinência do pedido. Prazo prescricional. Inexistência de processo na órbita administrativa. Irrelevância.

“Diferem, para efeito de prescrição, as ações fundadas na violação ao direito de propriedade, daquelas que, ainda que dimanantes dessa mesma violação, tenham caráter eminentemente indenizatório. As primeiras, regem-se pelo disposto no art. 177, as últimas pelo disposto no art. 178, § 10, IX, do Código Civil. A ação demolitória, pois, não tendo natureza real, o prazo prescricional é vintenário e não quinquenal.

“A inexistência de processo na órbita administrativa não é óbice à concessão da tutela visada, porquanto sua instauração não é condicionante do recurso ao Judiciário, até porque, neste, mais do que naquela, assegurados estarão a ampla defesa e o contraditório.

“O exercício do poder de polícia administrativo tem por ali-cerce o interesse social e é autorizado pela Carta Fundamental, no pertinente ao controle e fiscalização das construções, ao outorgar à municipalidade a competência para legislar sobre assuntos de inte-

resse local (art. 30, inc. I), bem como promover o ordenamento territorial do parcelamento e da ocupação do solo (art. 30, inc. VIII).

“O direito de construir acha-se ínsito no de propriedade. Mas tal direito não pode ser exercido de modo irrestrito, uma vez que se condiciona, nos termos expressos do art. 572 do Código Civil, aos regulamentos administrativos e também aos direitos dos vizinhos.

“A ninguém é lícito construir onde a lei proíbe. O ordenamento urbanístico da cidade interessa a todos os municípios. Sob pena de instauração do caos, é preciso prestigiar a ação administrativa contra a violação dos preceitos que tutelam os interesses de todos” (Ap. Cív. n. 35.564, da Capital, rel. Des. Xavier Vieira).

A utilização de bem de uso público, como se particular fora, mormente em se tratando de área verde, sujeita a construção irregular à ordem demolitória, como medida de resguardo do patrimônio público vilipendiado.

É incogitável atribuir-se os custos da demolição ao Poder Público, porquanto a ilegalidade foi praticada pelo recorrente; não pelo município, ainda que a fiscalização efetuada não tenha sido exemplar.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.004816-5, da comarca da Capital, em que é apelante Jorge Bins Ely, sendo apelado o município de Florianópolis:

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

Custas legais.

1. Município de Florianópolis propôs ação demolitória contra Jorge Bins Ely pretendendo a derrubada de muro erguido irregularmente pelo réu na área verde n. 5, de uso público, do loteamento Jardim Universitário.

Contestando, o acionado suscitou a carência da ação afirmando que

ao autor caberia utilizar-se de interdito possessório e não da ação de demolição. Ainda em preliminar, aventou a ocorrência da prescrição, reportando-se ao art. 178, § 10, IX, do Código Civil, afirmando que, a contar da concessão do habite-se (3/5/89) até o aforamento da ação, transcorreram cinco anos e um mês.

No mérito, alegou que a concessão do habite-se pela municipalidade, somente podendo ser invalidado mediante processo administrativo próprio.

Asseverou, também, ter sofrido cerceamento de defesa no processo administrativo instaurado para averiguar a regularidade da construção do muro.

Observou que, com a feitura do muro de arrimo, minimizaram-se os efeitos deletérios das forças das águas dos córregos que perpassam as áreas verdes ns. 5 e 6. Por fim, disse que a denominada "área verde n. 5" não constitui área verde, mas área residual do loteamento.

Após a réplica, o Ministério Público manifestou-se pelo afastamento das preliminares.

Realizada a nomeação de perito, seguida pela apresentação de quesitos pelas partes e pelo Parquet, o laudo foi encartado aos autos.

Em audiência, ouvidas duas testemunhas do réu, foram apresentadas alegações finais, por memoriais.

O representante ministerial posicionou-se pelo acolhimento do pedido.

Sentenciando, o MM. Juiz de Direito, Dr. Volnei Ivo Carlin, repeliu as preliminares e julgou procedente o pedido.

Insatisfeito com a prestação jurisdicional entregue, o réu apelou, apregoando que erigira o muro visando à promoção do saneamento da área, até então atingida por inundações reiteradas.

Reafirmou que, conferido o habite-se, é vedada a demolição da obra, aditando que, de acordo com o laudo pericial, o muro foi erguido antes de sua concessão.

Caso seja mantido o edito demolitório, requer sejam impostos ao Município os custos da demolição, porquanto o resultado tenha advindo da deficiência na fiscalização.

Contra-arrazoando o recurso, o autor ressaltou que aprovara, tão-so-

mente, a construção dentro dos lindes do imóvel. Por outro vértice, destacou que o experto foi categórico em afirmar que o muro fora edificado sobre área verde, enunciando, ainda, que entre a concessão do habite-se e as providências do Poder Público decorreram menos de cinco anos, o que descartaria a ocorrência da prescrição.

Em ambos os graus o Ministério Público opinou pelo desprovemento do apelo.

2. Nega-se provimento ao recurso.

2.1. Enfrentando a suposta prescrição da ação intentada, que o réu entende ser quinquenal, é mister perscrutar a extensão do art. 178, § 10, inc. IX, do Código Civil.

Antes, porém, é imperativo recordar que o operoso sentenciante arredou a prefacial, observando que, conquanto a prescrição não se perfizesse em um lustro, a notificação administrativa promovera a interrupção do lapso prescricional.

A notificação procedida pelo Poder Público, em princípio, não se enquadra nas causas legais interruptivas da prescrição, a menos que, v. g., redundasse em reconhecimento do direito pelo réu, hipótese prevista no inc. V do art. 172 do Codex. Em conformidade com a doutrina especializada, três são as causas de interrupção do prazo prescricional, a saber: a cessação da violação do direito; o reconhecimento do direito do titular pelo adversário; o ato do titular, reclamando, judicialmente, o seu direito. Dentre elas, à evidência, não está a notificação mencionada.

Retomando o estudo do preceptivo atinente ao prazo prescricional e às ações por ofensa ou dano perpetrados contra o direito de propriedade, é oportuno o comentário de Antônio Luís da Câmara Leal, ao ponderar:

“Esse dispositivo, como está redigido, é demasiadamente vago, e, a nosso ver, não traduz, com precisão, o pensamento do legislador, dando margem a interpretações errôneas e aplicações indevidas.

“A ação por ofensa ao direito de propriedade é uma fórmula excessivamente ampla, e, tomada em sentido lato, abrange todas as ações reais com fundamento no direito de propriedade.

“Sendo a propriedade um direito real, que deve prevalecer erga omnes, a ação destinada a protegê-la nasce no momento em que ela sofre alguma violação. Ora essa violação outra coisa não é senão uma ofensa ao direito de propriedade, de modo que a ação tem por motivo, exatamente, essa ofensa, e será, portanto, uma ação por ofensa ao direito de propriedade.

“Se dermos, pois, ao dispositivo em exame a latitude que comporta, teremos que concluir que todas as ações reais, com fundamento no direito de propriedade, prescrevem em cinco anos, inclusive a de reivindicação de imóvel injustamente apossado.

“(…)

“Para nós, tendo o legislador estabelecido o critério da prescrição decenal e quinzenal para as ações reais, não teve em mente qualquer modificação desse critério, de modo que o dis-

positivo em questão só quis referir à ação pessoal de indenização proveniente de dano ou ofensa à propriedade, e não às ações reais motivadas por ofensa ao direito de propriedade.

“Falando o legislador em dano e ofensa, e querendo referir-se ao direito pessoal do proprietário à indenização deles resultantes, parece que seu verdadeiro pensamento foi aludir, não ao dano e ofensa civis, que dão nascimento às ações reais que protegem a propriedade, mas ao dano e ofensa criminais, que dão nascimento à ação pessoal de reparação”.

Sintetizando, completa:

“Prescreve em cinco anos a ação pessoal de reparação do dano resultante de violação criminal do direito de propriedade.

“Não prescrevem, porém, em cinco anos as ações reais que protegem o direito de propriedade contra as violações civis, mas obedecem à prescrição comum ou ordinária do art. 177.

“Assim, se alguém desvia um curso d'água da propriedade imóvel de outrem, e o canaliza para a sua propriedade, comete uma ofensa civil ao direito do proprietário. A ação deste, para restabelecer o curso anterior da água e obter a indenização dos prejuízos sofridos, não prescreve em cinco anos, mas em dez anos entre presentes e em quinze anos entre ausentes. Trata-se de uma ação real” (Da Prescrição e da Decadência, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1978, págs. 287/89).

Não dissona dessa orientação aresto da relatoria do ilustre Des. Silveira Lenzi que pôs à abordagem ação de nunciação de obra nova cumulada com demolitória:

"Apelação cível — Nunciação de obra nova — Prescrição quinquenal — Inocorrência — Condomínio — Aproveitamento da área de uso comum dos condôminos — Violação ao art. 10, IV, da Lei n. 4.591/64.

"A interpretação do § 10, inciso IX, do art. 178, do Código Civil, deve ser feita restritivamente, sob pena de admitir-se que todas as ações reais, fundadas no direito de propriedade prescrevem em cinco anos..." (Ap. Cív. n. 96.012203-6, de Brusque, j. 7/4/98).

Em discussão semelhante, concluiu-se:

"Ação cominatória c/c indenização — Prescrição afastada — Remoção de barragens e diques excluídas — Verba advocatícia reduzida — Provedimento parcial do recurso. A incidência do art. 178, § 10, inciso IX, do CC (prescrição quinquenal), é cabível quando os danos constatados no imóvel sejam decorrentes de atos criminosos, hipótese inexistente na espécie, cujo lapso temporal é vintenário..." (Ap. Cív. n. 30.639, de Criciúma, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, j. 9/6/89).

Desse modo, diferem, para efeito de prescrição, as ações fundadas na violação ao direito de propriedade, daquelas que, se bem que dimanantes dessa mesma violação, tenham caráter eminentemente indenizatório. As primeiras, como a demolitória, regem-se pelo disposto no art. 177 do Código Civil, pelo que não se tem por configurada a prescrição, já que a construção do muro data de 1989.

Digna de nota, ademais, a posição manifestada pelo egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que se

por um lado nega natureza real à ação de demolição, por outro preconiza que seu prazo de prescrição é vintenário; não quinquenal (Ap. Cív. n. 7.933, do Rio de Janeiro, j. 29/5/79, in RT 533/191).

2.2. Prosseguindo no exame das preliminares, percebe-se que a inexistência de processo na órbita administrativa também não é óbice à concessão da tutela visada, é dizer, sua instauração não é condicionante do recurso ao Judiciário, até porque, neste, mais do que naquela, assegurados estarão a ampla defesa e o contraditório.

É da jurisprudência:

"Cerceamento de defesa — Prévio processo administrativo — Inocorrência — Processo judicial que já assegura o amplo direito de defesa — Preliminar rejeitada" (TJSP, Ap. Cív. n. 210.012-1, de Guarujá, j. 29/4/94, in JTJ 159/13).

2.3. O intento da Administração Pública em zelar pela incolumidade do interesse da sociedade não poderia estar ao desabrigo dos meios hábeis ao implemento das medidas tendentes a torná-lo factível.

O poder de polícia que se lhe conferiu é expressão maior do princípio da supremacia do interesse público, consistindo em uma restrição ao exercício dos direitos individuais, ou de seu condicionamento, em prol do interesse público, caracterizado pela discricionariedade, auto-executoriedade (privilege d'action d'office) e coercibilidade.

Esse poder ou prerrogativa vem relativizar o direito de propriedade, outrora tido como absoluto, opondo-lhe alguns entraves, tendo em conta

que, não raras vezes, surge contraposto a direitos alheios, de igual natureza, ou a outros, de índole pública, que lhe devem sobrepujar.

Apanágio da Administração Pública, o *police power* apresenta-se multifacetado, abarcando a polícia sanitária, a polícia das águas e outras, dentre as quais a polícia das construções, que interessa particularmente ao caso sub examen.

“A polícia das construções se efetiva pelo controle técnico-funcional da edificação particular, tendo em vista as exigências de segurança, higiene e funcionalidade da obra segundo a sua destinação e ordenamento urbanístico da cidade, expresso nas normas de zoneamento, uso e ocupação do solo urbano” (Hely Lopes Meirelles, *Direito Municipal Brasileiro*, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 1993, pág. 351). Tal tema, por óbvio, é afeito ao Direito Urbanístico, que “...ordena o espaço urbano e as áreas rurais que nele interferem, através de imposições de ordem pública, expressas em normas de uso e ocupação do solo urbano ou urbanizável, ou de proteção ambiental, ou enuncia regras estruturais e funcionais da edificação urbana coletivamente considerada” (idem, pág. 94).

O exercício do poder de polícia administrativo, como dito, tem por alicerce o interesse social e é autorizado pela Carta Fundamental, no pertinente ao controle e fiscalização das construções, ao outorgar à municipalidade a competência para legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, inc. I), bem como promover o ordenamento territorial do parcelamento e da ocupação do solo (art. 30, inc. VIII).

O fundamento legal da polícia das construções situa-se, outrossim, no art. 572 do Código Substantivo, assim vazado: “O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos”. Comentando o preceito, Pontes de Miranda pondera: “Na regra logo ressaltam tese e antítese: cada um, no seu terreno, constrói o que entende, como entende e onde e quando entende (tese); o interesse dos proprietários, e não só o de cada proprietário, e o interesse público têm de ser atendidos (antítese). Direitos dos vizinhos e regulamentos — aliás leis — administrativos limitam o conteúdo do direito de propriedade ainda nesse ponto particular da construção” (Tratado de Direito Privado, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1983, Tomo XIII, pág. 378).

Indiscutível que, atualmente, a propriedade não pode ser vista como um direito absoluto. A completa intangibilidade era atributo que a caracterizava em tempos primevos, em que não se vislumbrava sua função sócio-econômica, predominando o viés individualista.

Nesse sentido comenta Carvalho Santos: “O conceito moderno de direito de propriedade já contém em si mesmo uma possibilidade limitativa do direito de uso, gozo e disposição dos bens, limitações ditadas pelo interesse público ou pelos direitos dos vizinhos...” (Código Civil Brasileiro Interpretado, 11ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1974, vol. VIII, pág. 130).

Darci Bessone comunga desse pensamento, escrevendo: “... o direito

de construir acha-se insito no de propriedade. Mas tal direito não pode ser exercido de modo irrestrito, uma vez que se condiciona, nos termos expressos do art. 572, aos regulamentos administrativos e também aos direitos dos vizinhos..." (Direitos Reais, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996, pág. 255).

Em contexto semelhante, averbouse que "O poder de fiscalizar as construções é decorrência do police power de que é dotada a Administração Pública. Em verificando quaisquer irregularidades, cabe-lhes cercar-se das providências necessárias para acautelar ou resguardar o interesse público" (Ap. Cív. n. 96.011128-0, de Criciúma, relatado pelo signatário, j. 4/9/97).

É ilustrativa a ensinança do afamado Hely Lopes Meirelles ao consignar que "As limitações urbanísticas são preceitos de ordem pública. Derivam do poder de polícia, que é inerente e indissociável da Administração. Exteriorizam-se em imposições de uso da propriedade ou de outros direitos individuais, sob a tríplice modalidade positiva (fazer), negativa (não fazer) ou permissiva (deixar fazer)" (Direito de Construir, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, pág. 90).

Ainda no escólio do insigne doutrinador, tais limitações, "... por sua natureza de ordem pública, destinam-se, pois, a regular o uso do solo, as construções e o desenvolvimento urbano, objetivando o melhoramento das condições de vida coletiva, sob o aspecto físico-social. Para isto, o Urbanismo prescreve e impõe normas de salubridade, conforto, segurança, funcionalidade e estética para cidade e suas

adjacências, ordenando desde o traçado urbano, as obras públicas, até as edificações particulares que vão compor o agregado humano. Tais limitações atingem precipuamente a habitação, e é natural que isto ocorra, porque a casa é a semente da povoação. Quem constrói a casa está construindo a cidade. Mas a cidade não é do proprietário da casa; é de todos. E, sendo de todos, há de predominar, na sua ordenação, o interesse da coletividade sobre o particular.

"Os superiores interesses da comunidade justificam as limitações urbanísticas de toda ordem, notadamente as imposições sobre área edificável, altura e estilo dos edifícios, volume e estrutura das construções; em nome do interesse público, a Administração exige alinhamento, nivelamento, afastamento, áreas livres e espaços verdes; impõe determinados tipos de material de construção; fixa mínimos de insolação, iluminação, aeração e cubagem; estabelece zoneamento; prescreve sobre loteamento, arruamento, habitações coletivas e formação de novas povoações; regula o sistema viário e os serviços públicos e de utilidade pública; ordena, enfim, a cidade e todas as atividades das quais depende o bem-estar da comunidade" (op. cit., pág. 93).

A matéria foi repetidamente apreciada por este Tribunal, que registrou:

"A ninguém é lícito construir onde a lei proíbe. O ordenamento urbanístico da cidade interessa a todos os munícipes. Sob pena de instauração do caos, é preciso prestigiar a ação administrativa contra a violação dos preceitos que tutelam os interesses de

todos" (Ap. Cív. n. 35.564, da Capital, rel. Des. Xavier Vieira, in DJ de 25/7/91).

Pontificou-se, também:

"Ação demolitória de procedimento sumaríssimo.

"As construções devem obedecer aos regulamentos de caráter administrativo, que são de natureza local e disciplinados pelos municípios através de seus Estatutos de Obras e do Plano Diretor do Município.

"Não obediência às prescrições neles contidas. Tem a Municipalidade o direito de impedir a continuação da obra (se em execução) ou de destruí-la (se ultimada), o que obtém pelo preceito cominatório ou pela ação demolitória" (Ap. Cív. n. 19.860, da Capital, rel. Des. Protásio Leal, j. 1º/12/83, in JC 42/145).

No mesmo sentido:

"Ação demolitória. Construção sem atendimento das normas municipais. Pedido julgado procedente. Sentença confirmada.

"Lamentavelmente, o cidadão, de modo geral, vivendo o contexto de uma cidade ou a realidade de sua periferia, é o último a atentar para a necessidade do exato cumprimento das normas que disciplinam a ocupação das áreas fracionadas, sem qualquer preocupação com a projeção futura de sua urbe, em termos de organização e humanização. O Poder Público, também, tem sido frágil e inconstante, no exercício de seu direito de império, para fazer valer a ordem jurídica de natureza edilícia. Mesmo assim, nas hipóteses raras, a demolição é remédio para restabelecer o comando da lei, se desatendida a nível de constru-

ção" (2ª CC, Ap. Cív. n. 39.007, de Joinville, rel. Des. Napoleão Amarante, j. 26/4/94, in DJ n. 8.996, de 26/5/94).

Ainda:

"Ação demolitória. Construção clandestina e construída em área non aedificandi, de preservação permanente. Município. Poder de polícia. Embargo da obra. Possibilidade. Recurso desprovido.

"A municipalidade pode, no exercício do poder de polícia que lhe é inerente, sumariamente embargar obra construída sem aprovação de projeto arquitetônico pelos órgãos municipais competentes, ainda mais quando localizada em área non aedificandi, de preservação permanente, não observando normas técnicas e sem a menor possibilidade de regularização.

"Cabe ao Município, no interesse público, que é maior que o do particular, zelar pela aplicação da lei, exercendo plena e rigorosa fiscalização nas construções civis de sua abrangência, evitando os males que adviriam do exercício incondicionado do direito de construir" (1ª CC, Ap. Cív. n. 98.005053-7, da Capital, rel. Des. Carlos Prudêncio, j. 20/10/98).

Esta colenda Câmara, em acórdão relatado com invejável precisão pelo eminente Des. Alcides Aguiar, assentou:

"Ação demolitória — Construção clandestina e com inobservância de recuo de quatro metros — Obra já concluída e com habite-se — Irrelevância — Infração configurada — Demolição ordenada — Recurso improvido.

“Construída sem licença da Administração e em desconformidade com as posturas municipais, como, v. g., sem o recuo legal, pela via judicial poderá o Município obter a demolição, mesmo já concluída a construção, não o impedindo o habite-se concedido, máxime se não relacionado com a obra clandestina” (Ap. Cív. n. 31.872, da Capital, j. 27/9/91, in DJ n. 8.368 de 31/10/91).

A prova pericial produzida desvela, sem que dúvida alguma possa remanescer, que o muro que garante a residência do recorrente foi erguido na área verde n. 5 (fls. 89) do loteamento Jardim Universitário, de uso público, restando plenamente demonstrada a violação das regras limitativas municipais.

Para esse debate a prova testemunhal pouco contribuiu, resumindo-se a indicar a necessidade do muro para evitar inundações pelas águas do córrego circunvizinho e a negar a existência — incontroversa, aliás —, da área verde adjacente.

Embora necessário para estreimar o lote 5 — de propriedade do apelante — da área verde mencionada, e para impedir inundações, o muro foi edificado além dos limites daquele, não havendo possibilidade de regula-

rização da obra. Relevante atentar, outrossim, para a informação do experto de que o Município autorizou a construção do muro, mas respeitado o limite do terreno.

A utilização de bem de uso público, como se particular fora, mormente em se tratando de área verde, sujeita a construção irregular à ordem demolitória, como medida de resguardo do patrimônio público vilipendiado.

Por último, o requerimento do apelante de que, se ordenada a demolição, seus custos fiquem a cargo do Poder Público, não pode ser confortado, porquanto a ilegalidade foi praticada pelo recorrente; não pelo Município, apesar de a fiscalização efetuada não ter sido exemplar.

3. Por todo o exposto, nega-se provimento ao recurso e à remessa.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Francisco Borges.

Florianópolis, 8 de abril de 1999.

Alcides Aguiar,
Presidente com voto;
Pedro Manoel Abreu,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 97.008353-0, DE BRUSQUE

Relator: Des. Pedro Manoel Abreu

Reparação de danos. Homicídio. Responsabilidade civil do Estado. Crime praticado por policial civil, com arma da instituição policial, que não estava no exercício da função pública. Sentença penal condenatória. Responsabilidade objetiva. Pensionamento até a

provável sobrevida do ofendido. Dano moral. Cumulatividade. Despesas de funeral. Recurso parcialmente provido.

“Na raiz de todo caso, que envolve a culpa administrativa, está o ato do homem a quem se atribui o dano, o que empenhará a responsabilidade do agente ou da administração através do ato do próprio funcionário. No mínimo, responderá o Estado por haver escolhido mal aquele que deveria representá-lo (culpa in eligendo)” (José Cretella Jr., Tratado de Direito Administrativo, vol. VIII, 1ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1970, pág. 284).

“Ainda que investido da função de preservar a segurança e manter a ordem social, o policial portando arma de fogo, natural instrumento perigoso, seja por entrega ou autorização do Estado, não está autorizado ao manuseio disparatado ou imprudente da mesma; de sua má utilização, resultando danos para os particulares, resulta para o ente público a obrigação de indenizar” (Yussef Said Cahali, Responsabilidade Civil do Estado, Malheiros Editores Ltda., São Paulo, 1996, pág. 520).

Para a responsabilização do Estado por ato de seu agente, não importa o fato deste se encontrar fora de sua jornada de trabalho ou no exercício de suas funções, bastando que, por ocasião da prática do ilícito, tenha este se investido da qualidade de servidor estatal. Pelo simples fato de a arma utilizada para a ação criminosa ser de propriedade estatal, que lhe confiou o porte, mesmo fora da jornada de trabalho, assumiu o ente público o risco integral pelos eventuais danos que viessem a ser provocados por seu agente.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.008353-0, da comarca de Brusque, em que são apelantes Carlos Bertotti Filho e Carmosina Bertotti, sendo apelado o Estado de Santa Catarina:

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

Custas de lei.

1. Carlos Bertotti Filho e sua esposa Carmosina Bertotti aforaram

ação de indenização em face do Estado de Santa Catarina, alegando, em suma, que no dia 15/4/87, por volta das 21 horas, na cidade de Brusque, o policial Francisco Hilário Fagundes, investigador policial, num bar, disparou tiro de revólver contra Carlos Alberto Bertotti, filho dos ora autores, produzindo-lhe a morte.

Sustentaram que, não obstante não estivesse o réu no exercício da função pública no momento do crime, ainda assim o pleito é procedente, vez

que praticara o ato na condição de agente do Estado.

Pleitearam, a final, a condenação do réu nas despesas de funeral, pensão e dano moral.

Contestando, o ente estatal sustentou que o ato fora praticado pelo agente na condição única de cidadão, não de policial, eximindo-se, desarte, da responsabilidade objetiva por que responde, postulando a produção de provas.

Na audiência de instrução e julgamento, frustrada a tentativa de conciliação, foi tomado o depoimento pessoal do autor, bem como ouvidas testemunhas, tendo os acionantes aduzido suas alegações derradeiras, por memorial. O Estado deixou fluir in albis o prazo, tendo o Órgão Ministerial se posicionado pelo inacolhimento da pretensão.

Sentenciando, o Dr. Juiz de Direito julgou improcedente o pedido, ao fundamento de que apesar de o réu portar arma do Estado, não se encontrava exercendo atividades concernentes à função de funcionário público, estando, dessa forma, eximido o ente estatal de responsabilidade pelo ato do servidor.

Irresignados com a prestação jurisdicional entregue, os autores apelaram, postulando a reforma do decissum, enfatizando, em suma, que o agente claramente invocara a qualidade de policial, apesar de estar à paisana, contribuindo, assim, a sua função para a prática do ato danoso.

O Órgão Ministerial de Primeira Instância opinou pela confirmação da sentença, descartando a responsabilidade objetiva do Estado.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, neste Grau de Jurisdição, opinou pelo provimento parcial do apelo, concedendo a pensão até a data em que a vítima completasse 65 anos de idade, sustentando, ainda, a procedência da demanda no tangente ao pagamento das despesas com funeral, bem como a indenização pelos danos morais postulados, interpretando que o ente estatal forneceu arma ao policial, razão por que é responsável objetivamente pelo uso que ele fez dela.

2. De fato, o recurso é provido parcialmente.

As características especiais que circundam a investidura na função policial, civil ou militar, são razão de exaustivo teste de seleção e aptidão por parte do ente estatal, requerendo do agente público, certamente, estabilidade emocional, equilíbrio, senso de responsabilidade, respeito ao cidadão, retidão na vida pública e privada, além de decoro moral.

Certamente que pela carga de responsabilidade e pelo poder que o Estado investe no servidor público em apreço, entregando-lhe um revólver, assume o risco de responder pela falta de exação e pelos excessos que eventualmente venham a ser praticados pelo agente no exercício da função pública ou por força dela.

Dessarte, do policial, exercitando uma função do Estado de alto risco e de importância superlativa, é imperioso exigir-se conduta irrepreensível, assim como uso restrito e absolutamente adequado da arma que lhe foi confiada pelo ente público para uso funcional e não para a perpetração de

desvios de conduta, ou de crime, como sucedeu no caso vertente.

Não há dúvida que o ente estatal responde pelos danos que o servidor vier a praticar, fazendo uso indevido, ainda que fora do serviço, da arma, bem público que lhe foi confiado para a proteção do cidadão, do homem de bem, e não para o crime.

Uma vez caracterizada a culpabilidade do réu, tanto que condenado pelo Tribunal do Júri por sentença trânsito em julgado, pela prática de homicídio doloso, configura-se o nexo de causalidade entre o ato do agente público e o dano. Daí a culpabilidade objetiva do Estado.

Impunha-se, portanto, a procedência dos pedidos, conforme concluiu judiciosamente o eminente Procurador de Justiça, Dr. Kurt Ernesto Hammerschmidt, no bem-lançado parecer de fls., cujos fundamentos são adotados pela Câmara como razão de decidir, in verbis:

“O recurso é próprio e tempestivo, merecendo conhecimento. No mérito, igualmente, a razão assiste aos recorrentes, pois, restou comprovada a relação de causalidade entre o dano e o ato do agente público, configurando-se, assim, a responsabilidade objetiva do Estado.

“Nas palavras de Cretella Júnior, citado pelo proficiente Rui Stoco (Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997, pág. 376):

‘Havendo dano e nexo causal, o Estado será responsabilizado patrimonialmente, desde que provada a relação entre o prejuízo e a pessoa jurídica pública, fonte da descompensação ocorrida, de modo que somente a

força maior ou a culpa da vítima exonerariam a Administração da obrigação reparatória’.

“In casu, consoante demonstrado, o evento danoso trata-se de homicídio, praticado por policial civil com emprego de arma de fogo, esta, de propriedade do Estado, que confiou-lhe seu porte para o seguro desempenho de suas funções.

“Especificamente sobre estas situações, em que o dano particular causado é fruto de disparo feito por policial, a doutrina comunga do mesmo entendimento, proclamando:

‘Ainda que investido da função de preservar a segurança e manter a ordem social, o policial portando arma de fogo, natural instrumento perigoso, seja por entrega ou autorização do Estado, não está autorizado ao manuseio disparatado ou imprudente da mesma; de sua má utilização, resultando danos para os particulares, resulta para o ente público a obrigação de indenizar.

‘(...)

‘Em linha de princípio, entregando o Estado ao policial uma arma de fogo, responde a entidade pública pelos disparos por ele direcionados ou acidentais causadores de danos ao particular’ (Yussef Said Cahali, Responsabilidade Civil do Estado, Malheiros Editores Ltda., São Paulo, 1996, págs. 520 e 522).

“Os Tribunais pátrios seguem a mesma linha, sendo exemplo:

‘Indenização — Fazenda Pública — Responsabilidade civil — Morte da vítima baleada por policial em perseguição — Culpa concorrente não caracterizada — Responsabilidade

objetiva do Estado pelo emprego de armas de fogo em poder de seus agentes — Pensão devida até a data em que a vítima completaria 65 anos — Inclusão do 13º salário — Recurso parcialmente provido' (TJSP — 7ª C. — Ap. rel. Evaristo dos Santos — j. 23/11/90 — RJTJSP 132/155).

“A peculiaridade da questão, deduzida em juízo, limita-se ao fato de saber se prevalece a obrigação de indenizar do Estado, mesmo a arma utilizada sendo da corporação, já que o policial, ao cometer o ilícito, encontrava-se fora de seu horário de trabalho, fora do exercício de suas funções.

“Para dirimir tal indagação, Yussef Said Cahali, com a sabedoria que lhe é própria, assevera que:

‘A condição de ‘agente da autoridade pública’ do policial quando da prática do ato danoso apresenta características especiosas, diversa da situação dos funcionários públicos em geral: o policial identifica-se e impõe-se perante o particular pela farda que ostenta, confia-lhe o Estado o porte de arma de fogo para o seguro desempenho de suas funções, e mesmo nos seus dias de folga está sempre à disposição de seus superiores ou da população, para atender a certas emergências’ (STF, 1ª T., 8/5/79, reformando decisão da 6ª Câmara do TJSP, 20/12/74, que negara existir ‘qualquer relação entre o crime e a função pública do criminoso’ RJTJSP 59/100 e 101).

“Pelo pensamento exposto vê-se que a análise do caso in concreto não pode ser feita de forma abstrata, a contrario sensu, merece uma verificação perfunctória dos fatos, a fim de se demonstrar a qualidade de

agente público do criminoso, no momento da prática danosa.

“Em situação semelhante, o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de afirmar que não há necessidade de que ‘o servidor público tenha agido no exercício de suas funções, mas nessa qualidade. Em face da presunção de segurança que um policial, fardado e armado, proporciona, o Estado é responsável se o agente, em se aproveitando dessa aparência, produz dano ao particular’ (STF, 1ª T., 8/5/79, reformando decisão da 6ª Câmara do TJSP, 20/12/74, que negara existir ‘qualquer relação entre o crime e a função pública do criminoso’, RJTJSP 59/100 e 101).

“Traduzindo o pensamento do STF, tem-se que, para a responsabilização do Estado por ato de seu agente, não importa o fato deste se encontrar fora de sua jornada de trabalho ou no exercício de suas funções, bastando que, por ocasião da prática do ilícito, tenha este se investido da qualidade de servidor estatal. Foi o que ocorreu na lide sub judice.

“O policial, de vero, encontrava-se fora de sua jornada de trabalho, porém, ao agir e matar, proclamou frases como ‘a autoridade sou eu, a lei sou eu’ e, imbuído nesse espírito, munuiu-se de arma de fogo da corporação, disparando contra a vítima.

“Ainda, não há como deixar de reprisar que, o uso de arma de fogo foi propiciado pelo ente estatal, ao lhe confiar o porte da mesma, inclusive fora da jornada de trabalho. A prática do ato ilícito foi ensejada pela sua condição de funcionário e, ‘sempre que a condição de funcionário tiver contribuído de algum modo para a prática

do ato danoso, ainda que simplesmente lhe proporcionando a oportunidade para o comportamento ilícito, responde o Estado pela obrigação ressarcitória' (Yussef Said Cahali, ob. cit., pág. 527).

"Nota-se que, o que se exige, para a configuração da responsabilidade estatal, é, tão-somente, a existência 'de uma relação entre a função pública exercida pelo agente e o fato causador do dano. Não se faz mister que o exercício da função constitua causa eficiente do evento danoso: basta que ministre a ocasião para praticar-se o ato' (Idem, idem, pág. 527). Foi o que ocorreu na lide sob apreciação.

"O Pretório Paulista, ao julgar semelhante caso, afirmou que estando o policial à paisana, ainda que atuando fora de qualquer função pública, haveria solidariedade passiva do Estado (segundo as regras da lei civil) desde que praticado o delito com 'arma de serviço policial'. É do corpo do acórdão:

'Ação de indenização por lesão corporal intentada contra a Fazenda do Estado com denunciação da lide ao policial militar que cometeu o delito fora do exercício de suas funções. A sentença julgou procedentes a ação e a denunciação. Ao recurso oficial a Fazenda acrescenta apelo insistindo na sua irresponsabilidade por não ter o policial obrado na qualidade de agente da pessoa jurídica estatal. O caso dos autos não é, de início, o da hipótese constitucional de responsabilidade de Estado por ato de seu agente. A ação danosa nada teve a ver com a qualidade de policial do agente: não justamente porque ele

estivesse à paisana, senão porque aqui, como celerado noturno ordinário para satisfação de seus assuntos pessoais, completamente fora de qualquer função pública. No entanto, a co-responsabilidade do Estado está na desidiosa invigilância que possibilita militares conservarem a posse de armas de serviço no retorno à vida civil; porque a arma com que o denunciado baleou o autor era arma de serviço policial. Com isso, alguma coisa se inverte na relação das partes, mas a causa indenizatória, no essencial, é a mesma: alguém, sem relação funcional com o Estado, foi causador direto do dano, mas o Estado, pela ação de seus órgãos, obrando com culpa, foi 'cúmplice', na acepção do art. 1.518, parágrafo único, do Código Civil; pelo quê, a responsabilidade é solidária' (TJSP, 2ª C., rel. Walter Moraes, 30/11/93, JTJ 156/106).

"Pelo exposto, fácil se aquilatar que o Estado deve ser responsabilizado, seja em virtude do art. 37, XXI, § 6º, da Constituição Federal, seja em decorrência do artigo 1.518 do Código Civil.

"Ainda, da Corte de Justiça paulista, retira-se trecho do acórdão proferido pela 1ª Câmara, in verbis:

'Na RT 592/323 ficou salientado que 'ainda que não esteja em serviço, o policial militar que pratica crime com arma da corporação deve ser julgado pela Justiça Militar, por ser a competente'. Há que se estabelecer uma distinção entre o reconhecimento do nexo de responsabilidade entre o Estado e seus funcionários, e o Estado e os policiais militares. Em relação a estes não se pode olvidar que estão de serviço, praticamente, durante todo

o seu tempo, mesmo que englobando, ele, certas horas do dia. Quando em suas próprias casas, estão sempre à disposição da autoridade superior ou da população para acudir a certas emergências. Também na rua, mesmo à paisana, estão sempre à disposição para a solução de conflitos que ocorrem. Nesta condição se apresentou (o policial) para a solução de problemas seus, intimando aqueles que se encontravam no veículo, abusando posteriormente de sua condição para agredir violentamente a vítima com arma pertencente a sua corporação. Assim, a ponderação contida na sentença é de caráter positivo, arcando o Estado, com o ônus de ter, a seu serviço, elementos desprovidos das mínimas condições que os recomendassem para o exercício desse mister' (TJSP, 1ª C., Ap. 152.029-1, 19/1/91).

"Para finalizar, é da lavra do Pretório Paranaense:

'Indenização — Polícia Militar — Paisana — Embriaguez — Disparo de arma — Tiro que atinge terceira pessoa — Responsabilidade civil do Estado.

'Policial militar que, embriagado, dispara arma da corporação e atinge pessoa que se encontrava numa fila de ônibus, vindo posteriormente a falecer — Policial valeu-se de sua condição funcional para fazer uso da arma — Patente a responsabilidade do Estado (art. 37, XXI, § 6º) — Provisamento parcial do recurso e ao reexame necessário para fixar a pensão em 2/3 do quantum comprovado da receita da vítima — Mantida, nos demais termos, a respeitável decisão' (TJPR, Apelação Cível e Reexame Necessário n. 1812/89. Proc. n. 8084-8 — Curi-

tiba — 4ª Vara da Fazenda Pública — Ac. Unânime n. 7313 da 2ª Câmara Cível — j. em 12/9/90, publ. em 5/10/90, rel. Des. Carlos Raitani).

"Por todo o exposto, indubitavelmente, não há como se deixar de reconhecer que está caracterizada a responsabilidade objetiva do Estado, pelo simples fato de que a arma utilizada para a ação criminosa era de propriedade estatal, que lhe confiou o porte, mesmo fora da jornada de trabalho, assumindo, assim, o risco integral pelos eventuais danos que viessem a ser provocados por seu agente.

"O fato do policial não estar exercendo suas atividades, no momento do evento danoso, não elide essa presunção, mesmo porque, no caso dos autos, investiu-se dessa qualidade.

"Assim, configurada a responsabilidade estatal, cabe à Fazenda Pública ressarcir os danos materiais e morais sofridos pela família da jovem vítima.

"As despesas com funeral encontram-se devidamente comprovadas nos autos, mediante a juntada de notas fiscais (fls. 17/19). Devem, assim, ser ressarcidas na sua integralidade.

"Quanto à condenação da Fazenda Pública ao pagamento de pensão aos recorrentes, deve-se lembrar que a sua concessão não poderá se dar vitaliciamente, conforme requerida.

"Sobre esse tema é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

'Responsabilidade civil. Morte de filho. Limite de tempo. A jurispru-

dência hoje predominante na 4ª Turma estende o tempo de pensionamento, devido aos pais da vítima, até a data em que esta completaria 65 anos de idade, se ao tempo da morte já trabalhava e efetivamente contribuía para o sustento da família' (REsp. n. 59.495, rel. Min. Ruy Rosa-do de Aguiar, in DJU de 18/12/95, pág. 44.577).

"Atendendo a esta nova tendência jurisprudencial, o nosso egrégio Tribunal de Justiça assim decidiu:

'Indenização — Morte de filho que contribuía para o sustento dos pais — Pensão — Tempo de vida provável da vítima.

'A obrigação do filho em ajudar os pais, que de ajuda possam necessitar, não encontra limite temporal. Tempo provável da vítima, 65 anos (RTJ 123/1.605)' (JC 75/289, rel. Des. Carlos Prudêncio).

"Desta forma, a pensão mensal a ser paga aos recorrentes, ao invés de vitalícia, deve persistir até a data em que a vítima completaria 65 anos de idade.

"No que se refere à condenação cumulativa de dano moral, a posição mais acertada da doutrina é no sentido de sua possibilidade. Desse entendimento comunga o Superior Tribunal de Justiça, através da Súmula 37, in verbis:

'São cumuláveis as indenizações por dano moral e dano material oriundos do mesmo fato'.

"O Pretório Catarinense, por ocasião do julgamento da Apelação Cível n. 51.150, de Santo Amaro da Imperatriz, proclamou:

'Danos morais. Homicídio. Cabiamento. Fundamento. Dispensa da prova do prejuízo. Luto de família. Cumulação com dano material. Possibilidade. Na reparação do dano moral, que tem feição preventiva e punitiva, não se busca atribuir preço à honra, ao afeto, à imagem, à vida, mas oferecer uma compensação, um lenitivo à vítima ou a seus familiares pela dor injustamente infligida. Visa-se mitigar o sofrimento, minimizar os efeitos da lesão e não eliminar o dano, porque uma vez perpetrado não é possível a sua reversão.

'Em tema de danos morais, a responsabilidade do agente se opera por força do simples fato da violação, dispensada a prova do prejuízo em concreto.

'Ainda que se entenda a expressão luto de família de modo restrito, reduzindo-a aos sinais externos de pesar, é passível de reparação o dano moral, feita a interpretação sistemática ou orgânica, lendo-se o art. 1.537 à luz do art. 159 do Código Civil. Seria absurdo que o ordenamento jurídico assegurasse a restituição do dano imaterial, mas o excluísse na hipótese de supressão da própria vida.

'São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato' (STJ, Súmula 37).

"A Corte de Justiça Paulista adota o mesmo posicionamento, além de frisar que, em caso de homicídio, a dor causada aos pais da vítima é presumida iuris et de iure, o que dispensa a produção de prova nesse sentido. Leia-se:

'Indenização — Responsabilidade civil — Dano moral — Homicídio —

Dor dos pais da vítima — Presunção de caráter absoluto — Verba devida — Cumulabilidade com indenização por danos materiais — Inteligência do art. 5º, X, da CF, e dos arts. 1.537 e 1.533 do CC — Aplicação da Súmula 37 do STJ — Embargos rejeitados – ‘É indenizável, a título autônomo de dano moral, cuja existência se presume de modo absoluto (iuris et de iure), a morte de filho provocada por culpa alheia’ (TJSP — 2ª C., El. 202702-1, rel. Cezar Peluso, j. 21/3/95)’.”

Nesse contexto, impõe-se, efetivamente, o provimento parcial do recurso, para condenar-se o Estado a pagar aos autores, a título de pensão, a importância correspondente a 2/3 do que percebia a vítima, até a data em que esta completaria 65 anos de idade, se até lá não sobrevier a morte dos acionantes. A obrigação será devida desde o óbito do ofendido, quitando-se as prestações pretéritas de uma única vez, devidamente corrigidas, incidindo juros compostos desde o evento (CC, art. 1.544) e moratórios a partir da citação. Além disso, deverá o Estado ressarcir as despesas de funeral, desde a data dos pagamentos, assim como indenizar os autores a título de dano moral, arbitrado em trezentos salários mínimos, sem prejuízo dos encargos de sucumbência, arbitrando-se os honorários advocatícios em 10% sobre as prestações e sobre uma anuidade, em relação às prestações vincendas.

A reparação dos danos morais, no caso em apreço, deve lastrear-se

nos fatores declinados pelo destacado Professor doutor Fernando Noronha (in Apostila da Escola Superior da Magistratura), quais sejam: "...a) a intensidade e duração da dor sofrida; b) a gravidade do fato causador do dano; c) a condição pessoal (idade, sexo etc.) e social do lesado; d) o grau de culpa do lesante; e) a situação econômica do lesante". Observa o doutrinador que o dano moral "Não é matéria que possa ser deixada à determinação por perito. Neste sentido, não se fixará por arbitramento o valor da reparação. Danos estimáveis por arbitramento são apenas os patrimoniais, nunca os morais: estes, por sua própria natureza, são inestimáveis. E (...), na prova do dano moral e das circunstâncias que influem na determinação do quantitativo a arbitrar, os juízes terão de recorrer às regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece, referidas no art. 335 do Código de Processo Civil".

3. Em face de todo o exposto, dá-se provimento parcial ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Sr. Des. João José Schaefer e Francisco Borges. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Dr. Kurt Ernesto Hammerschmidt.

Florianópolis, 17 de junho de 1999.

*Pedro Manoel Abreu,
Presidente e Relator.*

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.008141-6, DE TUBARÃO**Relator: Des. Pedro Manoel Abreu**

Responsabilidade civil. Dano moral. Prisão de depositante em estabelecimento bancário, em circunstâncias vexatórias. Posse de uma nota falsa. Depósito expressivo em dinheiro. Fato lesante capaz de abalar a credibilidade do ofendido. Alegação de estrito cumprimento do dever legal. Irrelevância. Indenização. Critério. Recurso adesivo. Sucumbência recíproca. Inocorrência. Pedido indenizatório meramente estimativo.

“Na reparação do dano moral, que tem feição preventiva e punitiva, não se busca atribuir preço à honra, ao afeto, à imagem, à vida, mas oferecer uma compensação, um lenitivo à vítima ou a seus familiares, pela dor injustamente infligida. Visa-se mitigar o sofrimento, minimizar os efeitos da lesão e não eliminar o dano, porque uma vez perpetrado não é possível a sua reversão” (Ap. Cív. n. 50.461, de Criciúma, DJ de 8/11/96).

“Responde o banco por dano moral, se chama a polícia e esta prende depositante no estabelecimento, fazendo crer tratar-se de falsário, em operação espalhafatosa, com a presença de viaturas, motocicletas e policiais ostensivamente armados, pelo simples fato deste deter uma nota falsa, em operação de depósito em dinheiro de valor expressivo, diante de várias pessoas, em circunstâncias absolutamente constrangedoras e desnecessárias, que lhe abalaram a credibilidade pública, causando-lhe inegável sofrimento.

“A fixação da verba reparatória do dano moral tem sido problema de árdua resolução, dada a dificuldade de estabelecer-se o pretium doloris. Assentada a reparabilidade desse tipo de dano, hoje com foro constitucional, longos embates doutrinários ainda se travam no afã de identificar os critérios para a estipulação das cifras devidas.

“Dentre outros, segundo a doutrina, a reparação dos danos morais, deve lastrear-se nos seguintes fatores: a) a intensidade e duração da dor sofrida; b) a gravidade do fato causador do dano; c) a condição pessoal (idade, sexo etc.) e social do lesado; d) o grau de culpa do lesante; e) a situação econômica do lesante. A fixação, no entanto, não é matéria que possa ser deixada à determinação por perito, uma vez que danos estimáveis por arbitramento são apenas os

patrimoniais, nunca os morais: estes, por sua própria natureza, são inestimáveis” (cf. Prof. Fernando Noronha).

“Sendo meramente estimativo o valor da indenização pedida na inicial, não ocorre a sucumbência parcial se a condenação fixada na sentença é inferior àquele montante” (STJ, REsp. n. 21.696-9—SP, rel. Min. Cláudio Santos).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.008141-6, da comarca de Tubarão, em que é apelante Banco Bamerindus do Brasil S/A, sendo apelado Caulino Elízio Cardozo:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso do réu e prover o recurso adesivo do autor.

Custas legais.

1. Caulino Elízio Cardozo propôs ação de indenização por danos morais em face do Banco Bamerindus do Brasil S/A, alegando, em suma, que no dia 22 de setembro de 1995 sacou a quantia de R\$ 7.785,08 de sua conta corrente no Banco Itaú, pedindo ao caixa que separasse R\$ 7.000,00 em notas de maior valor para fazer um depósito no banco réu. Disse que, após sacado o dinheiro, depositou-o na conta do Sr. Renato dos Santos, no Banco Bamerindus do Brasil S/A. Imediatamente, o gerente deste último pediu-lhe para acompanhá-lo a fim de conversarem. Enquanto conversavam, foi surpreendido por um grupo de policiais, fortemente armados, que efetivaram sua prisão em virtude de haver uma nota falsa, de R\$ 50,00, dentre aquelas que depositara. Alegou desconhecer tal fato, tendo sofrido danos morais de grande monta, já que sua prisão deu-se em públi-

co, pedindo uma indenização correspondente a R\$ 540.000,00.

Em contestação, o banco réu argumentou não serem verdadeiros os fatos articulados na exordial, sustentando que os seus funcionários agiram corretamente, não caluniaram o autor e se houve exagero na prisão, a responsabilidade foi da polícia, portanto do Estado, devendo este integrar a lide como litisconsorte passivo. Argüiu, por isso, a nulidade processual, em vista da ausência de citação do Estado de Santa Catarina, além do Banco Itaú e do funcionário que o atendera, para integrarem a lide. Ademais, alega a inépcia da inicial. No mérito, disse que seus funcionários agiram corretamente e que o exagero na prisão deu-se por conta dos policiais. Requereu a improcedência do pedido, postulando, para a hipótese de condenação, que a indenização seja arbitrada, no máximo, em R\$ 180.000,00.

Na audiência de conciliação resultou frustrada a tentativa de conciliação.

Saneado o feito, na audiência de instrução e julgamento foi tomado o depoimento pessoal do autor e inquiridas três testemunhas, tendo as partes ofertado suas alegações derradeiras.

Sentenciando, o Dr. Juiz de Direito, Lédio Rosa de Andrade, julgou

parcialmente procedente o pedido, condenando o réu ao pagamento da quantia de R\$ 360.000,00, a título de indenização por danos morais. Arbitrou os honorários advocatícios em 20% sobre o valor da condenação. Em face da sucumbência recíproca, determinou que as custas judiciais fossem pagas na proporção de 1/3 pelo autor e 2/3 pelo réu. Já na distribuição dos honorários, estabeleceu a proporção de 2/3 para o autor e 1/3 para o réu.

O autor opôs embargos de declaração, alegando omissão do decisor acerca da aplicação de correção monetária sobre a condenação imposta, tendo o reclamo sido acolhido.

Irresignado com a prestação jurisdicional entregue, o banco apelou, reprisando a matéria já deduzida na peça de resistência, justificando que os policiais agiram no estrito cumprimento do dever legal. Consignou que todos os atos da força policial fugiam de seu controle, não havendo nexos causal entre o fato praticado e o dano moral resultante e que basta uma nota falsa para que se erija a suspeita. Sustentou que houve motivo suficiente para que fosse acionada a polícia, pois o autor insistia em depositar toda a quantia, inclusive a nota falsa. Relatou que o assunto foi tratado com discricionariedade, rapidez e sem maiores repercussões e que a polícia agiu sem sua interferência. Argumentou que agiu de acordo com a lei, tendo em vista que o chefe de serviço, ao comunicar a polícia, exerceu a faculdade prevista no CPP (art. 5º, § 3º), enfatizando que o apelado jamais fora chamado de falsário por quem quer que seja. Requeceu, por fim, que, em não sendo acatada sua tese, seja reduzido o montante

da indenização para o máximo de R\$ 40.000,00, invocando, para tanto, precedentes da Corte sobre indenizações por morte.

O autor interpôs recurso adesivo por entender que, diante da subsidiariedade dos pedidos, não houve qualquer sucumbência de sua parte, pedindo a reforma do decisor para que se altere a sentença vergastada neste aspecto.

Contra-arrazando, o acionante insistiu na tese inicial, rebatendo os argumentos do apelante, alegando que, não obstante não tenham se dado as injúrias e insultos, ainda assim caberia indenização pela situação de vexame por que passou. Disse que o réu incidiu em contradição uma vez que na contestação admitiu indenização de até R\$ 180.000,00 e na apelação pugna por, no máximo, R\$ 40.000,00 (300 salários mínimos).

De seu turno, o banco contra-arrazou o recurso adesivo entendendo ter havido a sucumbência recíproca em função do acolhimento parcial do pleito.

2. Dá-se provimento parcial ao apelo do réu, provendo-se o recurso adesivo, como se demonstrará.

2.1. No tangente ao recurso do banco demandado, não há dúvida que a dita sentença objurgada, em seus fundamentos, deu a equação jurídica adequada à lide, ao acolher parcialmente o pedido, reconhecendo o direito do acionante ver-se indenizado por dano moral.

Com efeito, é incontroverso que o autor foi preso na agência do réu, quando promovia um depósito bancário em dinheiro, ao constatar-se que

uma das notas, no valor de R\$ 50,00, era supostamente falsa.

No exame da prova, restou esclarecido nos autos que funcionários do banco teriam chamado a polícia e o autor teve sua prisão efetivada diante de várias pessoas, em circunstâncias absolutamente constrangedoras e desnecessárias, que, por certo, abalaram-lhe a credibilidade pública, causando-lhe, ademais, inegável sofrimento moral.

O aparelho policial, pelo que ressaltou da prova, teria agido de forma contundente e espalhafatosa, com requintes cinematográficos — como enumera a sentença —, com a presença de duas viaturas, duas motocicletas e policiais ostensivamente armados (fls. 82/83).

Restou evidente que o autor fez o depósito de R\$ 7.000,00 em dinheiro, tendo sido localizada, como já dito, uma única nota falsa no valor R\$ 50,00.

Nesse ponto, como acentua o decisor profligado, demonstra-se a boa-fé do acionante, porquanto “um falsário não iria depositar R\$ 6.950,00 em notas verdadeiras para aplicar um golpe de R\$ 50,00”.

Não há falar, de vértice, em exercício regular de direito. Conforme acentua com toda a propriedade o ilustre Togado, “esta prerrogativa legal não permite exageros e, muito menos, atitudes como as tomadas pelos funcionários do requerido, de chamar a polícia, comunicando a presença de um criminoso na agência. Neste ponto, não há que se recriminar a atitude policial, pois nestes tempos de criminalidade, com incontáveis assaltos às agências bancárias, os policiais

devem agir de forma firme, pois não sabem, antecipadamente, com que tipo de pessoa irão agir. Ao receberem o chamado do requerido, foram ao local e efetuaram a prisão, em público, diante de várias pessoas, mas sem violência ou qualquer outro desrespeito”.

E acrescenta:

“A própria testemunha do requerido (fls. 84) diz que o procedimento normal neste tipo de incidente é a retenção da nota tida como falsa, dando-se um recibo ao cliente. Não se sabe porque com o autor foi diferente”.

Não há negar, de outro lado, que a prisão verificada provocou prejuízos ao autor, abalando sua credibilidade e sua honra, sendo este comerciante conhecido na cidade, justificando, portanto, a indenização por dano moral.

Consoante já decidiu esta Corte, em aresto da lavra do signatário, “Na reparação do dano moral, que tem feição preventiva e punitiva, não se busca atribuir preço à honra, ao afeto, à imagem, à vida, mas oferecer uma compensação, um lenitivo à vítima ou a seus familiares, pela dor injustamente infligida. Visa-se mitigar o sofrimento, minimizar os efeitos da lesão e não eliminar o dano, porque uma vez perpetrado não é possível a sua reversão” (Ap. Cív. n. 50.461, de Criciúma, DJ de 8/11/96).

Yussef Said Cahali, sobre o tema, define o dano moral, como sendo “a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado, sem repercussão patrimonial. Seja dor física — dor-sensação, como a denomina Carpenter — nascida de uma lesão material; seja a dor moral — dor-sentimento, de causa material”

(in Dano e Indenização, RT, 1980, pág. 7).

A reparação dos danos morais objetiva conferir uma compensação ao lesado pela turbatio animi, isto é, pretende a atenuação da dor a que se submetera o ofendido.

A existência de tais danos é presumida — deflui da natureza do ato lesivo — incumbindo à parte ex adversa proceder à contraprova, pelo que não se pode impor a quem os suportou a demonstração de sua ocorrência. Valiosa amostra dessa orientação é extratada da doutrina, in verbis:

“Reparam-se os danos morais pelo simples fato da violação. Não se requer, por isso, que o lesado comprove a subjetividade do lesante nem precisa demonstrar o dano efetivo. O fato de se ter a pessoa por ofendida, independente de confirmação, é fruto de presunção, ou seja, é o *damnum in re ipsa*” (Geraldo Ferreira Lanfredi, O Direito à Reparação dos Danos Morais e os Acidentes de Trânsito, in RT 721/23).

Todavia, no tangente ao quantum indenizatório, de fato, o valor da condenação deverá ser reduzido para quatrocentos (400) salários mínimos, como se demonstrará.

Com efeito, a fixação da verba reparatória tem sido problema de árdua resolução, havendo até mesmo quem negasse a reparação do dano extrapatrimonial, com base no argumento de que seria inviável estabelecer o *pretium doloris*. Afortunadamente, tal orientação não logrou perdurar na boa doutrina e na jurisprudência, de sorte que, hoje, é remansoso o entendimento de que, não obstante os

entraves à fixação do quantum, os danos morais merecem reparação. Assentada a reparabilidade desse tipo de dano, longos embates doutrinários ainda se travam no afã de identificar os critérios para a estipulação das cifras devidas.

No remoto ano de 1965 já se buscou identificar elementos balizadores do dano moral, na III Conferência Nacional de Desembargadores, evento promovido no Rio de Janeiro, tendo-se concluído que “...o arbitramento do dano moral será apreciado livremente pelo juiz, atendendo à repercussão econômica, à prova da dor e ao grau de dolo ou culpa do ofensor” (apud Wilson Melo da Silva, O Dano Moral e sua Reparação, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1983, pág. 668).

O Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei n. 4.117/62, art. 84) já definia alguns critérios, ad litteram: “Na estimação do dano moral, o juiz terá em conta, notadamente, a posição social ou política do ofendido, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e a repercussão da ofensa.

Também a Lei de Imprensa dispôs acerca do assunto, delineando, nos incisos I e II do art. 53, que se deve ter em conta, em síntese, a gravidade da lesão, as condições do lesado e as do responsável.

Preleciona Arnaldo Marmitt que “Na fixação do quantum considerar-se-á especialmente a posição familiar, cultural e social do autor do dano e da vítima, tendo em vista o cidadão médio (Perdas e Danos, Rio de Janeiro, Aide, 1987). E acrescenta: “Outro lado de fundamental importância na mensuração do montante devi-

do agasalha-se na dosagem da culpa com que se houve o autor das perdas e danos. Importa auscultar a conduta do agente, antes e depois da prática danosa" (op. cit., pág. 139).

Indiscutível que ao magistrado é dada uma boa parcela de discricionariedade, redundando, na visão de alguns, em verdadeiro arbítrio, de modo a pôr em risco a segurança jurídica. Objetivando pôr cobro a essa situação, há quem advogue a tese de que o dano moral deve ser apreciado in abstracto, tendo por base padrões de comportamento, procedendo-se, inclusive, a uma tarifação da dor.

Contra essa orientação insurge-se Carlos Alberto Bittar, comentando que "...o conhecimento prévio do quantum pode conduzir os refratários a assumir o ônus correspondente, de modo deliberado, desrespeitando, intencionalmente, os bens jurídicos protegidos nessa área (como, por exemplo, em certa atividade de comunicação, feita a equação custo-benefício, opte o explorador por usar indevidamente imagem alheia, diante de perspectivas favoráveis de obtenção de resultados financeiros compensadores)" (Reparação Civil por Danos Morais: A Questão da Fixação do Valor, in Tribuna da Magistratura, julho de 1996, pág. 36). E completa: "Deve-se, pois, confiar à sensibilidade do magistrado a determinação da quantia devida (...). O contato com a realidade processual e com a realidade fática permite-lhe aferir o valor adequado à situação concreta" (op. cit., pág. 36).

Todavia, elucida o doutrinador prefalado que não se há confundir apreciação in concreto com arbítrio judicial ou ausência de parâmetros, sa-

lientando que o magistrado haverá de atentar para "...a) as condições das partes, b) a gravidade da lesão e sua repercussão e c) as circunstâncias fáticas" (op. cit., pág. 37).

No caso em epígrafe, o ilustre Sentenciante buscou amparo no art. 1.547 do Código Civil, tomando por parâmetro a multa cominada para o crime de calúnia, em seu grau máximo e em dobro, arbitrando o valor da indenização em R\$ 360.000,00.

A reparação dos danos morais, no caso em apreço, deve lastrear-se nos fatores declinados pelo destacado Professor doutor Fernando Noronha (in Apostila da Escola Superior da Magistratura), quais sejam: "...a) a intensidade e duração da dor sofrida; b) a gravidade do fato causador do dano; c) a condição pessoal (idade, sexo etc.) e social do lesado; d) o grau de culpa do lesante; e) a situação econômica do lesante". Observa o doutrinador que o dano moral "Não é matéria que possa ser deixada à determinação por perito. Neste sentido, não se fixará por arbitramento o valor da reparação. Danos estimáveis por arbitramento são apenas os patrimoniais, nunca os morais: estes, por sua própria natureza, são inestimáveis. E (...), na prova do dano moral e das circunstâncias que influem na determinação do quantitativo a arbitrar, os juizes terão de recorrer às regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece, referidas no art. 335 do Código de Processo Civil".

Dessarte, com esteio nos fatos acima apontados, impende fixar-se a verba reparatória em 400 salários mínimos.

Diga-se que tal montante é o que normalmente se estabelece para a hipótese de homicídio doloso ou culposo, e é tomado esse parâmetro não só pelas circunstâncias do caso e por sua gravidade no meio social, mas considerando principalmente a culpa e a condição econômica do lesante.

No caso vertente, não tem relevância o fato de o apelante ter, na contestação, estimado a indenização em até R\$ 180.000,00. Além de tal parâmetro não ser vinculativo para o juízo, não pode ser alcançado pelo seu valor máximo.

2.2. No pertinente ao recurso adesivo, assiste razão ao autor, uma vez que não restou configurada hipótese de sucumbência recíproca.

De efeito, consoante já decidiu o STJ, “Sendo meramente estimativo

o valor da indenização pedida na inicial, não ocorre a sucumbência parcial se a condenação fixada na sentença é inferior àquele montante” (REsp. n. 21.696-9—SP, rel. Min. Cláudio Santos).

3. Em face do exposto, dá-se provimento parcial ao apelo do réu e provimento ao recurso adesivo.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Francisco Borges.

Florianópolis, 25 de fevereiro de 1999.

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

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.013663-6, DE SÃO FRANCISCO DO SUL

Relator: Des. Pedro Manoel Abreu

Cominatória. Promessa de doação. Inexigibilidade. Apuração da vontade das partes. Art. 85, CC. Contrato sinalagmático que equivocadamente recebeu o nome de contrato de doação. Ausência de doação com encargo. Recurso provido.

“A doação (...) é um contrato de natureza gratuita, o que torna inadmissível poder constituir-se em objeto de uma promessa de contrato” (Lopes, M. M. Serpa. Curso de Direito Civil. Vol. III, 2ª ed., São Paulo, Freitas Bastos, 1957, pág. 387).

“O poder interpretativo do juiz está circunscrito à obrigação de procurar esclarecer o conteúdo do negócio jurídico, tendo sempre presente que a vontade deve ser pesquisada e esclarecida em relação ao fim jurídico do ato, no qual é objetivada” (Santos, J. M. Carvalho. Código Civil Brasileiro Interpretado. Vol. II. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1988, pág. 284).

A doação com encargo, também chamada de doação modal, não pode prever um encargo ao donatário de tamanha monta que se equipare ao do doador. Não seria doação com encargo, e sim contrato oneroso, em que ambas as partes têm vantagens de valor próximo ou encargos semelhantes.

Constatando-se que o contrato firmado pelas partes não é de promessa de doação — cujo cumprimento é inexigível —, tratando-se, sim, de contrato oneroso, é viável condenar o acionado a emitir a declaração de vontade prometida.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.013663-6, da comarca de São Francisco do Sul, em que são apelantes Eugênio de Souza Vieira e sua mulher, Maria da Graça Dias Bello Vieira, sendo apelada Samparcasas Administração e Comércio de Imóveis Ltda.:

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

Custas legais.

1. Eugênio de Souza Vieira e sua mulher, Maria da Graça Dias Bello Vieira, ingressaram com ação cominatória objetivando a satisfação de obrigação de fazer contra Samparcasas Administração e Comércio de Imóveis Ltda.

Alegaram que a requerida prometera doar, por escritura pública, 82 lotes de terra no prazo de 30 dias após a reformulação do projeto do Loteamento Capri Cidade Balneária.

Sustentaram que foi acordada a doação, reconhecendo a requerida, no termo, que os autores estão na posse de uma área de terra de 29.520,00m², há mais de cinco anos. Afirmaram, nessa linha, que constituíram loteamento com 82 unidades.

Relataram ter promovido ação de usucapião sobre a área referida, havendo dela desistido, em face do compromisso assumido pela requerida em doar os mencionados terrenos.

Disseram que, em face da inércia da ré em proceder à doação, viram-se obrigados a efetuar a notificação judicial, que restou inexitosa.

Entenderam que o pré-contrato em discussão não está subordinado nem ao Decreto-Lei n. 58/87, nem à Lei n. 6.766/79, não se podendo aplicar, no caso, a Súmula 166 do STF.

Pugnaram pelo acolhimento do pedido, para que fosse suprida a omissão da requerida, outorgando-se, assim, a escritura definitiva do imóvel.

Citada, a ré ofereceu contestação, alegando, preliminarmente, a falta de interesse de agir, já que os lotes seriam doados às pessoas mencionadas no contrato e não aos autores.

Sustentou a ilegitimidade passiva ad causam, por entender que a acionada não é mais titular do imóvel em questão, sendo que fora alienado a Halim Makarios.

Arguiu a inépcia da inicial e a carência da ação, haja vista que da narração dos fatos não decorre o pedi-

do, pois os lotes pretendidos não foram descritos ou individualizados.

No mérito, aduziu que não houve constituição de loteamento por parte dos autores, não existindo, também, os lotes aventados.

Requeru, a final, a extinção do feito, diante das preliminares argüidas, ou, subsidiariamente, a improcedência do pedido.

Réplica às fls. 74/6.

Sentenciando, a MMA. Juíza de Direito julgou extinto o processo, por impossibilidade jurídica do pedido.

Irresignados com a prestação jurisdicional de primeiro grau, os autores interpuseram recurso de apelação, buscando a reforma total do decisor. Para tanto, sustentaram que não houve liberalidade por parte da apelada, e sim compromisso assumido em contrapartida da desistência da ação de usucapião.

Sem contra-razões.

2. Merece êxito o apelo interposto.

A douta Sentenciante extinguiu o feito por não vislumbrar possibilidade jurídica no pedido formulado pelos autores, qual seja: obter provimento jurisdicional para suprir a vontade da demandada em outorgar escritura pública de doação de imóvel.

Por se tratar de matéria controversa, abordar-se-ão as duas principais discussões separadamente. São elas: a validade da promessa de doação e a natureza do contrato celebrado.

2.1. O Prof. Miguel Maria de Serpa Lopes ensina:

“A doação, porém, conforme já vimos, é um contrato de natureza gratuita, o que torna inadmissível poder constituir-se em objeto de uma promessa de contrato” (Curso de Direito Civil. Vol. III, 2ª ed., São Paulo, Freitas Bastos, 1957, pág. 387).

E o mestre esclarece essa sua posição sob o argumento de que é impossível a execução coativa da obrigação, ou indenização por perdas e danos, vez que, nos atos a título gratuito, “só por dolo responde aquele a quem o contrato não favoreça”(op. cit., pág. 388).

Dante Caporali compartilha do mesmo entendimento:

“Però é da escludersi il pactum donationis perchè la donazione, atto spontaneo, ripugna a qualunque forma di coazione diretta o indiretta: la promessa di donazione, anche rivestita di atto pubblico, sarebbe per tale ragione nulla come promessa e non potrebbe nemmeno valere come donazione, mancando l'attualità dello spoglio” (in RE 105.862-5/PE, rel. Min. Oscar Corrêa).

Ora, se a doação é liberalidade, em que o doador retira de seu patrimônio determinada coisa e passa ao patrimônio do donatário, sempre ao alvedrio do primeiro, não há supor possa a justiça, prescindindo da vontade do promitente doador, impor-lhe o adimplemento de contrato desse jaez.

Há inúmeros precedentes nesse sentido:

“Doação — Promessa de liberalidade — Cumprimento de exigência impossível — Ação improcedente — Apelação não provida.

"Em face do nosso Direito não se pode exigir o cumprimento de promessa de doação que é mera liberalidade.

(...)

"Trata-se, como se vê, de promessa de doação, ato gratuito, não obstante o rótulo. Todavia, nas manifestações de vontade, se atende menos a sua forma que a seu conteúdo e, na espécie, este conteúdo é patente: o apelado que já fizera doações à concubina, prometeu fazer novas doações, mas, posteriormente, se arrependeu e descumpriu a promessa.

"Ora, não se pode, face ao nosso Direito, exigir o cumprimento de promessa de doação, salvo se retributória, e na proporção em que se represente retribuição" (Ap. Cív. n. 239.996, Capital, TJSP, rel. Des. Penedo Burnier).

Portanto, parece-nos mais consentâneo com o direito que se considere inexigível a promessa de doação, haja vista não se poder coagir alguém a fazer liberalidade a outrem. Contudo, não é esse o caso dos autos.

Em verdade, o contrato celebrado pelos litigantes não é de doação. Esta é a segunda questão: a classificação do contrato celebrado entre as partes.

2.2. O artigo 85 do Código Civil Brasileiro deixa firme que "nas declarações de vontade se atenderá mais a sua intenção que ao sentido literal da linguagem".

É que a vontade não raras vezes requer interpretação por parte do juiz para que lhe seja conhecido o seu

verdadeiro conteúdo, esclarecendo, assim, a intenção do negócio jurídico.

J. M. Carvalho Santos consignou:

"O poder interpretativo do juiz está circunscrito à obrigação de procurar esclarecer o conteúdo do negócio jurídico, tendo sempre presente que a vontade deve ser pesquisada e esclarecida em relação ao fim jurídico do ato, no qual é objetivada" (Código Civil Brasileiro Interpretado. Vol. II. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1988, pág. 284).

E continua:

"Assim, o juiz reconstruindo a vontade em relação à intenção, e não a criando, pode corrigir a manifestação que aparece errada; secundando-a à razão econômica, pode voltá-la ou guiá-la àquele fim jurídico que a declaração visava, mas por meios inidôneos a tal fim (p. exemplo, operando a conversão do negócio jurídico): porque na declaração existem, como fato jurídico, os termos que são necessários a tal processo, pelo qual o direito, e o juiz que dele é órgão, auxiliam o desenvolver ou o desdobrar do escopo econômico do ato (sic)" (op. cit., págs. 284/5).

Fica patente ao compulsar os autos que a vontade de ambos os contratantes era de transacionar, com o objetivo de dar fim à ação de usucapão mencionada no item 9 do contrato (fls. 70/1). Mesmo porque, na quinta cláusula (fls. 68), aparece a expressão "em contrapartida", ou seja, os primeiros contratantes realizariam determinados atos (no caso, desistiriam da ação; pagariam as custas e honorários advocatícios; reconheceriam a posse do Sr. Estefânio...), ao passo que a

segunda contratante transcreveria no registro de imóveis os referidos 82 lotes de terra às pessoas relacionadas no contrato.

Assim pode-se dizer que a vontade da segunda contratante não era a de doar, a despeito do sentido literal da linguagem utilizada no contrato.

A jurisprudência é pacífica:

“Nas declarações de vontade se atenderá mais a sua intenção que ao sentido literal da linguagem’ (art. 85 do Código Civil), devendo o juiz conferir-lhe interpretação consentânea com a natureza da transação e realidade negocial” (Apelação Cível n. 33.429, rel. Des. Eder Graf, j. 19/6/90).

Ainda assim, há quem possa dizer que não se cuida de transação, mas de doação com encargo, prevenido deveres aos contemplados. Não é o que nos parece mais correto, como será visto a seguir.

2.2.1. De maneira alguma pode-se vislumbrar uma doação com encargo, também chamada de doação modal, quando o encargo atribuído ao donatário for de tamanha monta que se equipare ao do doador. Em outros termos, há contrato oneroso quando os pactuantes obtenham vantagens de valor próximo ou tenham encargos assemelhados.

Retornando ao caso dos autos, de acordo com o contrato, os primeiros contratantes deveriam: a) reconhecer a posse do Sr. Estefânio em uma área de 198.460,00m²; b) desistir da ação de usucapião; c) assumir as custas processuais e honorários advocatícios.

Já a segunda contratante deveria: a) reconhecer a posse dos primeiros contratantes sobre os 82 lotes (29.520,00m²); b) doar os respectivos lotes às pessoas relacionadas no acordo; c) reformar o loteamento e proceder à transcrição das escrituras públicas.

Carvalho Santos considera “oneroso o contrato se houver equivalência entre os valores do encargo e do objeto da doação” (op. cit., vol. XVI, pág. 343). Pontes de Miranda comunga do mesmo posicionamento: “o modus não pode ser de tal valor que torne contrato oneroso a doação” (Tratado de Direito Privado, Tomo XLVI. Rio de Janeiro, Ed. Borsói, 1964, pág. 194).

Desta feita, repise-se, porque os deveres e as obrigações de cada uma das partes se equivalem, está-se diante de contrato oneroso; não de doação com encargo.

2.2.2. Eis o conceito de doação que nos dá o Código Civil:

“Art. 1.165. Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra, que os aceita”.

Carvalho Santos, acerca da liberalidade a que se refere o Codex, deixa claro:

“A liberalidade, como se vê, é da essência da doação. Constitui um elemento essencial à sua caracterização. Por meio dela é que se traduz o animus donandi, isto é, o elemento subjetivo pessoal da doação, que se pode manifestar com vários propósitos: de beneficência, de generosidade, ou de expressão de estima, ou apreço” (op. cit., vol. XVI, pág. 319).

Na preleção de Carvalho de Mendonça, “O que é da essência da doação é a intenção precípua dessa liberalidade, um ato que envolva um sacrifício de fortuna, uma alienação liberal, uma diminuição real e efetiva. É preciso que êsse ato despoje o doador com o fim expresso de enriquecer o donatário (sic)” (apud Carvalho Santos, pág. 323).

Assim sendo, não estão presentes os requisitos da doação. Em primeiro lugar, não houve liberalidade, haja vista que a apelada não teve o animus donandi de enriquecer os apelantes por generosidade, apreço ou benevolência. Vislumbrou, sim, a obtenção de benefício, que seria atingido com o cumprimento do contrato. Dessarte, a recorrida viu a ação de usucapião em que era demandada ser extinta, o que, com toda a certeza, lhe favoreceu.

Também não houve enriquecimento de somente uma das partes. O que denota o contrato é que ambas, em porções semelhantes, obtiveram vantagens. Ressalte-se que os apelantes tiveram reconhecido o seu direito de posse nos 82 lotes; a apelada, por sua vez, teve a ação de usucapião que tramitava contra si extinta.

Pontes de Miranda arremata: “não importa o que se doa, desde que com isso se enriqueça o donatário” (Tratado de Direito Privado. Tomo XLVI. Rio de Janeiro, Ed. Borsói, 1964, pág. 194).

Por conseguinte, o concerto entre as partes não deve ser visto como doação, e sim como contrato bilateral, ou sinalagmático, uma vez que produz obrigações para as duas partes (cf. Gomes, Orlando. Contratos. 13ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1994).

Desse modo, o requerido deve ser condenado a emitir a declaração de vontade, produzindo este acórdão todos os efeitos da declaração não emitida, consoante o art. 641 do Código de Processo Civil.

No caso de impossibilidade de cumprimento da obrigação, seja pela transferência de propriedade do imóvel no curso da lide, ou por qualquer outro motivo, deve-se convertê-la em perdas e danos, com fundamento no art. 1.534 do Código Civil.

3. Por todo o exposto, provê-se o recurso, condenando-se a apelada à emissão de declaração de vontade, de sorte a transmitir a propriedade do objeto da lide aos apelantes.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Solon d’Eça Neves.

Florianópolis, 2 de setembro de 1999.

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

APELAÇÃO CÍVEL N. 97.010803-6, DE IMARUÍ**Relator: Des. Trindade dos Santos**

Cominatória. Contrato de abertura de crédito rotativo em conta corrente. Cancelamento do ajuste por infração contratual. Pretensão do correntista ao restabelecimento do contrato. Impossibilidade. Sentença de improcedência confirmada. Apelo desatendido.

Previsto, em contrato bancário de abertura de crédito rotativo em conta corrente, o cancelamento do ajuste na hipótese de utilização de valores maiores do que o limite posto à disposição do correntista, inatacável é o cancelamento, pela instituição financeira, do pacto. E cancelado este, por comprovada a infração contratual irrogada ao correntista, não lhe autoriza a lei pretender impor, via judicial, a reativação do contrato já não mais em vigor.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.010803-6, da comarca da ImaruÍ, em que é apelante Sidney Gonçalves de Almeida, sendo apelado Besc — Banco do Estado de Santa Catarina S/A:

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

Custas de lei.

Cuida-se, no caso vertente, de ação cominatória cumulada com perdas e danos aforada por Sidney Gonçalves de Almeida contra o Banco do Estado de Santa Catarina S/A, objetivando a continuação do contrato de abertura de crédito em conta corrente celebrado entre eles às fls. 27.

Afirmou o postulante que, desde o ano de 1985, é titular de uma conta corrente na instituição bancária ré, pela qual formalizou um contrato de abertura de crédito em conta cor-

rente com o limite previdencial estipulado em R\$ 8.000,00 (oito mil reais).

Alegou que o réu não vem cumprindo com o pactuado, impedindo a utilização do limite de crédito previsto no contrato, asseverando, então, que o contrato para utilização de cheque especial foi cancelado em julho de 1996, sob a alegação de que uma empresa de sua propriedade ingressou em Juízo requerendo a prestação de contas de sua conta corrente, fugindo às normas do banco referido.

Requeru a procedência do pedido para que seja o demandado compelido a manter e cumprir o contrato celebrado, bem como a sua condenação em multa pecuniária por dia de atraso, perdas e danos, juros moratórios, correção monetária, lucros cessantes e danos emergentes, bem como despesas processuais e honorários advocatícios à razão de 20% (vinte por cento) do valor total da condenação. Requeru, ainda, a produção de provas.

Contestando, aduziu o acionado, em preliminar, a incompatibilidade entre os pedidos formulados pelo autor, causando a extinção do processo; e, no mérito, sustentou que o Banco apenas cumpriu o contrato celebrado ao aplicar a cláusula específica autorizadora de rescisão em caso de inobservância, pelo mutuário, do limite de crédito estabelecido.

Pugnou, então, pela improcedência do pleito, com a imposição ao acionante das verbas de sucumbência, bem como pelo julgamento antecipado da lide.

Havendo o demandante se manifestado sobre a contestação e resultando inexitosa a audiência prévia de conciliação levada a efeito, o MM. Juiz de Direito a quo prolatou sentença antecipada, desacolhendo o pedido exordial, visto terem restado comprovadas as infrações ao art. 3º, letra c, do contrato firmado (fls. 27), de acordo com os extratos bancários apresentados às fls. 28 e 29, não havendo, outrossim, que se cogitar de perdas e danos, uma vez que inexistia possibilidade jurídica de obrigar-se o demandado a manter o contrato celebrado. Condenou o autor ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios à razão de 15% (quinze por cento) do valor atribuído à causa.

Inconformado, apelou o vencido requerendo a reforma da sentença prolatada, alegando já ter ultrapassado, em ocasiões anteriores, seu limite de crédito rotativo em conta corrente sem que o apelado jamais tenha encerrado a sua conta, somente lhe solicitando, em tais hipóteses, a cobertura da extrapolação havida no limite do crédito. Sustentou, ainda, que quando

do encerramento da conta corrente encontrava-se dentro do seu limite de contrato, cumprindo legalmente a avença.

O apelado ofertou resposta à ir-resignação manifestada.

É o relatório.

A presente insurgência dirige-se contra a sentença que julgou improcedente o pedido de preceito cominatório cumulada com perdas e danos, diante do fato de ter sido cancelado o contrato de abertura de crédito em conta corrente, em virtude de haver o apelante ultrapassado o limite de crédito de R\$ 8.000,00 colocado à sua disposição, ao argumento básico de que tal extrapolação já havia ocorrido em oportunidades anteriores, sem que, contudo, houvesse o apelado rescindido o contrato em questão.

O Magistrado prolator do decurso ao dar pela improcedência do pleito o fez baseado em cláusula constante do contrato juntado às fls. 27, no qual se encontram inseridas as condições se que impunham cumpridas e respeitadas pelos pactuantes, em especial a de número três, que trata sobre a extinção da avença.

A sentença, resta ver, é totalmente subsistente, subsistência essa que gera, em decorrência, o desprovento do recurso.

O contrato de abertura de crédito, na definição de Renato Nordi, é:

"...contrato pelo qual a Instituição Financeira compromete-se, segundo os termos acordados, a colocar na esfera de disponibilidade do cliente ou creditado determinada importância em dinheiro (limite de crédito), para que do crédito outorgado se utilize

quando lhe convier ou que dele venha a necessitar, obrigando-se a restituir à Instituição Financeira as importâncias usadas acrescidas dos respectivos encargos financeiros convencionados” (Contrato de Abertura de Crédito e Possíveis Implicações Decorrentes de sua Cobrança, Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 1999, pág. 1).

Então, na medida em que o correntista utiliza o crédito posto à sua disposição, defere-se ao banco, automaticamente, a possibilidade jurídica de cobrar os encargos financeiros previstos sobre as importâncias utilizadas.

Mas o uso desses valores possui um limite chamado limite de crédito, este estipulado contratualmente, limite que não pode ser ultrapassado pelo creditado a seu bel-prazer, sob pena de quebra da avença.

Para tanto, são estipuladas no contrato bancário normas atinentes a esse uso indiscriminado dos valores postos à disposição do correntista, prevendo-se sanções, sanções estas que, em geral, redundam na rescisão do contrato.

O contrato em evidência não fugiu a essa regra, prevendo ele em sua cláusula de n. 3 que:

“Poderá o Besc dar por vencido este contrato a qualquer tempo de sua vigência, independentemente de qualquer aviso ou notificação, tornando-se exigível o total da dívida pelo saldo que a conta apresentar, acrescido dos encargos e penalidades contratualmente estabelecidos, desde que ocorra qualquer das hipóteses previstas em lei ou o(s) Creditado(s) : a) deixe (m) de cumprir as obrigações pactuadas; b) tenha(m) contra si títulos protestados

ou conta encerrada de acordo com as normas do Banco Central do Brasil em qualquer estabelecimento bancário ou tenha(m) seu(s) nome(s) inscrito(s) no cadastro de emitente de cheques sem fundos; c) se o(s) creditado (s) exceder (em) o limite de crédito deferido; d) tenha (m) contra si qualquer medida judicial que possa acarretar penhora, arresto ou seqüestro de bens” (grifamos).

Tratando-se de contrato celebrado intuitu personae, a conta corrente bancária faculta a qualquer das partes o direito de rescindi-lo unilateralmente a qualquer momento e sem aviso prévio, desde que tenha sido convencionalmente cláusula expressa nesse sentido, como realmente o foi, consoante se constatou no caso vertente.

O mestre Orlando Gomes expõe sobre o tema:

“Podem as partes estipular que o contrato será resiliado se qualquer delas se arrepender de o haver concluído. Asseguram-se convencionalmente o poder de resili-lo mediante declaração unilateral de vontade. A autorização não provém de lei, mas no caso do próprio contrato. São, realmente, os próprios contratantes que estipulam o jus poenitendi”.

Linhas após consigna:

“O termo rescisão é usado no sentido de resilição, e, mesmo de resolução. Deve reservar-se, porém, para o modo específico de dissolução de certos contratos.

“Rescisão é a ruptura de contrato em que houve lesão” (Contratos, Forense, Rio, 1973).

Possuindo o contrato de abertura de crédito em conta corrente ajustado entre os litigantes um limite de crédito de até R\$ 8.000,00, como afirmado pelo acionante e confirmado pelo apelado, tendo ele extrapolado este limite quando da utilização de crédito disponível, deu azo o correntista a que a instituição bancária rescindisse o pacto conforme cláusula antes transcrita.

Ora, conforme extratos de conta corrente juntados pelo recorrido às fls. 28 a 29, sequer impugnados pelo correntista apelante, evidenciado restou claramente que os saques procedidos por ele ultrapassaram os limites do crédito posto à sua disposição, nos moldes estipulados contratualmente, fazendo aparecer, assim, a lesão contratual capaz de gerar a rescisão do ajuste.

O professor Arnaldo Rizzardo, na obra *Contratos de Crédito Bancário*, RT, 4ª edição, 1999, ao tratar da extinção do contrato de abertura de crédito assevera:

“De várias maneiras extingue-se o contrato:

“(…)”

“d) Impossibilidade superveniente em manter o contrato, com a utiliza-

ção total do crédito, a falta de garantia e a morte do creditado. Tais razões de cessação do contrato são indicadas por Sérgio Carlos Covello e constituem formas de extinção naturais e comuns a todos os contratos.

“(…)”

“Quanto à segunda modalidade de extinção, é normal que se extinga o contrato com o saque total do crédito concedido. Cessa a obrigação do banco em ter a sua caixa e o numerário à disposição do cliente. Surge, daí, o direito de cobrar o valor sacado ou retirado da conta” (págs. 58 e 59).

Em face do exposto, pois, nega-se provimento ao apelo deduzido, com a conseqüente confirmação da sentença sob vergasto.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues, dele participando, da mesma forma com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto.

Florianópolis, 27 de outubro de 1999.

Carlos Prudêncio,
Presidente para o acórdão;
Trindade dos Santos,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 97.012520-8, DE CRICIÚMA

Relator: Des. Trindade dos Santos

Contrato bancário. Revisão. Não-acostamento da celebração contratual. Descrição das cláusulas revisandas inexistente. Narrativa fática insuficiente. Inépcia da inicial reconhecida. Honorários advocatícios. Fixação correta. Decisum confirmado. Apelo desprovido.

— *Nas ações revisórias de contrato, a inicial há de descrever em seu bojo, de modo preciso, o conteúdo exato das cláusulas buscadadas de alteração, além de trazê-la acostada com o respectivo ajuste. Não se faz suficiente, para tanto, que a parte autora permaneça no terreno do hipotético, levantando simplesmente temas jurídicos a respeito, os quais, em face da ausência do instrumento contratual e da perfeita descrição das cláusulas que se quer modificar, nem ao menos pode-se assegurar serem incidentes no caso concreto. Presentes essas deficiências, a inépcia da inicial é, com efeito, a solução adequada ao litígio.*

— *Em se tratando de causa julgada extinta, mercê do reconhecimento da inépcia da inicial e em que, pois, inexistiu condenação, os honorários advocatícios impõem-se fixados, não em atenção ao preceituado no art. 20, § 3º, do CPC, senão em atendimento ao previsto no § 4º do mesmo dispositivo. E mostra-se adequada a verba honorária em tais hipóteses, quando, imposta ela em valor certo, atentou-se para as diretrizes contempladas no art. 20, § 3º, letras a a c, do refalado Estatuto.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.012520-8, da comarca de Criciúma (3ª Vara Cível), em que é apelante Beatriz Fedumentti Goes, sendo apelado o Banco Real S/A:

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

Custas na forma da lei.

Beatriz Fedumentti Goes ingressou com ação ordinária de revisão de débito oriundo do contrato de abertura de crédito contra o Banco Real S/A, aduzindo ser correntista da instituição financeira ré por mais de três anos, mantendo na agência de Criciúma a conta corrente n. 0705467-1.

Aduziu que durante o período em que movimentou a conta bancária em referência sempre cumpriu correta

e tempestivamente com suas obrigações, firmando com o demandado vários contratos de crédito, cujas datas não pode precisar, em face de jamais ter recebido cópias deles, apesar de tê-las solicitado.

Disse que nessas diversas operações financeiras o acionado efetuou, por sua vez, vários descontos na conta questionada, com juros abusivos, muito além dos de mercado e das taxas permitidas legalmente.

Argüiu, contudo, que os valores que depositou na referida conta há muito já cobriram o que efetivamente era devido.

No entanto, em meados do ano de 1995, a instituição requerida apontou, ainda, um débito na conta corrente da autora na ordem aproximada de R\$ 2.700,00, oportunidade em que firmaram as partes financiamento para o pagamento de tal débito; contudo,

deu-se o contrato de forma leonina, repetindo-se a capitalização de juros, prática bancária essa utilizada durante toda a contratualidade, em que o demandado unilateralmente procedeu a vários lançamentos de débito na conta corrente da postulante, fazendo incidir juros abusivos, taxas e encargos muito além dos praticados no mercado e legalmente permitidos, na base de 18% ao mês.

Procedendo a uma perícia contábil, verificou a autora que já adimpliu os juros mensais de sua conta corrente, ou seja, o valor original do débito.

Assim, ante a pretendida cobrança de valores absurdos por parte da casa bancária acionada, em que se encontram calculados juros sobre juros, cumulação de correção monetária e comissão de permanência, taxas de juros que superam a casa dos 18% ao mês, pretende ver, por perícia contábil, revisado o débito em questão, enquadrando-o nos parâmetros legais, de modo a preservar a incidência sobre o débito dos juros constitucionais de 1% ao mês mais a incidência da TR, unicamente.

No encerramento, pugnou pela procedência da ação, com a devolução por parte do demandado dos valores cobrados a mais e indevidamente, no que diz respeito a todos os pagamentos realizados e lançamentos procedidos na sua conta bancária.

Pugnou, outrossim, pela junta de todos os contratos realizados com a parte adversa e dos correspondentes extratos de movimentação bancária, bem como pela abstenção da prática de qualquer ato judicial e extrajudicial que diga respeito à cobrança do pretendido saldo devedor.

Citada, a instituição financeira demandada ofertou contestação, aduzindo que as cláusulas contratuais estão devidamente amparadas nas normas e disposições ditadas pelo Banco Central e, acaso houvesse algum vício na contratação, não seria mais lícito à postulante argüi-lo, uma vez que já usufruiu ela do financiamento, aplicando-o na forma descrita no contrato, sem qualquer ressalva.

Afastou a possibilidade de ter existido, quando da contratação da obrigação, qualquer espécie de coação, asseverando serem lícitas as cláusulas contratuais para a atualização da dívida apontada como ilegítima.

Requeru o indeferimento de perícia contábil e a improcedência final da ação.

Impugnação à contestação às fls. 75 a 79.

Requisitado pelo Magistrado a quo o contrato de refinanciamento da dívida, respondeu o réu sobre a sua inexistência, eis que não foi realizada qualquer operação de refinanciamento como alegado na exordial.

Decidindo antecipadamente, o MM. Juiz de Direito indeferiu a inicial, com base no art. 295, incs. I e III, e parágrafo único, do CPC, julgando em consequência extinto o processo, a teor do art. 267, I e VI, do mesmo Co-dex.

Entendeu desnecessária a perícia, eis que fundado o pedido em alegações vagas e imprecisas, sem apontar especificamente algum lançamento viciado, deixando de indicar precisamente quantos e quais contratos celebrou, e quais as taxas de juros cobradas, elementos estes que deve-

riam ser do conhecimento da postulante uma vez que afirma ela ter realizado auditoria contábil em suas contas.

Ademais, sob o nomen juris de ação de revisão a demandante postula típica ação de prestação de contas, sob argumentos vagos e nebulosos, sem indicar os fatos e fundamentos do pedido.

Reconheceu, assim, a carência da ação pela falta de interesse de agir e a inépcia da inicial por ausência de correta formulação da causa de pedir.

Condenou a autora ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em R\$ 500,00.

Inconformada com o resultado da demanda, a acionante apelou, aduzindo a inexistência da inépcia da inicial, diante da farta exposição fática corroborada com orientação pretoriana acerca dos pedidos de impossibilidade de capitalização dos juros, bastando, apenas, uma análise fria da real situação perante o direito.

Além disso, não lhe foi possibilitada a correção de defeitos ou irregularidades da inicial, cabendo ao Magistrado condutor do feito determinar a emenda da inicial em dez dias, conforme dispõe o art. 284 do CPC.

Apontou a existência de cerceamento de defesa, pois lhe foi indeferido o pedido de perícia contábil a fim de demonstrar os fatos descritos na exordial.

No mais, requereu, caso não reformada a sentença conforme reclamado recursalmente, a redução dos honorários arbitrados em 10% sobre o

valor da causa, a teor do art. 20, § 3º, do CPC.

Arrematando a peça recursal, repetiu as alegações iniciais relativas ao mérito da ação revisional.

O apelo foi respondido pelo estabelecimento de crédito demandado, o qual pleiteou a confirmação do decisório vergastado.

É o relatório.

O decisum monocrático, em face da sua total correteza, não está a merecer qualquer modificação.

A vencida, autora da ação revisional, insurgindo-se contra ela, sustenta a existência, na inicial, de elementos suficientes para o conhecimento do pedido revisório do contrato celebrado entre as partes, eis que o pedido é certo e determinado, bem como a existência de interesse processual de sua parte, bastando, para o deslinde do feito, a adaptação do direito ante a situação exposta.

Porém, essa não é a realidade dos autos, uma vez que, tratando-se de revisão de débito, pretendia a postulante que lhe fossem outorgados direitos, ou seja, o reconhecimento judicial de cláusulas contratuais nulas, sem que sequer trouxesse ela aos autos o contrato sob revisão.

Trouxe ela, às fls. 15 a 29, extratos que lhe foram remetidos pela própria instituição financeira, no interregno de abril a outubro de 1995, dando conta de operações/lançamentos em sua conta corrente, sem ao menos apontar, nestes, quais as operações indevidas ou ilegais.

Eximiu-se a correntista de juntar o contrato original ou mesmo comprovar a existência de um segundo

pacto financeiro realizado para o refinanciamento de sua dívida.

Pode-se dizer que o mero ingresso em Juízo anotando-se, de modo vago e impreciso, possíveis cláusulas que entende ilegais, não basta para saciar o pressuposto imposto pela lei, pois o verdadeiro interesse de agir situa-se na demonstração material do ponto conflitante, a fim de que possa satisfazer a pretensão resistida ou insatisfeita.

Consoante observa o insigne Humberto Theodoro Júnior:

“O interesse de agir, que é instrumental e secundário, surge da necessidade de obter através do processo a proteção ao interesse substancial. Entende-se, desta maneira, que há interesse processual se a parte sofre um prejuízo não propondo a demanda, e daí resulta que, para evitar esse prejuízo, necessita exatamente da intervenção dos órgãos jurisdicionais.

“Localiza-se o interesse processual não apenas na utilidade, mas especificamente na necessidade do processo como remédio apto à aplicação do direito no caso concreto, pois a tutela jurisdicional não é jamais outorgada sem uma necessidade, como adverte Allorio. Essa necessidade se encontra naquela situação que nos leva a procurar uma solução judicial, sob pena de, se não fizermos, vermos na contingência de não podermos ter satisfeita uma pretensão (o direito de que nos afirmamos titulares)” (Curso de Direito Processual Civil, Rio, Forense, 1994, 12ª ed., vol. I, págs. 55 e 56).

Assim, indemonstrado o conflito de interesses, a carência da ação se impunha.

Referentemente à inépcia da inicial, reconhecida apenas quando da solução final do litígio, também merece ser ela confirmada por este Pretório.

Primeiramente é de se frisar que a inépcia da vestibular pode ser reconhecida mesmo depois da contestação, não havendo, no tocante a ela, preclusão em relação ao Magistrado, que pode apreciá-la de ofício e, pois, sem qualquer provocação da parte demandada, haja vista tratar-se de irregularidade substancial; ainda mais quando, como no caso vertente, não estava ela a admitir emenda ou complementação.

Na hipótese vertente a inicial não se apresentava defeituosa ou irregular, passível de emenda, mas o que se revelou na presente foi a ausência de causa de pedir, impossível de ser emendada, não cabendo outra alternativa senão indeferi-la por inépcia absoluta.

Já enfatizou, a propósito, este Tribunal:

“A inépcia da inicial pode ser reconhecida mesmo depois da contestação, na fase recursal e até mesmo em recurso especial, conforme jurisprudência de tribunais, transcrita na fundamentação desta decisão” (JC 73/166).

Consolidando esse entendimento, observa o mestre Moniz de Aragão que:

“tais itens extravasam do poder dispositivo das partes, ficando incluídos entre os que se sujeitam a investigação de ofício pelo Estado, como uma das conseqüências de ser a ação um direito contra ele exercitável que, por isso, lhe dá o poder correspectivo

de examinar de ofício os pressupostos do processo e as condições da ação, mesmo que ocorra a revelia do réu" (Comentários ao Código de Processo Civil, Ed. Forense, vol. II, pág. 536).

Na hipótese em exame, ressalte-se, a inépcia foi reconhecida pela ausência de correta formulação da causa de pedir, reconhecimento este que se impõe aplaudido, em razão da sua correteza.

A peça exordial das ações como a da hipótese presente deve conter a precisa descrição das cláusulas que quer sejam revisadas; porém, indispensável é que, como primeiro passo, o pretendente à revisão contratual conheça com objetividade do contrato ajustado e suas cláusulas, especificando, então, de forma concreta e objetiva, o que, no seu entender, deve ser alterado no pacto firmado.

Não atendidas essas exigências, ausenta-se do pedido formulado judicialmente justamente a sua causa de pedir.

Reportando-se ao tema, o eminente J. J. Calmon de Passos consignou:

"Conclui-se, portanto, que, após a qualificação das partes, deve o autor narrar os fatos. Feita a narração dos fatos, seguir-se-á a exposição dos fundamentos jurídicos do pedido, isto é, de como os fatos narrados justificam que o autor peça o que pede. Os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido, por conseguinte, nada mais significam do que a descrição clara e precisa do acontecimento que foi a razão de ser da demanda e a categorização desse mesmo acontecimento.

A causa de pedir, ensina Pontes de Miranda, supõe o fato ou série de fatos dentro de categoria ou figura jurídica com que se compõe direito subjetivo ou se compõem os direitos subjetivos do autor e o seu direito público subjetivo de demandar" (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. III, 7ª ed., Ed. Forense, 1992, págs. 206 e 207).

Linhas após, assinala o festejado doutrinador:

"Importante são os fatos que o juiz deve conhecer como narrados pelo autor, cumprindo-lhe proceder, mediante a atividade probatória processualmente admissível, à verificação dos mesmos, para tê-los ou não como verídicos.

"(...)

"Inversamente, se categorizou bem e pediu mal, em nada lhe aproveitou ter sido exato na categorização dos fatos, pois que o juiz está adstrito ao pedido formulado sem poder corrigi-lo de ofício" (ob. cit., pág. 208).

Qual uma luva, acopla-se à hipótese sob apreciação o seguinte acórdão do colendo Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul:

"Petição inicial. Ação revisional de contrato bancário. Narrativa fática insuficiente.

"A petição inicial da ação declaratória há de conter precisa descrição das cláusulas buscadas revisar, com a indicação das pretendidas ilegalidades. E a isso não atende aquela que, confessando o desconhecimento do que contratado ou cobrado relativamente aos juros e encargos outros, simplesmente levanta temas jurídicos a respeito, que podem nem ter ade-

quação ao caso. Inicial bem indeferida. Apelação improvida” (Apelação Cível n. 195.192.737, rel. Des. Marcelo Bandeira Pereira).

Do corpo do acórdão transcrito extrai-se:

“Do autor da ação, de fato, é a responsabilidade de apresentar o seu pedido cercado das circunstâncias fáticas de que emergiria a providência reclamada, afirmando tais fatos, concretamente, e não se fundando em meras conjecturas ou suposições. E a prova, a se realizar no curso do feito, destina-se à verificação da veracidade do que afirmaram as partes em seus petitórios, apresentados na fase postulatória, e não para suprir-lhes imperfeições, complementando-os. Assim, não seria a perícia, prova pretendida, que iria regularizar a petição inicial que, desde a sua apresentação, precisava se mostrar de acordo com as previsões legais, narrando os atos com as suas circunstâncias”.

Assim, as assertivas lançadas pela autora, que aponta como irregulares os lançamentos em sua conta corrente e mesmo em outro contrato de refinanciamento supostamente realizado entre as partes, não encontraram correspondência na anêmica prova documental, que por certo era de sua obrigação fazer anexar à inicial.

Reclama ainda a parte vencida que lhe sejam reduzidos os honorários fixados, rebaixando-os ao patamar de 10% sobre o valor da causa, parâmetro este que obedecia, a seu ver, aos critérios do art. 20, § 3º, do CPC.

Porém, resta ver, inexistiu no caso em tela condenação, pois julgada extinta a demanda.

Nessa hipótese, incidente é o art. 20, § 4º, do CPC, sendo recomendável que o estipêndio advocatício seja fixado com moderação, moderação esta que não pode ser confundida com irrisoriedade da verba questionada.

Observa, a respeito, Celso Agrícola Barbi:

“...se a ação for declaratória ou constitutiva, não existe valor da condenação sobre o qual fixar honorários” (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. I, 8ª ed., 1993, Forense, Rio, pág. 113).

No mesmo sentido, acentuou o Excelso Pretório:

“As sentenças constitutivas e declaratórias não são sentenças de condenação: não se lhes aplica o § 3º, mas sim o § 4º do art. 20” (RTJ 76/937).

“O art. 20, § 3º, do CPC, se refere à fixação de honorários sobre a condenação, sendo evidente que, em não havendo condenação, a norma não incide; incide a regra do § 4º do mesmo artigo, em que a honorária se estipula consoante apreciação equitativa do Juiz” (RE n. 82.218-SP, j. em 31/8/76, rel. Min. Rodrigues Alckmin).

Importante, entretanto, é que, em tal arbitramento, seja conjugado o preceito do art. 20, § 4º, do Código Processual, com as diretrizes apontadas nas alíneas a a c do § 3º do mesmo art. 20.

Ou seja: na fixação dos honorários advocatícios, em hipóteses como a dos autos, devem ser considerados o grau de zelo do profissional, o local da prestação dos serviços, a natureza

e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado, o tempo exigido para os seus serviços e os gastos efetuados no curso do processo, aspectos esses que, a nosso ver, foram sopesados com o arbitramento dos honorários em R\$500,00 (quinhentos reais).

Como já proclamou este Tribunal:

“No caso em que não há condenação, a solução será a da fixação desses honorários consoante apreciação equitativa do Juiz, que atenderá ao grau de zelo do profissional, ao lugar da prestação do serviço e à natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para seu serviço” (Ap. Cív. n. 20.178, da Capital, rel. Des. Wilson Guarany).

Na mesma esteira, já disse este relator:

“Em se tratando de embargos à execução, rejeitados pelo acolhimento da preliminar de ilegitimidade ativa da embargante, os honorários advocatícios não podem ser impostos em base percentual sobre o valor da própria executiva. A sentença, aí, não é condenatória, incidindo, na fixação da verba honorária, o art. 20, § 4º, do CPC, com o seu estabelecimento devendo ser feito em quantia fixa e módica, segundo a apreciação equitativa do sentenciante, vedada apenas a imposição aviltante” (Ap. Cív. n. 98.008102-5, de Chapecó).

Acerca da matéria, empreste-se realce, ainda, aos acórdãos assim ementados:

“1. O § 4º do art. 20 do CPC expressa que os honorários advocatícios devem ser fixados por equidade e na

consideração dos fatos referidos no § 3º do mesmo artigo. Trata-se de equidade jurídica, porque baseada em fatos, isto é, objetiva, e não a de tipo subjetivo, extralegal, por vezes confundida com o arbítrio judiciário.

“2. Caso em que o acórdão impugnado fixou os honorários em quantia ínfima e sem considerar os fatos indicados no § 3º do art. 20 do CPC, como determina o § 4º desse mesmo artigo. Vulneração dessa última regra” (RTJ 98/183, rel. Min. Antônio Neder).

“Honorários de advogado. Extinção do processo sem julgamento do mérito.

“Extinguindo-se o processo, ainda que sem julgamento do mérito, há sucumbência do autor que arcará com o pagamento dos honorários da parte contrária.

“Hipótese em que se recomenda moderação no arbitramento, tendo em vista a simplicidade da causa” (TFR Jurisprudência 125/170, rel. Min. Eduardo Ribeiro).

“O artigo 20, § 4º, do CPC, expressa que os honorários devem ser fixados por equidade e consideradas as circunstâncias referidas no § 3º da mesma norma legal. Trata-se de equidade jurídica, porque baseada em fatos objetivos, e não de equidade que possa ser confundida com o arbítrio judicial.

“Caso em que o acórdão recorrido fixou a verba honorária em quantia ínfima, e sem considerar ou referir os parâmetros legais. Vulneração dos §§ 4º e 3º do artigo 20 do CPC” (RSTJ 29/548-9, rel. Min. Athos Carneiro).

Quanto ao alegado cerceamento de defesa pela ausência de realiza-

ção de perícia, bem como à matéria referente ao mérito da demanda, a apreciação deve ser descartada, uma vez que a demanda foi obstada, encerrada e sepultada com a declaração de extinção, sendo impossível, assim, qualquer pronunciamento a respeito.

À vista do exposto, pois, nega-se total provimento ao recurso sob ótica, com a conseqüente confirmação do douto julgado monocrático.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto.

Florianópolis, 27 de outubro de 1999.

Carlos Prudêncio,
Presidente com voto;
Trindade dos Santos,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.000741-0, DA CAPITAL

Relator: Des. Trindade dos Santos

Ato jurídico. Anulação. Apartamento. Compra e venda. Escritura rasurada. Vício de consentimento existente. Procedência. Decisum incensurável. Confirmação. Apelo desprovido.

A emissão da vontade válida e eficaz de ambas as partes é pressuposto de validade e eficácia dos atos jurídicos que têm por objetivo a transmissão da propriedade de bens imóveis. Defluindo dos autos, por indícios e circunstâncias que cercaram a transação negociada, ter sido a anuência da parte alienante obtida por meios escusos e reveladores de manobras fraudulentas e dolosas do pretendo adquirente, a anulação da celebração contratual é imposta pela própria lei. E mais acentuada evidencia-se a existência de fraude, dolo e ardid quando a escritura de compra e venda retrata, consoante pericialmente apurado e como perceptível a olho nu, ter havido rasuras na identificação do imóvel vendido, para o qual foram transformados os dados correspondentes à unidade habitacional anteriormente adquirida pelo beneficiário da manobra.

Ministério Público. Intervenção. Desnecessidade. Nulidade rejeitada.

Nas ações que têm por meta a anulação de negócios jurídicos versantes sobre a transmissão de bens imóveis, a anulação das respectivas escrituras públicas de compra e venda e o cancelamento dos pertinentes registros imobiliários revelam-se como mera decorrência do reconhecimento da ineficácia da própria negociação. Por isso

mesmo, em tais hipóteses, totalmente dispensável faz-se a intervenção do Ministério Público, cuja ausência nos atos processuais não se traduz em qualquer nulidade.

Agravo retido. Testemunha que mantém vínculo empregatício com a empresa autora. Não-tomada de compromisso. Decisão improsperável. Insurgência agasalhada.

O simples fato de a testemunha indicada manter vinculação empregatícia com a empresa que a indicou não revela qualquer interesse no deslinde da causa e não a torna suspeita nem impedida de depor, razão pela qual não pode ser dispensada do compromisso legal de dizer a verdade do que lhe for perguntado.

Tabelião. Terceiro prejudicado. Inocorrência. Falta de interesse. Ilegitimidade recursal.

O interesse de terceiro não figurante da relação processual somente o legitima recursalmente para opor-se à sentença proferida quando o decisum judicial acarretar-lhe prejuízo pessoal. Nesse contexto, não se embasando a sentença anulatória de transação imobiliária em vício da respectiva escritura pública de aquisição e sendo o cancelamento do ato notarial mera consequência da anulação da negociação de compra e venda que a motivou, não detém o servidor judicial responsável pela escrituração do ato legitimidade recursal para opor-se, apelaroriamente, ao provimento jurisdicional emitido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.000741-0, da comarca da Capital (3ª Vara), em que são apelantes Célio Nunes do Nascimento e sua mulher, Lindomar Francisco do Nascimento, e Altair José da Rosa, sendo apelada e agravante de forma retida Imobiliária J. Rimsa Ltda.:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, desprover o apelo deduzido por Célio Nunes do Nascimento e sua mulher, não conhecer da insurgência manifestada por Altair José da Rosa, provido, entre-

tanto, o agravo retido interposto pela empresa autora.

Custas ex lege.

Imobiliária J. Rimsa Ltda. propôs ação de anulação de ato jurídico em face de Célio Nunes do Nascimento e sua esposa, Lindomar Francisco Nascimento, expondo, em linhas gerais, que, no início de 1987, firmou promessa de venda, em favor dos demandados, do apartamento n. 101, bloco A, do Edifício Comendador Rimsa, situado na Rua Frei Caneca, 46, em Florianópolis.

Esclareceu que seu sócio majoritário, João Rimsa, vendeu o referido apartamento, lavrando a respectiva escritura em setembro de 1987, mesmo sem o pagamento integral do preço, já que o réu, como parte do pagamento, entregou um cheque sem provisão de fundos.

Afirmou que, ainda como forma de pagamento, foi outorgada uma procuração ao Sr. João Rimsa, dando-lhe poderes para alienar um terreno de propriedade dos réus, para que o valor obtido com a respectiva venda fosse abatido do preço do apartamento alienado. Contudo, sem qualquer revogação dessa procuração, os réus venderam o terreno, dado em garantia, para uma terceira pessoa.

Acentuou a postulante que o sócio João Rimsa, por ser pessoa idosa e de saúde precária, já não mais participava diretamente dos negócios da empresa, do que se aproveitou o acionado para, comparecendo ao seu escritório, no final de tarde, quando o sócio responsável pela empresa estava ausente, levar-lhe uma escritura para ser assinada.

De boa-fé, assinou a escritura apresentada pelo réu, que lhe explicou ser referente ao apartamento n. 101, anteriormente adquirido. Recebeu, ainda, na ocasião, um cheque do réu no valor de Cz\$ 15.000.000,00, do qual expediu o respectivo recibo.

Ocorre que, em verdade, tal escritura não se referia ao apartamento 101, mas a outro, de n. 1.001.

Aduziu a autora que essa ocorrência fora fruto de um plano dos réus para ludibriá-la, existindo, no entanto, algumas incoerências, entre as quais o fato de que, segundo consta na es-

critura, esta foi lavrada no dia 10/6/88, data em que João Rimsa e sua esposa estavam em São Paulo, de onde retornaram somente no dia 16 daquele mês; e mais, consta ainda ter sido o valor pago em moeda corrente, embora esse valor tenha sido satisfeito por cheque passado em 4/8/88, para desconto em 8/8/88; e ainda, conquanto conste da escritura a quitação do imposto de transmissão sobre bens imóveis, esta só foi efetuada dia 5/8/88; e, por último, o valor do apartamento era, na época, Cz\$ 50.000.000,00, ou seja, não poderia ter sido vendido por valor inferior a 1/3 do seu valor real.

Por todo o exposto, requereu fosse reconhecido o dolo, ou, alternativamente, o erro de fato, por ter o réu induzido, maliciosamente, João Rimsa a negociar um outro apartamento, o de n. 1.001, fazendo-o pensar estar resolvendo a pendência do apartamento anteriormente vendido, que seja, o de n. 101.

Requereu, ao final, a admissão de João Rimsa como assistente simples da autora e a procedência do pedido a fim de desconstituir-se o negócio jurídico firmado, representado pela escritura de compra e venda lavrada no Cartório de Altair José da Rosa, transcrita no RI, matrícula n. 20.257, RG-2, fls. 1, do 1º Ofício da comarca da Capital.

Em resposta, os réus contestaram argüindo, preliminarmente, a inépcia da inicial, ex vi do art. 295, parágrafo único, inciso II, do Código de Processo Civil, em razão de haver duas causas de pedir excludentes uma da outra, uma referente ao dolo e erro, o que anula o contrato, outra à insanida-

de mental, que acarreta a nulidade por ausência de agente capaz.

Disseram que a própria autora esclareceu ter sido a escritura relativa ao apartamento 101 assinada em 1987, sendo impossível admitir-se que teria o Sr. João Rimsa assinado outra escritura referente ao mesmo imóvel.

Alertaram, ainda, que a dívida pendente referente ao primeiro apartamento era no valor de Cz\$ 550.000,00, sendo que, no entanto, o cheque recebido foi no valor de Cz\$ 15.000.000,00.

Alegaram que as incoerências observadas pela autora são de caráter formal, não guardando nenhuma relação com sua causa de pedir, que diz respeito à existência de vício de consentimento.

Ainda preliminarmente, argüiram a ilegitimidade passiva ad causam, pois a afirmação de que o réu teria levado a escritura para ser assinada supõe a participação do escrivão do Cartório de Imbituba, transferindo a este a responsabilidade, pois o ato é de configuração pública, em razão do que pediram a extinção do processo pela ilegitimidade passiva ou, admitindo-se ser aquele litisconsorte necessário, a extinção do processo ante a inexistência de citação para que aquele integrasse a lide.

No mérito, asseveraram que João Rimsa, quando da transação impugnada, ainda administrava seus negócios e era, na época, o diretor presidente da empresa, sendo que, acaso não tivesse ele as condições necessárias para exercer o cargo, deveria ter sido interditado, pois, ausente essa interdição, todos os negócios nos

quais interveio poderiam ser passíveis de anulação sob a mesma alegação formulada na inicial.

Afirmaram que a procuração outorgada para abatimento do preço em nada se relacionava com o negócio sobre o qual giram estes autos, não fazendo parte das condições de pagamento acordadas, esclarecendo, ainda, que o imóvel objeto da procuração somente seria alienado para fins de abatimento do preço acaso não obtida a liberação para o financiamento do saldo devedor pela Caixa Econômica Federal, financiamento este que, no entanto, foi obtido e repassado à autora, restando sem efeito, desse modo, a procuração outorgada, o que permitia aos contestantes dispor livremente do bem em apreço.

No referente ao cheque aludidamente emitido sem provisão de fundos, acentuaram os requeridos, foi ele passado em garantia de pagamento, tendo sido o efetivo pagamento realizado na data ajustada, sem que, entretanto, o questionado cheque lhe fosse devolvido, razão pela qual foi apresentado para desconto equivocadamente.

Com respeito ao apartamento n. 1.001, alegaram os acionados terem entrado em contato com João Rimsa, com este colocando o preço de Cz\$ 15.000.000,00, à vista, a ser pago no momento da assinatura da escritura, dispensado o contrato de compromisso de compra e venda, pois não restaria nenhuma condição de pagamento pendente.

Tendo os contestantes repassado todas as informações ao Sr. Escrivão do Cartório de Imbituba, foi, no dia 10/6/88, lavrada a correspon-

dente escritura de compra e venda, a qual veio a ser assinada por João Rimsa em 4 de agosto de 1988, quando o notário levou a escritura ao escritório do vendedor.

Quanto à viagem do Sr. João Rimsa, alegam que ele viajou dia 10 de agosto, sendo que, no entanto, quando do ato de assinatura da escritura impugnada encontrava-se presente, pois que, se assim não fosse, haveria, por parte da autora, alegação de falsidade da assinatura.

Requereram o reconhecimento de litigância de má-fé da autora, com a conseqüente improcedência da ação.

Peticionando, requereu a autora a juntada de documento novo, que se encontrava em poder da Caixa Econômica Federal, relacionado ao pedido de baixa da hipoteca do apartamento 1.001, cuja assinatura nele aposta, tida como sendo de João Rimsa, seria falsa, pleiteando, por esse motivo, o exame pericial.

Em réplica à contestação, asseverou a autora que o cartorário tem a função, meramente, de observar as formalidades extrínsecas do documento, oficializando-o, não tendo o Sr. Escrivão qualquer participação no negócio jurídico, motivo pelo qual não há como se lhe atribuir a condição de litisconsorte passivo.

No que tange ao mérito, refutou todas as alegações contestatórias, esclarecendo que a causa de pedir não é a incapacidade de João Rimsa, mas sim o vício de consentimento na declaração da vontade deste, vício este decorrente de erro de fato ou dolo, tendo suas debilidades físicas sido citadas somente para caracterizar a

facilidade que teve o réu em ludibriá-lo.

Os réus, vindo a Juízo, aduziram que o documento mencionado pela autora como sendo falso não interessa ao deslinde da questão, pois nada que diga respeito à primeira compra poderia influenciar na pretendida anulação da segunda, requerendo, então, a extinção do feito em razão da inépcia da exordial, ou, quando menos, o julgamento antecipado da lide.

A autora, ato contínuo, requereu o desentranhamento da petição e dos documentos juntados extemporaneamente pelos demandados, pleiteando fosse determinada a perícia grafotécnica pugnada, com a subseqüente realização da audiência de julgamento.

Sponte sua, Altair José da Rosa, Tabelião no Cartório de Imbituba, veio aos autos, pretendendo ingressar na lide, entendendo que a narrativa produzida pela demandante implica em sua suspeição, rechaçando, então, os argumentos lançados nos autos referentemente à ocorrência de erro ou dolo, dizendo ter o ato sob análise observado todas as formalidades legais pertinentes.

A autora, em resposta, requereu a exclusão do cartorário contestante da relação processual, em face de faltar-lhe legitimidade jurídica para ingressar na lide, ressaltando ser tal intrusão uma estratégia do advogado dos réus, que, por sinal, é o mesmo do titular do Cartório no qual se lavrou a escritura atacada.

Argüida a falsidade documental, foi determinada a realização da perícia grafodocumentoscópica, nomeando-se, para tanto, o perito.

Realizada a perícia, esta concluiu pela falsidade da assinatura constante do documento, não tendo partido, com efeito, do punho de João Rimsa, constatando o expert examinante, ainda, rasuras na escritura pública questionada, rasuras estas pelas quais houve a transformação do número "101" em "1.001" e do número "1" em "10", referentes aos números do apartamento e do andar, respectivamente.

Em despacho saneador, a MMA. Juíza excluiu o cartorário da comarca de Imbituba da relação processual, entendendo que a anulação da escritura pública não é objeto do presente feito, sendo, apenas, sua consequência. Indeferiu, outrossim, a preliminar de inépcia da exordial.

Manifestando-se sobre a perícia, os réus insistiram no fato de que o documento periciado em nada influi na causa de pedir da presente demanda. Alegaram que o perito ao pedir o documento original agiu ultra petita, asseverando, ainda, sua suspeição.

Juntaram uma perícia particularmente contratada, na qual se concluiu que não houve a alteração constatada na perícia judicial.

Respondeu a autora que o laudo oferecido pelo réu não possui qualquer valor jurídico dada a sua natureza unilateral, tendo sido ele, ademais, apresentado extemporaneamente, a par de não ter sido decorrente de qualquer pedido efetuado e abonado judicialmente, pelo que requereu o seu desentranhamento dos autos.

Na instrução do feito, entremeadas de várias audiências e expedição de precatórias, foram ouvidas sete

testemunhas da autora e três indicadas pelos réus.

A demandante interpôs agravo retido em razão de não ter sido compromissada uma de suas testemunhas, por ser vigilante de uma das empresas de seu sócio majoritário.

Em suas razões finais, produzidas em forma de memorial, a acionante analisou toda a prova constante dos autos, reafirmando, então, todos os argumentos alinhavados nas peças que, precedentemente, introduziu nos autos, requerendo, no arremate, a procedência do pleito vestibular, com a conseqüente declaração da nulidade do ato jurídico questionado.

Os réus, em suas alegações finais, também reafirmaram todas as suas anteriores colocações, inclusive de inépcia, requerendo a improcedência do pedido pórtico.

Ofertando a tutela jurisdicional reclamada, a MMA. Juíza de Direito arrematou, primeiramente, as preliminares argüidas de ilegitimidade e de litisconsórcio necessário do cartorário responsável pela lavratura da escritura impugnada.

No mérito, entendeu a Magistrada Singular haver, na hipótese, vício na emissão da vontade quando da outorga da escrituração do apartamento 1.001, qual seja, o dolo, o qual exsurgiu, principalmente, das provas orais e da prova pericial que concluiu pela falsidade material dos documentos.

Reconheceu, assim, a existência do apregoado vício de consentimento, por dolo, na emissão da vontade do Sr. João Rimsa, anulando o negócio havido entre as partes relativamente ao apartamento 1.001 do

Edifício Comendador Rimsa, determinando o cancelamento da transcrição do referido imóvel, matrícula 20.257, do 1º Ofício Imobiliário da Capital, com o seu conseqüente retorno para a titularidade da acionante; a par disso, deu pela procedência da apensada medida cautelar (autos n. 636/88), liberando o valor depositado em favor dos demandados, correspondentemente ao preço pago de Cz\$ 15.000.000,00, restituindo-se, dessa forma, o que foi indevidamente pago.

Condenou, outrossim, os demandados ao pagamento de custas e honorários, estes no valor de 20% sobre o valor da causa atualizado.

Os réus ofertaram embargos de declaração, os quais restaram indeferidos.

Inconformados, apelaram os demandados reafirmando a presença do tabelião no ato de assinatura da escritura, o que faz dela um ato jurídico perfeito, sustentando, mais, haver a sentença proferida, de modo contraditório, reconhecido a insanidade de João Rimsa, ao falar de sua debilidade física, e, em seguida, declarado o ato nulo por vício de consentimento.

Por fim, alegaram a nulidade do processo por falta de intimação do órgão do Ministério Público a vários atos, inclusive à audiência de instrução e julgamento.

O cartorário Altair José da Rosa, na condição de terceiro prejudicado, interpôs recurso de apelação, alegando que seu prejuízo advém do fato de que a sentença admitiu o descumprimento de seu dever funcional quando aceitou a tese de que estava ausente no ato de assinatura do contrato.

Pleiteou a nulidade da sentença ou, alternativamente, sua improcedência, pois para que um ato seja anulado por vício de vontade ele tem de ser válido e, como no ato da escritura admitiu-se a ausência do escrivão, o contrato é particular e não público; e mais, com declarações falsas, o que contraria o art. 134 do CC, ensejando, assim, a sua nulidade, consoante preceituado no art. 145 do Código Civil, pugnando, então, pela definição de seu papel no episódio a fim de prequestionar, para que possa seguir em terceira instância.

Em resposta, a apelada argüiu, preliminarmente, a deserção da apelação dos réus, dizendo que o pagamento do preparo referiu-se, apenas, à apelação do terceiro prejudicado.

Ainda preliminarmente, alegou a ilegitimidade do terceiro prejudicado em recorrer, posto que, quando do despacho saneador, ele foi excluído da relação processual, vez que a anulação da escritura não é objeto do presente feito, mas, apenas, conseqüência da procedência do pedido. Disse que não é qualquer interesse que gera o direito de terceiro participar do recurso, mas tão-somente aquele decorrente do seu atingimento direto pelo resultado do julgamento, com simples interesses hipotéticos, como ocorre no caso dos autos, não legitimando a intervenção recursal de terceiros.

Sob forma de preliminar, a apelada requereu o conhecimento e provimento do agravo retido interposto em razão da ausência de contradita de uma de suas testemunhas, por ser ela sua empregada.

No mérito, disse ser impertinente à decisão perquirir sobre a presen-

ça física do tabelião na assinatura do contrato, pois a sua presença não imuniza o contrato contra fraudes e vícios. Quanto à aduzida insanidade, nem a apelada nem a sentença duvidaram da capacidade de João Rimsa, pois o que foi mencionado foram as debilidades físicas que o acometiam e que teriam contribuído decisivamente para a fraude havida.

Observou, ainda, a extraordinária diferença entre o valor de mercado do imóvel, Cz\$ 85.908.680,00, e o valor referidamente pago pelos insurgentes recursais, Cz\$ 15.000.000,00, sendo que este valor não cobre nem o custo do imóvel.

Por derradeiro, ressaltou que não há na lide proposta interesse público a ser tutelado, sendo desarrazoada a alegação de nulidade formulada pelos apelantes em razão da não-convocação do representante do Ministério Público para os atos processuais realizados.

Postulou, então, pelo provimento do agravo retido e pelo desprovemento dos recursos de apelação interpostos.

É o relatório.

Esclareça-se de início, e em reiteração ao que já consta do relatório efetuado, que a apelada — Imobiliária J. Rimsa Ltda. — aforou ação de anulação de ato jurídico em desfavor dos recorrentes Célio Nunes do Nascimento e sua mulher, Lindomar Francisco do Nascimento, trazendo como assistente o seu sócio majoritário, Sr. João Rimsa, ajuizando, ainda, a título de medida preparatória, cautelar com o objetivo de depositar o valor do contrato em litígio, a qual foi deferi-

da liminarmente e julgada concomitantemente com a ação principal.

A pretensão contida na exordial, consigne-se, cinge-se à anulação de negócio jurídico existente entre as partes, sob o fundamento de ter havido dolo, ou erro, na transação representada pela escritura pública de fls. 393.

Em apertada síntese, pode-se asseverar que, segundo relatado na peça portal, o demandado Célio Nunes do Nascimento, no início do ano de 1987, adquiriu o apartamento de n. 101 (cento e um) do Edifício Comendador Rimsa, não tendo, entretanto, quitado integralmente o preço respectivo, já que o cheque emitido para pagamento de uma das parcelas veio a ser devolvido por insuficiência de fundos.

Porém, a pretexto de resolver as pendências referentes ao imóvel efetivamente adquirido, o demandado procurou o Sr. João Rimsa, num final de tarde, quando o sócio responsável pela empresa autora não se encontrava no local, pretendendo pagar o saldo remanescente referente ao mencionado apartamento n. 101 e para que fosse assinada a correspondente escritura, tendo aquele assinado e dado quitação dos Cz\$ 15.000.000,00 entregues, naquela oportunidade, pelo demandado.

Todavia, segundo foi posteriormente constatado, João Rimsa havia assinado, em verdade, a escritura de compra e venda referente ao apartamento n. 1.001 (mil e um), do mesmo edifício, e não a correspondente ao de n. 101 como pretendia, tendo ele pretensamente vendido a questionada unidade habitacional, conforme se

contém na correspondente escritura, pelo preço de Cz\$ 15.000.000,00, quando tal imóvel estava avaliado na época em Cz\$ 50.000.000,00.

Contraopondo-se a essas afirmativas, os demandados, por seu turno, sustentaram que as parcelas relativas ao apartamento 101 foram todas pagas e que o cheque a que se reporta a inicial foi apresentado para desconto equivocadamente, vez que havia sido emitido apenas como garantia do pagamento que veio a ser concretizado.

Enfatizaram, mais, que o apartamento de n. 1.001 foi adquirido em uma segunda transação pelo valor de Cz\$ 15.000.000,00, preço este pago a vista e que foi convencionado de forma módica, em razão da amizade que mantinham eles com João Rimsa, com a escritura referente a essa aquisição tendo sido assinada na presença do contestante e do cartorário Altair José da Rosa, o que afasta qualquer alegação de irregularidade.

Exposicionados, dessa forma, à luz das argumentações tecidas pelos litigantes, os limites da lide encerrada nestes autos, passemos ao exame da matéria trazida a lume, ao pálio das provas colhidas, dos indícios permitidos de extratação pelo elenco probatório e pelo material fático existente no caderno processual, bem como das normas legais e entendimentos doutrinários e jurisprudenciais incidentes na hipótese.

Vejamos, então:

1. Da questão fática envolvida na lide

O litígio desenvolvido entre os apelantes e a apelada, ressalte-se, evidencia-se de difícil equacionamen-

to, em face de versar ele, basicamente, sobre matéria fática e por serem as provas produzidas incapazes de revelar a verdade real de todo o acontecido, obrigando-nos, portanto, a fazer uso de indícios, circunstâncias e presunções.

A utilização, em hipóteses tais, de indícios, circunstâncias e presunções, pondere-se, faz-se perfeitamente admissível.

Consoante a orientação legada pelo insigne Carvalho Santos:

“É princípio geral que o dolo não se presume, cabe sua prova a quem alega. Mas, essa prova pode ser feita até por presunções e indícios, mesmo na ausência de qualquer começo de prova por escrito” (Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. II, págs. 335 e 336).

Acerca do dolo, igualmente acentua o preclaro Clóvis Bevilacqua que:

“o direito não exige rigor para prová-lo, contenta-se com presunções” (Código Civil, vol. I, pág. 329).

Feitas essas considerações, adentre-se na análise propriamente dos autos em tela, acentuando-se que:

2. Das debilidades físicas do Sr. João Rimsa

Na exordial, argüiu a apelada, como um dos fatores preponderantes para que os apelantes lograssem obter êxito no intento que perseguiram, as debilidades físicas enfrentadas pelo Sr. João Rimsa, pela sua idade avançada de 88 (oitenta e oito) anos de idade, quando da assinatura da escritura objeto deste pleito, ostentando, a par disso, graves problemas de is-

quemia cerebral, tendo sua visão bem como a locomoção afetadas, como fruto de um derrame que paralisou seu lado esquerdo.

Na farta documentação juntada aos autos, observa-se que, em razão dos problemas advindos de sua senilidade, nenhuma das escrituras dos apartamentos do Edifício Comendador Rimsa foi assinada pelo Sr. João Rimsa, sendo sempre outorgadas por procuradores ou sócios da empresa autora, com exceção do imóvel objeto da presente ação.

É de se esclarecer, todavia, que tais problemas não podem justificar a anulação do ato, pois a capacidade do contraente em um negócio jurídico é elemento essencial para a sua validade, segundo traduz o art. 82 do Código Civil, não se confundindo essa causa, de forma alguma, para fins anulatórios, com os vícios de consentimento.

Esses problemas de saúde que acometiam o Sr. João Rimsa servem, quando muito, a demonstrar a sua fragilidade e a facilidade do réu em enganá-lo, crescendo-se à facilidade daí decorrente o fato de ter sido o apelante amigo do sócio majoritário da empresa demandante por longos anos.

Dessa forma, é de se afastar a alegação dos apelantes de que a sentença é contraditória por ter anulado o ato por existência de dolo, reconhecendo, ao mesmo tempo, as debilidades instaladas no organismo de João Rimsa.

Ora, reconhecer a debilidade física de alguém não equivale, de modo algum, a afirmar-lhe a insanidade mental; e, no caso vertente, o que se

pretendeu demonstrar é que João Rimsa tinha capacidade para declarar mas fora facilmente induzido em erro por uma pessoa com quem mantinha amizade e contatos profissionais por muitos anos.

A fraqueza intelectual de João Rimsa, decorrente de seu precário estado de saúde, sua boa-fé e a confiança depositada no apelante varão, interligadas entre si, encadearam uma situação totalmente propícia à concretização da manobra desonesta detalhada na preambular.

3. Das incoerências apuradas nos autos

Persistem no processo, imperioso é que se destaque, algumas dúvidas para as quais não foram dadas respostas perfeitas e precisas, mas que se impõe ser mencionadas como forma mesmo de expor-se a delicada situação delineada nestes autos.

A escritura pública de compra e venda, segundo consta, foi assinada em 10 de junho de 1988, no Cartório de Imbituba, cujo titular é Altair José da Rosa.

Em tal data, no entanto, conforme se comprovou pelas passagens aéreas encartadas no caderno processual, o casal Rimsa encontrava-se em São Paulo, só tendo João Rimsa retornado ao nosso Estado no dia 16 de agosto.

Consta, outrossim, da mesma escritura haver o valor de Cz\$ 15.000.000,00 sido pago na oportunidade de sua feitura, ou seja, em 10 de junho de 1988. Entretanto, o cheque emitido para esse pagamento, feito nos termos da escritura questionada, em 10/6/88, somente veio a ser emitido e entregue pretensamente ao ven-

dedor em 4/8/88, com data de descon- to prevista para 8/8/88.

Muito embora consigne a men- cionada escritura já na data da sua fei- tura — 10/6/88 — estar quitado o im- posto de transmissão sobre bens imóveis, o pagamento desse imposto somente veio a ser feito em 5 de ago- sto de 1988, conforme comprovam as guias acostadas aos autos.

O valor do apartamento n. 1.001, sedizentemente adquirido pe- los demandados, era, em junho de 1988, de aproximadamente Cz\$ 50.000.000,00, com a sua alienação aos apelantes ocorrendo, em sendo assim, por preço inferior a 1/3 (um ter- ço) do valor real, ou, ainda, por menos que o seu próprio preço de custo.

É de indagar-se nesse contex- to: venderia João Rimsa um aparta- mento de tão alto padrão, que já havia sido escolhido e mobiliado para servir de residência para a família Rimsa, por um preço tão módico?

E mais: abdicaria ele, com a alie- nação feita, de não ficar para si e para seus familiares com ao menos um apartamento num edifício que leva seu nome?

João Rimsa alienaria para os demandados outro imóvel — este no 10º andar, bloco A, do Edifício Co- mendador Rimsa, de frente para a Bei- ra-Mar Norte, quando os apelantes se- quer haviam pago a totalidade do preço do apartamento n. 101 que ha- viam adquirido tempos atrás, aparta- mento este de valor bastante inferior, por situar-se no 1º andar do bloco B, ou seja, sem frente para a Beira-Mar Norte?

Por fim: tendo João Rimsa lo- cado o questionado imóvel a Pedro Si-

rotsky, seu amigo pessoal, iria ele vendê-lo e, o que é pior, sem dar qual- quer aviso ou sem notificar o locatário, obrigando este a ingressar com uma ação de consignação em pagamento a fim de garantir a permanência da lo- cação?

Para elucidar tais questões faz-se necessário o exame do conjun- to probatório existente nos autos, for- mado de provas orais, documentais e periciais.

4. Do exame das provas

No que tange à prova pericial, dois foram os documentos submetidos à perícia: a escritura pública referente à transação imobiliária buscada de anulação e uma correspondência pela qual João Rimsa autorizava a Caixa Econômica Federal ao cancelamento ou desconstituição da hipoteca que pendia sobre o apartamento n. 101, em face do pagamento do preço pelos acionados.

Efetuados os respectivos exames técnicos, o expert nomeado pelo Juízo a quo concluiu, quanto ao documento autorizatório à Caixa Econômica Fe- deral, para a liberação da hipoteca que pendia sobre o apartamento n. 101 do Edifício Comendador Rimsa, que a assinatura nele aposta não par- tiu do punho gráfico de João Rimsa.

Acentuou, mais, em suas con- clusões, que na escritura pública de compra e venda referente ao aparta- mento 1.001 do mesmo Edifício exis- tem rasuras para a transformação do número "101" em "1.001" e "1" em "10", correspondentemente aos núme- ros do apartamento e do andar de sua localização (fls. 353 e 354).

E nem é necessário, data ve- nia, dispor-se de qualquer habilitação

técnica específica para concluir-se pela efetiva existência de rasuras na escritura pública de compra e venda em questão, posto ser visível a olho nu a alteração do número "101", referente ao apartamento antes adquirido pelos demandados, e "1", correspondente ao respectivo andar, para "1.001", concernente ao apartamento envolvido na transação visada de anulação, e "10", respeitante ao andar no qual se situa tal unidade.

Tal perícia, enfatize-se, não teve por alvo qualquer cópia da escritura em menção, mas sim a própria via arquivada no Cartório de Imituba, consoante deferido no despacho de fls. 346.

A conclusão faz-se óbvia, então: se a rasura incide sobre a via em poder do Cartório, isso quer significar que as alterações decorrentes das rasuras constatadas deu-se, quando menos, com o conhecimento do próprio serventuário, vez que, como ele próprio afirma, "foi procurado pelo requerido no seu cartório para escriturar o apartamento 1.001 do edifício Comendador Rimsa" (pág. 836).

Estranhável, entretanto, a existência de rasuras em um documento público sem que o Sr. Tabelião tivesse procedido a qualquer ressalva a respeito, ressalva esta destinada, nesses casos, a corrigir equívocos cartorários.

A presença de rasuras em um documento público sem que tenha sido feita qualquer ressalva a respeito de possíveis equívocos ou erros gráficos gera a presunção de que, com efeito, a alteração foi produzida depois da assinatura da escritura pelas partes.

No entanto, essa afirmação implicaria no reconhecimento, sem o procedimento investigatório próprio, de crime do art. 297 do Código Penal brasileiro, com a afirmação peremptória da participação do cartorário responsável nos fatos, para o que se faria indispensável a existência de prova cabal da postergação da fé pública do tabelião, consoante dimana do art. 3º da Lei n. 8.935/94, porquanto, no que diz respeito ao conteúdo das declarações inseridas nas escrituras públicas, vigora a presunção de autenticidade.

Ocorre, todavia, que inexistem nestes autos prova concludente e inforsismável a esse respeito, até porque a autora não adotou esse entendimento como embasamento da proposição anulatória que articulou.

Mas, transportando para a hipótese velho ditado de todos conhecido, que existe algo de podre no reino da Dinamarca, existe!

A pretensão externada na peça introital, no entanto, tem por fito a anulação do negócio concretizado via escritura pública em razão de presença de dolo do demandado varão, que, ao procurar João Rimsa depois do expediente, aproveitando-se de seu precário estado de saúde, abusou de sua confiança fazendo-o assinar a escritura de imóvel diverso do qual dizia tratar a escritura a ser firmada.

E é com base nessa tese que analisaremos as provas testemunhais produzidas, a fim de verificar o dolo do réu em ludibriar João Rimsa, sabendo que, consoante enfatizado pelo art. 404, II, do Estatuto Procedimental Civil, a prática, em determinada celebração contratual, admite a apuração por

via de prova testemunhal, independentemente do valor do ajuste.

Inclusive já decidiu a 2ª Turma do Excelso Pretório, à ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n. 96.403-CE, por acórdão da lavra do eminente Ministro Moreira Alves, que:

“(...) os vícios de consentimento constituem fatos cuja prova é admissível efetuar-se exclusivamente por testemunhas” (RTJ 104/1.224).

In casu, atentando-se para a prova testemunhal colhida, tem-se que, na totalidade, foram ouvidas na etapa instrutória do feito 7 (sete) testemunhas indicadas pela autora, uma das quais ouvida como informante, além de três testemunhas dos demandados, sendo duas informantes e uma compromissada, testemunhas estas que não tinham conhecimento dos fatos.

Em corroboração aos argumentos desfilados pela parte autora, depuseram o motorista de João Rimsa, o vice-presidente da Engepasa, construtora responsável pela edificação do prédio incorporado pela postulante, o advogado de João Rimsa no Rio de Janeiro, a sua secretária, seu mordomo, um empregado de uma de suas empresas e o vigia da empresa, que foi ouvido como informante, o que gerou interposição de agravo retido pela acionante.

Por indicação dos demandados foram inquiridos, na condição de informantes, o tabelião Altair José da Rosa e o ex-advogado de João Rimsa, Varnei César de Oliveira, que, à ocasião de sua ouvida, litigava em reclamatória trabalhista contra a família Rimsa; e, como única testemunha compro-

missada, Santos Pacheco Alves, que nada soube precisar sobre os fatos.

Na versão frágil e, por vezes, contraditória, apresentada pelos informantes dos requeridos, a escritura pública foi assinada por João Rimsa no escritório de sua residência, num final da tarde, na presença do réu, do tabelião Altair e do ex-advogado da empresa, Dr. Varnei César de Oliveira, sendo que, quando então, não havia familiares nem empregados na casa, tendo, inclusive, os presentes adentrado na residência sem serem anunciados, abrindo a porta o próprio réu, ou, como disse o outro informante, o próprio João Rimsa.

Entretanto, de acordo com a versão dada pelo o ex-advogado da família Rimsa, “na época dos fatos João Rimsa era sempre acompanhado de enfermeiros, tanto em São Paulo quanto em Imbituba ou em Florianópolis, ou onde ele ia”, para, contrariamente, afirmar na seqüência de suas declarações que “nenhum serviçal veio abrir a porta para o requerido naquele dia”.

A única testemunha indicada pelos recorrentes e que prestou o compromisso legal nada esclareceu de concreto acerca dos fatos.

De modo inverso, dos dizeres praticamente unânimes das testemunhas ouvidas por indicação da autora, conclui-se que, sem sombra de qualquer dúvida, João Rimsa apresentava-se, ao ensejo dos fatos, bastante debilitado, utilizando-se, inclusive, de cadeira de rodas para locomover-se, em razão de um derrame que lhe paralisou todo o lado esquerdo, pelo que era acompanhado constantemente de sua esposa ou de seus empregados.

O vigia e o motorista de João Rimsa, em seus depoimentos, afirmaram que o apelante compareceu sozinho ao escritório da empresa postulante, por volta das 18h30min, a fim de conversar com João Rimsa, e que, na ocasião, o motorista aguardava na sala de espera. Após haver o requerido saído, tal motorista falou com João Rimsa “e este só se referia ao apartamento 101” (fls. 832).

Por seu turno, o mordomo de João Rimsa, que para ele trabalhou durante 27 anos, afirmou que nunca viu o requerido Célio juntamente com o Dr. Varnei na casa de João Rimsa conversando com ele, bem como jamais viu o tabelião Altair na mesma casa, casa esta na qual “sequer havia escritório”.

Todas as testemunhas arroladas pela recorrida, de modo unísono, afirmaram que o apartamento 1.001 fora reservado por João Rimsa para que servisse como sua residência e de sua família em Florianópolis, com este apartamento sendo, posteriormente, mobiliado para que fosse locado, como realmente foi, ao Sr. Pedro Sirotsky, amigo pessoal de João Rimsa.

Luiz Cerqueira, engenheiro responsável pela construção do edifício, em seu depoimento, disse que conversou com o Sr. João Rimsa sobre a venda do apartamento 1.001 e ele disse que “assinara uma escritura pensando que se tratava do apartamento 101 e ‘nunca do 1.001’” e, ainda, que “nas conversas que teve com João Rimsa este sempre afirmou que não havia negociado o apto 1.0011 (sic), mas somente o 101” (fls. 771).

Da prova testemunhal assim produzida, conclui-se ser a produzida pela autora a mais idônea e verossímil, posto serem suspeitas as duas únicas testemunhas dos réus e que, por isso mesmo, foram ouvidas na condição de informantes: o tabelião Altair José da Rosa, porque tentou de todo modo fazer parte da lide, tendo, inclusive, como procurador o mesmo patrono dos réus; e o ex-advogado de João Rimsa, Dr. Varnei César de Oliveira, porque litigava, na época do depoimento que prestou, contra a autora na Justiça do Trabalho.

5. Da participação do tabelião Altair José da Rosa nos fatos

Não é possível a verificação do envolvimento do cartorário no caso sob análise, contudo tal impossibilidade em nada influi no reconhecimento do vício do consentimento pretendido, pois, como se verá adiante, a discussão do caso sub judice diz respeito à falsidade ideológica, ou seja, à declaração da vontade não coincidente com o querer do agente; e, quanto a isso, visível faz-se que o cartorário em referência não possui qualquer responsabilidade.

Para efeitos de decisão da causa, a perquirição de sua responsabilidade somente se faria indispensável acaso pretendesse a postulante a apuração da falsidade material da escritura pública e sua anulação, pois, aí sim, estaria ela colocando em questão a honorabilidade do cartorário.

Frise-se uma vez mais que o que se pretendeu, na presente lide, foi o reconhecimento do dolo por parte do réu e a anulação do negócio formulado com viciamento da vontade do pretendo alienante.

Em conclusão: uma hipotética responsabilidade do cartorário deverá ser objeto de apuração administrativa, sem o lançamento, porém, pela sua atuação, de qualquer reflexo direto na manifestação de vontade defeituosa.

6. Da questão jurídica envolvida

Feito o posicionamento até aqui tratado, cumpre-nos, precedentemente a qualquer pronunciamento a respeito do mérito, pretensão anulatória agasalhada na instância a quo, proceder à análise das preliminares argüidas pelas partes, do agravo retido interposto pela autora e da legitimidade recursal ou não do tabelião Altair José da Rosa para impugnar a sentença prolatada em desfavor dos demandados.

Vejamos, então:

6.1. Nulidade dos atos a partir da audiência de instrução e julgamento

Aduzem os apelantes, como proemial e com o objetivo de alcançar a nulidade do provimento jurisdicional emitido, a não-intimação do Ministério Público para a audiência de instrução e julgamento, não tendo o Dr. Promotor de Justiça, outrossim, participado dos atos subseqüentes, com tais atos, em sendo assim, padecendo de nulidade.

Arredada impõe-se, contudo, a nulidade assim argüida!

Esclareça-se, introdutoriamente, que, no exercício das múltiplas tarefas que lhe confere a ordem jurídica, o Ministério Público age ora como parte (art. 81 do CPC), ora como fiscal da lei (art. 83 do CPC).

Como fiscal da lei, defende a prevalência da ordem jurídica e do bem comum.

Já intervindo nos feitos como custos legis, o Ministério Público, segundo o art. 83, terá vista dos autos depois das partes, sendo intimado de todos os atos do processo (inciso I), sendo que, no entanto, essa intervenção ocorre apenas e exclusivamente nas hipóteses definidas no art. 82 da Lei Processual Civil. E, mais especificamente: nas causas em que há interesses de incapazes (inc. I), que digam respeito ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade (inc. II), e que envolvam litígios coletivos pela posse de terra rural e demais causas em que há interesse público (inc. III).

Assinala, a respeito, o preclaro Humberto Theodoro Júnior:

“A regra é que, prevalecendo o poder dispositivo das partes sobre os direitos privados, mormente aqueles de expressão econômica, não cabe ao Ministério Público intervir nas causas a eles relativas” (Curso de Direito Processual Civil, vol. I, 22ª ed., pág. 151).

Enfatizou, acerca do tema vertido nestes autos, o colendo Superior Tribunal de Justiça:

“Não é obrigatória a intervenção do MP nas ações que visam anulação de negócio jurídico, porquanto o eventual cancelamento do registro é mera decorrência da desconstituição do contrato de compra e venda imobiliária” (RSTJ 50/148).

Em situação análoga, disse este Tribunal:

“Não se discutindo na ação pauliana matéria registral, sendo a anulação do registro do imóvel decorrência da fraude, tema civil, dispensável é a participação do Ministério Público” (Ap. Cív. n. 49.816, de Campos Novos, rel. Des. Amaral e Silva).

Inacolhível, em sendo assim, a nulidade invocada pelos apelantes.

6.2. Da deserção do apelo deduzido

Por seu turno, argüiu a apelada, como preliminar da resposta recursal emprestada ao apelo, estar deserta a insurgência deduzida, uma vez que o respectivo preparo foi feito extemporaneamente.

Não merece prosperar tal argumento, vez que, como se tem de fls. 1.041, o preparo recursal foi juntado devida e tempestivamente nos autos, não havendo motivos, em assim sendo, para o reconhecimento da apreçoada deserção recursal.

6.3. Do agravo retido

Interpôs a apelada, por sua vez, agravo retido, insurgindo-se contra o ato da MMA. Juíza Singular que recusou a tomada do compromisso legal a Orlando Souza da Silva, pelo fato de ser este empregado da empresa de João Rimsa, na qual exerce as atividades de vigia.

Entende a agravante que inexistia, no caso e tão-só por tal motivo, qualquer impedimento legal para a tomada do compromisso da testemunha em questão.

A irrisignação assim manifestada pela agravante, resta ver, procedel

Ora, a testemunha em referência, ao ser indagada, não manifestou

ter qualquer interesse no deslinde da demanda, com o impedimento detectado e reconhecido vinculando-se exclusivamente ao fato de ser ele vigia da empresa autora.

É expresso o nosso Digesto Processual Civil, quando dispõe, em seu art. 405, que:

“Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas”.

O simples vínculo empregatício mantido por determinada testemunha com a empresa autora não revela, por si só, qualquer suspeição ou impedimento, nem legitima a recusa da tomada do compromisso legal.

Esta Corte, pronunciando-se sobre o tema, decidiu:

“Testemunha empregada de uma das partes não é impedida ou suspeita e deve-se tomar-lhe o compromisso” (JC 44/208).

Da mesma forma, proclamou o egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo:

“O fato de a testemunha ser empregada da parte não a impede, nem a torna suspeita, de depor em Juízo” (RP 6/236).

Portanto, é de se acolher o agravo retidamente deduzido pela apelada, considerando-se o Sr. Orlando Souza da Silva como testemunha compromissada e não, meramente, como informante, sopesando-se o seu depoimento com os demais elementos de prova.

6.4. Da ilegitimidade recursal do Sr. Tabelião da comarca de Imbituba

Outrossim, é de examinar-se a ilegitimidade ou não do Sr. Altair José

da Rosa, Tabelião da comarca de Imituba, para, recursalmente, contrapor-se aos termos do decisum que, nestes autos, foi prolatado, não em seu desfavor, mas em desfavor exclusivo dos demandados, condição essa não detida pelo referido cartorário.

É de ressaltar-se, antes de mais nada, com apoio em já transcrito acórdão do Superior Tribunal de Justiça, inserido in RSTJ 50/148, que "(...) o eventual cancelamento do registro é mera decorrência da desconstituição do contrato de compra e venda imobiliária".

Equivale a dizer que o objeto da lide em tela diz respeito a anulação de ato jurídico por vício de consentimento e não a anulação de escritura pública, conquanto essa anulação se imponha como decorrência lógica do reconhecimento do vício de consentimento para a formação do ato impugnado.

Trazemos à baila um trecho do despacho saneador, de fls. 409, da Juíza Monocrática, quando, com total propriedade, estabeleceu os limites da lide, assinalando:

"A pretensão contida na inicial cinge-se à desconstituição do negócio jurídico havido entre as partes, sob o fundamento de ter havido dolo, ou erro de fato, na transação representada pela escritura pública. Evidencia-se que o litígio se consolidou entre as partes contratantes, e na eventual procedência da ação, o cancelamento da escritura será consequência da eficácia da sentença. A anulação da escritura pública não é objeto do presente pleito mas, tão-somente, consequência natural, se o pleito formulado na inicial for acolhido" (...).

É de crucial importância para a compreensão do que aqui se diz a lição do brilhante Caio Mário da Silva Pereira, a respeito dos documentos públicos, ao registrar:

"Realizado perante o notário, faz a lei decorrer de sua fé pública a autenticidade do ato, no que diz respeito às formalidades exigidas, e se alguém as nega tem de dar prova cabal de sua postergação. No que diz respeito ao conteúdo da declaração, vigora a presunção de autenticidade, no sentido de que se tem como exata a circunstância de que o agente a fez, nos termos constantes do texto. Mas é de se distinguir a inexistência ou falsidade material, incompatível com a autenticidade do ato notarial, como a falsidade ideológica ou intelectual, pela qual não responde o oficial público, e que se positiva no descompasso entre o conteúdo do ato e a verdade. A falsidade material, quando alegada, atenta contra a honorabilidade do oficial; a falsidade ideológica tange às pessoas que participam do ato, poupando, em regra, de acusação o notário" (Instituições de Direito Civil, vol. I, 18ª ed., 1996, pág. 358).

Essa distinção entre a falsidade material e a falsidade ideológica é vital para o caso vertente, pois, torne-se a enfatizar, o que a autora pretendeu na ação que promoveu, o que foi por ela reiterado em várias oportunidades, é que o negócio seja anulado pelo vício de consentimento, com a intervenção do tabelião sendo a de mero interlocutor da vontade das partes, encarregado ele tão-somente do exame formal extrínseco, o que, pelo menos nestes autos, afasta qualquer apuração da responsabilidade dele.

Se é assim, não detém ele, de forma alguma, a condição de terceiro prejudicado, pois o que a sentença determinou foi a anulação do negócio jurídico em razão de vícios intrínsecos que não implicam na responsabilização do cartorário, no exercício de sua função de formalizador do contrato.

O próprio tabelião, na sua apelação, admite:

“O despacho saneador e a sentença se atêm exclusivamente no vício de vontade, marginalizando completamente a importância da pessoa do tabelião no ato da formalização do negócio” (fls.1.081).

Para, em seguida, afirmar em franca contradição que “se o pressuposto da sentença é o descumprimento do seu dever funcional, civil e penal tem interesse jurídico que seu papel no evento seja definido expressamente, como peça fundamental no deslinde da questão” (fls. 1.081).

Ocorre que, conforme ele próprio asseverou anteriormente, o pressuposto da sentença não é o descumprimento do seu dever funcional, civil e penal, mas sim o reconhecimento do vício pelo uso de manobras fraudulentas que induziram João Rimsa em erro.

E foi exatamente nesses termos que decorreu todo o processo, pois, como se disse em inúmeras ocasiões, o que a autora pretendia era o reconhecimento do dolo ou do erro, havido entre as partes, e não a apuração da responsabilidade do tabelião nos fatos ocorridos.

Sendo assim, não advém da sentença qualquer prejuízo para o tabelião, não tendo sido este colocado em situação jurídica pior do que aque-

la que tinha antes do processo, ou seja, a decisão não lhe produziu efeitos desfavoráveis, pelo que, dessa forma, não possui ele interesse em recorrer.

E não há como se olvidar que:

“Para recorrer, não basta legitimidade: é preciso interesse, e este decorre do prejuízo que a decisão, a sentença ou o acórdão possam ter causado” (in Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, Theotonio Negrão, 24 ed., 1993, nota 4 ao art. 499, pág. 348).

Portanto, seria necessário que a sentença recorrida tivesse condições de causar um efetivo prejuízo ao cartorário apelante para que legitimado recursalmente estivesse ele para insurgir-se contra o teor do provimento judicial prolatado.

Não caracterizado esse prejuízo, estampada está a sua ilegitimidade recursal, pelo que não se conhece do recurso interposto pelo Sr. Tabelião da comarca de Imbituba.

7. No mérito

Como já exposto, revelam os autos ação de anulação de negócio jurídico em razão de vício de consentimento, na modalidade de erro ou dolo.

A lei, a doutrina e a jurisprudência acentuam, de forma unânime, ser a declaração de vontade elemento essencial do negócio jurídico. Mas não apenas isso, essa declaração de vontade tem de estar em consonância com o verdadeiro querer do agente.

Se, entretanto, existe vontade, porém sem correspondência com aquela que o agente quer exteriorizar, o negócio jurídico será defeituoso.

São duas as categorias dos defeitos que afetam os negócios jurídicos

cos: uns atingem a própria manifestação de vontade, atuando sobre o consentimento, sendo denominados, na técnica jurídica, de vícios do consentimento, como erro, dolo, simulação e coação; outros afetam o ato pela desconformidade do seu resultado com a lei: são os vícios sociais, como a simulação e a fraude.

A categoria de que trata os autos é a do vício de consentimento por dolo do demandado, que teria induzido, maliciosamente, o sócio majoritário da postulante a praticar ato prejudicial à empresa, com exclusivo proveito para os demandantes recursais.

O dolo, segundo o escólio de Wilson de Souza de Campos Batalha:

"(...) consiste no artifício, ou manobra, tendente a induzir outrem a erro na celebração do negócio jurídico que o prejudica" (Defeitos dos Negócios Jurídicos, 1985, pág. 121).

Com precisão cirúrgica o lapidar Clóvis Bevilacqua conceituou o dolo como sendo:

"o emprego de um artifício ou expediente astucioso para induzir alguém à prática de um ato que o prejudica e aproveita o autor do dolo ou o terceiro" (Comentários ao Código Civil, vol. I, 6ª ed., 1940, pág. 339).

Ou ainda, segundo o entendimento de Caio Mário da Silva Pereira:

"O dolo consiste nas práticas ou manobras maliciosamente levadas a efeito por uma parte a fim de conseguir da outra uma emissão de vontade que lhe traga proveito, ou a terceiro" (ob. cit., pág. 332).

Destarte, dolo nada mais é do que um artifício desonesto, cujo objetivo é levar alguém a contratar por

meio de uma convicção falseada por este artifício, ou seja, por meio dele há uma emissão volitiva enganosa ou evada de erro.

De suma importância revela-se, nesse contexto, ressaltar que, na verdade, mostra-se quase impossível a apuração, atualmente, do que realmente houve entre as partes, referente a fatos ocorridos há mais de 10 anos, já sendo, inclusive, falecida a vítima direta.

Em que pese isso, mister é ponderar-se que, por certo, as alterações introduzidas na escritura pública relativa à transação imobiliária buscada de anulação, aliadas às demais incoerências nela contidas, estão a revelar uma situação totalmente incómoda e suspeita, que, conjugada aos argumentos da autora e aos demais indícios contidos nos autos, geram a conclusão inarredável quanto à efetividade de uma manobra ardilosa engendrada pelo postulante recursal para induzir João Rimsa em erro.

Embora, como já exposto, não haja prova incontestável da forma pela qual foram postas em prática as manobras ardilosas e dolosas do demandado, evidencia-se dos autos, ainda assim, ter agido ele com dolo, o que ressaí de todas as circunstâncias e indícios já ressaltados nas aduções precedentes.

Cabe-nos repisar, aqui, quais são os indícios e circunstâncias que nos convencem da existência de dolo no negócio jurídico sob análise.

Primeiro desses indícios é o fato de não ser crível que um empresário do porte de João Rimsa construa um edifício, batizando-o com seu próprio nome, não reservando para si ne-

nhum dos apartamentos, ou melhor, vindo a transferir ao acionado o único dos apartamentos que reservara para si e para seus familiares, apartamento este que era o melhor do Edifício Comendador Rimsa — o de n. 1.001 —, o qual, inclusive, fora por ele mobiliado para locar a um amigo seu.

Constitui indício importante o fato de, quando da alienação pretensamente feita ao recorrente, aludido apartamento já estar locado a Pedro Sirotsky. E não seria nada crível que João Rimsa, homem de posses e de honestidade comprovadas, tivesse vendido tal imóvel no curso da locação contratada. E o que é pior, sem ao menos avisar o locatário, seu amigo, a respeito da transferência efetuada!

Outro indício importante a militar contra a realidade da transação objetivada de anulação reside no valor alegadamente pago pelo acionado, preço esse muito aquém daquele em vigor no mercado imobiliário local.

Estando o imóvel questionado avaliado em Cz\$ 85.908.680,00, foi ele transferido para o demandado pelo valor de Cz\$ 15.000.000,00, ou seja, menos de 1/5 (um quinto) do valor de mercado. Operada a transformação desses valores para a moeda americana, temos que, com maior precisão, segundo informado pela apelada na resposta dada à insurgência recursalmente manifestada pelo demandado, o preço pago equivaleria a US\$ 50.000,00, ao passo que o apartamento questionado estava avaliado em US\$ 240.000,00.

E a única explicação dada pelos recorrentes para a disparidade de valores constatada é que tal disparidade deveu-se ao fato de serem eles

amigos de João Rimsa há muitos anos, pelo que obtiveram um preço especial.

Esse preço, entretanto, não revela apenas um benefício concedido por um amigo a outro, senão uma verdadeira doação, um presente de pai para filho.

E, conforme mostram os fatos da vida, o sócio majoritário de uma empresa imobiliária, que, como é lógico, tem por meta a edificação e a revenda de apartamentos com lucro, jamais irá pôr em risco qualquer parcela de seu patrimônio, vendendo a um amigo, em sinal da simples amizade, um apartamento que reservara para si, por preço ínfimo, quando esse mesmo amigo lhe adquirira, no mesmo empreendimento, um apartamento de valor mais módico, o qual nem sequer tivera ainda o seu preço integralizado.

Nessa conjuntura, seria até estranhável admitir-se que João Rimsa venderia um apartamento tão requintado, de frente para o mar, no 10º andar e mobiliado, para uma pessoa que, como o apelante, estava ainda em débito referentemente ao preço do outro apartamento comprado anteriormente, localizado no 1º andar, no bloco dos fundos, do mesmo empreendimento imobiliário e com valor muito inferior.

Anote-se ainda, como indício corroborativo da tese esposada pela apelada, que, entre todas as escrituras de venda dos apartamentos do Edifício Comendador João Rimsa, a única assinada pessoalmente por João Rimsa foi a referente à transferência do demandado do apartamento

n. 1.001 e a única que, coincidentemente, apresentou problemas.

Outro indício importante da manobra ardilosa, fraudulenta e dolosa cometida ao acionado é revelada pela falsidade, apurada em perícia judicial, do documento relativo à autorização de baixa da hipoteca do apto. 101, enviado à Caixa Econômica Federal, pela qual veio a ser liberado, em favor do apelante, o apartamento 101 do Edifício Comendador Rimsa, quando o respectivo preço, pelo que consta dos autos, nem sequer estava integralmente solucionado, concluindo o louvado examinante que, ao contrário do que constava de tal documento, a assinatura nele aposta não partira do punho de João Rimsa.

Mesmo que não diga respeito diretamente ao imóvel objeto de litígio neste processo, essa verificação da falsidade de assinatura revela a má-fé dos réus.

Destaque-se, ainda, que, muito embora não se possa precisar o que realmente aconteceu e como ocorreu, a existência de alterações grosseiras num documento público, ou seja, na escritura de compra e venda referente ao apartamento n. 1.001, alterando-se o n. 101 — o do apartamento que havia sido adquirido pelos apelantes — para o de n. 1.001, alterada, outrossim, a localização do 1 para o 10 andar, revela, com suficiência, ter sido utilizada para o propósito visado a mesma escritura que correspondia exclusivamente ao apartamento n. 101 para a transferência aos demandados igualmente do apartamento n. 1.001; essas rasuras indicam, quando menos, a existência de algo suspeito e estranho, conduzindo, uma vez mais,

à conclusão quanto à efetividade da utilização de artifícios fraudulentos para induzir em erro João Rimsa, ludibriando-lhe a vontade e ilaqueando-lhe a boa-fé.

Acresçam-se a todos esses indícios as incoerências já mencionadas e que constam da escritura pública de compra e venda referente à aquisição, pelos postulantes recursais, do apartamento n. 1.001 do Edifício Comendador Rimsa, quais sejam: 1. a lavratura da referida escritura em 10 de junho de 1988, quando, segundo os termos das declarações prestadas pelo tabelião que lavrou tal documento, as partes compareceram no Cartório sob sua responsabilidade, data essa na qual, no entanto, conforme provado pelas passagens aéreas juntadas aos autos, João Rimsa encontrava-se em São Paulo, para onde fora em razão do seu estado de saúde; 2. a data do pagamento do preço da transação que, nos termos da referida escritura pública, foi efetuado na oportunidade da feitura do ato, sendo que, pelo que apurado restou, o cheque de Cz\$ 15.000.000,00 só foi preenchido e entregue do dia 4 de agosto, com data de desconto prevista para o dia 8 do mesmo mês; 3. a quitação do imposto de transmissão de bens imobiliários, constante da escritura como tendo sido comprovada no ato da escrituração, quando, consoante consta da respectiva guia de recolhimento, tal pagamento somente veio a ocorrer em 5 de agosto de 1988.

A explicação dada pelo tabelião, em seu depoimento, para essas diferenças de datas, é que em junho foi procurado pelo réu-apelante para escriturar o apto. 1.001, dando início, desde logo, à elaboração da escritura, en-

tregando-lhe, na oportunidade, uma relação de documentos que deveriam ser providenciados, sendo que somente em 8 de agosto é que o demandado entregou-lhe toda a documentação, quando então foram eles efetivamente ao encontro de João Rimsa para que este assinasse a mencionada escritura (fls. 836).

Como se vê, tudo que se refere à venda deste imóvel é estranho e suspeito, circunstâncias essas que, somadas às provas testemunhais e ao fato de estar João Rimsa, na época, com graves problemas de saúde advindos de um derrame cerebral, constituem farta e sólida base para punir a esperteza, anulando-se uma venda conseguida pelo réu de modo manifestamente doloso.

A propósito, calhando qual luva ao caso aqui sob apreciação, o julgado assim ementado:

“Compra e venda — Anulação — Vício de vontade — Fraqueza mental do vendedor — Malícia do adquirente — Transação por preço vil — Ação procedente — Condenação do réu em honorários de advogado.

“Provada a fraqueza mental do vendedor e a malícia do adquirente, chega-se à conclusão da existência de vício de vontade no ato da venda, razão pela qual se anula a respectiva escritura” (RT 212/215).

Do corpo do acórdão em tela, extrai-se a seguinte lição do insigne Cunha Gonçalves:

“Entre o estado demencial e a lucidez, ou normalidade das funções mentais, existe um estado intermédio designado por fraqueza de espírito, patética, às vezes congênita, outras vezes causada por doença nervosa,

infecção sifilítica, alcoolismo, velhice. Os fracos de espírito são facilmente vítima de burlas, captações de doações ou testamentos, empréstimos ou venda nocivas, casamentos serôdios etc.” (Princípios de Direito Civil Luso-Brasileiro, 1951, § 44, pág. 95).

Poder-se-ia até ponderar que, no caso sob discussão, tratou-se de erro espontâneo do sócio majoritário da demandante, Sr. João Rimsa, que, sem ser induzido em erro pelo acionado, equivocou-se e assinou escritura diversa da que pensava estar assinando.

Porém, ainda assim, estaríamos diante de um caso de dolo, embora que, em tal hipótese, na modalidade negativa, pois seria do conhecimento do demandado que João Rimsa estava equivocado, sem que ele, entretanto, houvesse-o alertado do equívoco em que incidia.

A hipótese é prevista no art. 94 do nosso Código Civil, a cujo teor:

“Nos atos bilaterais o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela se não teria celebrado o contrato”.

Sobre o tema, a respeitada Maria Helena Diniz explica:

“(…) dolo negativo é a manobra astuciosa ou reticente que se dá quando uma das partes oculta alguma coisa que o contratante deveria saber e que se sabedor não teria realizado o negócio” (Curso de Direito Civil Brasileiro, vol. 1, 1995, pág. 244).

O douto J. M. Carvalho Santos, citado por José Abreu Filho, deixou ensinado que:

"a simples reticência constitui dolo, desde que destinada fraudulentamente a enganar alguém" (O Negócio Jurídico e sua Teoria Geral, 1997, pág. 263).

A substância do dolo é a má-fé, que transpira no artifício malicioso, na manobra fraudulenta, ou na omissão intencional, seja o dolo comissivo ou negativo, com a sua conseqüência sendo a anulação do negócio jurídico travado entre os contraentes, no caso, apelantes e empresa recorrida.

Dessa forma, é de ser mantida a sentença de Primeiro Grau que, julgando procedente a ação proposta, anulou a transação negocial referente à compra e venda do apartamento 1.001 do Edifício Comendador Rimsa, situado nesta Capital, determinando, como implicação lógica, o cancelamento da pertinente escritura pública de compra e venda e a transcrição do referido imóvel, em favor dos apelantes, na matrícula 20.257, do 1º Ofício Imobiliário da Capital, com o retorno do bem à situação anterior, qual seja, a de titularidade dominial em favor da apelada.

Quanto à quantia paga pelos réus na compra do imóvel, encontra-se depositada em Juízo, em decorrência da Cautelar de n. 638/88, im-

pondo-se a sua liberação, consoante já determinado pela ilustre Magistrada Singular, em favor dos apelantes.

No que se refere aos honorários advocatícios, sua fixação em 20% do valor da causa pela sentença a quo não foi objeto de irrisignação no apelo deduzido pelos demandados, pelo que é de ser mantido o arbitramento levado a termo.

Em face da gravidade dos fatos, determina a Câmara, por unanimidade de votos, a remessa de peças do processo presente ao Ministério Público e à colenda Corregedoria-Geral da Justiça, a fim de que sejam apurados o cometimento de crime pelo demandado varão e de infrações funcionais de responsabilidade do cartorário Altair José da Rosa.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Carlos Prudêncio, dele participando, da mesma forma com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues.

Florianópolis, 9 de março de 2000.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente para o acórdão;
Trindade dos Santos,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.016377-3, DE CUNHA PORÃ

Relator: Des. Trindade dos Santos

Cobrança. Indeferimento de prova desnecessária. Cerceamento de defesa inócua. Agravo retido desprovido. Empréstimo de milho. Pedido de devolução em espécie, com perdas e danos. Condenação ao pagamento do valor correspondente ao produto empres-

tado. Julgamento extra petita. Sentença nula. Apelo acolhido.

— *Evidenciando-se de total desnecessidade a diligência requerida pela parte acionada, por sem qualquer relevância para o deslinde da questão, não há que se entrever, no seu indeferimento, qualquer cerceamento de defesa.*

— *Não é dado ao julgador prestar ao demandante provimento jurisdicional diverso daquele expressamente postulado, pena de nulificar o decisum, por ocorrência de julgamento extra petita. Dessa forma, se a parte postulante objetiva obter a devolução, em espécie, de produtos que emprestou ao demandado, não é facultado ao julgador singular determinar, em substituição e independentemente de pedido expresso a respeito, o pagamento do equivalente em dinheiro.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.016377-3, da comarca de Cunha Porã, em que é apelante Nelson Simão Nárdino, sendo apelado Jacob Armand Hagemann:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, prover o apelo para anular o processo a partir da sentença, inclusive.

Custas de lei.

Jacob Armando Hagemann propôs ação de cobrança contra Nelson Simão Nárdino, aduzindo, em linhas gerais, haverem os litigantes celebrado contrato de arrendamento, tendo por objeto uma área de terras de propriedade do demandado.

Enfatizou que o contrato abrangia um empréstimo da importância de 2.000 (duas mil) sacas de milho para o réu, que deveriam ser devolvidas no ano seguinte, caso não se efetivasse entre eles a compra e venda do terreno, narrando, então, que, decorrido o prazo do contrato, não ocorreu a com-

pra e venda do bem nem a devolução do cereal emprestado.

Aduziu que a constituição em mora deu-se com o decurso de tempo, pois dessa forma fora estipulado.

Postulou a condenação do requerido na entrega dos produtos emprestados, com a sua condenação em perdas e danos e demais cominações, além da concessão do benefício da assistência judiciária.

Em contestação, o demandado alegou, preliminarmente, a inépcia da inicial, dizendo que não houve identificação e individualização do produto requerido.

No mérito, disse que jamais recebeu o milho a que se refere o contrato, pugnano pela improcedência do pedido.

O réu formulou reconvenção, aduzindo que o contrato de arrendamento foi firmado com prazo certo de um ano, com a previsão da entrega, a título de pagamento, de 30% (trinta por cento) de todos os produtos cultivados.

Alega que o reconvindeu utilizou a terra, procedendo à colheita de milho, feijão e fumo, não procedendo ao pagamento pactuado de 30% de todos os produtos cultivados, nos quais requereu, então, a condenação do reconvindeu.

A peça contestatória foi impugnada pelo autor, o qual, no entanto, deixou de manifestar-se sobre a reconvenção.

No despacho saneador de fls. 27, foi indeferida a preliminar de inépcia da inicial, suscitada pelo réu.

Foram ouvidas as testemunhas arroladas e, restando inexitosa a tentativa conciliatória, foi concedido prazo às partes para apresentação de memoriais.

Em audiência de instrução e julgamento o autor interpôs agravo retido de decisão que denegou produção de prova.

Sentenciando o feito, o Magistrado a quo julgou procedente o pedido da ação de cobrança, condenando o réu ao pagamento em favor do autor de 2.000 (duas mil) sacas de milho, pelo preço do dia praticado no mercado local, a ser apurado em liquidação de sentença. Desacolheu, no entanto, o pleito reconvenicional.

Irresignado com o teor do decisor exarado, o autor reconvindeu apelou, arguindo, em preliminar, a nulidade da sentença, por ter julgado fora do pedido, inépcia da inicial, bem como aventou a impossibilidade da liquidação da sentença na forma estabelecida.

No mérito, repisou os argumentos da peça contestatória.

No que tange à reconvenção, disse que o reconvindeu era revel e que, por esse motivo, a demanda deveria ser julgada em seu favor.

Requereu a decretação da nulidade da sentença da ação principal, declarando-se a inépcia da inicial, o provimento do agravo retido e, alternativamente, a reforma da decisão obargada quanto à determinação de liquidação por arbitramento. Requereu, ainda, fosse reformada a decisão da reconvenção.

Não houve resposta ao recurso interposto.

É o relatório.

Faz-se acolhível o reclamo apelatório deduzido pelo pugnant re- cursal!

Primeiramente, no que se refere ao agravo retido insurge-se o apelante contra a decisão que indeferiu a diligência que consistia no envio de ofício à agência bancária localizada na cidade de Maravilha para que fosse questionado o gerente do banco se recebeu a quantia referente à transação estabelecida entre os litigantes.

A diligência foi indeferida, pois tal prova revelava-se desnecessária, em face dos elementos probatórios carreados aos autos.

Como bem explicitou o douto Magistrado condutor do processo, tal requerimento não tinha o condão de desconstituir a prova juntada pelo autor, uma vez que o próprio instrumento já comprovou a entrega da quantia referente ao produto quando em sua cláusula quinta dispôs que "o segundo contratante nesta data empresta ao primeiro contratante a importância de 2.000 sacas de milho...".

Demais disso, a testemunha instrumentária confirmou que a transação se realizou, porém que só não se recorda a forma de entrega do dinheiro e tal diligência em nada mudaria o deslinde do litígio, sendo escorreita a negativa do Julgador no que pertine à sua produção.

Nesse norte:

“Em matéria de prova o poder inquisitivo do juiz é maior do que em qualquer outra atividade processual. Sendo o destinatário da prova, não é mero espectador da luta das partes, podendo, por isso mesmo, deferir ou indeferir as diligências que, a seu juízo, são inúteis ou protelatórias” (AI n. 96.005699-8, da Capital).

“Reputando desnecessária a produção da prova pleiteada, tendo-a por estéril ou pouco útil à formação de seu juízo, o magistrado pode, e deve, como guardião do regular andamento do processo (art.125 e ss., CPC) e destinatário da prova, indeferir a postulação. Na preleção do Prof. Ovídio Baptista da Silva, ‘A função de toda a atividade probatória é fornecer ao julgador os elementos por meio dos quais ele há de formar o seu convencimento a respeito dos fatos controvertidos no processo’ (Curso de Processo Civil, 3ª ed., Porto Alegre, Sergio Fabris, 1996, pág. 134)” (AI n. 99.005667-8).

Nega-se provimento, pois, ao agravo retido em questão!

No que diz respeito ao recurso de apelação, ataca o insurgente a sentença prolatada, dizendo-a nula, uma vez que o postulante pugnou pela condenação do apelante na entrega de 2.000 sacas de milho, com o Julga-

dor monocrático condenando-o ao pagamento do equivalente em dinheiro.

E razão assiste ao postulante recursal!

Não pode o julgador, em substituição ao pleito da parte autora, escolher qual provimento judicial lhe é mais conveniente; ao revés, deve decidir sempre nos limites em que a lide é proposta, não podendo condenar o réu em objeto diverso do que foi demandado.

Tal regra vem consubstanciada no artigo 460 do Código de Processo Civil, quando dispõe:

“É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”.

Nesse diapasão já decidiu este Sodalício:

“Nula é a sentença que, ignorando a natureza da demanda, dá ao litígio solução diversa daquela expressamente prevista em lei para a hipótese e que constou do pedido” (Ap. Cív. n. 97.011106-1).

Sobre o tema, registram Moacyr Amaral Santos e Humberto Theodoro Júnior:

“Para ser precisa, deve a sentença conter-se nos limites do pedido. ‘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’ (art. 128). ‘É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi de-

mandado' (art. 460). Precisa, e como tal, limitada à decisão do pedido do autor. Afastando-se dessa norma, decidindo ultra ou extra petita, estará contaminada de vício, que afeta a sua eficácia. Não poderá a sentença ir além do pedido (ultra petita), salvo o que nele virtualmente se contém, tais os frutos e as acessões do principal, nem fora do pedido (extra petita), isto é, decidir sobre coisa não pedida" (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, 2ª ed., 1977, pág. 438).

Colhe-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"Recurso especial. Julgamento extra petita. Desconstituição. Provisamento. A concessão do benefício legal diverso do direito pleiteado, in casu, constitui decisão fora do pedido" (REsp. n. 15.159/ES, rel. Min. Cláudio Santos).

Pelas circunstâncias expostas, impõe-se a anulação do duto provimento jurisdicional aqui sob enfoque, para que outro seja exarado, com observância dos exatos termos do pedido portal.

Mas, ad argumentandum, acaso não anulada fosse a sentença singular, os demais enfoques colocados na insurgência recursalmente manifestada pelo apelante estariam a se impor repelidas.

Senão vejamos:

Inépcia da inicial

Conquanto não tenha o autor especificado o tipo de milho, este deveria ser entregue conforme a regra estabelecida no art. 875 do Código Civil, pois trata-se de obrigação para entrega de coisa incerta, haja vista que especificável quanto ao gênero — mi-

lho — e quantidade — 2.000 (duas mil) sacas.

Ensina, a propósito, o emérito Sílvio Rodrigues:

"A obrigação de dar coisa incerta, ao contrário, tem por objeto a entrega de coisa não considerada em sua individualidade, mas no gênero a que pertence. Ela será mencionada através de referência a esse gênero e à quantidade, pois se pressupõe ser, de certo modo, indiferente ao credor receber uma ou outra partida, visto que todas, em tese, são iguais e, por conseguinte, intercambiáveis. Em vez de se considerar a coisa em si, ela é considerada genericamente" (Direito Civil, vol. 2, Parte Geral das Obrigações, Saraiva, 1995, pág. 20).

Assim, não especificada a qualidade do milho a ser restituído, não seria dado ao devedor, quando do ato de concentração, proceder à entrega do produto de pior qualidade, consoante os ditames do art. 875 do Código Civil.

Quanto às questões de fato referidas pelo apelante, restariam elas, acaso se examinasse a matéria recursal, prejudicadas com a análise do agravo retido, haja vista que se fazia desnecessária a produção, pelo recorrido, de prova a respeito da efetividade da quantidade de milho pactuada, vez que o próprio instrumento contratual faz prova plena a respeito.

No referente ao pleito reconvenicional, não fosse a anulação decretada, a sentença prolatada mostrava-se totalmente correta.

A insurgência, no caso, não está ligada aos fatos trazidos na peça reconvenicional em si, posto ter havido farta prova da insubsistência deles,

pretendendo o apelante, apenas e somente, que, contrariamente aos elementos probantes produzidos, fosse aplicada a pena de revelia em relação ao reconvinado.

Improsperável, no entanto, far-se-ia o apelo em tal tópico!

Os efeitos da revelia importam, sim, confissão quanto à matéria de fato, o que não impede que o Magistrado, no entanto, examine a prova que dos autos consta.

Esclarecedora a lição de Theotônio Negrão quando, ao comentar o disposto no art. 319 do Código de Processo Civil, diz que os fatos não contestados reputam-se verdadeiros, “salvo se o contrário resultar da con-

vicção do juiz” (Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 30ª ed., pág. 374).

Empresta-se, no entanto e no geral, provimento ao recurso deduzido, para anular-se o duto decisório a quo, negando-se, no entanto, acolhida ao agravo retido deduzido.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto.

Florianópolis, 14 de outubro de 1999.

Carlos Prudêncio,
Presidente com voto;
Trindade dos Santos,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 97.010589-4, DE SÃO JOSÉ

Relator designado: Des. Cláudio Barreto Dutra

Embargos de terceiro — Loja construída sobre terreno alheio — Arrecadação pelo Juízo da falência — Contrato de arrendamento entre a empresa embargante e a proprietária do imóvel — Interesse manifesto do terceiro para que venha integrar a lide na qualidade de litisconsorte ativo — Pretensão indeferida — Interposição de agravo retido, cuja apreciação restou postulada por ocasião da apelação — Anulação da sentença que rejeitou os embargos — Provimento.

— “O litisconsórcio necessário tem lugar se a decisão da causa propende a acarretar obrigações diretas para o terceiro, a prejudicá-lo ou a afetar seu direito” (RE n. 100.411, rel. Min. Francisco Resek).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.010589-4, da comarca de São José (2ª Vara Cível e Registros Públicos) em que é apelante Carrosul Veículos

Ltda., sendo apelada a Massa Falida de Dácio Silva & Cia. Ltda.:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por maioria de votos, prover o agravo retido a fim de que integre a lide,

na condição de litisconsorte ativa, a empresa Florianópolis Veículos S/A — Florisa, anulando-se a sentença que rejeitou os embargos.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Embargos de terceiros opostos pela empresa Carrosul Veículos Ltda. contra a Massa Falida de Dácio Silva & Cia. Ltda., alegando, em síntese, que, por determinação do Juízo da falência de Dácio Silva & Cia. Ltda., foram arrecadados diversos bens de sua propriedade, tais como: veículos e o prédio onde se encontra instalada, cuja construção foi procedida pela empresa Cassol S/A, com recursos provenientes de um empréstimo bancário, no valor de U\$ 600.000 (seiscientos mil dólares), o que “afasta a presunção de origem do bem indicado sem qualquer desvio e/ou prejuízo da massa falida”. Asseverou, ainda, que, quanto aos primeiros, foram “todos vendidos ou alienados, uma vez que representavam mercadoria de comércio”, e, no que diz respeito à loja, esta foi edificada em terreno alheio, de propriedade da empresa Florianópolis Veículos S/A — Florisa, e que, por força de contrato de arrendamento firmado entre ambas, esta última ao final da avença “imitir-se-ia na posse, consolidando a propriedade”. Em razão disso, postulou fosse aludida empresa integrada ao feito na condição de litisconsorte ativa, bem como a concessão de liminar, indeferida às fls. 139/140, juntando, para tanto, os documentos de fls. 8/137.

Impugnando os embargos, a Massa, por intermédio do síndico, re-

bateu as assertivas ali esposadas, aduzindo a improcedência dos embargos, eis que a edificação da dita loja deu-se com “o desvio de recursos da empresa falida, às vésperas da decretação da autofalência”. A final, pugnou pela requisição, à Delegacia da Receita Federal, de cópia das declarações de rendimentos das pessoas envolvidas na constituição da ora embargante, a fim de comprovar “se possuíam recursos financeiros suficientes para tanto”.

A Promotora de Justiça manifestou-se às fls. 173/174.

Da decisão de fls. 175 e 175 e verso, a embargante interpôs agravo retido (fls. 182/185).

O Magistrado, reconhecendo o equívoco, determinou fossem os autos conclusos para apreciação da “necessidade ou não da citação da empresa Florisa” (fls. 187), que inocorreu, conforme se observa às fls. 189.

Deste despacho, a embargante interpôs novo agravo de instrumento, pedindo ficasse retido nos autos, a fim de ser apreciado por ocasião de eventual recurso de apelação (fls. 195/196).

Especificadas as provas (fls. 190/191 e 198), nova manifestação da Promotora de Justiça (fls. 200/201).

Mantida a decisão de não-citação da empresa Florisa, e juntada aos autos a cópia de declaração de rendimentos de Dirceu Ghizoni e de Dácio Silva (fls. 210/222), bem como a manifestação do síndico a respeito da prova pericial contábil requerida pela embargante, o Juiz de Direito proferiu a decisão julgando improcedentes os embargos (fls. 235/241).

Apelou a vencida, pedindo preliminarmente fossem conhecidos os agravos retidos de fls. "182 e 195" (sic), interpostos da decisão que não admitiu a citação da empresa Florisa para integrar a lide na qualidade de litisconsorte ativa. Argüiu, ainda, cerceamento de defesa por não lhe ter sido oportunizada a produção das provas ali mencionadas. No mérito, requereu a procedência dos embargos.

Com as contra-razões e a manifestação do Ministério Público, os autos, preparados, ascenderam a este Tribunal, e aqui a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Áttila Antônio Rothsahl, opinou pela "nulidade do processo, em face das preliminares argüidas, ou, alternativamente, analisado o mérito, pelo provimento parcial do recurso".

Pela decisão de fls. 317/318, os autos foram redistribuídos, por prevenção, ao eminente Desembargador Silveira Lenzi.

II — Voto

No Juízo da comarca de São José, Dácio Silva & Cia. Ltda. ingressou com pedido de concordata preventiva dilatória, isso em 8 de janeiro de 1993.

Posteriormente, em 13 de agosto do mesmo ano, postulou a sua autofalência, que foi decretada na mesma data suso mencionada (autos de n. 12.018/93, às fls. 16/20).

O sócio desta empresa, Dácio Silva, juntamente com Valdeci Gercino de Limas, pela 1ª Alteração Contratual da Firma Dível Veículos Ltda., constituíram a empresa ora embar-

gante, subscrevendo o primeiro "500 cotas no valor de Cr\$ 500.000,00" (fls. 8/12).

O Juízo da falência, considerando que na administração da embargante o sócio Dácio havia "contraído empréstimos e celebrado contratos", e dentre outros argumentos, conforme se pode observar às fls. 23/24 e 26, "considerando que a loja construída sobre o terreno da Florisa, ao que tudo indica, é fruto de verba subtraída do patrimônio da ora falida; considerando que essa loja pode muito bem ser demonstrada e alienada, revertendo o numerário para a massa; considerando que os credores devem ser satisfeitos e a moralidade pública observada", determinou que o síndico procedesse à "arrecadação do prédio, sito na Avenida Max Schramm, s/n, Florianópolis, onde funciona a empresa Carrosul Veículos Ltda., respeitada, por ora, a propriedade do terreno", bem como dos veículos ali existentes.

A arrecadação, consoante ponderado na inicial (item 3), "já ocorreu, e a dos veículos está na iminência de se realizar".

Disse ainda a embargante que tais bens foram adquiridos com recursos financeiros obtidos em operação bancária, no valor de U\$ 600.000 (seiscentos mil dólares) (item 9), o que legitimaria a oposição dos presentes embargos.

Salientou, outrossim, que conforme contrato de arrendamento firmado com a empresa Florianópolis Veículos S/A — Florisa, proprietária do terreno sobre o qual foi edificada a loja, ao final da avença, "imitir-se-á na posse, consolidando a propriedade" (item 6), o que a levou a requerer o

seu chamamento ao feito, na qualidade de litisconsorte ativa (item 2 do quadro IV).

Contudo, assim não entendeu o Magistrado, indeferindo a pretensão pelos seguintes argumentos:

“Vistos em interlocutório

“Cuida-se de embargos de terceiro deflagrados por Carrosul Veículos Ltda. contra a Massa Falida de Dácio Silva & Cia. Ltda. em razão de ter sido ordenada a arrecadação de bens que a embargante entende lhe pertencer.

“Manifestou-se a ilustre Dra. Promotora de Justiça no sentido de ser citada Florisa, proprietária do terreno onde está situada a construção arrecadada, pois seria litisconsorte ativa.

“Penso de maneira diferente.

“Florisa é proprietária do terreno apenas e ele não foi arrecadado.

“Sua presença nestes embargos implicaria em violar o disposto no artigo terceiro do Código de Processo Civil que exige dos litigantes interesse para figurar no processo...” (fls. 189).

Dessa decisão, a embargante interpôs agravo retido (fls. 195/196) e, na apelação, fosse ele conhecido.

De fato, assiste razão à recorrente.

Às fls. 39, por Instrumento Particular de Contrato de Arrendamento, a empresa Florianópolis Veículos S/A — Florisa deu em arrendamento à embargante “um terreno com área de 2.273,60m², no valor inicial de Cr\$ 100.000,00” (cláusula segunda).

Pela cláusula terceira, seria “permitido ao arrendatário a constru-

ção de uma loja cujo projeto será executado por empresa reconhecida-mente idônea e cujas especificações devem ser devidamente aprovadas pelo arrendador, que no fim do contrato ficará com as instalações da loja, por preço baseado nos custos da construção ou a preço de mercado, com preferência ao menor dos dois critérios” (fls. 39) (grifei).

Como se vê, evidente o interesse em que aludida empresa integre a lide na qualidade de litisconsorte ativa, na medida em que, mantida a arrecadação, cujo direito ficou resguardado por força do contrato alhures, tudo indica que ficará impossibilitada de reaver dita loja.

O Supremo Tribunal Federal, no RE n. 100.411, da lavra do Ministro Francisco Resek, decidiu que “o litisconsórcio necessário tem lugar se a decisão da causa propende a acarretar obrigações diretas para o terceiro, a prejudicá-lo ou afetar seu direito subjetivo”.

É exatamente a hipótese dos autos.

Segundo o disposto no artigo 47 do Código de Processo Civil, “há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo”.

Diante da necessidade da litisconsorciação, assevera Pontes de Miranda em sua obra “Comentários ao Código de Processo Civil”, tomo II, 3^a ed., 1995, à pág. 47, “têm de ser citados os que se consideram litisconsortes ativos, ou, se litisconsorciados têm

de ser todos os autores, a sua participação é inafastável. A ação há de ser proposta por todos os que têm de participar da relação jurídica processual, em virtude de sua situação dentro do direito material; ou (ou e) por todos os que têm de ser passivamente litisconsorciados. Não há eficácia da sentença se a sentença não apanhou todos os litisconsortes ativos ou (ou e) passivos, quer estejam na relação jurídica processual quer nela não entraram” (fls. 304/305).

Ou como pondera Alfredo Buzaid, em parecer exarado na Revista dos Tribunais, vol. 359, à página 44: “para configurar o instituto do litisconsórcio necessário, se serve de dois elementos: um material e outro formal. O primeiro supõe a existência de uma relação jurídica substancial, da qual deriva uma comunhão de interesses. O segundo, a indispensabilidade da presença de todos os sujeitos ativos ou a citação de todos os sujeitos passivos para a constituição válida e regular do processo civil; pois, se a sentença não for dada uniformemente para todos, será dada inútil ou inopertunamente: inutiliter datur”.

III — Decisão

Isto posto, dá-se provimento ao agravo retido, a fim de que integre a lide, na qualidade de litisconsorte ativa, a empresa Florianópolis Veículos S/A — Florisa, anulada a sentença que rejeitou os embargos.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino. Vencido o Exmo. Sr. Des. Silveira Lenzi. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Jus-

tiça, o Exmo. Sr. Dr. Áttila Antônio Rothsahl.

Florianópolis, 14 de dezembro de 1999.

Eder Graf,
Presidente;
Cláudio Barreto Dutra,
Relator designado.

Declaração de voto do Exmo. Sr. Desembargador Silveira Lenzi:

Dissenti do posicionamento da douda maioria e fiquei vencido, pois entendo desnecessária a citação da empresa Florianópolis Veículos S/A — Florisa para integrar a lide na qualidade de litisconsorte ativa necessária da apelante.

Dispõe o art. 47 do CPC, ao tratar do litisconsórcio necessário:

“Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo”.

Segundo abalizada doutrina, “em nosso sistema legal, o litisconsórcio ativo necessário é sempre fruto de exigência da lei, isto é, decorre de hipóteses em que o legislador obriga os vários demandantes a propor a causa em conjunto, como marido e mulher, nas causas a que se refere o art. 10 do Código de Processo Civil.

“Somente ao litisconsórcio passivo é que se aplica a segunda parte do art. 47 (necessidade de decisão uniforme para todas as partes), tanto que o dispositivo legal conclui com a

afirmação de que, em tal hipótese, 'a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo'" (Humberto Theodoro Júnior, Curso de Direito Processual Civil, vol. I, 25 ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998, pág. 109).

A jurisprudência chancela este entendimento:

"Ap. Cív. n. 32.321, Porto União. Des. Pedro Manoel Abreu: Frente ao princípio dispositivo que rege a iniciativa do processo (art. 262, CPC) e considerando que é absurdo obrigar alguém a integrar a lide, seja na condição de autor ou de co-autor, já que a ação é direito subjetivo público e, como tal, é faculdade e não ônus, é incogitável a aplicação do preceito do art. 47, parágrafo único, do CPC, para as hipóteses de litisconsórcio ativo necessário. Tal norma aplica-se exclusivamente nos casos de litisconsórcio passivo necessário (DJ, 17/1/91-16)" (Alexandre Rosa, CPC Anotado segundo a jurisprudência do

TJSC, 2ª edição, Florianópolis, Terceiro Milênio, 1998, pág. 71).

O Supremo Tribunal Federal já decidiu:

"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)" (Theotonio Negrão, CPCLPV, 30ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999, págs. 152/153, art. 47: 3).

Assim, não admitindo o sistema processual pátrio a figura do litisconsórcio ativo necessário — exceção feita aos casos expressamente previstos em lei —, não há que se falar em nulidade do processo por ausência de citação da Florianópolis Veículos S/A — Florisa.

Por tais argumentos, divergi da douta maioria e votei pelo desprovisionamento dos agravos retidos de fls. 182 e 195.

Silveira Lenzi.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.005336-9, DA CAPITAL

Relator: Des. Newton Trisotto

Comercial — Marca — Nome — INPI — Registro — Conflito — Atividade das empresas — Especificidade.

"I — Não há confundir-se marca e nome comercial. A primeira, cujo registro é feito junto ao INPI, destina-se a identificar produtos, mercadorias e serviços. O nome comercial, por seu turno, identifica a própria empresa, sendo bastante para legitimá-lo e protegê-lo, em âmbito nacional e internacional, o arquivamento dos atos constitutivos no Registro do Comércio.

"II — Sobre eventual conflito entre uma e outro, tem incidência, por raciocínio integrativo, o princípio da especificidade, coro-

lário do nosso direito marcário. Fundamental, assim, a determinação dos ramos de atividade das empresas litigantes. Se distintos, de molde a não importar confusão, nada obsta possam conviver concomitantemente no universo mercantil.

“III — No sistema jurídico nacional, tanto a marca, pelo Código de Propriedade Industrial, quanto o nome comercial, pela Convenção de Paris, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto n. 75.572/75, são protegidos juridicamente, conferindo ao titular respectivo o direito de sua utilização.

“IV — Havendo colidência entre marca e parte do nome comercial, sendo distintas as atividades das duas empresas, a fim de garantir a proteção jurídica tanto a uma quanto a outro, determina-se ao proprietário do nome que se abstenha de utilizar isoladamente a expressão que constitui a marca registrada pelo outro, terceiro, de propriedade deste, sem prejuízo da utilização do seu nome comercial por inteiro” (REsp. n. 119.998/SP, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.005336-9, da comarca da Capital (6ª Vara), em que é apelante Arigatô Comércio de Confecções Ltda., sendo apelada Presentes Arigatô Ltda.:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Presentes Arigatô Ltda. ajuizou “ação ordinária com preceito cominatório” contra Arigatô Comércio de Confecções Ltda.

Relata que “há mais de 21 (vinte e um) anos vem atuando no ‘comércio varejista de brinquedos, perfumarias, bijuterias e outros artigos de presentes’” e que, para maior garantia

de seus direitos, requereu e obteve no Instituto Nacional da Propriedade Industrial o registro da marca “Arigatô” nas classes 28.10, 03.20, 09.05/40/45, 14.30, 25.10/20/60 e 16.20/30.

Com a ação aforada pretende seja a ré compelida a “se abster do uso da expressão Arigatô como marca, em seus produtos, impressos, promoções, propaganda, documentos, e em qualquer meio através do qual se identifique junto ao público”, sob pena de multa diária de R\$ 300,00 (trezentos reais).

Apresentada a defesa, a Dra. Maria do Rocio Luz Santa Ritta julgou procedentes os pedidos, nos termos em que foram formulados, e condenou a demandada a pagar as custas judiciais e os honorários advocatícios, estes arbitrados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa.

A vencida interpôs apelação. Reeditando argumentos expendidos na contestação, sustenta que: a) na petição inicial, a apelada inscreveu que atua no mercado varejista de brinquedos, perfumarias, bijuterias e outros artigos de presente e só na réplica veio a alegar que também se dedica ao comércio de roupas e acessórios do vestuário; b) na verdade, não atuam no mesmo “segmento mercadológico”, não havendo “qualquer possibilidade de que seus produtos possam de alguma forma ser confundidos pelo consumidor que, no caso presente, seria o maior prejudicado”, e que “exsurge evidente que: (a) os ramos de atividade desenvolvida pela apelante e pela apelada não são, de forma alguma, colidentes; (b) as partes atingem diferentes segmentos de mercado e, portanto, possuem clientela distinta; (c) não há qualquer desvio de clientela já que apelante e apelada atuam em mercados diferentes e distantes um do outro (Florianópolis e São Paulo—capital). É totalmente impossível configurar a concorrência desleal”; c) iniciou as suas “atividades no dia 1º de setembro de 1980, ou seja, mais de dez anos antes do depósito do pedido de registro da marca ‘Arigatô’ efetuado pela apelada para assinalar artigos de vestuário”; d) o registro n. 816078114 assegura o direito à marca “Arigatô” para “assinalar produtos relacionados com a sua atividade industrial”; e) “considerando que as marcas utilizadas por apelante e apelada são mistas — reúnem elemento figurativo e nominativo —, as mesmas não podem ser consideradas idênticas, mas semelhantes. E, considerando o retroexposto, é perfeitamente possível a convivência de ambas as

marcas sem que ocorra prejuízo para a apelada — ou para a apelante —, tampouco para o consumidor”.

A apelada propugna a confirmação do decism.

II — Voto

1. O contrato social da apelante foi arquivado na Junta Comercial do Estado de Santa Catarina em agosto/80 (fls. 41v.); o da apelada, em julho/76 (fls. 12v.).

No Instituto Nacional da Propriedade Industrial, obteve a autora registro da marca “Arigatô” nas seguintes classes: “jogos, brinquedos e passatempos” (9/fevereiro/93, fls. 16); “perfumaria e higiene” (5/maio/92, fls. 17); “cronômetros e relógios” (21/abril/92, fls. 19); “jóias” (13/agosto/96, fls. 20); “roupas e acessórios de vestuário comum, para esportes e artigos de viagem” (13/agosto/96, fls. 21); “livros, álbuns e impressos em geral” (27/outubro/92, fls. 22).

Destaco: o registro da marca “Arigatô” é posterior ao arquivamento do contrato social da empresa Arigatô Comércio de Confecções Ltda. que tem por objeto “comercialização de artigos do vestuário e artigos importados” (fls. 39).

2. No Recurso Especial n. 4.055/PR, o Superior Tribunal de Justiça proclamou que “o direito sobre o nome comercial, segundo entendimento hoje prevalecente na doutrina e na jurisprudência, constitui uma propriedade, à semelhança do que ocorre com as marcas de fábrica e de comércio, motivo pelo qual, em ações por violação de seu uso exclusivo, se aplica o lapso prescricional previsto no art.

178, parágrafo 10, inciso IX, do Código Civil” (Min. Barros Monteiro, pro-movi o destaque).

Especificamente sobre a matéria, objeto da controvérsia, recentemente decidiu aquela Corte:

“I — Não há confundir-se marca e nome comercial. A primeira, cujo registro é feito junto ao INPI, destina-se a identificar produtos, mercadorias e serviços. O nome comercial, por seu turno, identifica a própria empresa, sendo bastante para legitimá-lo e protegê-lo, em âmbito nacional e internacional, o arquivamento dos atos constitutivos no Registro do Comércio.

“II — Sobre eventual conflito entre uma e outro, tem incidência, por raciocínio integrativo, o princípio da especificidade, corolário do nosso direito marcário. Fundamental, assim, a determinação dos ramos de atividade das empresas litigantes. Se distintos, de molde a não importar confusão, nada obsta possam conviver concomitantemente no universo mercantil.

“III — No sistema jurídico nacional, tanto a marca, pelo Código de Propriedade Industrial, quanto o nome comercial, pela Convenção de Paris, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto n. 75.572/75, são protegidos juridicamente, conferindo ao titular respectivo o direito de sua utilização.

“IV — Havendo colidência entre marca e parte do nome comercial, sendo distintas as atividades das duas empresas, a fim de garantir a proteção jurídica tanto a uma quanto a outro, determina-se ao proprietário do nome que se abstenha de utilizar isoladamente a expressão que constitui a marca registrada pelo outro, terceiro,

de propriedade deste, sem prejuízo da utilização do seu nome comercial por inteiro” (REsp. n. 119.998/SP).

No voto, depois de minudente exposição a respeito da distinção entre marca e nome comercial, disse o relator, Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira:

“4. No que toca ao segundo ponto, a discussão cinge-se à possibilidade ou não de uma pessoa jurídica, não titular de uma marca, manter seu nome comercial da forma que registrou, ainda que parte dele coincida com aquela marca registrada. Em outras palavras, cuida a espécie de conflito entre marca e nome comercial.

“A jurisprudência desta Casa, em exegese construtiva, tem entendido ser suficiente o arquivamento dos atos constitutivos no Registro do Comércio para conferir ao nome comercial proteção nacional e internacional (cfr. REsp. n. 6.169/AM).

“Sob este contexto, o primeiro aspecto a assinalar consiste nessa proteção ao nome comercial a partir do arquivamento dos atos constitutivos da sociedade na Junta Comercial, nos termos do art. 8 da Convenção de Paris, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto n. 75.572/75. E o segundo, na eficácia erga omnes conferida pelo registro da marca no INPI, nos termos do antigo Código da Propriedade Industrial (Lei n. 5.772/71), aplicável à espécie dos autos. Esta Quarta Turma, a propósito, ao julgar, sob a relatoria do Ministro Barros Monteiro, o REsp. n. 4.055/PR (DJ 20/5/91), sufragou a tese de que ‘o direito ao nome comercial, segundo entendimento hoje prevalecente na doutrina e na jurisprudência, constitui uma proprieda-

de, à semelhança do que ocorre com as marcas de fábrica e de comércio’.

“Assim, descaberia impedir que a ré se utilizasse na sua denominação social, nas placas e letreiros de seus estabelecimentos, assim como nos documentos e demais objetos utilizados na exploração de sua atividade, o seu nome comercial, arquivado no Registro do Comércio com anterioridade segundo afirmou a sentença, o que não comporta reexame nesta Instância, como pretende a autora-recorrida, por incidência do enunciado n. 7 da Súmula/STJ.

“5. O nome comercial da ré-recorrente, entretanto, é ‘ETEP Comércio e Representações Ltda.’, e não simplesmente ‘ETEP’, expressão registrada como marca pela recorrida, e de sua propriedade exclusiva, sendo de aduzir-se, no particular, que, segundo doutrina e jurisprudência sedimentadas, a proteção da marca tem por objetivo a repressão à concorrência desleal, buscando evitar a possibilidade de confusão do consumidor que adquire determinado produto ou serviço pensando ser outro, bem como o locupletamento com esforço alheio. Neste sentido, REsp. n.62.770/RJ (DJ 4/8/97), relatado pelo Ministro Waldemar Zveiter, com esta ementa:

‘Civil — Ação ordinária — Marca — Nome comercial — Denominação — Fantasia — Registro.

‘I — O emprego de nomes e expressões marcárias semelhantes — quer pela grafia, pronúncia, ou qualquer outro elemento, capazes de causar dúvida ao espírito dos possíveis adquirentes de bens exibidos para co-

mércio — deve ser de imediato afastado.

‘II — A proteção legal à marca (Lei n. 5.772/77, art. 59) tem por escopo reprimir a concorrência desleal, evitar a possibilidade de confusão ou dúvida, o locupletamento com esforço e labor alheios. A empresa que insere em sua denominação, ou como nome de fantasia, expressão peculiar, passa, a partir do registro respectivo, a ter legitimidade para adotar referida expressão como sinal externo distintivo e característico e impedir que outra empresa que atue no mesmo ramo comercial como tal a utilize. Precedentes do STJ’.

“Não se nega, no caso, que haja colidência entre a marca ‘ETEP’, registrada pela autora no INPI, e parte do nome comercial da recorrente. Destarte, a fim de garantir a proteção jurídica tanto a uma quanto a outra, melhor que se determine à ré que se abstenha de utilizar isoladamente a expressão que constitui a marca registrada pela autora, sem prejuízo da utilização do seu nome comercial por inteiro, quer nos letreiros, quer no material de propaganda ou documentos e objetos. Tal orientação, aliás, foi sufragada por esta Turma no REsp. n. 40.190 (DJ 29/9/97), de que fui relator, assim ementado:

‘Direito comercial. Colidência de marca ‘garota’ (registrada no INPI) com nome comercial (arquivamento dos atos constitutivos da sociedade na junta comercial) . Proteção jurídica. Recurso provido.

‘I — No sistema jurídico nacional, tanto a marca, pelo Código de Propriedade Industrial, quanto o nome comercial, pela Convenção de Paris,

ratificada pelo Brasil por meio do Decreto n. 75.572/75, são protegidos juridicamente, conferindo ao titular respectivo o direito de sua utilização.

‘II — Havendo colidência entre marca e parte do nome comercial, a fim de garantir a proteção jurídica tanto a uma quanto a outro, determina-se ao proprietário do nome que se absteinha de utilizar isoladamente a expressão que constitui a marca registrada pelo terceiro, de propriedade desse, sem prejuízo da utilização do seu nome comercial por inteiro, quer nos letrados, quer no material de propaganda ou documentos e objetos.

‘III — A proteção da marca tem por objetivo a repressão à concorrência desleal, buscando evitar a possibilidade de confusão do consumidor que adquire determinado produto ou serviço pensando ser outro, bem como o locupletamento com esforço alheio’.”

Estou inteiramente de acordo com esse entender; a solução preconizada no julgado (item IV) tem pertinência e aplicação ao caso sub judice.

3. Pelas razões expostas e com a ressalva anotada, dou provimento ao recurso, invertidos os ônus da sucumbência.

III — Decisão

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

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Desembargador Orli Rodrigues.

Florianópolis, 11 de novembro de 1999.

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

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.005379-2, DE BLUMENAU

Relator: Des. Newton Trisotto

Concordata preventiva — Multa fiscal — Isenção — Recurso provido.

A multa fiscal moratória não é exigível de empresa concordatária. Precedentes do STF e do STJ.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.005379-2, da comarca de Blumenau (3ª Vara), em que é apelante Electro Aço Altona S/A, sendo apelado o Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso, invertidos os ônus da sucumbência.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Electro Aço Altona S/A ajuizou “ação declaratória c/c ação anulatória e repetição de indébito” contra o Estado de Santa Catarina.

Na petição inicial, relata a autora que, “de conformidade com as GIAs anexas, tem denunciado espontânea e mensalmente o quanto deve ao Fisco Estadual, isto antes de ser instaurado qualquer procedimento fiscalizador (artigo 138 do CTN)” e que, apesar disso, “a receita estadual teima em cobrar seus créditos com o acréscimo indevido da multa” que também não é devida em razão de se encontrar em regime de concordata preventiva dilatória. Pede, ao final, a “procedência do pedido, inaplicando-se a multa moratória, com a condenação do réu ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios”.

Apresentada a defesa (fls. 137/158), a réplica (fls. 164/169) e ouvido o representante do Parquet (fls. 247/249), o Dr. Hélio do Valle Pereira julgou improcedente o pedido, registrando na sentença:

“Segundo resta claro pela réplica, insista-se, não houve pagamento, ainda, do imposto devido. Teria, no entanto, segundo a narrativa da contribuinte, ocorrido o reconhecimento, mês a mês, do montante devido a título de ICMS, mediante o preenchimento das respectivas Guias de Informação e Apuração (GIA). Empolga-se o disposto no art. 138, do Código Tributário Nacional, para defender-se, neste quadro, a inaplicabilidade da sanção tributária decorrente da mora no pagamento do principal.

“Mas sem razão.

“O dispositivo referido tem a seguinte redação:

‘A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração’.

“O objetivo da norma é claro: prestigiar o contribuinte que mesmo tendo olvidado o dever de pagamento oportuno do tributo, vem, posteriormente e independentemente da ação fiscalizatória fiscal, quitar a quantia devida, acompanhada dos juros de mora. Dispensa-se, como incentivo ao pagamento e incentivo ao ato de contrição, o recolhimento da multa moratória eventualmente prevista.

“Agora, sem maior esforço dialético, tem-se que é condição essencial para o gozo da mercê que haja simultaneidade entre a denúncia e o pagamento do tributo. Insuficiente a mera confissão. No máximo, foi apenas isto que ocorreu. Inocorrente a satisfação do principal, continua legítima a imposição da penalidade administrativa.

“O óbvio precisa ser dito:

“Sintetizou, neste quadrante, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

‘Execução fiscal — Denúncia espontânea — Inocorrência — Ausência de pagamento ou depósito de tributo declarado — Inteligência do art. 138 do CTN.

‘A simples declaração do tributo, sem o respectivo pagamento ou depósito, não configura a denúncia

espontânea prevista no art. 138 do CTN' (RT 740/442, TRF-3ª Reg., rel. Juíza Diva Malerbi).

"O segundo fundamento da exordial encontra-se na dispensa do recolhimento das penalidades administrativas (em cuja natureza adequam-se as imposições sancionatórias fiscais) às empresas em regime de concordata.

"Ainda que se considere verdadeira a premissa — a autora é concordatária —, mesmo frente à anemia probatória quanto a esse aspecto, a pretensão não sensibiliza.

"O art. 23, inciso III, da Lei de Falências, serviria de base à tese. Porém, o dispositivo em foco é norma de incidência exclusiva aos processos falimentares. Não bastasse a dicção legal expressa, tem-se que a sua própria natureza é inconciliável com os feitos de concordata. De fato, enquanto a falência busca a igualdade entre os credores, com isto obstando que sanções meramente administrativas aplicáveis a devedores insolventes venham a prejudicar todos os demais concorrentes à repartição dos bens da massa, a concordata é processo de eficácia somente perante os credores quirografários. Não representa remissão de qualquer obrigação, mas apenas moratória legalmente disciplinada. Logo, não há porque desonerar o concordatário de ônus fiscais, inclusive de caráter punitivo.

"O Superior Tribunal de Justiça assim já entendeu:

'Tributário — Multa fiscal — Concordata — Decreto-Lei n. 7.661/45, art. 23, III.

'O motivo que inspirou o artigo 23, inciso III, do Decreto-Lei n.

7.661/45, excluindo as multas fiscais do processo de falência, foi o de evitar que essas penalidades fossem suportadas por terceiros alheios à infração esse tratamento não se justifica no processo de concordata, porque implicaria favorecer o próprio infrator. Recurso especial não conhecido' (REsp. n. 9.571-0—RJ, rel. Min. Ari Pargendler, Ementário do STJ 13, ementa 734).

"É verdade que a mesma Corte, anteriormente (REsp. n. 38.997-6—SP, rel. Min. Demócrito Reinaldo, RSTJ 75/328), adotara ponto de vista inverso. Dá-se, no entanto, que tal posicionamento escudara-se em jurisprudência hoje superada do Supremo Tribunal Federal. De fato, fez escola o acórdão do Excelso Pretório (RE n. 110.399, rel. Min. Carlos Madeira) empolgado pela executada. No entanto tal decisão restou fulminada por ação rescisória, julgada em sessão plenária:

'Ação rescisória. Acórdão que excluiu multa fiscal da responsabilidade de concordatária, mediante interpretação extensiva da norma do art. 23, parágrafo único, inc. III, do Decreto-Lei n. 7.661/45. Alegada violação dos arts. 97, inc. VI; 111 e 112, inc. II, do Código Tributário Nacional e no art. 23, parágrafo único, inc. III, da Lei de Falências.

'A norma do art. 23, parágrafo único, inc. III, da Lei n. 7.661/45, que exclui da falência as multas penais e administrativas, não tem aplicação na concordata, que não sujeita a empresa ao regime de liquidação, razão pela qual o pagamento das ditas penalidades não se reflete senão sobre o próprio concordatário, não alterando os

índices fixados para o saldo das contas de seus credores quirografários.

‘Caso em que a decisão impugnada aplicou normas jurídicas que a espécie não comportava.

‘Configuração da hipótese do art. 485, V, do CPC.

‘Procedência da ação’ (AC n. 1.316—SP, rel. Min. Ilmar Galvão).

“E com razão esse posicionamento, dado que o art. 112 do Código Tributário Nacional, ou seja, que permite interpretação favorável ao impu- tado, não tem a extensão que se pre- tendeu dar. Isto porque uma coisa é meramente interpretar um dispositivo para lhe dar compreensão mais bené- fica à parte; outra, emprestar-lhe con- teúdo distinto, aplicando-o a situação diversa, o que é próprio da analogia. A falência tem regramento específico; apenas por criação, ou seja, por ana- logia, podem ser abarcados nela situa- ções relativas à concordata”.

A vencida interpôs apelação. Inicialmente suscita questões que re- fogem ao pedido e ao que foi decidido (necessidade de concessão de liminar e nulidade de certidões da dívida ati- va). Depois, insiste que a multa mora- tória não é devida.

O apelado e o Ministério Públi- co propugnam a confirmação do deci- sum.

II — Voto

1. O argumento aventado na apelação — vícios na certidão de dí- vida ativa — deve ser discutido em sede de embargos à execução fiscal, uma vez que desviam do âmbito do pedido formulado na inicial — impossibilidade de cobrança da multa fiscal de empre-

sa concordatária —, importando, se conhecido, na supressão de um grau de jurisdição.

2. Dispõe o Decreto-Lei n. 7.661/45 que “não podem ser recla- madas na falência” as “penas pecu- niárias por infração das leis penais e administrativas” (art. 23, parágrafo único, III).

O artigo se insere no Título II (“dos efeitos jurídicos da sentença declaratória de falência”). Por esse motivo, os tribunais, em sua maioria, vinham afirmando que “a multa prove- niente de infração fiscal é exigível do concordatário. A vedação contida no art. 23, parágrafo único, III, do Decre- to-Lei n. 7.661/45, refere-se, apenas, ao processo de falência. Não é lícito estendê-la à concordata” (REsp. n. 41.928—SP, Min. Humberto Gomes de Barros; TJPR, AC n. 1.823-97, Des. Fleury Fernandes).

Data venia, dirijo desse enten- der.

Conceitualmente, a concordata é um acordo judicial efetuado entre credores e devedor, no intuito de dila- tar o vencimento dos débitos, ense- jando a possibilidade de a empresa concordatária reerguer-se sem os efei- tos danosos da quebra (Roque, Se- bastião José. Direito falimentar, Ícone, 1994, págs. 139/140).

Se os credores quirografários a ela se submetem, se aos seus crédi- tos nada mais será acrescido além da correção monetária, calculada de acordo com a variação do índice ofi- cial de apuração da inflação, mais ju- ros de mora, não vislumbro razões pa- ra se conferir à Fazenda Pública o privilégio de receber integralmente o seu crédito. Se a concordata é um fa-

vor legal que tem por escopo a recuperação da empresa — bem como o de evitar a falência, da qual decorrem graves conseqüências sociais —, o sacrifício imposto aos credores deve ser distribuído igualmente entre todos eles, sem privilégios.

Em abono à assertiva da jurisprudência colaciono os julgados que seguem:

“Execução fiscal contra concordatária. Cobrança de multa fiscal. Aplicação do artigo 112, II, do Código Tributário Nacional.

“Na concordata, não é aplicável a regra do inciso II do parágrafo único do artigo 23 da Lei de Falências. É que a exigência fiscal não afeta diretamente o interesse dos credores, uma vez que é assegurada a continuidade dos negócios do devedor.

“Afasta-se, porém, a exigibilidade da multa fiscal tendo em vista o precedente do inciso II do artigo 112 do Código Tributário Nacional, que determina seja dada à lei interpretação mais favorável ao contribuinte, evitando-se a extensão dos efeitos da cobrança sobre sua solvabilidade.

“Recurso extraordinário não conhecido” (RE n. 110.339, Min. Carlos Madeira).

“I — Correta a decisão que, arremando-se em jurisprudência do Pretório Excelso, entendeu que malgrado não aplicável à concordata a regra do inciso II do parágrafo único do artigo 23 da Lei de Falências, ‘afasta-se, porém, a exigibilidade da multa fiscal, tendo em vista o preceito do art. 112 do Código Tributário Nacional que de-

termina seja dada à lei interpretação mais favorável ao contribuinte, evitando-se a extensão dos efeitos da cobrança sobre sua solvabilidade’.

“II — In casu, estando a embargante, ora recorrida, em regime de concordata preventiva, com dificuldade de saldar suas dívidas, cabível afastar-se a exigibilidade da multa fiscal, a teor do artigo 112 do Código Tributário Nacional e em consonância com a jurisprudência do egrégio STF” (REsp. n. 38.997-6, Min. Demócrito Reinaldo).

Registro que há diversos precedentes em sentido contrário (STF, AR n. 1.316-93, Min. Ilmar Galvão; REsp. n. 182.215—SP, Min. Ari Pargendler).

3. Pelas razões expostas, dou provimento ao recurso para isentar a apelante do pagamento da multa fiscal, invertidos os ônus da sucumbência.

III — Decisão

Nos termos do voto do relator, deram provimento ao recurso, invertidos os ônus da sucumbência.

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Joel Rogério Furtado.

Florianópolis, 8 de junho de 1999.

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

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.013619-1, DE RIO DO SUL**Relator: Des. Newton Trisotto**

Responsabilidade civil — Dano moral — Serasa — Homônima — Indenização — Valor — Quantificação — Procedimento — Equívoco na escolha — Nulidade — Ausência de prejuízo — Litigância de má-fé.

1. Ao anotar o nome do devedor moroso em seu cadastro, o órgão de proteção ao crédito deve cercar-se de rigorosas cautelas, notadamente quanto à identificação dele, para evitar constrangimento a outrem.

Se o consulente identifica o cliente com a data de nascimento e o número do CPF, a informação relativa a homônimo gera ao informante a obrigação de indenizar os danos morais resultantes da sua desídia.

2. “Na avaliação do dano moral se deve levar em conta a posição social e cultural do ofensor e do ofendido; a maior ou menor culpa para a produção do evento. A reparação do dano moral para a vítima não passa de compensação, satisfação simbólica; para o ofensor uma pena para que sinta o mal praticado” (Ap. Cív. n. 35.339, Des. Amaral e Silva).

3. “O equívoco na eleição do rito, inexistindo prejuízo à defesa, não causa nulidade do feito, não se caracterizando, por isso, cerceamento de defesa, mesmo porque a opção pelo rito comum oferece mais opções de desenvoltura da defesa que o rito no caso pertinente, o sumário” (Ap. Cív. n. 97.002107-0, Des. Anselmo Cerello).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.013619-1, da comarca de Rio do Sul (2ª Vara e Feitos da Fazenda Pública), em que é apelante Serasa — Centralização de Serviços dos Bancos S/A, sendo apelado Flávio Lenzi:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por maioria de votos, vencido o Relator, conhecer do recurso e, à unanimidade, negar-lhe provimento.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Flávio Lenzi ajuizou “ação de indenização” contra Serasa — Centralização de Serviços dos Bancos S/A.

Afirma o autor que a demandada, desprezando o número do seu registro no Cadastro de Pessoas Físicas da Receita Federal e a data do seu nascimento, elementos constantes da

consulta que lhe foi formulada, informou que o seu nome constava do cadastro de devedores inadimplentes, assento correspondente ao de um homônimo. Acrescenta que “os danos morais estão evidentes e comprovados, uma vez que a requerida cadastrou indevidamente o requerente, fazendo com que o mesmo ficasse em situação de inadimplente perante os cartórios judiciais e extrajudiciais, instituições financeiras, comércio, ou seja, todas as atividades que usam do serviço do Serasa, para conceder crédito aos seus clientes” e reclama reparação.

Apresentadas a contestação e a réplica, o Dr. Manuel Cardoso Green julgou procedente o pedido. Condenou a ré a pagar ao autor indenização correspondente ao valor de 100 (cem) salários mínimos, registrando na sentença:

“Conforme trecho da obra de Humberto Theodoro Júnior, in Responsabilidade Civil, citada pela ré às fls. 33: ‘Serasa é uma sociedade anônima, isto é, uma entidade privada, que mantém um cadastro da clientela bancária para prestação de serviços exclusivamente a seus associados, que são vários bancos nacionais. (...) Anotar, portanto, a conduta de certo cliente no cadastro do Serasa é operação de rotina que jamais pode ser vista como ato ilegal ou abusivo, mesmo porque a atividade bancária tem nos dados sigilosos do cadastro da clientela o principal instrumento de segurança da atividade creditícia que desempenha.

‘Como tal, deveria fornecer dados às instituições bancárias, mas, não havendo restrição de que o Sera-

sa forneça dados de seu cadastro às demais pessoas, não cabe análise da responsabilidade por este aspecto. No entanto, é sabido que a maioria dos fornecedores de bens e serviços neste país utilizam-se do serviço do SPC e Serasa e considerando que o cadastro de um consumidor em seu banco de dados representa para este um fechamento da possibilidade de adquirir bens e serviços a prazo, é dever da ré máxima diligência no fornecimento destes dados, devendo ater-se à qualificação correta do consumidor: CPF, data de nascimento, filiação etc.

‘Dentre os documentos trazidos aos autos, verifica-se às fls. 14, 15 e 16 que, quando da consulta àquele órgão, foi fornecido, além do número do CPF, a data de nascimento do autor, obtendo-se, como resposta, inscrição desde dezembro de 1994, protesto valor R\$ 1.478,00, oriundo da cidade Jaraguá do Sul—SC’.

‘Não se trata apenas de hominímia, mas sim de falta de cautela quando da informação prestada. Tendo o órgão informado que ‘Flávio Lenzi’ possui título protestado no valor de R\$ 1.487,00 em Jaraguá do Sul—SC sem observância da individualização da pessoa física, caracterizada está a negligência da ré.

‘Irrelevante para o deslinde da questão a discussão se o autor passou ou não por situação ensejadora de dano moral, informado à empresa Unidas Veículos Ltda. pelo Serasa que seu nome constava em seus cadastros, é fato suficiente para embasar o pedido indenizatório.

‘Quanto à responsabilidade civil, nos ensina Rui Stoco, in ‘Responsabilidade Civil e sua interpretação ju-

risprudencial', 3ª ed., 1997, pág. 232: 'Em verdade, como corretamente colocou José Reinaldo de Lima Lopes, 'a responsabilidade do fornecedor já escapou, como ramo especial, da disciplina tradicional do Direito Civil. Deitando suas raízes no art. 159 do Código Civil, tornou-se, porém, um sistema novo dentro do ordenamento brasileiro. A responsabilidade por culpa cedeu de vez espaço à responsabilidade objetiva. (...) Constitui, isto sim, a consciência de que a atividade empresarial está sujeita a regras que escapam àquelas definidas para as condutas individuais, não profissionais, que não constituem as atividades básicas do mercado de consumo'.

"Em passagem jurisprudencial, tem-se:

'Não é possível negar que quem vê injustamente seu nome apontado nos tais Serviços de Proteção ao Crédito que se difundem por todo o comércio sofre um dano moral que requer reparação' (TJRP, Ap. Cív. n. 3700/90, rel. Des. Renato Manesch, in Adcoas/93 134760)".

Inconformada, a vencida interpôs apelação. Reeditando argumentos expendidos na defesa, sustenta que: a) "não há nexo de causalidade entre a anotação já excluída dos arquivos da Apelante e os alegados percalços do Apelado"; b) deve ser reduzido o quantum da condenação; c) prescreveu o direito à ação indenizatória (Lei n. 8.078/90, art. 43, § 1º); d) "tem excluído ditas anotações toda vez que tenha conhecimento de circunstância justificadora da baixa"; e) não foi observado o procedimento processual próprio para a causa, tendo em vista o seu valor (CPC, art.

275); f) "é direito do interessado reclamar sobre a inexatidão ou desatualização dos dados anotados perante a entidade cadastradora (§ 3º do art. 43 da Lei n. 8.078/90); g) "a concessão, ou não, de crédito é de atribuição exclusiva do concedente, sem interferência da Serasa".

O apelado pugna a confirmação do decisum e a condenação da apelante à pena de multa por litigância de má-fé (CPC, art. 18).

II — Voto

1. De acordo com o art. 511 do Código de Processo Civil, "no ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de retorno, sob pena de deserção".

Há julgados que admitem que o preparo seja feito até o último dia do prazo recursal, mesmo que posteriormente à interposição do recurso (Ap. Cív. n. 96.003985-6, Des. Amaral e Silva; Ap. Cív. n. 96.002492-1, Des. Alcides Aguiar) e, ainda, que o depósito do numerário com o escrivão afasta a deserção (REsp. n. 67.945—RS, Min. Ruy Rosado de Aguiar), tese sufragada pela douta maioria.

Dirijo desses entendimentos que, data venia, não se coadunam com os objetivos das reformas do Código de Processo Civil recentemente introduzidas: dar maior celeridade ao processo. Fico com o ensinamento de Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, que sobre o tema prelecionam:

"Em boa hora o legislador da reforma modificou o sistema do prepa-

ro dos recursos civis, inspirando-se no processo do trabalho, onde o sistema funciona de forma bem mais racional.

“A principal consequência da regra do preparo imediato é relativa à época em que deve ser efetivado. O momento para a prática do ato processual ‘preparo’ é coincidente com o da interposição do recurso. Trata-se de ato complexo, composto pela interposição do recurso e pela efetivação do preparo. Os dois atos têm de ser praticados simultaneamente, isto é, no mesmo momento processual. Caso isto não ocorra, a parte que praticou apenas um deles ficará impedida de praticar o outro, por haver ocorrido a preclusão consumativa.

“Essa preclusão é ditada por texto exposto de lei (CPC, 511), que exige a comprovação do pagamento do preparo no momento da interposição do recurso.

“Portanto, é vedado ao recorrente interpor recurso de apelação, por exemplo, no quinto dia do prazo, sem haver efetuado o preparo, e juntar a guia do pagamento desse preparo posteriormente, ainda que dentro do prazo de 15 (quinze) dias, descaracterizando a preclusão temporal, a oportunidade para a prática do ato já se consumou, pois a lei prevê seja feito em momento simultâneo, coincidente com o da interposição do recurso: terá ocorrido preclusão consumativa. Com efeito, o entendimento dos que pensam em contrário esbarra em insuperável argumento e raciocínio lógico: depois de interposto o recurso, não há mais prazo para a interposição do recurso, que se encerrou com o ato mesmo da interposição”

(Atualidades sobre o Processo Civil, RT, 2ª ed., 1996, pág. 128 e 129).

Com eles consoam Sálvio de Figueiredo Teixeira (Código de Processo Civil Anotado, Saraiva, 6ª ed., 1996, pág. 345), Clito Fornaciari Júnior (A Reforma Processual Civil, Saraiva, 1ª ed., 1996, pág. 92 a 95), Antônio Cláudio da Costa Machado (A Reforma do Processo Civil Interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo, Saraiva, 1ª ed., 1996, pág. 87), Calmon de Passos (Inovações no Código de Processo Civil, Forense, 2ª ed., 1995, pág. 119), Humberto Theodoro Júnior (As Inovações no Código de Processo Civil, Forense, 2ª ed., 1995, pág. 22 e 23), Ernane Fidélis dos Santos (Manual de Direito Processual Civil, Saraiva, 4ª ed., 1996, vol. 1, pág. 529), Sérgio Bermudes (A Reforma do Código de Processo Civil, Livraria Freitas Bastos, 1ª ed., 1996, pág. 58) e Carreira Alvim (Ação Monitória e Temas Polêmicos da Reforma Processual, Livraria Del Rey, 2ª ed., 1996, pág. 225).

Recentemente, decidiu a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça:

“A nova redação do artigo 511 do Código de Processo Civil é muito clara ao determinar que o recorrente comprovará no ato de interposição do recurso o respectivo preparo. Concretamente, o recurso preparado após a interposição, ainda que dentro do prazo recursal, deve ser considerado deserto, eis que assim impõe a parte final do mesmo artigo” (REsp. n. 105.669, Min. Carlos Alberto Menezes Direito).

Restaram vencidos os Ministros Cid Flaquer Scartezini, Costa

Leite, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Luiz Vicente Cernicchiaro, Fontes de Alencar e Humberto Gomes de Barros.

Esse entendimento prevaleceu quando do julgamento, pelo Primeiro Grupo de Câmaras, dos Embargos Infringentes n. 98.014566-0.

Na Câmara, prepondera a tese contrária afirmada no Agravo de Instrumento n. 96.010668-5, acórdão da lavra do Desembargador Carlos Prudêncio: “Quando a apelação é interposta no último dia do prazo recursal e depois de encerrado o horário bancário, não se impõe a pena de deserção, se a parte recorrente preparar o recurso no dia útil seguinte ou se serventário da justiça, ainda que inadvertidamente, receber o numerário para fazê-lo pessoalmente. Nessa hipótese, a interpretação do art. 511 deve ser mais complacente, de modo a não impedir o exercício do direito de recorrer”.

No caso sub judice, o recurso foi protocolizado no dia primeiro de junho e o preparo realizado somente no dia seguinte. Destarte, o recurso é deserto.

Vencido na preliminar, aprecio o mérito.

2. À causa foi dado o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais). No entanto, foi-lhe imprimido o rito ordinário.

Conquanto tenha havido expressão reclamação na contestação e recurso, o equívoco não conduz à nulidade do processo. Em abono à assertiva, da jurisprudência colaciono os julgados que seguem:

“O equívoco na eleição do rito, inexistindo prejuízo à defesa, não

causa nulidade do feito, não se caracterizando, por isso, cerceamento de defesa, mesmo porque a opção pelo rito comum oferece mais opções de desenvoltura da defesa que o rito no caso pertinente, o sumário” (Ap. Cív. n. 97.002107-0, Des. Anselmo Cerello).

“Não há nulidade na adoção do rito ordinário em causa que, pela lei processual, deva cursar pelo procedimento sumário, quando não houver algum prejuízo para a outra parte” (Ap. Cív. n. 97.008945-7, Des. Nilton Macedo Machado).

“A adoção do rito ordinário no lugar do sumário ou especial não acarreta a nulidade do processo, já que inexistente cerceamento de defesa; ao contrário, esta fica mais facilitada. Mesmo que o fosse, haveria necessidade de a defesa comprovar prejuízo emanado de tal fato para buscar a anulação do processo” (HC n. 98.013574-5, Des. José Roberge).

3. Segundo Carlos Alberto Bitar, e com ele estou inteiramente de acordo, “inobstante constitua a sua mais importante forma de expressão a norma escrita — a lei — o Direito não se cinge a normas e, muito menos, a normas positivas. O direito compreende — como se sabe — o costume, a jurisprudência e outras inúmeras formas” (Os Direitos da Personalidade, Forense Universitária, 1ª ed., 1989, pág. 8).

A pessoa natural é titular de direitos — muitos dos quais não se encontram expressamente tutelados no ordenamento jurídico — que se convencionou classificar em dois grupos: patrimoniais (materiais) e extrapatrimoniais (morais). Em relação às sub-

classificações, controvertem os doutrinadores.

Adverte Aguiar Dias que “a distinção, ao contrário do que parece, não decorre da natureza do direito, bem ou interesse lesado, mas do efeito da lesão, do caráter da sua repercussão sobre o lesado” (Da Responsabilidade Civil, Forense, 9ª ed., 1994, vol. II, pág. 729).

Conquanto sem relevância jurídica, parece-me mais apropriada a subdivisão proposta por Roberto H. Brebbia, referido por Bittar: direitos objetivos e direitos subjetivos. Assim os define o jurista argentino:

“A) Daños morales originados por la violación de los derechos inherentes à la personalidad que protegen los bienes que integran el aspecto objetivo o social del patrimonio moral: a) honor; b) nombre; c) honestidad; d) libertad de acción; e) autoridad paterna; f) fidelidad conjugal; g) estado civil. B) Daños morales originados por la violación de derechos inherentes à la personalidad que integran el aspecto subjetivo del patrimonio moral: a) afecciones legítimas; b) seguridad personal e integridad física; c) intimidad; d) derecho moral del autor sobre su obra; e) valor de afección de ciertos bienes patrimoniales” (Reparação Civil por Danos Morais, RT, 1ª ed., 1993, pág. 58, nota n. 71).

Na lição de Bittar, os primeiros (objetivos) constituem os direitos da personalidade e os segundos (subjetivos) os direitos personalíssimos (Os Direitos da Personalidade, pág. 29).

O dano moral — que exprime sofrimento, dor, mágoa, pesar, aflição, angústia etc. — se insere entre os direitos extrapatrimoniais.

Para o Superior Tribunal de Justiça, “sobrevindo, em razão de ato ilícito, perturbação nas relações psíquicas, na tranquilidade, nos entendimentos, nos afetos de uma pessoa, configura-se o dano moral, passível de indenização” (REsp. n. 8.768, Min. Barros Monteiro). A doutrina converge nessa direção. Conforme Cunha Gonçalves, dano moral “é o prejuízo resultante de ofensa à integridade psíquica ou à personalidade moral, com possível ou efetivo prejuízo do patrimônio moral” (Tratado de Direito Civil, Max Limonad, 1ª ed., 1957, vol. XII, tomo II, pág. 540).

Interessa à sociedade que os homens mantenham conduta que assegure um relacionamento harmonioso, equilibrado, de respeito mútuo. A sua vontade é refletida na lei, que impõe ao ofensor, independentemente da intenção ou não de ofender, a obrigação de reparar os danos causados. Ensina Bittar: “Na concepção moderna da teoria da reparação de danos morais prevalece, de início, a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação. Com isso, verificado o evento danoso, surge, ipso facto, a necessidade de reparação, uma vez presentes os pressupostos de direito. Dessa ponderação, emergem duas conseqüências práticas de extraordinária repercussão em favor do lesado: uma, é a dispensa da análise da subjetividade do agente; outra, a desnecessidade de prova de prejuízo em concreto. (...) Satisfaz-se, pois, a ordem jurídica com a simples causação, não cabendo perquirir-se da intenção do agente, análise, aliás, nem sempre necessária no próprio sistema de determinação de responsabilidade. De

fato, como já assinalamos, há situações em que se prescinde dessa investigação, ou seja, aquelas em que se reconhece a objetividade da conduta lesiva como elemento bastante. Desse modo, nos casos em que se exige essa perquirição (responsabilização por atos ilícitos no regime codificado), tem-se que abrange apenas o fato produtor do dano e, não, o reflexo correspondente. Não se cura, portanto, de verificar se estava, ou não, na cogitação do agente a realização do reflexo lesivo produzido. Assim, uma vez constatada a conduta lesiva, ou definida objetivamente a repercussão negativa na esfera do lesado, surge a obrigação de reparar o dano para o agente, como, por exemplo, na não divulgação do nome do titular de obra intelectual estética (música, poesia, romance ou outra) em uso público, ou, ao revés, na divulgação de fato desonroso, não correspondente à realidade, contra pessoa notória, e assim por diante. O dano existe no próprio fato violador, impondo a necessidade de resposta, que na reparação se efetiva. Surge ex facto, ao atingir a esfera do lesado, provocando-lhe as reações negativas já apontadas. Nesse sentido é que se fala em *damnum in re ipsa*" (Reparação Civil por Danos Morais, págs. 202/4).

O dano moral é reparável em pecúnia (Marmitt, Arnaldo. Perdas e danos, Aide, 2ª ed., 1992, págs. 127-8; Theodoro Jr., Humberto. Dano moral, Editora Juarez de Oliveira, 2ª ed., 1999, pág. 2; Valler, Wladimir. A reparação do dano moral no direito brasileiro, EV Editora, 1ª ed., 1994, págs. 258/9). Da indenização resultam múltiplos reflexos: a) atenua-se o sofrimento impingido à vítima; b) pu-

ne-se o infrator para que ele se conscientize do mal praticado e não reincida; c) coíbem-se, pela exemplaridade, condutas que comprometem a harmonia social (Bittar, Carlos Alberto. Reparação civil por danos morais, págs. 205/6; Theodoro Jr., Humberto. Alguns aspectos da nova ordem constitucional sobre o direito civil, RT 662/7-17; Silva, Wilson Melo da. O dano moral e sua reparação, Forense, 1949, pág. 144; Monteiro, Antônio Lindbergh C. Ressarcimento de danos, Âmbito Cultural, 1984, págs. 134/5).

O dano moral nem sempre é exteriorizado. É perceptível o constrangimento causado àquele que tem a sua honra conspurcada. Não o é, no entanto, a dor daquele que durante meses ou anos, por exemplo, sofreu guardando consigo, em sigilo, o resultado positivo de um exame de HIV que, depois, constatou-se equivocado. Não há como lhe negar direito à reparação pelo imensurável sofrimento a que foi submetido.

Compete ao juiz a árdua tarefa de avaliar e dizer se há ou não dano moral a ser reparado e, se for o caso, de quantificá-lo pecuniariamente. Cumpre-lhe atentar que simples susceptibilidades em relação à conduta alheia não são indenizáveis. Não se pode dar guarida àqueles que, a pretexto de buscar reparação por dano moral, somente pretendem enriquecer. Decidiu o Superior Tribunal de Justiça que "é de repudiar-se a pretensão dos que postulam exorbitâncias inadmissíveis com arrimo no dano moral, que não tem por escopo favorecer o enriquecimento indevido" (AgRgAI n. 108.923, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira). O tema mereceu

profunda análise do Desembargador Décio Erpen, do Rio Grande do Sul, e do seu escrito reproduzo o excerto que segue:

“Há que se definir, pois, o que seja tolerável e o que seja indenizável, para valorizar-se qualitativamente a atividade judicante e não esvaziá-la de seus mais nobres e profundos objetivos através da multiplicação descontrolada de processos ou de soluções inaceitáveis como a instituição do seguro para cobrir indenizações advindas de dano moral.

“Temem importantes segmentos do tecido social que o incremento de condenações possa vir a fomentar uma indevida fonte de riqueza para terceiros que evidentemente se beneficiarão disto, eis que o custo será muito alto, pela inquietude, desassossego e perplexidade do cidadão demandado ou a ser penalizado. Não consigo afastar-me da idéia de que o ser humano é criatura e não criador. Com isto pretendo realçar a falibilidade do ser, no desempenho de algumas tarefas, onde o risco a integra. Refiro-me mais aos profissionais prestadores de serviço e que têm sido o alvo preferido das reclamações nos chamados ‘erros médicos’, entre outros. Sei que o profissional não tem o direito de errar, mas errará, forçosamente dentro de uma faixa dita tolerável.

“Transitamos, disso tenho certeza, na perigosa faixa do arbítrio, instituto que tanto condenamos nos regimes políticos e na interação social. Isso tudo gera, no mínimo, um estado de perplexidade, quando não lamentáveis equívocos e fomenta suspeitas que desabam sobre nós, aplicadores da norma e virtuais senhores absolu-

tos de suas conseqüências. Esta, exatamente, é a situação que colide com toda a lógica de nosso sistema jurídico e que, mais ainda, se continuar em processo de exacerbação, levará, inexoravelmente, ao colapso do próprio princípio da reparação de danos (no sentido mais amplo possível), por óbvio, inelutável, previsível e proporcional reação aos excessos.

“Manifestação da lavra do bel. Sérgio Pinheiro Marçal, advogado de São Paulo, e feito publicar na RTD (Revista do 3º Registro de Títulos e Documentos de São Paulo — Registrador José Maria Sivieiro), ao analisar a ‘Teoria do Valor do Desestímulo’ afirma que a falta de previsão legal tem permitido a incorreta aplicação do instituto do dano moral, gerando distorções. Alude à mesma doutrina, adotada no sistema jurídico americano com o nome de punitive damages, porquanto está se tornando ‘um verdadeiro fator de desagregação da sociedade americana, onde os cidadãos tendem cada vez mais a afastar sua própria responsabilidade para imputá-la a terceiros. Cada vez menos as pessoas assumem os próprios erros ou opções, preferindo transferir a responsabilidade de seus atos a terceiros e obter algum dinheiro com isso’ (n. 126, setembro de 1997).

“Oportuna advertência partiu do filósofo italiano Antônio Meneghetti, ao analisar o Decálogo Mosaico, aludindo ao mal provocado pelo homem a seu semelhante, quando vaticina:

‘Ou seja, se ultrapassas a justa medida do teu viver, te prepara (para) a perda, te prepara (para) a exclusão: és tu mesmo que geras a força vingadora dos outros para a tua eliminação’

(Sistema e Personalidade. Coleção Ontopsicologia, pág. 155).

“A indenização a título de dano moral inegavelmente existe, mas deve sofrer os temperos da lei e da vida. Sua incidência há que se dar numa faixa dita tolerável. Se o dano causado, injustamente a outrem, integra uma faixa da ruptura das relações sadias, a reparação do mesmo não pode servir de motivo para se gerar mais uma espécie de desagregação social.

“Minha posição em torno do dano moral é por demais conhecida. Sou dos mais refratários às indenizações pleiteadas, cumulativamente ao dano material pela dor sofrida pela vítima, ou mesmo, ante dissabor causado a outrem, tanto no ilícito propriamente dito, quanto no ilícito relativo.

“Faço as presentes considerações ante o vulto de ações que são ajuizadas, com os inconvenientes que procurei demonstrar, na certeza de que os argumentos em prol da moderação no acolhimento dos danos não foram esgotados. Há que se dar uma sábia reflexão para definirmos, à luz da ciência jurídica, o novel instituto, para que reine uma sociedade fundada na convivência pacífica, sendo elemento de integração social, sem que se preste a estimular demandas. Tudo, é claro, sob a égide da lei” (RT 758/51-2).

Dentre os bens que compõem os direitos personalíssimos do homem destaca-se, como o mais precioso, a honra, definida por Aurélio Buarque de Holanda como “consideração e homenagem à virtude, ao talento, à coragem, às boas ações ou às qualidades de alguém”; como “sentimento de dignidade própria que leva o indivíduo a

procurar merecer e manter a consideração geral; pundonor, brio”; como “dignidade, probidade, retidão”.

No prefácio à obra Responsabilidade Civil por Dano à Honra, de Aparecida I. Amarante, inscreveu, lapidarmente, Antônio Chaves:

“A honra — sentenciou Ariosto — está acima da vida. E a vida — pregou Vieira — é um bem imortal: a vida, por larga que seja, tem os dias contados; a fama, por mais que conte anos e séculos, nunca lhe há de achar conto, nem fim, porque os seus são eternos: a vida conserva-se em um só corpo, que é o próprio, o qual, por mais forte e robusto que seja, por fim se há de resolver em poucas cinzas: a fama vive nas almas, nos olhos e na boca de todos, lembrada nas memórias, falada nas línguas, escrita nos anais, esculpida nos mármore e repetida sonoramente sempre nos ecos e trombetas da mesma fama. Em suma, a morte mata, ou apressa o fim do que necessariamente há de morrer; a infâmia afronta, afeia, escurece e faz abominável a um ser imortal, menos cruel e mais piedosa se o puder matar” (Livreria Del Rey, Belo Horizonte, 2ª ed., 1994, pág. 11).

A indenização por ofensa à honra alheia é devida independentemente da comprovação da existência de um efetivo prejuízo. A respeito, ensina Luiz da Cunha Gonçalves:

“Dano moral é o prejuízo resultante de ofensa à integridade psíquica ou à personalidade moral, com possível ou efetivo prejuízo do patrimônio moral” (Tratado de Direito Civil, Max Limonad, 1ª ed., 1957, tomo II, vol. XII, pág. 540).

Dele não discrepa a jurisprudência:

“Dano moral puro. Restituição indevida de cheque com a nota ‘sem fundos’, a despeito de haver provisão suficiente destes. Cabimento da indenização, a título de dano moral, não sendo exigível a comprovação de reflexo patrimonial do prejuízo” (STF, RT 614/236).

“Dano, puramente moral, é indenizável” (RE n. 105.157/SP, Min. Octavio Gallotti, RTJ 115/1.383).

“Nos termos do art. 126 da Lei n. 5.988, de 1973, o autor tem direito a ser indenizado por danos morais e a ver divulgada sua identidade, independentemente da prova tópica de haver sofrido prejuízo econômico” (RE n. 99.501-3/SP, Min. Francisco Rezek, JB 86/333).

“A reparação do dano moral provocado por lesão a direito autoral, nos termos do artigo 126, da lei própria, dispensa prévia comprovação” (JTJSP 150/39).

“Ação Declaratória de Inexistência de Débito cumulada com Perdas e Danos. Apontamento para protesto de duplicata já paga. Indenização. Dano moral. Título endossado a favor de estabelecimento bancário. Denúnciação à lide deste. Cabimento. Pedido julgado procedente. Apelações.

— ‘O dano puramente moral é indenizável’ (in RTJ 115, pág. 1.383)” (Ap. Cív. n. 31.449, Des. Wilson Guarany).

4. É remansosa a jurisprudência no sentido de que o protesto indevido de título representativo de dívida ou a injusta inscrição de nome de qualquer pessoa nos cadastros das

entidades de proteção ao crédito obrigam o responsável pelo ato ilícito a reparar o dano moral dele resultante:

“I — O protesto indevido de título cambial acarreta a responsabilidade de indenizar razoavelmente o dano moral correspondente, que prescinde da prova de prejuízo.

“II — A evolução do pensamento jurídico, no qual convergiram jurisprudência e doutrina, veio a afirmar, inclusive nesta Corte, onde o entendimento tem sido unânime, que a pessoa jurídica pode ser vítima também de danos morais, considerados esses como violadores da sua honra objetiva.

“III — A indenização deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, considerando que se recomenda que o arbitramento deva operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte empresarial das partes, às suas atividades comerciais e, ainda, ao valor do negócio, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida, notadamente à situação econômica atual e às peculiaridades de cada caso” (REsp. n. 171.084, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

5. No caso sub judice é certo que o autor tem um homônimo. A culpa da apelante não está no fato da inscrição do seu nome no cadastro de inadimplentes, mas de ter fornecido informação negativa sem atentar para a homonímia, que seria perceptível se comparados os números das inscri-

ções no Cadastro de Pessoas Físicas da Receita Federal (CPF), que consistiu da consulta formulada à apelante (fls. 14), bem como a data de nascimento.

Nessa falta de cautela reside a culpa do Serasa, como foi bem destacado pelo MM. Juiz de Direito.

6. A lei não fixa critérios objetivos para determinação da indenização por dano moral. Segundo Carlos Alberto Bittar, “diante da esquematização atual da teoria em debate, são conferidos amplos poderes ao juiz para definição da forma e da extensão da reparação cabível, em consonância, aliás, com a própria natureza das funções que exerce no processo civil (CPC, arts. 125 e 126). Com efeito, como julgador e dirigente do processo, pode o magistrado ter conhecimento direto das partes, dos fatos e das respectivas circunstâncias, habilitando-se, assim, à luz do direito aplicável, a definir de modo mais adequado a reparação devida no caso concreto” (Reparação Civil por Danos Morais, RT, 1993, págs. 205/6). Destaca o renomado jurista que “a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que se não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se, de modo expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante” (pág. 220).

Com ele consoa Humberto Theodoro Júnior. Depois de assinalar que “resta, para a Justiça, a penosa tarefa de dosar a indenização, porquanto haverá de ser feita em dinheiro, para compensar uma lesão que, por sua própria natureza, não se mede pelos padrões monetários”, acrescenta que “o problema haverá de ser solucionado dentro do princípio do prudente arbítrio do julgador, sem parâmetros apriorísticos e à luz das peculiaridades de cada caso, principalmente em função do nível socioeconômico dos litigantes e da menor ou maior gravidade da lesão” (Alguns Aspectos da Nova Ordem Constitucional sobre o Direito Civil, RT 662/7-17).

Nesse mesmo sentido são as lições de Wilson Melo da Silva (O Dano Moral e sua Reparação, Forense, 1949, pág. 144) e de Antônio Lindbergh C. Monteiro (Ressarcimento de Danos, Âmbito Cultural, 1984, págs. 134/5).

A indenização do dano moral, com a característica de sanção — inclusive pela exemplaridade, pois é fator de inibição do ilícito —, também é acolhida pela jurisprudência:

“Não indenizar o dano moral é deixar sem sanção um direito, ou uma série de direitos. A indenização, por menor e mais insuficiente que seja, é a única sanção para os casos em que se perdem ou se têm lesados a honra, liberdade, a amizade, a afeição, e outros bens morais mais valiosos de que os econômicos” (RE n. 97.097, Min. Oscar Correa, RTJ 108/287-295).

“Na avaliação do dano moral se deve levar em conta a posição social e cultural do ofensor e do ofendido; a

maior ou menor culpa para a produção do evento.

“A reparação do dano moral para a vítima não passa de compensação, satisfação simbólica; para o ofensor uma pena para que sinta o mal praticado” (Ap. Cív. n. 35.339, Des. Amaral e Silva).

“Na hipótese de dano moral, sendo prudencial a estimação do quantitativo indenizatório, a paga pecuniária há que representar, para o ofendido, uma satisfação que, psicologicamente, possa neutralizar ou, ao menos, anestesiar parcialmente os efeitos dos dissabores impingidos. A eficácia da contraprestação a ser fornecida residirá, com exatidão, na sua aptidão para proporcionar tal satisfação, de modo que, sem que configure um enriquecimento sem causa para o ofendido, imponha ao causador do dano um impacto suficiente, desestimulando-o a cometer novos atentados similares contra outras pessoas” (Ap. Cív. n. 49.415, Des. Trindade dos Santos).

“A reparação do dano moral tem natureza também punitiva, aflitiva para o ofensor, com o que tem importante função, entre outros efeitos, de evitar que se repitam situações semelhantes. A teoria do valor de desestímulo da reparação dos danos morais insere-se na missão preventiva da sanção civil, que defende não só o interesse privado da vítima mas também visa à devolução do equilíbrio às relações privadas, realizando-se, assim, a função inibidora da teoria da responsabilidade civil” (2º TACivSP, Juiz Renato Sartorelli).

“A reparação do dano moral tem por fim ministrar uma sanção para

a violação de um direito que não tem denominador econômico. Não é possível sua avaliação em dinheiro, pois não há equivalência entre o prejuízo e o ressarcimento. Quando se condena o responsável a reparar o dano moral, usa-se de um processo imperfeito, mas o único realizável para que o ofendido não fique sem uma satisfação” (TARJ, Ap. Cív. n. 5.036/96, Juiz Mauro Fonseca Pinto Nogueira).

O MM. Juiz de Direito fixou a indenização em quantia correspondente ao valor de 100 (cem) salários mínimos. Tendo em vista as peculiaridades do caso concreto, agiu com acerto e moderação.

7. Consagra a Constituição Federal os princípios do devido processo legal e do amplo acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV). Todavia, esse direito deve ser exercido com responsabilidade (João Batista Lopes, O Juiz e a Litigância de Má-Fé, RT 740/129), evitando-se o ajuizamento de demandas infundadas, protelatórias ou escusas. Por outro lado, não se pode restringir o direito à ampla defesa, que compreende o manejo dos recursos processualmente previstos para a defesa dos interesses em litígio. Quanto a esse aspecto, Batista Lopes menciona: “É que a Constituição da República assegura o direito à ampla defesa com os recursos a ela inerentes (art. 5º, LV) de modo que não pode o juiz cercar o exercício dessas garantias a pretexto de punir a litigância de má-fé” (ob. cit., pág. 131).

Em princípio, presume-se todo litigante de boa-fé; a exceção deve ser provada. Leciona Pontes de Miranda:

“Presume-se de boa-fé quem vai litigar, ou está litigando, ou litigou.

Tal presunção somente pode ser elidida in casu e quando haja má-fé, propriamente dita; a apreciação do exercício abusivo do direito tem que partir daí" (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, 1973, tomo I, pág. 385).

A condenação por litigância de má-fé pressupõe a existência de prova ou de fortes indícios de dolo ou culpa da parte do agente que pratica os atos reprimidos pelo Código de Processo Civil (TJSP, Ap. Cív. n. 229.082-2, Des. Marrey Neto; 2º TACSP, Ap. Cív. n. 499.201, Juiz Andreatta Rizzo; TJDF, Ap. Cív. n. 5.738/96, Des. Dácio Vieira; TAPR, Ap. Cív. n. 89898000, Juiz Ronald Moro).

Havendo dúvida, não se aplica a penalidade (TARS, Ap. Cív. n. 195190988 e 195197322, Juiz Antônio Janyr Dall'Agnol Júnior; JTACSP/Lex 154/304).

O Superior Tribunal de Justiça, em acórdão da lavra do Ministro Barros Monteiro, decidiu que "o emprego do recurso de apelação, ainda que com fundamentos discutíveis ou im procedentes, não caracteriza, por si só, litigância de má-fé" (REsp. n. 51.707-9).

Acrescento outros arestos que perfilham esse entendimento:

"A litigância de má-fé exige, para a sua configuração, a comprovação de dolo processual, resistência injustificada ao desenvolvimento processual, a intenção de prejudicar. Resistência recursal, ainda que desarrazoada, mas que se atém aos limites do princípio do contraditório, não constitui litigância de má-fé" (Ap. Cív. ns.

97.010801-0 e 97.013645-5, Des. Trindade dos Santos).

"A defesa, mesmo desarrazoada, não implica necessariamente em má-fé. O procedimento com a má-fé atinge a dignidade da Justiça, o que não é o caso quando, na defesa do cliente, o profissional usa de argumentos que certamente acredita sejam jurídicos, e fundamentados em lei, embora não o sejam" (Ap. Cív. n. 35.907, Des. Protásio Leal).

"Só há litigância de má-fé quando evidenciado o propósito de prejudicar. Presume-se que os litigantes estejam sempre de boa-fé" (Ap. Cív. n. 37.876, Des. Amaral e Silva).

"Só há litigância de má-fé quando comprovado dolo processual, resistência completamente injustificada, intenção malévola.

"Alegações e resistência, mesmo desarrazoadas, mas dentro do princípio do contraditório, não constituem litigância de má-fé" (Ap. Cív. n. 96.004985-1, Des. Amaral e Silva).

Na conduta processual da apelante não vislumbro os elementos caracterizadores da litigância de má-fé.

8. Prescreve em vinte anos a ação para reclamar indenização resultante de ato ilícito (CC, art. 177). O § 1º do art. 43 do Código de Defesa do Consumidor, mencionado pela apelante para sustentar a alegação, não trata da prescrição.

9. Pelas razões expostas, vencido na preliminar, nego provimento ao recurso.

III — Decisão

Por maioria, vencido o Relator, conheceram do recurso e, à unanimidade, negaram-lhe provimento.

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues.

Florianópolis, 2 de dezembro de 1999.

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

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.021423-0, DE CAMPOS NOVOS

Relator: Des. Newton Trisotto

Processual — Execução — Contrato de financiamento direto ao consumidor — Arrematação — Intimação — Estatuto social — Sócio — Teoria da aparência — Aplicabilidade.

Deve ser aplicada a teoria da aparência quando alguém, considerado “por todos como titular de um direito, embora não o seja, leva a efeito um ato jurídico com terceiro de boa-fé” (Arnaldo Rizzardo). Tem por fundamento a necessidade de se conferir segurança às relações jurídicas, amparando os interesses legítimos daqueles que procedem de boa-fé.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.021423-0, da comarca de Campos Novos (2ª Vara e Feitos da Fazenda Pública), em que é apelante A. Campagnolo Beneficiamento de Cereais Ltda., sendo apelada Crefisa S/A — Crédito, Financiamento e Investimento:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Crefisa S/A — Crédito, Financiamento e Investimento ajuizou, em São Paulo, ação de execução contra A.

Campagnolo Beneficiamento de Cereais Ltda.

A penhora foi realizada na comarca de Campos Novos e recaiu no terreno matriculado sob n. 10.669, edificado com um silo. Na segunda praça (29/3/99), o imóvel foi arrematado pela credora, sendo assinado o auto de arrematação em 31/3/99.

Inconformada com a sentença que julgou improcedentes os embargos à arrematação ofertados, a devedora interpôs apelação, sustentando, em síntese, que a citação da execução e a intimação das praças foram recebidas por Jerri José Brancher, que não detinha poderes para representá-la, sendo, destarte, nulo o processo.

A apelada pugna a confirmação do decisum.

II — Voto

É incontroverso que a empresa A. Campagnolo Beneficiamento de Cereais Ltda. tem como sócios Maria Terezinha Campagnolo, Olmiro Sartori e Jerri José Brancher, este com participação correspondente a 90% (noventa por cento) do capital social. De acordo com o contrato, tão-somente Olmiro Sartori representa a sociedade.

Pelas razões que seguem, o Dr. Roberto Lepper não acolheu a tese da nulidade do processo.

“Ora, foi o próprio Dr. Jerri José Brancher, aliás, quem outorgou poderes, na qualidade de representante legal da empresa A. Campagnolo Beneficiamento de Cereais Ltda., ao advogado Dr. Vlademir Salomão do Amarante, para que o último apresentasse embargos no Juízo da execução deflagrada contra a referida pessoa jurídica, o que, de fato, ocorreu (ver documentos de fls. 42/70). Diante deste quadro, ainda que o contrato social informe que a gerência da empresa executada será exercida pelo sócio minoritário Olmiro Sartori, soa falacioso o argumento de que a intimação recaiu sobre pessoa que não tinha poderes para representar a executada.

“Com a aparência criada ao aceitar a intimação, sem qualquer ressalva ao Sr. Oficial de Justiça, o Dr. Jerri Brancher conferiu regularidade ao ato de cientificação, até porque o ato atingiu seu objetivo. De fato, no caso presente, a intimação foi efetuada na pessoa do sócio majoritário da empresa executada, aceitando o ato judicial intimatório sem nada aduzir”.

Concordo com Sua Excelência. Ao longo de todo o processo de execução, a apelante sempre foi representada pelo sócio Jerri J. Brancher (fls. 36, 41, 77v.), sem qualquer oposição. Nessas circunstâncias, é forçoso concluir que ele aparentava deter poderes de administração da empresa apelante.

Foi ele quem representou a empresa quando da constituição da garantia real instrumentalizada na “escritura pública com garantia hipotecária” datada de 17 de outubro de 1985 (fls. 71/75).

A dinâmica das relações comerciais restaria comprometida, permitindo a fraude, sem a consideração da “teoria da aparência”. Arnaldo Rizzardo a define como sendo aquela “pela qual uma pessoa, considerada por todos como titular de um direito, embora não o seja, leva a efeito um ato jurídico com terceiro de boa-fé” (Teoria da aparência, *Ajuris* 24/224). Adiante, acrescenta: “Na vida dos negócios, não se pode imputar ao contratante a obrigação de reclamar a prova da qualidade da pessoa com a qual contrata. Não é costume impor-se a um caixa de um estabelecimento comercial a exibição de seu contrato de trabalho, nem, em uma repartição pública, o ato de nomeação do funcionário que atende e assina um documento. Há uma grande quantidade de situações comuns com as quais convivemos diariamente e nos forçam a um comportamento de confiança e crença franca diante delas. Não duvidamos que um vendedor não esteja autorizado a acertar preços e entregar mercadorias. Firmamos documentos sem conjecturar quanto à real representatividade do outro en-

volvido. Estamos habituados a efetuar pagamentos a representantes de credores, advogados e mandatários, não nos preocupando em examinar ou solicitar a autorização de receber. Em resumo, a vida nos coloca diante de eventos cotidianos que a necessidade determina a crença naquilo que os outros representam. Criar-se-ia um estado de coisas caótico, de verdadeiro tumulto, se, a cada passo, reclamarmos a comprovação da qualidade da pessoa com a qual nos relacionamos. Repetindo o grande Ferrara, 'ciò che nel commercio appare come vero, deve valere come vero'" (pág. 227).

A aparência de direito produz efeitos semelhantes aos da realidade de direito e "cria diretamente direitos em proveitos de terceiros que, sob o fundamento da aparência de direito, priva o verdadeiro titular de todas, ou de alguma parte de suas prerrogativas da titularidade", segundo Hélio Borghi (Teoria da aparência no direito brasileiro, Lejus, 1999, págs. 45/6). Relaciona ele os pressupostos de aplicabilidade da teoria da aparência:

"a) Elementos Objetivos:

"1. Situação de fato, cercada de circunstâncias tais que manifestamente a apresenta identicamente a segura situação de direito;

"2. Situação de fato essa que assim possa ser considerada segundo a ordem geral e normal das coisas;

"3. Situação que, nas condições acima, ns. 1 e 2, apresente o titular aparente, na visão de terceiros, como sendo o titular legítimo, ou o direito como se realmente existisse.

"b) Elementos Subjetivos:

"1. A incidência em erro por parte do agente de boa-fé, que considera como situação de direito a situação real de fato;

"2. A escusabilidade do erro em que o agente de boa-fé incorre, que deve ser apreciada segundo a situação pessoal do agente enganado, variando conforme as circunstâncias de ser ele homem simples ou rústico, ou letrado e de negócios, jovem ou idoso em demasia, oriundo de grande metrópole ou do campo etc." (ob. cit., págs. 47/8).

Na esteira da doutrina, a jurisprudência acolheu essa teoria para salvaguardar a boa-fé, a estabilidade e a segurança nas relações jurídicas:

"Em hipóteses especiais, a serem analisadas caso a caso, é admissível a citação de empresa em pessoa que, apresentando-se com poderes de gerência ou de administração, recebe a contrafé e apõe a nota de ciente no mandado sem nada argüir a respeito da falta de poderes de representação. Justifica-se tal procedimento notadamente nos casos em que o réu seja judicialmente acionado em decorrência de operações normais da sua atividade, nos quais haja participação regular desse empregado" (REsp. n. 111.562, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

"Segundo a teoria da aparência, a sociedade comercial é responsável, perante terceiros de boa-fé, pela emissão, por quem na época era seu sócio, de nota promissória vinculada à empresa e em nome desta emitida" (Ap. Cív. n. 98.014669-0, Des. Trindade dos Santos).

"Aplica-se a teoria da aparência, quando o cheque emitido pela so-

cidade for subscrito somente por um dos seus diretores, muito embora seu estatuto social exija a assinatura de dois, haja vista que o terceiro de boa-fé não pode ser prejudicado por ato de diretor que, aparentemente, teria poderes para praticá-lo" (Ap. Cív. n. 97.013845-8, Des. Silveira Lenzi).

"Em face da teoria do mandato aparente, a sociedade é responsável por ato de quem, na qualidade de relações públicas e com o conhecimento dos sócios, emite cambial e firma contrato publicitário em nome da empresa, daí decorrendo a efetiva prestação do serviço contratado" (Ap. Cív. n. 52.266, Des. Eder Graf).

"Não pode, quem contrata de boa-fé, penetrar nos meandros dos negócios da sociedade para inteirar-se do seu funcionamento, poderes dos gerentes, sócios, prepostos, auxiliares ou representantes, nem é possível, nem a natureza e atuais condições do comércio permitem que a cada negócio ou obrigação assumida, o terceiro examine a documentação no Registro de Comércio (Ap. Cív. n. 23.468, de Lages, DJE n. 6.917, de 28/11/85, pág. 16)" (Ap. Cív. n. 38.658, Des. Eder Graf).

"Execução por título extrajudicial. Cambial. Duplicata. Alegação de que o título foi firmado por pessoa que não ostentava poderes para tanto, embora sócio da empresa devedora. Inadmissibilidade. Aplicação da Teoria da Aparência que visa à preservação da boa-fé daqueles que tratam com a pessoa jurídica" (1º TACívSP, Ap. Cív. n. 644.003-4, Juiz Sá Duarte).

"Não há violação ao art. 267, IV, c/c o art. 12, VI, do CPC, quando o

acórdão, aplicando a teoria da aparência na elaboração dos atos processuais, aceita como perfeita representação de pessoa jurídica sem que tenham sido apresentados os estatutos. O fato de o outorgante da procuração vir praticando atos contínuos em nome da empresa, defendendo-a até em procedimento administrativo, caracteriza uma presunção que a representa de modo legítimo e tem, portanto, poderes para constituir advogado" (REsp. n. 147.030, Min. José Delgado).

"Peculiaridades do caso que justificam a aceitação da validade da citação efetuada na pessoa de ex-sócio da empresa, filho do seu diretor, que continua comparecendo na sua sede para colaborar como o pai, onde recebeu a citação sem qualquer ressalva, e que antes atendera ao acidente, informando a autoridade policial ser o proprietário do veículo causador do fato e empregador do seu motorista" (REsp. n. 155.521, Min. Ruy Rosado de Aguiar).

Provado que Jerri José Brancher se apresentava e se comportava como representante legal da apelante, sem qualquer oposição dos demais sócios — que não poderiam ignorar essa sua atuação —, não há como negar eficácia à avaliação e à arrematação.

Pelas razões acima expostas, nego provimento ao recurso.

III — Decisão

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

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Carlos Prudêncio.

Florianópolis, 18 de abril de 2000.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente com voto;
Newton Trisotto,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.006669-7, DE LAGES

Relator: Des. Sérgio Paladino

Ação monitória. Exceção de incompetência argüida pela ré e recebida pelo Magistrado. Processo suspenso, ex vi do preceituado no art. 306 do CPC. Prolação de sentença que o extingue, sem julgamento do mérito. Impossibilidade. Ato inexistente. Recurso provido.

Reputam-se inexistentes os atos praticados enquanto perdurar a suspensão do processo decorrente da argüição de exceção, a teor do estatuído no art. 306, combinado com o art. 266, ambos do Código de Processo Civil.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.006669-7, da comarca de Lages (2ª Vara), em que é apelante Precisão Instrumentação de Roberto Luiz Meulam — FI, sendo apelada Ziemann Liess S/A Máquinas e Equipamentos:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, à unanimidade, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Precisão Instrumentação de Roberto Luiz Meulam — FI promoveu ação monitória contra Ziemann Liess S/A Máquinas e Equipamentos buscando ver satisfeito o crédito que tem com a ré, no valor de R\$ 81.180,00 (oitenta e um mil, cento e oitenta reais), decorrente de alugueres vencidos de equipamentos industriais, remetidos

conforme nota fiscal n. 115161, no dia 3 de março de 1995.

Apresentou documentos (fls. 8/57).

Após o esclarecimento dos valores constantes da inicial, o Dr. Juiz de Direito deferiu o pedido, determinando a expedição de mandado monitório para pagamento no prazo de 15 (quinze) dias.

Intimada, a ré opôs embargos, argüindo, preliminarmente, exceção de incompetência, e sustentando, no mérito, não ter havido contrato verbal de locação por tempo indeterminado, e que devolveu os equipamentos, consoante a respectiva nota fiscal n. 044969. Postulou, por derradeiro, a realização de perícia, a fim de que se obtenha o verdadeiro valor da locação e, a final, a improcedência do pedido, condenando-se a autora aos ônus da sucumbência.

Juntou os documentos de fls. 83/126.

Decidindo, a Dra. Juíza Substituta extinguiu o processo, com fulcro no preceituado no art. 295, III, do Código de Processo Civil, impondo à autora o pagamento das custas e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 1.000,00 (um mil reais).

Inconformada, apelou a autora alegando nulidade da sentença, ao argumento de que a Magistrada julgou o processo na pendência de exceção de incompetência argüida incidentalmente, sustentando, a par disso, a validade dos documentos de fls. 8/42 para o desencadeamento da ação monitoria.

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

É o relatório.

O exame dos autos revela que no momento da prolação da sentença pela Dra. Juíza Substituta, o processo encontrava-se suspenso por força do preceituado no art. 306 do Código de Processo Civil, tendo em vista a oposição de exceção de incompetência pela apelada, cujo processamento fora ordenado pelo Magistrado.

Diante disso, e considerando-se o teor do estatuído no art. 266 do aludido estatuto, não havia ensejo à prática de qualquer ato processual, máxime à prolação de sentença.

Dissertando sobre a suspensão, ensina Pontes de Miranda:

“Aqui, no art. 266, mais se trata dos efeitos da suspensão. No período da suspensão, qualquer ato processual que se realize cai no vácuo: o processo, a fluência da relação jurídica processual, está suspenso. Tais

atos são inexistentes, ineficazes e não apenas nulos (Rudolf Pollak, System, 441; Georg Petschek, Relativ unbeachtliche Entscheidungen, Festnr, der Gerichts-Zeitung für; Franz Klein, 44, 300); de modo que se lhes não podem aplicar, por exemplo, as regras jurídicas dos arts. 243/280. São insupríveis; a realização posterior é ex novo, porque não se repete o que não é” (Comentários ao Código de Processo Civil, tomo III, 3ª ed. rev. e aumentada, 1996, Rio de Janeiro, Forense, pág. 460).

A jurisprudência desta Casa, por seu turno, fixou-se no rumo traçado pela doutrina, assentando em hipótese assemelhada:

“Suspenso o processo pela morte de uma das partes, reputam-se inexistentes os atos que se praticarem nesse período” (AI n. 7.076, de Taió, rel. Des. Cid Pedroso).

No corpo do acórdão, após transcrever parte dos comentários de Egas Dirceu Moniz de Aragão ao art. 265 do CPC, assevera “que em sua dissertação, alude o respeitado autor à invalidade dos atos praticados no lapso de tempo que durar a suspensão”.

Enfatiza o eminente Des. Cid Pedroso o entendimento de Moacyr Amaral Santos e Hélio Tornaghi, que os consideram inexistentes, e prossegue:

“No tocante a estes — atos inexistentes — ‘há a impossibilidade de configurar-se o ato em sua fisionomia particular: existirá apenas um quid de fato sem qualquer projeção jurídico-processual, pois inadmissível será concebê-lo como ato processual’ (Marques, José Frederico, Manual de

Direito Processual Civil, São Paulo, Saraiva, 1976, 2ª edição, vol. II, pág. 120).

Conseqüência disso, no âmbito da valoração das categorias da validade e da invalidade, é que 'os atos inexistentes não podem convalescer, pelo simples motivo de que não têm absolutamente, eles próprios, condição de produzir efeito algum: não tendo sido a lei quem lhes negou eficácia, não tem a lei meios para lhes devolver a eficácia em situação alguma' (Teoria Geral do Processo, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, São Paulo, Malheiros Editores, 1992, 9ª edição rev. e atual., pág. 293)" (AI n. 7.076, de Taió).

Por derradeiro, ressalte-se que a parte final do art. 266 do CPC não tem aplicação ao caso concreto, posto que atos urgentes são "aqueles tendentes a resguardar direitos em via de perecimento" (Alvim, Arruda, Manual

de Direito Processual Civil, 5ª. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Constituição Federal de 1988, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1991/1996, pág. 330).

Nesse rumo, revestindo-se a sentença da condição de ato inexistente, mister que se a declare como tal, determinando-se o retorno dos autos à origem, a fim de que o Dr. Juiz a quo possa solucionar o incidente, para que o feito possa retomar sua marcha.

Ante o exposto, deu-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nilton Macedo Machado.

Florianópolis, 16 de maio de 2000.

Silveira Lenzi,
Presidente, com voto;
Sérgio Paladino,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.014382-1, DE BRUSQUE

Relator: Des. Sérgio Paladino

Acidente de trânsito. Ações que perseguem a indenização dos danos dele decorrentes julgadas em sentença única. Advogado que atua em defesa do autor e do litisdenunciado em uma delas. Incompatibilidade em face do antagonismo dos interesses. Impossibilidade de eficaz defesa das partes. Cerceamento. Nulidade do processo.

É nulo o processo em que o mesmo advogado atua em defesa do autor e do litisdenunciado, em face da incompatibilidade entre os interesses de ambos, que são antagonicos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.014382-1, da comarca de Brusque

(2ª Vara), em que é apelante o município de Brusque, sendo apelado Hélio Maffezzolli e interessado Nilo Krieger:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, acolher a prefacial de cerceamento de defesa para anular o processo autuado sob o n. 011.95.000422-8/001 a partir de fls. 20, e o de n. 011.95.000426-0 a partir de fls. 52, prejudicada a remessa.

Custas a final.

Hélio Maffezzolli ajuizou ação de reparação de danos contra o município de Brusque, pretendendo haver deste os valores relativos aos prejuízos causados ao seu veículo em acidente de trânsito, ocorrido em virtude do derramamento de óleo na pista por negligência do réu que, a par de não interditar o trânsito na área afetada, sequer sinalizou as condições da via. Sustentando que por encontrar-se o asfalto escorregadio a condutora do veículo do autor — Lúcia de Lourdes Maffezzolli — perdeu o controle do carro, vindo a se chocar com o automóvel que estava estacionado nas proximidades. Postulou indenização no valor de CR\$ 324.096,89 (trezentos e vinte e quatro mil, noventa e seis cruzeiros reais e oitenta e nove centavos), acrescido de juros e correção monetária a contar da data do orçamento.

Em audiência previamente designada, não aceita pelas partes a proposta de conciliação, o Dr. Juiz de Direito ordenou a reunião dos autos n. 011.95.000426-0 a estes de n. 011.95.000422-8, ao entendimento de que configurada a conexão, deferindo, na oportunidade, a denúncia da lide ao município de Brusque requerida pelo autor.

Na continuação, o réu apresentou resposta, alegando inexistir prova de que a substância que se encontra

va sobre a pista tivesse sido deixada por veículo de sua propriedade, ressaltando que no local do sinistro há intenso tráfego, inclusive de caminhões movidos a óleo. Acrescentou que não tomou providências no tocante ao derramamento porque dele não tinha conhecimento, não se podendo, em face disso, exigir que houvesse sinalizado o local ou interditado o trânsito, acrescentando que a condutora agiu com imprudência, eis que foi a única a colidir em razão da pista escorregadia.

Impugnou o valor pleiteado, à consideração de que a jurisprudência exige a apresentação de 3 (três) orçamentos, admitindo, excepcionalmente, a exibição de apenas 1 (um), na hipótese de ter sido fornecido por oficina autorizada. Aditou que não obstante seja esta a hipótese dos autos, o autor realizou os reparos de seu veículo em oficina mecânica vizinha à sua residência, não o tendo feito em empresa especializada em virtude de seu automóvel contar com longo tempo de uso.

Apresentada a contestação à denúncia da lide nos autos n. 011.95.000426-0, e infrutífera a nova proposta conciliatória, foram colhidos os depoimentos das testemunhas arroladas.

Os litigantes deduziram alegações finais, reforçando os pedidos anteriores, tendo o representante do Ministério Público opinado pelo provimento parcial da pretensão do autor, reconhecendo-se a culpa concorrente da condutora do veículo.

Entregando a prestação jurisdicional nos autos n. 011.95.000426-0, o Dr. Juiz de Direito extinguiu o processo, sem julgamento do mérito, no

que tange ao litisdenunciado — município de Brusque —, excluindo-o da relação processual e julgou improcedente o pedido formulado pelo autor. Por outro lado, acolheu em parte o pedido formulado nos autos n. 011.95.000422-8/001, condenando o réu a pagar ao autor indenização no montante de CR\$ 194.458,13 (cento e noventa e quatro mil, quatrocentos e cinqüenta e oito cruzeiros reais e treze centavos), atualizado monetariamente nos termos do Provimento n. 13/95 da Corregedoria-Geral de Justiça, a partir da data do orçamento, e acrescido de juros de mora de 6% (seis por cento) ao ano, a contar da citação. Impôs, ainda, ao vencido, o pagamento de 60% (sessenta por cento) das custas processuais e de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação. Ao autor ordenou que arcas-se com o pagamento de 40% (quarenta por cento) das custas processuais e de verba advocatícia, à razão de 10% (dez por cento) do valor atualizado da parcela da qual decaiu.

Irresignado, recorreu o município de Brusque pretendendo, preliminarmente, que se decreta a nulidade da sentença por infração ao disposto no art. 15, § 6º, da Lei n. 8.906/94, eis que o autor da demanda autuada sob o n. 011.95.000426-0 e o litisdenunciado — ora apelante — foram patrocinados pelo mesmo advogado, circunstância que importou em cerceamento de defesa.

No mérito, reeditou seus anteriores arrazoados, apoiando-se na prova testemunhal, bem como no depoimento pessoal do autor que afirmou não ter realizado o reparo de seu veículo

no estabelecimento que forneceu o orçamento acostado aos autos.

Decorrido in albis o prazo para contra-razões e tendo o Dr. Promotor de Justiça opinado pelo provimento parcial do apelo, para que da indenização fixada seja abatido o percentual de 20% (vinte por cento) em razão da culpa concorrente da condutora do veículo, subiram os autos a este Grau de Jurisdição.

Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se o Dr. José Francisco Hoepers pela manutenção da sentença.

É o relatório.

Procede a preliminar de nulidade. Com efeito, extrai-se dos autos que o Dr. Nilo Sérgio Krieger, inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil — Seção de Santa Catarina sob o n. 2.673, foi constituído por Nilo Krieger (fls. 6 dos autos em apenso), autor da ação de reparação de danos n. 011.95.000426-0 proposta contra Hélio Maffezzolli que, por sua vez, requereu a denunciação da lide ao município de Brusque. O ente público, réu na presente ação (011.95.000422-8/001), respondeu (fls. 52/54 dos autos em apenso), por intermédio de seu procurador judicial, o Dr. Nilo Sérgio Krieger (OAB/SC n. 2.673), cujo instrumento de mandato encontra-se a fls. 22 destes autos.

Ora, os princípios de ética e a lógica mais elementar não admitem que o mesmo advogado defenda o autor e o litisdenunciado, em face da incompatibilidade entre os interesses de ambos, que são antagônicos, tipificando a conduta o crime previsto no art. 355, parágrafo único, do Código Penal — patrocínio simultâneo —, da qual

decorreu evidente cerceamento da defesa do Município.

Em caso idêntico, assentou o Tribunal de Justiça do Paraná:

"Advogado — Tergiversação — Patrocínio simultâneo ao autor e ao denunciado pelo réu — Inadmissibilidade — Cerceamento de defesa caracterizado — Nulidade do processo decretada.

"Embora o denunciado seja parte passiva em relação ao denunciante, ambos são litisconsortes no concernente ao autor. Logo, litigando em pólos diversos, não podem autor e litisdenunciado, na qualidade de adversários, ser representados em Juízo pelo mesmo advogado. Essa conduta é tão grave e prejudicial ao direito da parte que caracteriza a figura do patrocínio simultâneo ou tergiversação, isto é, a defesa de partes contrárias pelo profissional da Advocacia na mesma causa, simultânea ou sucessivamente" (RT 611/167).

No caso concreto a pessoa jurídica de direito público interno é ré em relação ao denunciante Hélio Maffezzolli (autos n. 011.95.000426-0), ostentando a qualidade de litisconsorte deste. Resta claro, portanto, a condição de adversários de Nilo Krieger, autor, e do litisdenunciado, não podendo, a toda evidência, representá-los o mesmo advogado, eis que conflitantes seus interesses, tendo em vista que são adversários.

Ora, traduz incompatibilidade o patrocínio de interesses antagônicos, da qual decorre a nulidade do processo em face do cerceamento da defesa do município de Brusque e de Nilo Krie-

ger, que não poderiam ser eficazmente produzidas, porque inconciliáveis.

Ressalte-se, por oportuno, que embora não tenha havido interposição de recurso no processo n. 011.95.000426-0, mas, apenas neste, a anulação daquele é imperativa, por haver sido decidido em sentença única, a qual não pode subsistir somente no tocante àquele.

Por derradeiro, verificando-se a possibilidade da existência do crime capitulado no parágrafo único do art. 355 do Código Penal — patrocínio simultâneo ou tergiversação — a Câmara ordena à Diretoria Judiciária que remeta ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia, se for o caso, a teor da norma cogente inscrita no art. 40 do Código de Processo Penal, e que encaminhe à Ordem dos Advogados do Brasil — Seção de Santa Catarina cópia deste acórdão.

Ante o exposto, anulou-se o processo autuado sob o n. 011.95.000422-8/001 a partir da fls. 20 e o de n. 011.95.000426-0 a partir de fls. 52, prejudicada a remessa.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Silveira Lenzi. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. José Francisco Hoepers.

Florianópolis, 25 de abril de 2000.

Eder Graf,
Presidente com voto;
Sérgio Paladino,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 48.695 (88.081886-6), DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ**Relator: Des. Eládio Torret Rocha**

Processo de execução. Embargos do devedor. Contrato de abertura de crédito em conta corrente. Extratos. Título executivo extrajudicial não tipificado. Anulação da execucional. Súmula 14 deste egrégio Tribunal. Honorários advocatícios. Aplicação do artigo 22 do CPC. Apelo provido. Voto vencido.

“O contrato bancário de abertura de crédito rotativo em conta corrente, ainda que acompanhado dos respectivos extratos de movimentação da conta corrente e assinado pelo devedor e duas testemunhas, não é título executivo extrajudicial” (Súmula 14, TJSC).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 48.695 (88.081886-6), da comarca da Balneário Camboriú (1ª Vara), em que são apelantes Concreteira Paulo Caseca Ltda., Paulo Roberto Caseca dos Santos e Denise G. dos Santos, sendo apelado Banco do Brasil S/A:

ACORDAM, em Câmara Especial, por votação unânime, prover o recurso e, por maioria de votos, determinar a aplicação do art. 22 do CPC.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

No Juízo de Direito da comarca de Balneário Camboriú, Concreteira Paulo Caseca Ltda., Paulo Roberto Caseca dos Santos e Denise G. dos Santos opuseram embargos do devedor à execucional movida por Banco do Brasil S/A.

Aduziram os embargantes: a) carência da ação quanto aos fiadores, posto não terem participado da nova-

ção do contrato; b) nulidade do contrato devido às cláusulas leoninas; c) impossibilidade de aplicação da correção monetária; e d) capitalização de juros.

Requereram, a final, a procedência dos embargos, com a condenação do embargado ao pagamento de custas e honorários advocatícios.

Intimado, o embargado argumentou, basicamente, que não houve novação, mas prorrogações que estavam previstas no próprio contrato. No que tange à fixação de juros e multas, alegou que os percentuais foram devidamente pactuados.

Instruído o feito, sobreveio, então, a prestação jurisdicional monocrática, cujo relatório adoto e faço remissão, que, em suma, julgou improcedentes os embargos, sujeitando os embargantes, de consequente, ao ônus da sucumbência.

Irresignados, a tempo e modo apelam os vencidos, repisando, basicamente, os argumentos expendidos nos embargos.

O apelado, em resposta, limita-se a aplaudir a sentença e pedir, em suma, a sua manutenção.

Colhido o preparo regular, os autos ascenderam a esta Corte.

É o sucinto relatório.

II — Voto

O apelo merece prosperar.

Constato que, na espécie, a execucional está lastreada em contrato de abertura de crédito em conta corrente (fls. 7/8 da execucional).

A tal respeito este Tribunal, inclusive esta colenda Câmara, vinha entendendo, que, não obstante algumas particularidades num ou noutro julgamento, “O contrato de abertura de crédito rotativo, sempre que acompanhado dos extratos de movimentação da conta corrente até o ajuizamento da execução, de modo a possibilitar ao embargante o questionamento dos lançamentos desde a origem do débito, é título executivo extrajudicial” (Apelação Cível n. 97.012837-1, de Chapecó, rel. Des. Eder Graf).

No mesmo sentido:

“Os contratos de abertura de crédito em conta corrente são tidos como títulos executivos extrajudiciais desde que observem os requisitos do art. 585, inc. II, do CPC, estejam acompanhados dos extratos de movimentação de todo o período e que apresentem saldo devedor na conta” (Apelação Cível n. 97.000162-2, de Rio do Sul, rel. Des. Nelson Schaefer Martins).

Todavia, muito recentemente, pacificou-se no âmbito do Superior

Tribunal de Justiça, com o julgamento, pela sua Segunda Seção, do REsp. n. 108.259, o entendimento segundo o qual o contrato de abertura de crédito rotativo, limitando-se a ensejar a possibilidade de se utilizar de crédito, obriga apenas quem se dispõe a propiciar o mútuo, não constituindo, pois, título executivo de que dispõe o artigo 585, II, do CPC.

Eis, a propósito, o despacho monocrático, em que, no REsp. n. 195.216-SC o eminente relator, Min. Eduardo Ribeiro, deu à matéria enfocada contornos definitivos:

“A partir do julgamento proferido, pela Segunda Seção, ao apreciar o REsp. n. 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 deste 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 às instituições de crédito criar 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)'.
 "Com base no disposto no artigo 577 do Código de Processo Civil, conheço do recurso e dou-lhe provimento. Custas e honorários pelo recorrido, arbitrados esses em cinco por cento sobre o valor da execução" (DJU de 23/2/99, pág. 74).

No mesmo diapasão, o despacho do preclaro Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira no Agravo de Instrumento n. 200.110, de São Paulo, datado de 18/12/98, valendo assinalar, nesta hipótese, que a execução está arrimada, além do contrato de abertura de crédito, em respectiva nota promissória, esta que, por igual, não enseja a propositura do processo executivo escolhido:

"Vistos, etc.

"Manejou-se agravo de instrumento contra decisão do Presidente do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo que inadmitiu recurso especial manifestado contra acórdão assim ementado:

'Execução por título extrajudicial — Cambial — Execução fundada em contrato de abertura de crédito e nota promissória — Alegação de nulidade do título e excesso de execução — Procedência — Utilização de método complexo para a contagem dos juros e correção monetária, além da ausência dos necessários extratos, conforme exigido pela Súmula 11 desta Corte — Impossibilidade de apreciação da evolução do débito, bem como da forma empregada pela instituição financeira para obtenção do valor consubstanciado na promissória — Obrigatoriedade do credor em comprovar

a liquidez e exigibilidade do título, sob pena de ver sua inicial indeferida ou julgada carecedor da execução — Viabilidade de pleitear a cobrança de seu crédito somente em ação de conhecimento — Recurso provido — Invertidos os ônus da sucumbência'.

"Sustenta o recorrente contrariedade ao art. 604 do Código de Processo Civil, sob a alegação de que o Tribunal de origem teria rejeitado a memória de cálculo demonstrativa do débito, julgando o ora agravante carecedor da ação, ao arrepio da norma legal supracitada.

"Não há como acolher o apelo.

"O contrato de crédito rotativo sem extrato de conta corrente, ou com extrato deficiente, não detém a liquidez exigida para se manejar o processo de execução.

"Infere-se do acórdão impugnado que o extrato demonstrativo do débito, carreado aos autos pelo recorrente, não traduz, com exatidão, a evolução do débito, impossibilitando a aferição da liquidez do título ensejador da ação executiva, esbarrando a pretensão recursal no óbice do enunciado n. 7 da Súmula desta Corte.

"Ademais, segundo veio a proclamar a segunda Seção, por maioria, mesmo com o extrato demonstrativo incorre o título executivo.

"Pelo exposto, desprovejo o agravo" (DJU de 19/2/99, pág. 134).

A matéria, aliás, encontra-se igualmente pacificada nesta Corte, que, a respeito, expediu a Súmula 14, com o seguinte teor: "O contrato bancário de abertura de crédito rotativo em conta corrente, ainda que acompanhado dos respectivos extratos de

movimentação da conta corrente e assinado pelo devedor e duas testemunhas, não é título executivo extrajudicial”.

O título, portanto, não se reveste das condições exigidas pelo art. 585, II, do CPC, o que torna nula, conseqüentemente, a execucional, nos termos do inciso I do art. 618 do mesmo Digesto, levando-a, juntamente com os embargos aparelhados, à extinção (art. 267, IV, do CPC).

Pelo meu voto, pois, dou provimento ao apelo a fim de julgar extinta a execucional, sujeitando o apelado ao pagamento de custas judiciais e honorários advocatícios, estes últimos que, em face da regra da apreciação equitativa do juiz do artigo 20 do parágrafo 4º do CPC, arbitro em dois por cento a incidir sobre o valor da causa.

É que, na hipótese, ainda que apenas nas razões recursais, o apelante postulou, de modo expresse aliás, o acolhimento de tese a respeito da inexigibilidade da dívida, o que, a toda evidência, não configura a hipótese do artigo 22 do mesmo Digesto.

Evidencie-se, a propósito, que, ao tempo da interposição dos embargos do devedor (março de 1991), a questão da ausência de executividade do contrato de abertura de crédito em conta corrente, hoje objeto da Súmula 14 desta Corte, sequer era cogitada.

É assim que voto.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara, por votação unânime, proveu o recurso e, por maioria de votos, vencido o Relator, determinou a aplicação do art. 22 do CPC no pertinente aos honorários advocatícios.

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

Florianópolis, 17 de maio de 2000.

Vanderlei Romer,

Presidente;

Eládio Torret Rocha,

Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 49.359 (88.083613-6), DE SÃO MIGUEL DO OESTE

Relator: Des. Eládio Torret Rocha

Reivindicatória. Compromisso de compra e venda. Usucapão ordinário como defesa (artigos 551 e 552 do Código Civil). Justo título e boa-fé. Presença destes pressupostos. Acolhimento da prefacial de prescrição. Carência da ação (art. 269, IV, do CPC). Sentença reformada. Apelo provido.

1 — Adquire também o domínio de imóvel o promitente comprador que, por dez anos entre presentes, ou quinze anos entre ausentes, possuí-lo como seu, contínua e incontestavelmente, com justo

título e boa-fé, podendo, ainda, para tal desiderato, somar a sua posse à do seu antecessor, contanto que contínuas e pacíficas.

2 — Contrato particular de promessa de compra e venda, formalmente perfeito, subscrito pelos proprietários do terreno e pelo adquirente, com preço totalmente pago, caracteriza o justo título de que dispõe o artigo 551 do Código Civil, sendo hábil, pois, ao reconhecimento do domínio em favor deste, em sede de defesa ofertada perante pedido reivindicatório.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 49.359 (88.083613-6), da comarca de São Miguel do Oeste (1ª Vara da Infância, Juventude e Registros Públicos), em que são apelantes Paulo Rogério Heming e outros, sendo apelados Antônio Specht e Sueli Salete Specht:

ACORDAM, em Câmara Cível Especial, por votação unânime, prover o apelo.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

No Juízo de Direito da comarca de São Miguel do Oeste (1ª Vara), Antônio Specht e sua mulher, Sueli Salete Specht, aforaram ação reivindicatória contra Paulo Rogério Heming, Dirceu Marangon e sua esposa, Elide Marangon, e Ivo da Silva e sua esposa, Elza Lara da Silva, colimando, em suma, a restituição de parte do imóvel que ocupam, bem como de todos os frutos colhidos e percebidos, e, bem assim, dos seus consectários.

Anteriormente os autores já haviam promovido uma interpelação judicial, a fim de que os requeridos entregassem a área objeto da lide.

Devidamente citados, os requeridos apresentaram impugnação ao valor da causa (autos em apenso), devidamente processada e julgada procedente, conferindo a ela o valor de Cz\$ 155.000,00.

Em resposta à ação principal, os requeridos sustentaram, preliminarmente, a carência da ação sob a alegação de que as áreas reivindicadas foram adquiridas por meio de contratos de promessa de compra e venda, os quais não foram regularmente rescindidos, sendo, assim, possuidores de boa-fé, pugnano pelo reconhecimento, em seu favor, da prescrição aquisitiva.

No tocante ao mérito, argumentaram, em suma, que detêm posse justa sobre as referidas porções de terra, não bastando o domínio para obtenção da reivindicatória.

Culminaram requerendo fosse o pedido julgado improcedente.

Após a instrução do feito, com a produção do depoimento pessoal do requerente e oitiva de sete testemunhas (fls. 96/100), foram apresentadas alegações finais por meio de memoriais.

Antes da apreciação do mérito, o Magistrado oportunizou aos réus manifestarem-se a respeito do interes-

se na denúncia à lide de início não apreciada, ocorrendo renúncia à denúncia.

Entregando a prestação jurisdicional, o Magistrado julgou parcialmente procedente o pedido, condenando os requeridos à restituição das parcelas do imóvel reivindicado e ao pagamento das despesas processuais e estipêndio advocatício, este fixado em 20% sobre o valor da causa.

Irresignados com o teor do decisório adverso, os requeridos apelaram, repisando, basicamente, os argumentos anteriormente expendidos.

Em resposta ao recurso, os apelados defendem, em síntese, a manutenção do decisório vergastado.

Com regular preparo, os autos ascenderam a esta Corte.

É o relatório.

II — Voto

Há que se historiar, prefacialmente, por necessário e relevante, a cadeia sucessória em face das seguintes transmissões relativamente aos imóveis matriculados sob números 10.965 e 13.409, com, respectivamente, 5.600,00m² e 5.290m², em cujas áreas estão contidos os lotes ocupados pelos apelantes Dirceu Marangon e Ivo da Silva e suas respectivas mulheres.

Segundo os documentos trazidos aos autos, em 14/6/83, Hitel Vidal Mena adquiriu as aludidas áreas de terras de Itacir José Vicari e sua mulher, Terezinha Vicari. Posteriormente, em 7/3/86, Hitel Vidal Mena transferiu a propriedade dos aludidos bens imóveis para Paulo Rogério Heming e

este, em data de 2/4/87, vendeu-os para os apelados (fls. 8/8v., 10 e 63/65).

De se destacar, porém, que, em 30/12/85, por contrato formalizado (fls. 66/66v.), Hitel Vidal Mena e sua mulher prometeram à venda os suso aludidos imóveis para Luiza Lídia Heming, genitora de Paulo Rogério Heming. Neste instrumento, na cláusula VIII, os promitentes vendedores reservaram, nessas áreas, os lotes cuja venda aos apelantes havia sido prometida anteriormente, e, já no rodapé da mesma avença, a promitente compradora autoriza a outorga da escritura definitiva ao filho, Paulo.

Sucede, entretantes, que, quando da transmissão de Hitel para Paulo, houve a transferência da totalidade das sobreditas áreas, inclusive os lotes de 600 m² e 800 m², respectivamente, que, confessadamente por Hitel, já haviam sido prometidas à venda para os apelados, como está demonstrado pelos contratos capeados (fls. 56 e 57).

Assim é que, como proprietários dos terrenos, os apelados, em 22/7/87, curiosamente, manejaram notificação judicial contra Paulo (fls. 52), a fim de que este lhes entregasse a assim denominada “área faltante”, ignorando, via de consequência, a posse dos apelantes que, a se considerar o contrato de compra e venda aludido (fls. 66/66v.), já se efetivara no mínimo a contar da assinatura da avença, ou seja, 30/12/85, já que o preço total pago, por ambos, em face da aquisição, é, aliás, matéria incontroversa, não fosse a documentação pertinente acostada (fls. 56 e 58/62).

Dessarte, ao serem citados nesta demanda, ou seja, em 26/10/87 (fls. 36), quando então deu-se a interrupção do lapso temporal próprio, já se concretizara, pois, em favor dos apelados, a prescrição aquisitiva, em face do usucapião ordinário, a teor dos artigos 551 e 552 do Código Civil, visto inegável a boa-fé de sua posse e a presença, ainda, do justo título.

Assim tem decidido esta Corte, no que toca à caracterização do usucapião:

“Usucapião extraordinário — Requisitos do art. 550 do CC comprovados — Prova testemunhal convincente — Compromisso de compra e venda — Título hábil a transferir direitos possessórios — Soma de posses — Inteligência do art. 134, II, do CC — Possibilidade.

“Verificada a posse mansa, pacífica e ininterrupta por mais de vinte anos, e com animus domini, é irrecusável a declaração de domínio ao possuidor, dispensando-se-lhe o justo título e a boa-fé.

“O contrato de compromisso de compra e venda é título hábil e eficaz à transferência dos direitos possessórios, nos termos do disposto no art. 134, II, do CC” (Apelação Cível n. 88.072923-7 (46.014), de Fraiburgo, relator Des. Nilton Macedo Machado).

Ou, mais especificamente a respeito do que se entende por justo título:

“Documento particular, com fé pública, assinado pelas partes e testemunhas, sendo hábil para o registro da transmissão do domínio de aeronave, também caracteriza ‘justo título’ para efeito de usucapião. No entanto, se não provém do proprietário, há que

se provar a cadeia de títulos, sem quebra da seqüência, desde o proprietário até o usucapiente” (Apelação Cível n. 47.034, de Criciúma, rel. Des. Newton Trisotto).

Ademais, a prova testemunhal produzida, de força torrencial, conforta a pretensão dominial dos apelantes, como é possível constatar dos depoimentos de Antonio Luiz Bataglin (fls. 97), Wenery Cazella (fls. 98v.), Angelo Basso (fls. 99v.) e Enio Heming (fls. 100).

De se acolher, assim, em favor dos apelantes Dirceu Marangon, Ivo da Silva e suas respectivas mulheres, a prefacial de prescrição aquisitiva ordinária, entre presentes, podendo os apelados, se assim o desejarem, na via própria, buscar a reparação que entendam devida em face do negócio focalizado.

Posto isso, pelo meu voto eu dou provimento ao apelo a fim de, acolhendo a prescrição aquisitiva como matéria defensiva, julgar os apelados carecedores da ação (art. 269, IV, do CPC), sujeitando-os ao pagamento das custas judiciais e honorários advocatícios, estes arbitrados em dois mil reais, à vista dos parâmetros preconizados pelo artigo 20 e seus parágrafos do CPC.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara, à unanimidade de votos, deu provimento ao recurso.

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

Florianópolis, 26 de abril de 2000.

*Vanderlei Romer,
Presidente para o acórdão;
Eládio Torret Rocha,
Relator.*

APELAÇÃO CÍVEL N. 50.914 (88.087925-3), DE JOINVILLE

Relator: Des. Eládio Torret Rocha

Ação ordinária. Contribuição assistencial. Decisão tomada em assembléia da classe trabalhadora. Inexigibilidade. Inteligência do artigo 8º, inciso IV, da CF. Pedido inacolhido. Apelo desprovido.

Consoante remansoso entendimento jurisprudencial, o artigo 8º, inciso IV, da Constituição Federal está contido quanto à sua eficácia, na medida que exige lei complementar limitadora do direito das organizações sindicais imporem contribuições aos seus associados.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 50.914 (88.087925-3), da comarca de Joinville (3ª Vara), em que é apelante Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias e Oficinas Mecânicas de Joinville e Região, sendo apelada Albrecht Equipamentos Industriais Ltda.:

ACORDAM, em Câmara Especial, por votação unânime, desprover o recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Na Justiça do Trabalho de Joinville, Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias e Oficinas Mecânicas de Joinville propôs ação trabalhista de cumprimento de decisão tomada em

assembléia geral extraordinária e cobrança de contribuição assistencial contra Albrecht Equipamentos Industriais Ltda., colimando, em suma, que a requerida pague a Contribuição Assistencial de 3% do salário nominal bruto de seus trabalhadores, referente aos meses de abril, julho e novembro ou efetue o desconto dos percentuais na primeira folha de pagamento dos trabalhadores, de uma só vez, em percentual de 3% e sobre o salário nominal bruto destes, conforme deliberado na Assembléia Geral Extraordinária, com fulcro no artigo 413 da Consolidação das Leis do Trabalho e no artigo 8º, inc. IV, da Constituição Federal.

Regularmente citada, a requerida apresentou exceção de incompetência *ratione materiae* do Juízo (fls. 69/74), a qual restou acolhida (fls. 93/95), sendo os autos remetidos à 3ª Vara Cível da comarca de Joinville.

Em resposta, alegou a demandada que o artigo 462 da CLT veda qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultou de adiantamentos, de dispositivos de lei ou de convenção coletiva.

Por fim, sustentou que o inciso IV do artigo 8º da CF/88 não trata de contribuição assistencial, mas sim de “contribuição federativa”. Portanto, para que fosse estabelecida seria necessária a existência de lei federal que regulamentasse aquele dispositivo constitucional. Alegou, ainda, que em caso de procedência do pedido não seria devida a verba honorária.

Impugnada a resposta, o Ministério Público manifestou-se em relação à incompetência absoluta (art. 113, § 2º, CPC).

Por versar o litígio sobre matéria exclusivamente de direito, sobreveio, então, a prestação jurisdicional monocrática a qual julgou improcedente o pedido, condenando o requerente ao pagamento de custas judiciais e honorários advocatícios, estes fixados em 15% sobre o valor atribuído à causa.

Irresignado com o teor do decisório adverso, apela o vencido alegando que a regra do inciso IV do artigo 8º da CF é auto-aplicável, dependendo apenas de publicidade e encaminhamentos democráticos dos atos constitutivos das obrigações ditas sindicais. Aduz, ainda, que é autorizado o desconto em folha, tendo a contribuição sido estabelecida em assembléia geral extraordinária regularmente convocada e acrescenta existir lei autorizadora do pedido.

Contra-arrazoando, a apelada argumenta, em preliminar, a incompe-

tência deste egrégio Tribunal para conhecimento do apelo em razão do valor da causa, pois que não atinge o valor de alçada.

No mérito, limita-se a aplaudir a sentença.

Contra-arrazoados e devidamente preparados, os autos ascenderam a esta Corte.

O Ministério Público, em ambos os Graus de Jurisdição, opina pelo não conhecimento do recurso, com remessa dos autos à Turma de Recursos competente, e, no mérito, pelo improvimento do apelo.

É o relatório.

II — Voto

A preliminar de incompetência não convence.

A causa teve, indiscutivelmente, seu valor fixado em quantia inferior a quarenta salários mínimos. No entanto, a presente ação possui em seu pólo ativo um Sindicato, ou seja, pessoa jurídica de direito privado, o que torna a Turma de Recursos incompetente para apreciação do apelo.

É que, como cediço, o parágrafo 1º do artigo 8º da Lei n. 9.099/95 é claro ao dispor que “Somente as pessoas físicas capazes serão admitidas a propor ação perante o Juizado Especial, excluídos os cessionários de direito de pessoas Jurídicas”.

Nesse diapasão foi apresentada a decisão:

“Tratando-se de ação promovida por pessoa jurídica, falece às Turmas de Recurso a competência para reapreciar a quaestio juris, por se tratar de causa que, em razão da quali-

dade da parte autora, está excluída dentre aquelas que a nova lei permite postular no Juizado Especial. Vedação legal insita no art. 8º, § 1º, da Lei n. 9.099/95" (Apelação Cível n. 529/95, de Chapecó, rel. Juiz Valério Braun, DJSC de 27/2/96, pág. 12).

No mesmo sentido:

"Assim, conforme dimana do art. 8º, § 1º, apenas as pessoas físicas foram admitidas a propor ação perante o Juizado Especial, excluídos os cessionários de pessoas jurídicas. Isso significa que as pessoas jurídicas apenas poderão figurar no pólo passivo da relação processual" (CC n. 96.000089-5, de Tubarão, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

Em caso similar, do qual também fui relator, esta colenda Câmara já decidiu:

"Conflito negativo de competência. Juizado Especial. Pessoa jurídica como proponente. Competência do Juízo comum.

'Nas causas em que houve modificação da competência em razão da matéria ou da condição da pessoa, pela superveniência da Lei n. 9.099/95, o Juizado Especial deverá remeter os autos à redistribuição para a Justiça Comum' (4ª conclusão da Seção Civil do Tribunal de Justiça).

"Somente as pessoas físicas capazes serão admitidas a propor ação perante o Juizado Especial, excluídos os cessionários de direito de pessoas jurídicas (§ 1º, art. 8º da Lei n. 9.099/95)" (CC n. 96.002961-3, de Tubarão).

Esgotados os argumentos e repelida a preliminar suscitada, passo a analisar o mérito do recurso.

O entendimento perfilhado por este Tribunal e pela doutrina é no sentido de que o inciso IV do artigo 8º da CF não é auto-aplicável, como bem decidiu, aliás, a sentença enfocada.

Assim entende Fábio Leopoldo de Oliveira (Suplemento Trabalhista LTR 97/92/615-616), após referir-se à contribuição, e apoiando-se no estatuto da entidade sindical:

"As demais contribuições arroladas acima se revestem de compulsoriedade e atendem ao conceito de tributo (art. 3º do CTN). Devem, por isso mesmo, se subordinar aos princípios que informam a relação tributária, por caracterizarem a espécie tributária de contribuições instituídas no Interesse de Categorias Profissionais e Econômicas, ou sejam, Contribuições Sociais ou Especiais (artigo 21, § 2º, letra a, da Emenda Constitucional n. 1/69 e artigo 149 da atual Ordem Constitucional). Nessas condições se encontram a Contribuição Sindical, as Contribuições Assistenciais e a recém-Contribuição Confederativa".

Ao tratar especificamente da contribuição confederativa, esclarece:

"Em face do acima exposto quanto à Contribuição Assistencial, temos que o art. 8º, inciso IV, da CF de 1988, não é auto-aplicável. Só a União poderá instituí-la, através de Lei Federal e após a emissão da competente Lei Complementar a ser editada pelo Congresso Nacional, observadas as normas do Processo Legislativo (art. 8º, inciso IV, c/c os arts. 149 e 146, inciso II, da mesma Constituição de 1988).

"A Lei Federal, em face do mandamento contido na art. 8º, inciso IV, terá de adotar a técnica da Parafis-

calidade quanto à sua cobrança, arrecadação e aplicação”.

No mesmo sentido há precedentes no Tribunal Superior do Trabalho e no Superior Tribunal de Justiça:

“Contribuição confederativa e desconto assistencial — Distinção.

“Dissídio coletivo. A contribuição confederativa prevista no artigo 8º, inciso IV, da Carta Política, não se identifica com o desconto assistencial, daí ser impossível a aplicação do Precedente Normativo 74 do Tribunal Superior do Trabalho. Criada pela assembléia geral do órgão de classe, ao desconto em folha de pagamento se obrigam os laboristas em geral, inclusive aqueles que não votaram pela sua instituição, ou que o fizeram infensamente. O desconto assistencial a ele não se obriga o empregado. Incidência do art. 545 consolidado e sumulado pelo PN 74 do Tribunal Superior do Trabalho” (TST-RO-DC n. 153.740/94.6 — 1ª Região — rel. Min. Lourenço Prado — DJU de 7/12/95, pág. 42.849).

No mesmo sentido:

“O artigo 8º, inciso IV, da Constituição da República, está contido, quanto à sua eficácia, na medida que exige lei complementar limitadora do direito das organizações sindicais imporem contribuições aos seus associados” (TST-RO-DC n. 186.006/95.4, rel. Min. Almir Pazzianotto, DJU de 15/12/95, pág. 44.267/8).

Nosso egrégio Tribunal também já decidiu:

“Sindicato patronal — Contribuição social compulsória — Não associada — Inexigibilidade — afronta à liber-

dade sindical — Necessidade de lei complementar para a cobrança.

“O art. 8º, IV, da CF/88 não é auto-aplicável, devendo ser compreendido dentro da exegese sistemática da Carta Magna, mostrando-se imperiosa a observação dos princípios constitucionais da liberdade sindical, bem como da legalidade, consubstanciado nos arts. 146, III, e 149 da Lei Maior.

“Contribuição assistencial. Cobrança compulsória. Inadmissibilidade. A imposição da contribuição assistencial não tem fundamento na lei, tampouco na Constituição Federal (...). Se a Constituição cuidou de consagrar o princípio da liberdade de filiação (art 8º, V), a sustentação de qualquer obrigação dos não-filiados em relação à entidade sindical, afigura-se incompatível” (Boletim AASPJ 823, pág. 504, Dez./93, rel. Des. Telles Corrêa) (Apelação Cível n. 96.009748-1, da Capital, rel. Des. Orli Rodrigues).

Pelas razões expostas, entendido não ser auto-aplicável a norma do inciso IV do artigo 8º da Constituição Federal, não podendo, dessa forma, a contribuição assistencial ser estabelecida por meio de assembléia geral, sendo necessária, para que seja instituída e passível de cobrança, a existência de lei federal que regulamente aquele dispositivo constitucional.

Cabe ressaltar, também, que não é admissível desconto em folha, como dispõe o art. 462 da Consolidação das Leis do Trabalho em que é defeso ao empregador “efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamento, de dispositivos de lei ou de convenção coletiva”.

Constatando que a contribuição, na hipótese, foi decidida em assembléia geral, ou seja, não se originou de lei ou de convenção coletiva, apenas por expressa autorização do trabalhador, inexistente neste caso, não haveria a possibilidade de descontá-la do salário dos empregados.

Nesse diapasão, apresenta-se o julgado seguinte:

“Sindicato — Contribuição assistencial — Desconto em folha sem anuência dos empregados. Art. 545 da CLT. Julgamento com base em redação antiga.

“I — A contribuição sindical é obrigatória e não enseja autorização prévia dos empregados, porém, qualquer outra contribuição assistencial depende dessa autorização.

“II — Recurso conhecido e provido” (REsp. n. 36.880 — RJ, rel. Min. José de Jesus Filho, DJU de 19/12/94, pág. 35.298).

No mesmo sentido:

“É defeso ao empregador efetuar, sem consentimento do operário, desconto de qualquer valor, a título de contribuição assistencial, devida a sindicato por efeito de convenção coletiva (CLT — art. 545).

“Somente o desconto da contribuição sindical independe de consentimento” (REsp. n. 53.252, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 8/5/95, pág. 12.308).

E, ainda:

“A contribuição sindical é obrigatória e não enseja a autorização prévia dos empregados, porém, qualquer outra contribuição assistencial depende dessa autorização” (REsp. n. 36.880, DJU de 19/12/94, pág. 35.298).

Não existindo acordo expresso dos empregados no sentido de anuir ao desconto, a pretensão não poderia ter sido mesmo atendida, como bem decidiu a douda sentença, que é da boa lavra do Dr. Carlos Adilson Silva.

Destarte, pelo meu voto, nego provimento ao apelo.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara, por votação unânime, desproveu o recurso.

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

Pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. José Eduardo da Luz Fontes.

Florianópolis, 26 de abril de 2000.

*Vanderlei Romer,
Presidente para o acórdão;
Eládio Torret Rocha,
Relator.*

APELAÇÃO CÍVEL N. 51.293 (88.089043-4), DE SÃO MIGUEL DO OESTE**Relator: Des. Eládio Torret Rocha**

Ação de consignação em pagamento. Majoração de IPTU. Vigência de Lei Municipal. Publicação que atende à finalidade legal. Pedido inacolhido. Recurso desprovido.

“— A lei não deixa de ter eficácia só porque publicada em jornal não regularmente registrado. ‘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’ (Cândido R. Dinamarco)” (Apelação Cível n. 51.355, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Newton Trisotto).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 51.293 (88.089043-4), da comarca de São Miguel do Oeste (Fazenda Pública), em que é apelante José Olímpio Dal Magro Francisco, sendo apelado município de São Miguel do Oeste:

ACORDAM, em Câmara Especial, por votação unânime, desprover o recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

No Juízo de Direito da comarca de São Miguel do Oeste José Olímpio Dal Magro Francisco propôs ação de consignação em pagamento contra o município de São Miguel do Oeste colimando, em suma, depositar 46,53 UFIRs, relativas ao pagamento do IPTU.

Aduziu, para tanto, que no ano anterior o cálculo do imposto sobre o mesmo imóvel teve como resultado metade do valor que lhe foi apresentado e que a majoração, determinada

pela Lei Municipal n. 3.403/93, não era devida, já que esta não havia entrado em vigor por inexistir sua correta publicação na imprensa local, pressuposto necessário para a vigência da lei.

Devidamente citado, o requerido se recusou a receber referida quantia.

Em resposta, aduziu, preliminarmente, falta das condições da ação. No mérito, alegou a validade da Lei Municipal n. 3.403/93, ante sua publicação.

Impugnada a resposta, os autos foram remetidos ao Ministério Público, o qual opinou pela improcedência do pedido.

Sobreveio, então, a manifestação jurisdicional monocrática, a qual julgou improcedente o pedido, condenando o requerente ao pagamento de despesas processuais e honorários advocatícios na ordem de 20% sobre o valor da causa devidamente corrigido.

O requerente interpôs embargos de declaração à sentença prolatada, os quais foram rejeitados.

Irresignado com o teor do decisorio adverso, a tempo e modo apela a vencida, postulando, em síntese, a reforma da sentença, alegando, em preliminar, nulidade da sentença. No mérito, aduz que a Lei Orgânica do Município, dispõe, no artigo 88, que a publicação das leis e atos municipais far-se-á na imprensa local e por afixação na sede da Prefeitura, sendo que a ausência do primeiro requisito não se suplanta com o cumprimento do último.

Contra-arrazoados e devidamente preparados, os autos ascenderam a esta Corte.

O Órgão Ministerial, em ambos os Graus de Jurisdição, opinou pelo desprovemento do apelo.

É o relatório.

II — Voto

Preliminarmente, o apelante alega que a sentença adotou tese que não havia defendido, ocorrendo, em consequência, julgamento extra petita.

Não há como encontrar o excesso reclamado.

A sentença proferida apresenta deliberação relacionada exatamente com o que foi pleiteado, solucionando o litígio sem se desviar do tema central. O Magistrado não se utilizou de argumentos alheios aos temas essenciais, não decidiu a respeito de causa diversa da que lhe foi posta, nem entregou prestação jurisdicional que ultrapassasse os limites do pedido.

O pedido, a propósito, foi a declaração de ineficácia da Lei n. 3.403/93, o qual foi julgado improcedente, não havendo, portanto, na sentença, alteração do pedido ou da causa de pedir.

Nesse diapasão o julgado deste egrégio Tribunal de Justiça, proferido em caso idêntico ao destes autos:

“Ação de consignação em pagamento — Tributo municipal — Majoração — Lei — Vício de publicação — Sentença — Argumento não deduzido pela parte — Nulidade inexistente.

— Irregularidades no registro do jornal em que a lei é publicada não têm o condão de lhe retirar a eficácia.

— A lei não deixa de ter eficácia só porque publicada em jornal não regularmente registrado. ‘As exigências legais não se 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’ (Cândido R. Dinamarco)” (Apelação Cível n. 51.355, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Newton Trisotto).

Fica afastada, pois, a preliminar.

No mérito, a questão cinge-se, basicamente, à validade da publicação da sobredita lei em jornal dito clandestino.

Determina o art. 88 da Lei Orgânica do município de São Miguel do Oeste que “A publicidade das leis e atos municipais far-se-á na imprensa local e por afixação na sede da Prefeitura e da Câmara Municipal” e, o § 2º,

que “Nenhum ato produzirá efeito antes de sua publicação” .

A lei dispõe que a vigência de qualquer lei municipal está subordinada à “publicação na imprensa” local e “afixação na sede da Prefeitura e da Câmara Municipal”.

No entanto, conforme a lição do ilustre administrativista Hely Lopes Meirelles: “A publicação, em geral, se faz pela inserção do texto da lei no órgão oficial do Município, mas, inexistindo jornal local, far-se-á pela afixação da lei na portaria da Prefeitura, em forma de edital” (in Direito Municipal Brasileiro, 10ª edição, São Paulo, Malheiros, 1998, pág. 556).

A respeito do tema, esta Corte já decidiu, em idêntica hipótese:

“Autorizando o art. 88 da Lei Orgânica do Município, a publicidade de lei por afixação na sede da Prefeitura e na Câmara de Vereadores, irrecusável é a eficácia do diploma que está revestido daquele requisito” (Apelação Cível n. 51.232, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Francisco Oliveira Filho).

Ora, o fato de o “Jornal Regional” apresentar características de clandestinidade, por falta de matrícula, não interfere na validade da publicação, porquanto feita, também, com observância de dispositivo legal que permite a divulgação do texto legal por meio de sua exposição no espaço destinado a tal desiderato, na Prefeitura Municipal.

O que caberia contra esta suposta clandestinidade seria a imposi-

ção de uma sanção administrativa, não a nulidade da publicação dos atos que veicula. No mesmo sentido, o aresto proferido da Apelação Cível n. 51.286, relatado pelo eminente Desembargador Orli Rodrigues.

Mas ainda que fosse declarada a clandestinidade, apenas restaria observar que o Município, não contando, então, com órgão de imprensa oficial em área de seu território, pode utilizar-se da publicação de suas leis pela forma anteriormente comentada, expondo os seus textos em lugar acessível à população local, como no edifício da Prefeitura, o que foi efetivamente realizado.

Isso posto, nega-se provimento ao recurso.

III — Decisão

Nos termos do voto do relator, a Câmara, por votação unânime, desproveu o apelo.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmo. Srs. Des. Nelson Schaefer Martins e Cesar Abreu.

Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Ruy Olympio de Oliveira.

Florianópolis, 10 de maio de 2000.

Vanderlei Romer,

Presidente;

Eládio Torret Rocha,

Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 97.005026-7, DE CANOINHAS**Relator: Des. Eládio Torret Rocha**

Responsabilidade civil. Queda de avião. Morte do piloto. Dano moral e material. Dever de indenizar aos genitores da vítima. Cabimento. Culpa levíssima e risco objetivo. Admissibilidade. Artigo 7º, inciso XXVIII, da CF. Súmula 229 do STF. Quantum devido. Critério defluente do estabelecido pelo Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.565 de 19/12/86). Pedido deferido. Apelo parcialmente provido. Voto vencido.

1 — *Em tema de reparação civil por acidente aviatório com a morte tão-só do piloto, a responsabilidade em sentido estrito surge mesmo se o agente a quem se imputa o dano não procedeu com culpa, caracterizando, pois, o dever de indenizar pela responsabilidade objetiva ou teoria do risco (Fernando Noronha, Gradações da Responsabilidade Civil, JC 34/5).*

2 — *Nesse sentido, cumpre ter-se presente o princípio inerente à aludida teoria, qual seja, o de que se deve imputar responsabilidade indenizatória correlata àquele que explora ou cria situação de risco, bem como daí retira proveito, mormente econômico, pelo só fato de assumir a possibilidade de expor terceiros a perigo e causar-lhes danos.*

3 — *Assim sendo, se é o empregado quem mais proximamente está do perigo e por intermédio do qual o empregador, com mais habitualidade, retira proveito financeiro, é ele mais do que outrem quem deve ser beneficiado pelo regime da responsabilidade independente de culpa, sobretudo em tema de acidente aviatório em que perece o piloto da aeronave, também, como é curial, pelo intenso risco que esta atividade oferece.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.005026-7, da comarca de Canoinhas (1ª Vara da Infância e da Juventude e Registro Público), em que é apelante Indústria Ervateira Bonetes Ltda., sendo apelados Ramon Rene Gomez e Eudoxia Ana Romanuk de Gomez:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por maioria de votos, dar parcial provimento ao recurso para reduzir a verba indenizatória para 527,48 salários mínimos.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

No Juízo de Direito da comarca de Canoinhas, Ramon Rene Gomez e Eudoxia Ana Romanuk de Gomez promoveram ação de indenização por ato ilícito c/c dano moral contra Indústria Ervateira Bonetes Ltda.

Alegaram, em suma, que seu filho, Leandro Xavier Romanuk Gomez, era empregado da empresa-ré, atuando como piloto de avião e que, em 26 de maio de 1994, foi vítima de acidente aéreo, vindo a falecer.

Sustentaram, os autores, ainda, que o acidente decorreu da culpa da empregadora, em razão da falta de adequada manutenção da aeronave, pleiteando, a final, a sua condenação ao pagamento de indenização pelos danos morais e materiais decorrentes do sinistro.

Devidamente citada, a demandada apresentou resposta, negando, em síntese, qualquer participação culposa no evento, descrevendo os cuidados e manutenção a que o avião era submetido. Aduziu, ainda, a requerida, a necessidade da prova da culpa para que seja concebida a responsabilização civil, o que, no caso, inocorreu.

Realizada a audiência de instrução e julgamento, na qual a conciliação restou inexitosa, foram tomados os depoimentos pessoais das partes, além de serem inquiridas nove testemunhas.

Encerrada a coleta de provas, as alegações finais foram apresentadas sob a forma de memoriais, reiterando, as partes, em suma, os argumentos anteriormente sustentados.

Sobreveio, então, a prestação jurisdicional monocrática, a qual julgou parcialmente procedente o pedido, condenando a ré ao pagamento de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), a título de danos morais, acrescidos de juros legais, mais honorários advocatícios e ao pagamento de 75% das custas processuais, julgando improcedente o pedido de indenização por danos materiais.

Irresignada, a tempo e modo apelou a empresa vencida, propugnando, basicamente, pela reforma total da sentença, ou, alternativamente, a redução da condenação de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para 100 (cem) salários mínimos.

Os apelados apresentaram suas contra-razões, pugnano pela manutenção do decisório guerreado.

Com regular preparo, os autos ascenderam a esta Corte.

É, sinteticamente, o relatório.

II — Voto

Deflui do conjunto probatório amealhado haver Leandro Xavier Romanuk Gomez, filho dos apelados, sido contratado, em 1º/8/93, como piloto comercial, passando, a contar dessa data, a comandar os vôos da aeronave modelo Embraer 7110, prefixo PT-NIM, de propriedade da empresa apelante.

Nada obstante não haja sido pesquisado, na origem, o ano de fabricação do avião — até porque a apelante, propositadamente ou não, não providenciou a juntada, aos autos, de documento apto ao esclarecimento deste aspecto relevante à sorte da demanda — tudo leva a crer situe-se es-

se fato no ano de 1985, ou até antes disso, como se percebe pelo termo de fls. 53, no qual se constata um registro da mesma aeronave datado de 14 de novembro daquele ano.

Sendo assim, tomando em conta haver o acidente fatal ocorrido em 24/5/94, contava a sobredita aeronave, na época, com, no mínimo, quase dez anos de uso, o que, de se convir, não é pouco tempo, ainda que não se ignorem as peculiaridades da aviação civil nacional, a respeito do tempo de utilização dos aviões que cruzam os céus deste País.

O que se quer evidenciar, todavia, por relevante, neste passo, é o significativo tempo de utilização da aeronave em tela, circunstância esta a respeito da qual a apelante, de modo sintomaticamente estranho, repitasse, silenciou durante todo o decurso da lide.

É que, por evidente, se o veículo de navegação aérea focado, de propriedade da apelante, tivesse ano de fabricação recente de tal modo a evidenciar a improbabilidade de o acidente haver acontecido por outra causa que não defeitos originários de seu alongado tempo de uso, ou, quiçá, de má manutenção, teria se valido, de rigor, do argumento com a força probatória pertinente.

Como a respeito disso a recorrente se manteve silente, não fica difícil imaginar as suas fundadas razões para assim agir, até porque, como salta aos olhos, limitou-se a acostar, à sua resposta, grande número de documentos demonstrando as várias oportunidades em que o avião precisou de cuidados pertinentes, seja em face das necessárias revisões periódicas,

seja em face de eventuais defeitos gerados de sua já longa utilização.

Pelo sim, pelo não, a verdade é que, como propriamente admite o sócio da apelante, João Radael Silva Oliveira, em seu depoimento pessoal (fls. 126 e v.), "...o avião passou por uma revisão na oficina Gaplan em Curitiba. O depoente, depois disso, fez um vôo com Leandro ao Rio Grande do Sul, no qual o piloto constatou um comportamento anormal da aeronave, pousando, mas a 'pista ficou pequena', dada a urgência da aterrissagem. Os técnicos do Gaplan levaram o avião por terra até Curitiba onde passou por uma nova revisão, isto por uns quarenta dias. Após a segunda revisão o avião tinha umas dez horas de vôo", ao ensejo da ocorrência que vitimou o filho dos apelados, conclui-se.

Anote-se, por relevante, que o avião já vinha dando alguns problemas mecânicos à apelante, problemas esses, estima-se, de alguma gravidade, posto que, se assim não fosse, não precisaria permanecer, "em revisão", como alegado, por tanto tempo.

As evidências de que a aeronave apresentava, de fato, uma avaria relevante, são duas ocorrências importantes, a saber: a primeira é que o acidente fatal ocorreu a apenas dez horas desde a aludida segunda "revisão"; a segunda ocorrência é a circunstância estranha como sucedeu a sua queda. É que, segundo a própria certidão do Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos do Ministério da Aeronáutica, "Durante a subida o avião deixou de manter contato com o Controle Curitiba, sendo avistado por populares em rumo de colisão com o solo, após sair da cama-

da de nuvens" (fls. 14 — os destaques não são do original).

Ora, não obstante ausente, da certidão, a conclusão sobre a provável causa do acidente, tudo leva a crer que o avião, após processo de decolagem e ganho de altura, próximo já à camada de nuvem, acabou desgovernado, por ter de fazer trajetória contrária, espatifando-se no solo.

Assim é que de duas uma: ou a queda deu-se por mal súbito do piloto, ou, então, por apresentar novo problema mecânico. Como, todavia, o piloto contava, à época, pouco mais de 21 anos de idade, de higidez mental e física incontroversa, tudo leva a crer que sucedeu a segunda hipótese, já que a aeronave já apresentara, como visto, problema semelhante numa outra decolagem, quando a pista, segundo o seu proprietário, ficara pequena demais em face da urgência da aterrissagem demandada naquele ensejo.

Assim, a responsabilidade da apelante parece-me evidenciada e por isso mesmo irrecusável, como bem explicitado, aliás, na exauriente fundamentação da sentença, da lavra do culto Magistrado Dr. Hélio do Valle Pereira, que, neste aspecto, adoto como parte de meu voto.

Ei-la:

"Tenho, neste quadrante, que não se pode, em absoluto, debitar qualquer dose de responsabilidade pelo fatídico acidente à vítima. Reitero as informações dando conta da sua capacitação técnica, bem assim da absoluta falta de algum indício que indicasse, quanto ao sinistro, a contribuição pessoal do piloto para o acidente. Diversamente, sublinho, a própria empregadora revela a sua aptidão e ex-

periência para as funções. E se assim não fosse, a responsabilidade civil da ré emergiria cristalina, haja vista que seria reprovável juridicamente impor à pessoa desqualificada tarefa de tamanha complexidade.

"Demais, o registro do Ministério da Aeronáutica aponta que o avião já obtivera ganho razoável de altura logo após a decolagem, sendo avistado por populares 'após sair da camada de nuvens', momentos antes da queda. Mais, já na ascensão deixara de manter contato com a torre controladora de vôo — tudo a apontar para a ocorrência de alguma espécie de defeito mecânico (fls. 14).

"Parece mais plausível, neste passo, realmente, ver nesse provável fato a causa do acidente.

"De todo modo, a ré questiona enfaticamente sua responsabilidade — sob o ângulo subjetivo —, mesmo neste quadrante.

"Tenho, todavia, que, segundo este prisma, na visão mais autorizada da interpretação dos limites da responsabilidade subjetiva, faz-se presente a culpa da acionada.

"A ré busca centrar a regulamentação do caso no art. 7º, inciso XXVIII, da Constituição Federal, que a seu ver limita a responsabilidade do empregador em razão de acidentes de trabalho aos casos em que ficar configurada sua culpa ou dolo. Sabe-se, de pronto, que a intenção do legislador constitucional foi, imediatamente, afastar a exigência de culpa grave para caracterização da responsabilidade civil do patrão por acidente do trabalho, tal qual se requisitava no sistema legal precedente. A distinção procedida, de todo modo, ainda que se per-

maneira, neste terreno, fiel aos primados da responsabilidade subjetiva, deve ser vista com a ponderação necessária. É dizer, não se cuida de vislumbrar a culpa em seus contornos de outrora, mas sim com a perspectiva própria da situação contemporânea, diante da revolução à qual submetido o estudo da responsabilidade civil.

“Em decorrência, a jurisprudência e a doutrina têm se encaminhado em identificar a ‘falta de culpa’ com a presença de ‘caso fortuito ou de força maior, ou de culpa exclusiva da vítima’. Veja-se, neste sentido, o que destacadamente decidiu o egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, pela relatoria do eminente Desembargador Pedro Manoel Abreu:

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

‘Expungida a necessidade de prova do dolo ou da culpa grave, em face da nova orientação da Constituição Federal (art. 7º, XXVIII), vislumbrando-se a mais leve culpa do empregador pela produção do acidente do trabalho, procede a indenização fundada no direito comum, independentemente da indenização acidentá-

ria, ainda que haja concorrência de culpas.

‘Somente a ausência total de culpa do patrão, nas hipóteses de caso fortuito ou força maior, ou de culpa exclusiva da vítima, é que o isentará da responsabilidade civil concomitante à reparação previdenciária’ (Ap. Cív. n. 50.318, de Chapecó, DJE 8/10/96, pág. 8).

“O prestigiado Humberto Theodoro Jr. afirma, inclusive, que mesmo a levíssima culpa caracteriza a responsabilidade civil do empregador (Alguns Impactos da Nova Ordem Constitucional sobre o Direito Civil, RT 662/11).

“Este pensamento tem sido agasalhado, também, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, conforme julgados publicados na Lex-JTJ 159/247 (rel. Des. Reis Kuntz) e 177/100 (rel. Des. Pires de Araújo).

“Deve-se reafirmar a extrema relevância prática da identificação da ‘culpa’ referida no art. 7º, inciso XXVIII, da Constituição Federal, com a ‘culpa levíssima’, ou ,ainda, com a falta de prova do ‘caso fortuito, da força maior ou da culpa exclusiva da vítima’.

“Primeiro, o regime da ‘culpa levíssima’ é extremamente árduo, posto que dela ‘não estão isentos até os homens cuidadosos’ (Clóvis Beviláqua, Theoria Geral do Direito Civil, Ed. Paulo de Azevedo Ltda., 1953, pág. 353). Assim, na ‘culpa levíssima o evento só teria sido evitado se se tratasse de uma pessoa com atenção extraordinária ou portadora de especial habilidade’ (Antônio Lindbergh C. Montenegro, Ressarcimento de Danos, Âmbito Cultural, 1992, pág. 241).

“Logo, só por esta perspectiva já estaria caracterizada a responsabilidade civil do agente. É que já se constatou que a aeronave sinistrada contava com um histórico de defeitos que colocavam em dúvida a sua perfeição. Era intuitivo, assim, para a pessoa dotada de ‘atenção extraordinária, ou especial habilidade ou conhecimento singular’ (do conceito de culpa levíssima de Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro, vol. VIII, Saraiva, 1988, pág. 39) que o veículo de transporte aéreo estava sujeito a repentinas e inesperadas falhas.

“E note-se — mesmo abandonando-se a aceitação da culpa levíssima —, tem a jurisprudência sido ainda mais ousada, identificando a culpa à falta de caracterização de caso fortuito, de força maior ou de culpa exclusiva da vítima. Culpa exclusiva da vítima não ficou demonstrada, já se sabe; e tampouco ocorreu caso fortuito ou de força maior.

“É difícil definir o que seja o caso fortuito e a força maior, dada a diversidade formidável de teorias para explicá-los. Basta ter presente que se cuida de fatos invencíveis pela força humana (guerras, greves), seja provocado por fatos da natureza (como raios, enchentes), conforme exemplos de Sílvio Rodrigues (Direito Civil, vol. II, Saraiva, 1989, pág. 312); Washington de Barros Monteiro (Curso de Direito Civil, vol. IV, Saraiva, 1987, pág. 332) e Antônio Lindbergh C. Montenegro (ob. cit., pág. 304).

“O certo, de todo modo, é que, a par da não caracterização desses fenômenos nos autos, sequer em tese, como causa exonerativa da res-

ponsabilidade, o ônus da prova era imputado integralmente à ré (art. 333, inciso II, do Código de Processo Civil).

“Destarte, em primeira conclusão, ainda que se investigue a causa sob o ângulo da responsabilidade subjetiva, exsurge presente a obrigação da ré, haja vista os contornos amplos emprestados pela mais autorizada compreensão do dispositivo constitucional invocado — seja pela caracterização de culpa levíssima ou pela simples ausência de caso fortuito ou de força maior, ou mesmo de culpa da vítima, na hipótese de culpa leve.

“Particularmente, ainda que a conclusão precedente seja já suficiente para apontar o deslinde da ação, tenho que o mais apropriado é falar, na hipótese, em responsabilidade estritamente objetiva, decorrente do exercício de atividade perigosa.

“Leia-se, a este respeito, o que constou da contestação: ‘no entanto, em que pese o esforço da ré e do próprio piloto em voar dentro dos padrões tecnicamente recomendados, há que se admitir, forçosamente, que tal atividade traz implícito um alto grau de risco e que, muito embora tomados todos os cuidados com a segurança, o imprevisto pode acontecer em qualquer momento e de nada adiantarem as precauções observadas’ (fls. 29).

“Realmente, diante da incontestável afirmação, é obrigatório o reconhecimento de que se está diante de situação peculiar, posto que ‘se não é imputável culpa à pessoa que age, em princípio nem ela, nem ninguém, será responsável por quaisquer danos ocasionados a outras pessoas. Porém, em casos expressamente previstos na legislação vigente, ou em certos ca-

soes específicos sintetizados por elaboração jurisprudencial, através de 'interpretações' da legislação (mas que na realidade modificam esta ou vão além desta, correspondendo a verdadeiras normas gerais, como tais acatadas na sociedade embora de criação jurisprudencial), a responsabilidade civil em sentido estrito surge mesmo se o agente não procedeu com culpa: fala-se então em responsabilidade objetiva, ou pelo risco' (Fernando Noronha, Gradações da Responsabilidade Civil, JC 34/5).

"Trata-se de tema bem conhecido e que torna desnecessárias maiores divagações, mas cumpre ter sempre presente o princípio inerente à teoria, qual seja, que se deve imputar àquele que explora ou cria situação de risco, bem como daí retira proveito, mormente econômico, o dever de suportar — pelo só fato assumir a possibilidade de expor terceiros a perigo e causar-lhes danos — o dever de indenizar correlato.

"E a hipótese dos autos, bem sumariou o próprio réu, envolve enormes riscos.

"Neste quadrante, seria teratológico que se expusesse o empregado à situação menos confortável, juridicamente, do que a de terceiro que venha a ser lesado. De fato, representaria inconciliável contradição, reconhecer-se que, por hipótese, um passageiro do avião ou pessoa que visse a ser atingida pela sua queda, pudesse invocar o regime da responsabilidade civil objetiva, enquanto o empregado vitimado pelo mesmo aparelho houvesse de se apegar exclusivamente ao desfavorável sistema subjetivo.

"Ora, se é o empregado que mais proximamente está do perigo e de quem o empregador, com mais habitualidade, retira proveito financeiro, é ele mais do que outrem que deve ser beneficiado pelo regime da responsabilidade independente de culpa.

"O art. 7º, inciso XXVIII, da Constituição Federal, veio ampliar o raio de incidência da responsabilidade civil do patrão, mas jamais retroceder onde tal já era configurável pelos princípios ordinários que regem o assunto.

"Estes aspectos foram bem apreendidos em preciso julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo:

'Indenização — Responsabilidade civil — Acidente de trabalho — Morte de empregado — Atividade perigosa — Área de alto risco — Responsabilidade da empregadora caracterizada.

'Definida em concreto como perigosa a atividade, responderá o agente pelo simples risco, em casos de acidente do trabalho' (Lex-JTJ 150/78, rel. Des. Munhoz Soares).

"Em assim sendo, soma-se segundo argumento em favor da responsabilidade civil da ré — o exercício de atividade de risco, onde não é perquirida a culpa" (fls. 232/236).

A evolução dos princípios que, bem a propósito, sobretudo em tema de transporte aeronáutico, norteiam a reparação civil, encaminha-se, embora de forma lenta, porém firme, em direção ao reconhecimento da teoria do risco criado e da responsabilidade solidária.

Por isso mesmo é que o mestre Arnoldo Wald em seu artigo "Revisão

da Convenção de Varsóvia e do Protocolo de Haia”, publicado na Revista Brasileira de Direito Aeronáutico de 1966, páginas 20 a 113, enfatiza:

“Já se afirmou que a culpa como fundamento da responsabilidade civil se tornou um mito, e não há dúvida que, à medida em que progride a tecnologia e se intensifica a solidariedade social, a responsabilidade objetiva se impõe numa área sempre mais ampla de atividade”.

E, adiante, arremata o conhecido e emérito jurista:

“Se nas relações interindividuais ainda é possível apurar a responsabilidade, de acordo com o comportamento impecável ou culposos de uma das partes, nas relações entre grupos — empregados e empregadores na legislação de acidentes de trabalho, passageiros e empresas transportadoras no campo da aviação civil — a responsabilidade objetiva é limitada e seu consectário, que é o seguro obrigatório, são as únicas soluções possíveis no interesse da própria sociedade”.

No mesmo sentido, em sua magnífica obra “Transporte Aéreo e Responsabilidade Civil”, o professor Geraldo Bezerra de Moura, emérito especialista do tema jurídico ora focalizado, após examinar, do ponto de vista do transporte aéreo, a relação “risco criado e responsabilidade solidária” em face dos significativos avanços tecnológicos experimentados pela área nos últimos tempos e sua influência social, assinala:

“A utilização da aeronave é o suporte determinante na construção da teoria objetivista, em face das noções de risco e perigo, elementos pró-

prios das atividades aeronáuticas” (São Paulo, Edições Aduaneiras Ltda., 1992, pág. 240).

E, adiante, conclui o respeitável doutrinador:

“Em resumo, a responsabilidade objetiva baseia-se no princípio do risco criado e da responsabilidade solidária. O transportador deve responder pelos prejuízos causados aos passageiros ou mercadorias, independentemente do processo de verificação de culpa. O importante é a relação de nexo de causa e efeito entre o transporte e o evento” (pág. 241).

Penso, aliás, ser desnecessário fazer outras digressões para considerar aplicáveis as lições suso alinhadas ao acidente que vitima, como na hipótese, o próprio piloto, pois este é também, em última análise, um passageiro da aeronave sinistrada.

Há, pois, que se manter, neste aspecto, o decisório hostilizado.

No tocante, todavia, ao quantum indenizatório, penso que há que se prover parcialmente o apelo, dado que, ao contrário do que entendeu a douta sentença, o critério a ser adotado é o defluente do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.565 de 19/12/86), ou, mais especificamente, o explicitado a partir do seu artigo 257, como têm entendido, aliás, precedentes do colendo Superior Tribunal de Justiça (EREsp. n. 6.052-0—SP e REsp. n. 23.875-8—SP), normativo este assim redigido:

“A responsabilidade do transportador, em relação a cada passageiro e tripulante, limita-se, no caso de morte ou lesão, ao valor correspondente, na data do pagamento, a 3.500 (três mil e quinhentas) Obrigações do

Tesouro Nacional (OTN), e, no caso de atraso do transporte, a 150 (cento e cinquenta) Obrigações do Tesouro Nacional (OTN)” (dei destaque).

Todavia, em face da extinção, a partir de 16/1/89, da OTN, pela Lei n. 7.730 de 31/1/89, há que se proceder a devida transformação para o correspondente salário mínimo, critério indenizatório este admitido, aliás, por reiteradas manifestações jurisprudenciais, inclusive desta Corte, nada obstante a conhecida vedação da parte final do inciso IV do artigo 7º da Carta Federal.

Há, a respeito, aliás, lição confortadora deste critério de conversão da lavra do eminente jurista Ernani Fidélis dos Santos, critério este que, não obstante referido, no caso, de arrolamento, também é válido para a hipótese enfocada, verbis:

“Estabeleceu-se como critério de valor para o arrolamento em razão de valor de bens a ORTN. Passou a ORTN, depois, para OTN e após BTN, o qual foi extinto. Na consideração, porém, de que, financeiramente, a conversão reduz-se a um inexpressivo valor, há de ser feita conversão econômica, com base no salário mínimo, único que realmente resta como critério hábil, mesmo porque, tratando-se de apurar valor de alçada e não de moeda, não há proibição legal” (in Dos Procedimentos Especiais de Jurisdição Contenciosa, São Paulo, Forense, 3ª ed., pág. 348).

Sendo assim, considerando que, em dezembro de 1986, o valor do salário mínimo situava-se em torno de CZ\$ 804,00 e o valor expresso para a OTN do período era de CZ\$ 121,17, tem-se que 1 salário mínimo corres-

pondia, à época, a 6,6353 OTN's. Assim, em face do parâmetro legal expresso no artigo 257 da sobredita Lei n. 7.565/86 (CBA), tem-se que o valor indenizatório alcança 527 (quinhentos e vinte e sete) salários mínimos, que é o quociente da divisão de 3.500 OTN's por 6,6353, obtido de cálculo aritmético via regra de três simples.

À vista do exposto, entendendo de-va ser dado parcial provimento ao apelo, a fim de reduzir a verba indenizatória, por dano moral, cabível aos apelados, à data do efetivo pagamento, para 527 (quinhentos e vinte e sete) salários mínimos. Em razão da sucumbência recíproca, as custas judiciais e os honorários advocatícios serão recíproca e proporcionalmente distribuídos, sendo esta última verba à razão de quinze por cento, na conformidade do disposto no cabeço do artigo 21, combinado com o parágrafo 3 e alíneas do artigo 20, todos do CPC.

É como voto.

III — Decisão

Nos termos do voto do relator, a Câmara, por maioria de votos, deu parcial provimento ao recurso para reduzir a verba indenizatória para 527,48 salários mínimos.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Anselmo Cerello e Nelson Schaefer Martins, votando vencido o primeiro, para dar inteiro provimento ao recurso.

Florianópolis, 30 de março de 2000.

Anselmo Cerello,
Presidente;
Eládio Torret Rocha,
Relator.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Anselmo Cerello:

Dissenti da douta maioria, à luz do art. 7º, XXVIII, que erige como pressuposto basilar à responsabilidade patronal, quanto a danos sofridos pelos empregados, a “dolo” ou “culpa”. Quanto a esta última, embora não se exija a sua gravidade na locução sumular do pergaminho 229 do STF, persiste pelo menos em potencialidade mínima — culpa levíssima — como condição vinculativa a uma reparação laboral infortunistica, residual com projeção no âmbito da responsabilidade civil.

Ora, este preponderante pressuposto, para esteio da reparação civil, não resiste ao valor do conserto provatório sopesado que retrata a angustiante ausência da causa vinculativa em apreço.

De fato, sobressai que a aeronave pilotada pelo inditoso filho dos proponentes realmente, em face dos registros de pane, não reunia seguras condições de vôo, ao que prontamente socorreu a empregadora que transportou a aeronave, via rodoviária, aos reparos necessários em empresa para tanto credenciada em Curitiba (PR), sempre com vigilância da esta-

tal incumbida de observância das disposições de segurança — Embraer — das quais restou eloqüente a não afastabilidade por parte da empregadora.

Uma vez devolvidas as condições de vôo à aeronave, pela empresa, designada às reparações, não tendo a ré como não utilizar o veículo aeroviário nas suas operações empresariais, posto que o fato de ter apresentado “pane” não pode ser tido como imperativo de descartamento na utilização da aeronave. Se a empresa-ré a tanto se propôs, tal fato não é sustentáculo de sua culpabilidade, mesmo em graduação mínima.

Se o veículo em apreço veio a projetar-se após exíguo espaço temporal de vôo, causando o trágico evento, culpa alguma lhe pode ser imputada, mas, sim, à empresa reparadora, porque é crível que uma revisão eficiente evitaria o lamentável infortúnio.

Sob este prisma a actio foi mal direcionada, pois deveria abranger, a toda evidência, a empresa prestadora dos serviços de reparação, pois esta, com grande probabilidade, não foi de eficiência a contento, a contrario sensu o infortúnio não se verificaria.

Descartável a culpabilidade da ré, imerecida, com a devida venia, a cominação a ela imposta.

É o voto.

Anselmo Cerello.

APELAÇÃO CÍVEL N. 50.783 (88.087424-1), DE CANOINHAS**Relator: Des. Nelson Schaefer Martins**

Ação civil pública. Aprovação de loteamento pelo Município. Irregularidades. Afronta a normas de ordem pública. Legitimação ativa do Ministério Público. Tutela de interesses individuais homogêneos. Constituição da República Federativa do Brasil, arts. 127, 129, incs. III e IX. Lei n. 8.625, de 12/2/1993, art. 25, inc. IV, alínea a. Lei n. 8.078 de 11/9/1990, arts. 1º, 81, inc. III, e 82. Lei Federal n. 6.766 de 19/12/1979, art. 1º e parágrafo único. Lei Municipal de Canoinhas n. 1.747/1983, art. 53, inc. V e parágrafo único. Responsabilidade solidária do Município e dos loteadores. Apelações desprovidas.

Afirma-se a legitimação ativa do Ministério Público para o ajuizamento de ação civil pública na defesa de interesses individuais homogêneos, a teor do disposto nos arts. 127, 129, incs. III e IX da Constituição da República Federativa do Brasil; 25, inc. IV, alínea a da Lei n. 8.625 de 12/2/1993; e 1º, 81, inc. III, e 82 da Lei n. 8.078 de 11/9/1990.

Os adquirentes de unidades imobiliárias situadas em loteamento estão protegidos pelos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, pois parte-se do pressuposto de que a falta de infra-estrutura básica no loteamento implica em prejuízos aos moradores e aos eventuais futuros compradores dos lotes.

O Município age com culpa ao aprovar a execução das obras em loteamento que não observa integralmente as normas da Lei Federal n. 6.766 de 19/12/1979, art. 1º e parágrafo único, e da Lei Municipal de Canoinhas n. 1.747/1983, art. 53, inc. V e parágrafo único.

Os loteadores são solidariamente responsáveis com o poder público, pela não observância das regras estabelecidas pela legislação municipal específica.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 50.783 (88.087424-1), da comarca de Canoinhas (2ª Vara), em que são apelantes o município de Canoinhas,

Ezilton Bundant, Ignês Terezinha Siqueira Bundant e Francisca Spintzner, sendo apelado o Ministério Público Catarinense:

ACORDAM, em Câmara Especial, por votação unânime, afastar a preliminar e negar provimento aos recursos.

Custas na forma da lei.

Perante o Juízo da 2ª Vara da comarca de Canoinhas, o Ministério Público Estadual por seu Promotor de Justiça promoveu ação civil pública em face do município de Canoinhas e de Ezilton Bundant, Ignês Terezinha Siqueira Bundant, Erhardt Spintzner e Francisca Spintzner.

Apontou sua legitimidade para propor a medida com a finalidade de resguardar interesses ou direitos individuais homogêneos.

Alegou que o Município, pelo Decreto n. 58/1983, aprovou o Loteamento Mara Regina, de propriedade dos outros demandados, com a área de 10.000,00m², dividido em nove (9) lotes e registrado no Cartório de Registro Imobiliário.

O autor aduziu que após levantamento realizado, foram constatadas irregularidades como a falta de pavimentação e de colocação de meio-fio nas vias de circulação, em desrespeito à Lei Municipal n. 1.747/1983 que suplementa a Lei Federal n. 6.766 de 19/12/1979, sobre o parcelamento e urbanização do solo urbano.

Indicou que o Município jamais poderia liberar os lotes para venda a terceiros, pois a referida Lei Municipal, em seu art. 53, prevê, como condição essencial à aprovação de qualquer loteamento, a execução de benfeitorias de interesse da coletividade.

Na contestação o município de Canoinhas argüiu, em preliminar, a

ilegitimidade ativa do Ministério Público, sob o argumento de que não estariam configurados os interesses difusos ou coletivos autorizadores do ajuizamento da ação.

No mérito, alegou que os proprietários do loteamento são responsáveis pela implantação da infra-estrutura e o fizeram em relação ao arruamento, rede de distribuição de água, de energia elétrica e iluminação pública.

Os réus Ezilton Bundant, Ignês Terezinha Siqueira Bundant e Francisca Spintzner apresentaram resposta alegando que, na década de 1960, os lotes foram alienados a diversas pessoas, mediante recibo particular, pelo antigo proprietário João Quirino Siqueira, respectivamente pai e sogro dos demandados.

Assim é que os adquirentes tomaram posse das unidades imobiliárias e edificaram suas moradias.

Ocorre que com a morte de João Siqueira os réus herdaram o loteamento e, para tanto, tiveram de proceder ao desmembramento em parcelas, conforme já haviam sido divididas, com o intuito de regularizar a situação do imóvel e transmitir aos adquirentes a propriedade.

A sucessão hereditária teria ocorrido antes da vigência das Leis Federal n. 6.766/1979 e Municipal n. 1.747/1983.

Esclareceram que a Municipalidade, ante a necessidade de se atribuir o justo título a cada adquirente e levando em consideração que os lotes já eram servidos por vias urbanas, decidiu pela aprovação do loteamento.

Assim, competiria ao Poder Público a promoção das adequadas melhorias pertinentes à urbanização local.

O Ministério Público apresentou a réplica.

A sentença lançada, antecipadamente, rejeitou a preliminar de ilegitimidade ativa do autor e condenou os réus solidariamente na obrigação de executar as obras exigidas no loteamento, sob pena de execução específica e pagamento de multa diária de R\$ 100,00.

Sobrevieram as tempestivas apelações do Município e dos réus Ezilton Bundant, Ignês Terezinha Siqueira Bundant e Francisca Spintzner.

O Município insistiu na prefacial de ilegitimidade ativa e sustentou a tese de responsabilidade dos loteadores na realização das benfeitorias.

Os loteadores indicaram a mesma preliminar e no mérito insistiram nas teses apresentadas na contestação.

Os recursos foram preparados e contra-arrazoados e os autos ascenderam a esta Corte Estadual de Justiça.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça em parecer da lavra do Dr. Antonio César Pinto Costa opinou pelo desprovimento dos recursos.

É o relatório.

Ambos os apelos se referem à preliminar de ilegitimidade ativa ad causam do Ministério Público.

Ocorre que a prefacial não deve prosperar.

A legitimação ativa do Ministério Público, para a promoção de ação

civil pública na defesa de interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos, se afirma conforme as disposições constitucionais e legais abaixo reproduzidas:

1) Constituição da República Federativa do Brasil:

“Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

“(…) Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

“(…) III — promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

“(…) IX — exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”.

2) Lei n. 8.625 de 12/2/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público):

“Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:

“(…) IV — promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:

“a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coleti-

vos e individuais indisponíveis e homogêneos;”

3) Lei n. 8.078 de 11/9/1990 (Código de Defesa do Consumidor):

“Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

“Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

“I — interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

“II — interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

“III — interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

“Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados conconcorrentemente:

“I — O Ministério Público; (...)”.

A propósito, colaciona-se a doutrina de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery em Código de Processo Civil Comentado, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, págs. 1.395/1.396:

“Legitimidade do MP. Pode mover qualquer ação coletiva, para a defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. A CF 129 III legitima o MP para a ACP na tutela de

direitos difusos e coletivos, mas não menciona os individuais homogêneos. A CF 129 IX autoriza a lei federal a atribuir outras funções ao MP, desde que compatíveis com seu perfil institucional. A CF 127 diz competir ao MP a defesa dos direitos e interesses sociais e individuais indisponíveis. Como as normas de defesa do consumidor (incluída aqui a ação coletiva *tout court*) são, *ex vi legis*, de interesse social (CDC, 1º), é legítima e constitucional a autorização que o CDC 82 I dá ao MP de promover ação coletiva, ainda que na defesa de direitos individuais indisponíveis. O cerne da questão é que a ação coletiva, em suas três modalidades, é de interesse social”.

Ora, no caso concreto está presente a relevância social justificadora da tutela coletiva e do manejo da ação civil pública pelo Ministério Público, mesmo que se trate de demanda que envolva interesses ou direitos individuais homogêneos.

Assim, está o Ministério Público legitimado para agir até porque na inicial foi invocado o direito do consumidor para a propositura da demanda.

As normas de proteção e defesa do consumidor são por disposição do seu art. 1º da Lei n. 8.078/1990 de ordem pública e de interesse social.

Logo, os adquirentes das unidades imobiliárias situadas em loteamento estão protegidos pelos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, pois parte-se do pressuposto de que a falta de infra-estrutura básica no loteamento implica em prejuízos aos moradores e aos eventuais futuros compradores dos lotes, como também à coletividade, pois as vias

públicas são bens de uso comum do povo e da coletividade.

No mérito, os recursos devem ser desprovidos.

O parecer informativo de fls. 42/43 firmado por perito criminalístico indica que o Loteamento Mara Regina não apresenta meio-fio nem pavimentação nas duas ruas — Paul Harris e Adolfo Bading.

Identifica-se a responsabilidade do município de Canoinhas no fato de que a aprovação do loteamento se fez sem a execução destes serviços.

De outro modo, a responsabilidade dos loteadores reside na circunstância de que os lotes foram alienados sem a realização de obras imprescindíveis e previstas em legislação federal e municipal.

Dispõe a Lei Federal n. 6.766 de 19/12/1979:

“Art. 1º. O parcelamento do solo para fins urbanos será regido por esta lei.

“Parágrafo único. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão estabelecer normas complementares relativas ao parcelamento do solo municipal para adequar o previsto nesta lei às peculiaridades regionais ou locais”.

Refere-se a Lei Municipal n. 1.747/1983:

“Art. 53. Constitui condição essencial à aprovação de qualquer loteamento, a execução das seguintes obras e benfeitorias pelo interessado, após a aprovação do respectivo projeto:

“(...) V — Execução das vias de circulação, incluindo calçamento e colocação de meio-fio.

“Parágrafo único — A Prefeitura Municipal, pelo órgão competente, promoverá vistoria, e, desde que seja constatado o cumprimento do disposto no presente artigo, expedirá Termo de Verificação”.

Por oportuno, são trazidos à colação precedentes desta Corte Estadual de Justiça:

1) Apelação Cível n. 96.006105-3, de Canoinhas, rel. Des. Carlos Prudêncio, Primeira Câmara Civil, j. 27/5/1997:

“Ação civil pública. Preliminar de ilegitimidade ativa do Ministério Público afastada. Loteamento irregular. Afronta a regras de ordem pública. Tutela de interesses difusos e coletivos. Proteção do patrimônio público.

“O interesse dos consumidores é uma das espécies do gênero dos interesses chamados difusos, por não haver entre estas pessoas vínculo jurídico ou fático muito preciso.

“Logo, a legitimação do Ministério Público respalda-se na coletivização dos benefícios e desvantagens que podem atingir os adquirentes de loteamento, por exemplo, caso não haja, de parte da Municipalidade, rigorosa fiscalização das regras de ordem pública e dos serviços a serem prestados.

“Nova perícia. Desnecessidade. Medida protelatória.

“O loteador só fica sujeito à execução específica e à multa diária estabelecida, se até a execução permanecer renitente. Ademais, se assim proceder, outro levantamento técnico deverá ser feito na ocasião.

“Responsabilidade solidária do loteador e município. Culpa in omitendo e in comittendo do segundo.

“Age com culpa in omitendo o Município ao não fiscalizar obras essenciais de loteamento e, ao aprovar o projeto irregular, age com culpa in comittendo, respondendo, pois, solidariamente com o loteador pela adequação às normas técnicas de saneamento e infra-estrutura.

“Honorários advocatícios. Possibilidade de condenação. Lei n. 7.347/85, que não isentou o réu do ônus sucumbencial. Aplicação dos arts. 19 e 20 do Código de Processo Civil.

“A lei que regula a ação civil pública não isentou o réu do ônus sucumbencial, quando vencido. Logo, sua fixação é admissível nos termos dos arts. 19 e 20, pois não contraria as disposições da referida lei”.

2) Apelação Cível n. 50.860, de Canoinhas, rel. Des. Francisco Borges, Quarta Câmara Civil, j. 29/8/1996:

“Ação civil pública. Aprovação de loteamento com afronta a regras de ordem pública. Tutela de interesses difusos e coletivos. Proteção do patrimônio público. Legitimidade ativa do Ministério Público.

“O interesse dos consumidores é uma das espécies do gênero dos interesses chamados difusos, uma vez que entre estas pessoas não há vínculo jurídico ou fático muito preciso.

“Assim, a legitimação do Ministério Público está ínsita na coletivização dos benefícios e desvantagens que podem atingir os adquirentes, caso não haja de parte da Municipalida-

de rigorosa fiscalização das regras de ordem pública e dos serviços a serem prestados.

“A omissão do Município, ao aprovar loteamento disforme dos padrões de infra-estrutura legal, em nada socorre o loteador, pois sua responsabilidade pela conclusão dos trabalhos de infra-estrutura permanece inalterada. E esta responsabilidade decorre da própria Lei Substantiva Civil (artigos 159 e 1.518).

“Num segundo plano, mas, com idêntica responsabilidade (art. 15 do Código Civil), o Município divide com o loteador a responsabilidade pela lesão a que deu causa, ao aprovar deliberadamente o loteamento, com inobservância das regras estabelecidas pela legislação municipal específica”.

3) Apelação Cível n. 97.002089-9, de Canoinhas, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, Primeira Câmara Civil, j. 20/5/1997:

“Ação civil pública — Legitimação extraordinária do Parquet — Preliminar de impossibilidade de exercício rechaçada — Loteamento — Infra-estrutura em desacordo com a legislação — Obrigação solidária reconhecida — Sucumbência — Ônus dos réus vencidos — Reexame necessário e apelo — Desprovimento.

“Interesses metaindividuais de consumidores prejudicados na compra de lotes despidos de infra-estrutura obrigatória podem ensejar a atuação do Promotor de Justiça através da actio civil pública.

“Há responsabilidade solidária do Município, este por omissão, e do empreendedor, quando, em desrespeito à legislação federal e local, os lotes se apresentam à venda, independen-

temente de pavimentação e meio-fio, acreditando os adquirentes estarem aquelas benfeitorias incluídas.

“Adequado é o prazo de 180 (cento e oitenta) dias após o trânsito em julgado do provimento judicial para realização das obras faltantes, sob pena de execução específica e pagamento da multa diária de R\$ 100,00 (cem reais), revertida, se for a hipótese, ao fundo previsto no art. 13 da Lei n. 7.347/85.

“Derrotados, arcam os réus com o ônus da sucumbência”.

4) Apelação Cível n. 50.837, de Canoinhas, rel. Des. Amaral e Silva, Terceira Câmara Civil, j. 5/3/1996:

“Administrativo — Ação civil pública — Loteamento irregular por falta de infra-estrutura — Ação civil pública procedente — Responsabilidade do Município que aprovou o loteamento — Culpa subjetiva juntamente com a do loteador.

“Processual — Legitimidade do Ministério Público por se tratar de interesses coletivos — Sentença confirmada parcialmente para ampliar o prazo de adimplemento da obrigação — Precedentes jurisprudenciais.

“Versando a lide a respeito da falta de rede de água e iluminação pública; canalização de águas pluviais, abertura e pavimentação de ruas; falta de meio-fio; está o Ministério Público legitimado à respectiva ação civil pública, porquanto a ausência dessa infra-estrutura não interessa apenas aos adquirentes de lotes individualmente, mas à coletividade, por se tratar de bens de uso comum do povo.

“Vias públicas, água canalizada, iluminação pública, pavimentação

não constituem interesses individuais ou individualizáveis, divisíveis, homogêneos, mas transindividuais, porquanto interessam a toda a coletividade.

“Age com manifesta imprudência município que aprova loteamento carecedor da necessária infra-estrutura”.

5) Apelação Cível n. 50.731, de Canoinhas, rel. Des. Orli Rodrigues, Primeira Câmara Civil, j. 4/5/1999:

“Ação civil pública — Loteamento que não obedece às mínimas condições legais — Legitimidade do Parquet — Desídia da Municipalidade frente à omissão do loteador — Solidariedade de responsabilidades — Igualdade dos cidadãos perante a lei — Reclamo desprovido — Remessa parcialmente provida para isentar o Município das custas processuais.

“1. A falta de fiscalização por parte da Municipalidade, que em sua desídia, permitiu a aprovação de loteamentos sem a devida infra-estrutura, atenta contra os interesses não só dos que adquiriram os lotes, mas de uma coletividade de consumidores, legitimando a propositura da actio pelo Ministério Público.

“2. Ao trocar eficiência por deficiência na fiscalização de serviços e legalidade por arbitrariedade na forma de conduzir seus atos, assume o ente Municipal a responsabilidade solidária de implementação das obras de infra-estrutura faltantes no loteamento.

3. Não existe na Lei Federal n. 6.766/79, bem como na Lei Municipal n. 1.747/83 dispositivo dizendo que ao mais humilde é reservado loteamento onde as ruas não sejam pavimentadas. O que há é um comando cristali-

no na Lex Legum pátria impedindo qualquer distinção entre os seus jurisdicionados.

“4. O Município está isento do pagamento das custas processuais, a teor do que dispõe o art. 35, i, da Lei Complementar n. 156/97”.

6) Apelação Cível n. 50.848 (88.087650-9), de Canoinhas, rel. Des. Nilton Macedo Machado, Quarta Câmara Civil, j. 10/12/1998:

“Ação civil pública — Ministério Público — Interesses individuais homogêneos — Legitimidade ativa reconhecida.

“Loteamento — Obras de infra-estrutura obrigatórias por lei ou constantes do projeto não realizadas — Município e loteadores — Responsabilidade solidária reconhecida — Remessa e recurso não providos”.

7) Apelação Cível n. 50.726, de Canoinhas, rel. Des. Vanderlei Romer, Terceira Câmara Civil, j. 9/12/1998:

“Ação civil pública.

“Ministério público. Legitimidade.

“Sendo imperiosa a necessidade de uma atuação mais efetiva em defesa dos interesses metaindividuais de considerável número de consumidores, os quais estariam sendo prejudicados pela aquisição de terrenos em loteamentos irregulares, está o Ministério Público legitimado para propor ação civil pública.

“Loteamento. Aprovação, inobstante não satisfeitos os requisitos legais necessários para tanto. Dano ao consumidor evidente. Responsabilidade solidária do município e do loteador”.

8) Apelação Cível n. 96.006112-6, de Canoinhas, rel. Des. Solon d’Eça Neves, Segunda Câmara Civil, j. 5/3/1998:

“Ação civil pública — Loteamento irregular por falta de infra-estrutura — Legislação municipal que obriga a realização de obras de abertura e pavimentação de ruas, fornecimento de água e luz, bem como a estruturação de ruas e meio-fio — Ação procedente — Culpa subjetiva da Municipalidade que aprovou projeto sem tais requisitos — Legitimidade do Ministério Público — Recurso desprovido.

“A infra-estrutura de rede de água e de fornecimento de eletricidade, bem como o arruamento e pavimentação dos loteamentos é obrigação que legitima o Ministério Público à ação civil pública, porque a ausência de tais benfeitorias interessa a toda a coletividade, e não apenas aos adquirentes dos ditos imóveis. Argumentar que as obras não são realizadas porque o loteamento se destina às populações de baixa renda é argumento inadmissível, pois todos são cidadãos com iguais direitos, o que demonstra culpa subjetiva da Municipalidade, juntamente com a do loteador”.

A alegação dos réus, pessoas físicas, de que não eram proprietários dos lotes, mas que apenas estavam procurando regularizar a situação dos imóveis para que não houvesse prejuízo às pessoas que os adquiriram de seu antecessor na década de 1960, não encontra amparo na prova dos autos.

Assim, a tese não pode beneficiá-los pois não foi cumprido o disposto no art. 333, inc. II, do CPC.

Logo conclui-se que o município de Canoinhas agiu com culpa ao aprovar a execução das obras no loteamento Mara Regina, que não observaram integralmente as normas da Lei Federal n. 6.766 de 19/12/1979, art. 1º e parágrafo único, e da Lei Municipal de Canoinhas n. 1.747/1983, art. 53, inc. V e parágrafo único.

Os loteadores demandados são solidariamente responsáveis com o poder público, diante da não observância das regras estabelecidas pela legislação municipal específica.

Isso posto, afasta-se a preliminar de ilegitimidade ativa ad cau-

sam e nega-se provimento aos recursos.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cesar Abreu. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Antonio César Pinto Costa.

Florianópolis, 14 de junho de 2000.

Vanderlei Romer,

Presidente;

Nelson Schaefer Martins,

Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.014213-2, DE LAGES

Relator: Des. Nelson Schaefer Martins

Indenização por perdas e danos. Promessa de permuta de imóveis. Edifício em construção. Prazo para entrega. Retardamento na entrega das unidades imobiliárias. Código Civil, arts. 960, 1.056, 1.059 e 1.483. Lei n. 4.591 de 16/12/1964, art. 43, inc. II. Perícia. Parecer do assistente técnico da ré. Honorários advocatícios. Lei n. 8.906 de 4/7/1994, art. 23. Legitimação passiva dos fiadores. CPC, arts. 21, caput, 333, inc. II, e 436. Provimento parcial do recurso dos réus. Provimento do apelo dos autores.

É devida a indenização pelo retardamento na entrega de unidades imobiliárias, nos termos dos arts. 1.056 e 1.059 do Código Civil, mesmo que o compromisso particular de promessa de permuta de imóveis urbanos não contenha previsão acerca da destinação das salas comerciais e garagens a serem recebidas pelos autores.

Neste caso, para se caracterizar o inadimplemento dos réus não há necessidade de prévia interpelação ou notificação judicial, a teor do disposto no art. 960 do Código Civil.

O art. 43, inc. II, da Lei n. 4.591 de 16/12/1964 estabelece que quando o incorporador contrata a entrega de imóvel a prazo e pre-

ços certos, impõem-se-lhe, dentre outras obrigações e conseqüências, a responsabilidade pela indenização aos adquirentes ou compromissários, dos prejuízos que advierem do retardamento injustificado na conclusão das obras.

Não se faz necessária a prova, por parte dos autores, dos prejuízos e das perdas e danos, pois estes se presumem, ante a impossibilidade de utilização de unidades imobiliárias que já se encontravam quitadas pela permuta.

Faz-se a opção pelo parecer do assistente técnico dos réus quanto aos valores a serem indenizados a título de perdas e danos, pois o expert assistente, ao contrário do perito, não se limita a indicar as quantias aleatoriamente.

Os valores são justificados e são apontadas razões de mercado para esclarecer que em determinadas épocas do período a procura por imóveis para aluguel era maior ou menor. Assim, o seu trabalho oferece melhores elementos de convicção para a prolação do justo veredito, conforme autoriza o disposto no art. 436 do CPC.

Se os réus não apresentam prova eficiente de que condições atmosféricas adversas fossem causa justificável do atraso nas obras, descumprem o disposto no art. 333, inc. II, do CPC. Ademais disso, as dificuldades econômicas não se constituem em fato imprevisível.

Os ônus da sucumbência devem ser proporcionalmente distribuídos, diante do provimento parcial da apelação dos réus, a teor do disposto no art. 21, caput, do CPC, respeitadas as verbas honorárias dos advogados, na forma do art. 23 da Lei n. 8.906 de 4/7/1994.

É inequívoca a responsabilidade solidária dos fiadores, pessoas físicas, pelas perdas e danos, desde que haja previsão neste sentido em contrato acessório. Logo, deve ser afirmada a respectiva legitimação passiva.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.014213-2 da comarca de Lages (2ª Vara), em que são apelantes e apelados Hilda Barfknecht Hartmann, Aderbal José Hartmann, WJBRUN — Engenharia, Consultoria e Empreen-

dimentos Ltda., Willy João Brun, Ema da Costa Brun e Willy João Brun Filho:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso dos réus e dar provimento integral ao apelo dos autores.

Custas de lei.

Perante o Juízo da 2ª Vara Cível da comarca de Lages, José Bruno Hartmann e Hilda Barfknecht Hartmann promoveram ação ordinária de indenização por perdas e danos em face de WJBRUN — Engenharia, Consultoria e Empreendimentos Ltda., Willy João Brun, Ema da Costa Brun e Willy João Brun Filho.

Alegaram que em setembro de 1986 firmaram com a empresa WJBRUN, contrato de promessa de permuta de imóveis urbanos, em caráter irrevogável e irretratável. O objeto era a edificação de prédio de alvenaria em terreno permutado de propriedade dos autores, conforme as condições pactuadas no instrumento.

O prazo de conclusão da obra foi fixado em 120 (cento e vinte dias), com tolerância de mais 90 (noventa dias). Convencionou-se que a escritura pública de permuta seria lavrada em janeiro de 1987.

Porém, os réus não teriam cumprido com o pactuado. Assim é que em 4/10/1988, por pacto denominado de instrumento particular modificativo e aditivo a compromisso particular de promessa de permuta de imóveis urbanos em caráter irrevogável e irretratável, as partes estipularam que o prazo de conclusão da obra seria prorrogado para outubro de 1989, sem interrupções.

Foi assegurado ao autor José Bruno e seus prepostos o direito de livre acesso ao local, assistindo-lhe o direito de registrar e denunciar qualquer irregularidade que fosse constatada.

Estabeleceu-se ainda que as pessoas físicas de Willy João Brun,

Ema da Costa Brun e Willy João Brun Filho interviriam no negócio como avalistas e fiadores, responsabilizando-se solidariamente pelo cumprimento das obrigações assumidas anteriormente pela empresa WJBRUN.

A escritura foi outorgada em dezembro de 1988, ocasião em que a obra ainda não estava concluída. Os réus não cumpriram a avença no prazo e só entregaram a obra em junho de 1992, com 32 (trinta e dois) meses de atraso.

Os demandantes informaram das reclamações formuladas verbalmente, por telefone e por carta, e reclamaram do fato de que não puderam auferir rendimentos de aluguéis no período, com a ocorrência de perdas e danos a serem apurados em liquidação de sentença.

Os autores emendaram a inicial para indicar as unidades do prédio que foram permutadas e para esclarecer que o pedido de indenização se fundava na circunstância de que não puderam alugar as salas comerciais, diante da não-conclusão das obras no prazo convencionado.

Os réus contestaram e argüíram preliminarmente: a) a ilegitimidade passiva ad causam das pessoas físicas, pois o Condomínio Edifício Gemini fora liberado em favor dos autores em 17/10/1991 conforme ata, e a emissão do seu "Habite-se" deu-se em 27/1/1992; b) carência da ação sob o argumento de que os autores não poderiam pleitear indenização por perdas e danos diante de mera expectativa de contrato, em razão da ausência de certeza quanto à efetiva locação das unidades permutadas.

No mérito: I) repetiram a tese de que os autores ampararam seu pedido em expectativa hipotética quanto à possível locação das unidades permutadas e aduziram que: II) a empresa WJBRUN não agiu com culpa e que todo o esforço foi realizado para o cumprimento da obrigação dentro dos prazos estipulados, o que não foi possível por motivo de força maior, em face de condições atmosféricas adversas e em razão dos planos econômicos do governo, e da conseqüente recessão e inflação; III) o autor José Bruno pôde acompanhar a evolução das obras e seu desenvolvimento, estando ciente do que acontecia e que em 1991 fora informado de que as lojas poderiam ser utilizadas, com a ressalva de que as obras nos outros pavimentos teriam continuidade, com o que todavia o autor não concordou; IV) a empresa demandada propôs a aquisição das unidades permutadas, mas não obteve êxito; V) os autores tiveram excelente lucro com o negócio, pois o imóvel original fora avaliado por Cr\$ 4.000.000.000,00 e as unidades atingiram o valor de Cr\$ 10.000.000.000,00; VI) de outubro de 1991 a junho de 1992, a primeira ré suportou com as despesas de manutenção do condomínio e os autores não concorreram com qualquer contribuição; VII) os réus não se responsabilizaram por eventuais prejuízos que os autores viessem a ter com o negócio firmado; VIII) no empreendimento haviam lojas e garagens que ainda tinham sido alugadas ou vendidas, e que as lojas de números 16, 18, 19 e 21 foram vendidas pelos autores, assim como a garagem de número 12, sobre as quais deveriam ser excluídas quaisquer indenizações.

A tentativa de conciliação restou inexitosa.

O saneador acolheu a tese de ilegitimidade passiva de Willy João Brun, Ema da Costa Brun e Willy João Brun Filho e deferiu a produção de prova pericial.

Inconformados com a interlocutória, os autores opuseram o agravo a que se deu provimento, mantidos os litisconsortes na relação processual.

Os réus também agravaram no que tange à verba honorária do perito, mas o recurso não foi provido.

Apresentado o laudo pericial do perito e parecer do assistente técnico, comunicou-se o óbito do autor José Bruno.

As partes desistiram dos depoimentos pessoais e da inquirição das testemunhas, apresentando alegações finais por memoriais.

A sentença julgou parcialmente procedente o pedido dos autores para a) condenar a empresa demandada a indenizá-los nos valores dos aluguéis verificados no período entre os meses de outubro de 1989 a janeiro de 1992 ou a 28 meses, relativamente às salas de números 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24 e 602, na quantia de R\$ 400,00 para cada unidade/mês; b) remeter para liquidação a apuração do quantum relativo ao aluguel de duas garagens; c) determinar a incidência de juros a contar da citação e correção monetária a partir do ajuizamento do pedido; d) condenar a empresa ré na integralidade da verba honorária, fixada em 20% sobre o valor ao final apurado, acrescida das despesas processuais; e) dispensar os autores dos ônus da sucumbência por terem decaído de parte mínima do pedido; f) no

que tange à ilegitimidade passiva ad causam de Willy João Brun, Ema da Costa Brun e Willy João Brun Filho, por força do que fora decidido no saneador, estipulou-se a verba honorária em R\$ 1.000,00, de acordo com o art. 20, § 4º, do CPC.

WJBRUN — Engenharia, Consultoria e Empreendimentos Ltda., Willy João Brun, Ema da Costa Brun e Willy João Brun Filho apelaram tempestivamente com os seguintes argumentos: 1) os autores não teriam demonstrado que as salas comerciais relacionadas na inicial teriam sido alugadas; 2) as unidades que constituem duas garagens no 4º piso do nível 1 do Edifício Gemini seriam complemento das outras salas; 3) o contrato firmado entre as partes não estabelecia e nem informava que os imóveis — salas comerciais e garagens recebidos em promessa de permuta de imóveis urbanos serviriam para exploração por meio de locação; 4) as lojas de números 16, 18, 19 e 21, bem como a garagem n. 12, foram imediatamente vendidas pelos autores; 5) as unidades — loja de n. 23, garagem de n. 13 e a loja de n. 602 até a data da contestação, em 14/4/1993, não haviam sido vendidas ou alugadas; 6) as lojas que foram alugadas pelos autores permaneceram longo tempo desocupadas e sem interessados na locação, pois os preços pretendidos pelos autores estavam fora do valor do mercado imobiliário; 7) os lucros cessantes são devidos apenas decorrentes da atividade habitual do prejudicado; 8) inexistiu culpa ou dolo em qualquer fase da construção do empreendimento por parte da empresa; 9) a Lei n. 8.666/1993 prevê as hipóteses de atraso justificado das obras, como

condições atmosféricas ou econômicas adversas, afastando-se então a responsabilidade dos apelantes; 10) impossibilidade de indenização mediante a mera expectativa de locação dos imóveis; 11) os apelados deveriam ser condenados ao pagamento de verba honorária no mesmo percentual, ou seja, 20% do valor atualizado.

Hilda Barfknecht Hartmann e Aderbal José Hartmann apelaram apenas da parte da sentença que excluiu do pólo passivo, Willy João Brun, Ema da Costa Brun e Willy João Brun Filho e asseveraram que o aditivo alterou em parte o contrato inicial, trazendo, para o seu contexto, as pessoas físicas excluídas pela sentença.

Os recursos foram preparados e contra-arrazoados e os autos ascenderam a esta Corte Estadual de Justiça.

É o relatório.

1) Examina-se inicialmente o recurso dos réus WJBRUN — Engenharia, Consultoria e Empreendimentos Ltda., Willy João Brun, Ema da Costa Brun e Willy João Brun Filho:

Os autores, em 27/9/1986, contrataram com a empresa WJ Brun Engenharia, Consultoria e Empreendimentos Ltda., por meio de compromisso particular de promessa de permuta de imóveis urbanos, a troca de imóvel situado na Rua João de Castro, comprometendo-se a demandada a construir o empreendimento denominado Condomínio Edifício Gemini, conforme cláusulas 3 e 4 (fls. 9).

Convencionou-se ainda que a empresa transferiria aos autores a propriedade das dependências localizadas no pavimento térreo do edifício, com as respectivas frações, além de

uma sala no 1º andar, posteriormente identificada como de n. 602 e mais duas vagas de garagem para automóveis de grande porte.

Estipulou-se o prazo de 720 dias para entrega, prorrogável (cláusulas 5, 6 e 7 — fls. 9/10).

As partes formalizaram aditivo ao contrato em 4/10/1988, doravante com a intervenção dos garantidores Willy João Brun, Ema da Costa Brun e Willy João Brun Filho, ajustando-se que a obra seria concluída no mês de outubro de 1989 (fls. 12/13).

A obra foi entregue oficialmente em 27/11/1992, conforme Habite-se emitido pela Prefeitura do município de Lages (fls. 69).

Em razão do retardamento na entrega das unidades imobiliárias, os autores propugnaram pela indenização dos danos emergentes e dos lucros cessantes.

Destaque-se que não é razoável a assertiva de que não seria devida a indenização, pelo fato de que o contrato firmado entre as partes não previa a futura locação das salas comerciais e garagens recebidas em promessa de permuta de imóveis urbanos.

Ora, é evidente que os permutantes dariam de duas uma das seguintes destinações às diversas unidades imobiliárias em estabelecimento de vocação comercial: venda ou locação.

Logo, considerando que os demandados assumiram por contrato o compromisso de entrega em data certa, das unidades imobiliárias, é razoável a exigência de indenização, a partir do termo estipulado na última prorrogação de prazo para entrega.

Por oportuno, colaciona-se o magistério de J. M. de Carvalho Santos em Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. XIV, 9ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1977, ao discorrer sobre o art. 1.059:

"(...) 'As perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu (...) O verdadeiro conceito do dano contém em si dois elementos, pois se representam toda a diminuição do patrimônio do credor, é claro que tanto ele se verifica com a perda sofrida, ou seja a perda ou diminuição do patrimônio que o credor sofreu por efeito de inexecução da obrigação (*damnum emergens*), como também com a privação de um ganho que deixou de auferir, ou de que foi privado em consequência daquela inexecução ou retardamento (*lucrum cessans*)' (op. cit., pág. 255).

"O que razoavelmente deixou de lucrar. A indenização do prejuízo propriamente dito, ou seja, da perda sofrida não seria bastante, porque, em verdade, o dano sofrido pelo credor foi maior, abrangendo o que deixou de ganhar em virtude da inexecução da obrigação, sendo certo que se não fossem indenizados os lucros cessantes a indenização não colocaria o credor na mesma situação em que estaria se o contrato fosse executado. E se a indenização é um meio indireto de obrigar o devedor a cumprir a sua obrigação, colocando o credor na mesma situação em que ficaria se o contrato tivesse sido executado, claro está que a indenização carece abranger os lucros cessantes, para produzir essa sua finalidade" (op. cit., págs. 255/256).

Washington de Barros Monteiro em Curso de Direito Civil, Direito das Obrigações, 1ª parte, 17ª ed., São Paulo, Saraiva, 1982, pág. 334, esclarece:

“Dano emergente é o deficit no patrimônio do credor, a concreta redução por este sofrida em sua fortuna (quantum mihi abfuit). Lucro cessante é o que ele razoavelmente deixou de auferir, em virtude do inadimplemento do devedor (quantum lucrari potui).

“Para que se conceda o ressarcimento, necessário se torna que o credor efetivamente tenha experimentado prejuízo, real ou concreto. Não pode o juiz tomar em consideração simples valor afetivo. Como esclarece Van Wetter, impossível a estimação de semelhante interesse. A afeição é de ordem moral e por isso não comporta estimação pecuniária.

“Referentemente aos lucros cessantes, porém, não serão atendidos se não ao menos plausíveis ou verossímeis. Não se levam em conta benefícios ou interesses hipotéticos, porquanto estes, pela sua própria natureza, não admitem direta comprovação, tendo-se, pois, como inexistentes em direito.

“Medite-se, com efeito, no exemplo do mesmo Van Wetter: o vendedor deixa de entregar as iscas para uma projetada pesca. O comprador não pode pretender ressarcimento do valor dos peixes que apanharia, se as iscas lhe tivessem sido realmente entregues. Como ensina Hans Albrecht Fischer, ao direito compete distinguir cuidadosamente essas miragens de lucro, de que falava Dernburg, da verdadeira idéia de dano. Não se indenizam esperanças desfeitas, nem da-

nos potenciais, eventuais, supostos ou abstratos”.

Por outro lado, o inadimplemento dos réus, para se caracterizar, não dependia de prévia interpelação ou notificação judicial.

Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul:

“(…) Havendo prazo previsto para a conclusão da obra, sem que a mesma tenha sido adimplida, o decurso desse prazo, por si só constitui, de pleno direito, em mora o construtor, nos termos do art. 960 do CC, tornando-se desnecessária qualquer interpelação, além de não haver incidência do Dec.-Lei n. 745/69 quando se trata de promitente vendedor” (RT 584/215, TJMS, Turma Cível, Ap. Cív. n. 448/83, relator Des. Nelson Mendes Fontoura, j. 19/12/1983).

A sentença afirmou a aplicação das disposições dos arts. 1.056 e 1.059 do Código Civil que assim prescrevem:

“Art. 1.056. Não cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos.

“Art. 1.059. Salvo as exceções previstas neste Código, de modo expresso, as perdas e danos devidos ao credor, abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

O art. 43, inc. II, da Lei n. 4.591, de 16/12/1964 estabelece que quando o incorporador contrata a entrega de unidade a prazo e preços certos, impõem-se-lhe, dentre outras obrigações e conseqüências, a responsabilidade pela indenização aos adquirentes ou

compromissários, dos prejuízos que advierem do retardamento injustificado na conclusão das obras.

De outro modo, não se faz necessária a prova dos prejuízos e perdas e danos por parte dos autores, pois estes se presumem ante a impossibilidade de utilização de bem imóvel que já se encontrava quitado pela permuta.

Além disso, não se pode cogitar de necessidade de comprovação de culpa ou dolo por parte dos réus, durante a construção do empreendimento, para autorizar-se a reparação.

Ora, se os autores não puderam usufruir da posse das unidades imobiliárias desde outubro de 1989, deixaram de auferir as presumíveis vantagens e proveito daí decorrentes. Assim, não há que se vincular a indenização dos lucros cessantes ao exercício de atividade habitual neste ramo, pelos autores.

A propósito, são transcritos precedentes desta Corte Estadual de Justiça:

1) Apelação Cível n. 31.704, de Balneário Camboriú, rel. Des. João José Schaefer, Quarta Câmara Civil, j. 7/11/1991, DJESC n. 8.390, pág. 7, de 3/12/1991:

“— Ação ordinária de rescisão de contrato cumulada com indenização por perdas e danos.

“(…) As perdas e danos abrangem, além do que efetivamente perdeu o contratante, aquilo que razoavelmente deixou de lucrar (Código Civil, art. 1.059).

“— Se a obra estava prevista para determinada data, a partir de quando o contratante inocente a frui-

ria, sua inconclusão autoriza indenização correspondente ao lucro ou benefício que aquele contratante deixou de auferir.

“— Sentença confirmada”.

Trecho do v. acórdão:

“(…) Quanto aos lucros cessantes também não tem razão a ré.

“Indiscutível é seu inadimplemento, tanto que ela própria trouxe aos autos cópia do contrato por via do qual passou a José Testoni o encargo de concluir a obra, transferindo-lhe os imóveis. Isto, saliente-se, à revelia da autora.

“Lesada pelo inadimplemento, assiste à autora, nos termos do parágrafo único do art. 1.092 do Código Civil, o direito à rescisão do contrato com perdas e danos que, na conformidade do art. 1.059, abrangem, além do que efetivamente perdeu, ‘o que razoavelmente deixou de lucrar’.

“Se a obra estava prevista para ser concluída e entregue em 30/9/85 (fls. 10 e 21) e se em 28/5/85 a ré e José Testoni firmaram contrato que previa a construção do edifício no prazo de 48 (quarenta e oito) meses, sendo que em 4/4/88 não ficara concluída, é evidente que deixou a autora de desfrutar do apart-hotel nas temporadas de 85/86, 86/87 e 87/88, como o definiu a sentença, pelo que deve ser compensada ‘do que razoavelmente deixou de lucrar’.

Confirma-se, pois, a bem-lançada sentença de fls. 87 a 92 que declarou rescindidos os dois contratos, condenou a ré a devolver com a correção monetária, a contar de cada um dos pagamentos, os valores pagos pela autora, juros de mora da citação,

bem como ao pagamento de perdas e danos consistente na hospedagem de dois apart-hotel, pelo período de 15 (quinze) dias por temporada, em três temporadas, como for apurado em liquidação, por arbitramento, mais custas do processo e honorários de advogado à razão de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação”.

2) Apelação Cível n. 47.656, de Balneário Camboriú, rel. Des. Carlos Prudêncio, Primeira Câmara Civil, j. 9/4/1996:

“Ação de indenização de perdas e danos por inadimplemento contratual — Atraso na entrega das salas compromissadas — Lucros cessantes referentes a este período — Aplicação do art. 1.059 do Código Civil — As perdas e danos abrangem, além do que efetivamente perdeu o contratante, aquilo que deixou de lucrar — Recurso provido.

— Se a obra estava prevista para determinada data, a partir de quando o contratante inocente a fruiria, sua inconclusão autoriza indenização correspondente ao lucro ou benefício que aquele contratante deixou de auferir’ (Ap. Cív. n. 31.704, de Balneário Camboriú, rel. Des. João José Schaefer, in DJE de 3/12/91)”.

Trecho do v. acórdão:

“1. A própria ré confessa o atraso na entrega das salas compromissadas. Passo, então, a analisar o pedido do autor.

“Em virtude deste atraso, postula uma indenização pelo fato de ter deixado de locá-las e explorá-las.

“Pretende uma indenização por perdas e danos na modalidade de lucros cessantes, no que se refere aos

aluguéis que deixou de auferir em consequência do atraso na entrega das salas. Requer que tais valores sejam apurados em liquidação de sentença, com base nas verbas locatícias.

“Estabelece o art. 1.059 do Código Civil que as perdas e danos abrangem, além do que efetivamente se perdeu, o que razoavelmente se deixou de lucrar.

“Washington de Barros Monteiro ensina:

‘Lucro cessante é o que ele razoavelmente deixou de auferir, em virtude do inadimplemento do devedor (quantum lucrari potui)’ (Curso de Direito Civil, vol. IV, 25ª ed., Saraiva, pág. 334).

“É o caso dos autos. A entrega das salas estava prevista para determinada data, entretanto, estas foram recebidas pelo autor após o prazo estipulado.

“Nesse sentido a jurisprudência:

‘— As perdas e danos abrangem, além do que efetivamente perdeu o contratante, aquilo que razoavelmente deixou de lucrar (Código Civil, art. 1.059).

‘— Se a obra estava prevista para determinada data, a partir de quando o contratante inocente a fruiria, sua inconclusão autoriza indenização correspondente ao lucro ou benefício que aquele contratante deixou de auferir’ (Ap. Cív. n. 31.704, de Balneário Camboriú, rel. Des. João José Schaefer, in DJE de 3/12/91).

“Neste mesmo diapasão a Apelação Cível n. 39.867 (DJE de 23/10/92) (...)”.

3) Apelação Cível n. 96.008714-1, de Blumenau, rel. Des. Xavier Vieira, Segunda Câmara Civil, j. 17/6/1999:

“Ação de rescisão contratual cumulada com perdas e danos — Incorporação — Atraso na construção do prédio — Culpa da vendedora caracterizada — Pleito procedente — Incidência da cláusula penal.

‘O longo e injustificado atraso na entrega da obra, não solucionado após a notificação da incorporadora pelos adquirentes das unidades autônomas, configura inadimplemento a ensejar a rescisão do contrato de compra e venda, gerando para a vendedora a obrigação de indenizar os compradores pelas perdas e danos prefixados na cláusula penal’ (Ap. Cív. n. 97.006243-5, de Blumenau, de 4/11/97, rel. Des. Eder Graf”).

4) Apelação Cível n. 97.013560-2, de Balneário Camboriú, rel. Des. Carlos Prudêncio, Primeira Câmara Civil, j. 25/8/1998:

“(…) Perdas e danos. Direito à diferença de preço do bem ao valor de mercado e possibilidade de aquisição de bens equivalentes aos comprometidos, bem como os aluguéis dos dias de uso prometido do imóvel. Recurso desprovido.

“Fazendo parte da completa reparação dos danos a que faz jus a parte prejudicada, tem o compromissário comprador o direito de obter, a título de perdas e danos, os valores referentes a todos os aluguéis de todas as temporadas não usufruídas do imóvel, pelo período de atraso da conclusão e entrega da obra até os dias atuais. Outrossim, o direito à diferença de preço ao valor de mercado e a

possibilidade do pretendo comprador na aquisição de bens equivalentes ao comprometido também é devido, eis que se trata de valor integrante à recomposição dos prejuízos”.

A sentença que reconheceu o atraso na entrega das unidades (fls. 235) amparou-se no laudo técnico do perito, para condenar a empresa demandada a indenizar os autores nos valores aos aluguéis verificados no período entre os meses de outubro de 1989 a janeiro de 1992 ou a 28 meses, relativamente às salas de números 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24 e 602, na quantia de R\$ 400,00 para cada unidade/mês.

Remeteu-se, para a liquidação de sentença, os valores correspondentes a aluguéis de duas garagens.

Extrai-se do laudo pericial:

“a) Considerando o mercado imobiliário no período de 10/89 a 29/5/92, respondo que:

“Ano 89 — poderiam ser locadas 3 (três) salas comerciais, sito no 2º pavimento;

“Ano 90 — 10 (dez) salas comerciais;

“Ano 91 — 13 (treze) salas comerciais;

“Ano 92 — 13 (treze) salas comerciais.

“b) Em pesquisa efetuada recentemente no local das referidas unidades comerciais, o aluguel mensal atual está em torno de R\$ 400,00 (quatrocentos reais) cada sala. Sendo que, avalio em torno de US\$ 400,00 (quatrocentos dólares) cada unidade comercial mensal, justificando, coloquei os valores em dólar, devido a diversas trocas da moeda nacional no

período acima citado, evitando, assim, qualquer dúvida a respeito de valores.

"Assim sendo, o valor total da soma, durante o período de 10/89 a 29/5/92 é de US\$ 138.800,00 (cento e trinta e oito mil e oitocentos dólares)" (fls. 155).

O laudo do assistente técnico dos demandados por seu turno informou:

"(...) Diante de todos estes fatos sobejamente ilustrados e dentro do conhecimento técnico de mercado, este profissional relaciona a seguir nos períodos próprios as salas que o mercado locatício absorveria.

"No Ano de 1989 a Março de 1990 poderia ser absorvida pelo mercado a locação provável de 3 unidades.

"No período de Abril/1990 a Setembro/1991 poderiam ser locadas provavelmente uma média de 5 unidades.

"Entre Outubro/1991 a Maio/1992 poderiam ser locadas provavelmente as demais salas.

"(...) Os valores pela média de mercado ficaram em torno de R\$ 281,23 (duzentos e oitenta e um reais, vinte e três centavos) por unidade mensalmente:

"a) de 10/89 a 3/90 importariam em R\$ 5.062,14;

"b) de 4/90 a 9/91 importariam em R\$ 25.310,70;

"c) de 10/91 a 5/92 importariam em R\$ 11.249,20.

"Importando num total global de R\$ 41.622,04 (quarenta e um mil, seis-

centos e vinte e dois reais, quatro centavos)" (fls. 157/160).

A opção que deve ser feita, quanto ao valor a ser indenizado a título de perdas e danos, é pelo parecer do assistente técnico dos réus, ou seja, o valor da condenação deve corresponder a R\$ 41.622,04.

Isso se explica pois o expert assistente, ao contrário do perito, não se limitou a indicar as quantias aleatoriamente. Fê-lo justificando valores e apontando razões de mercado, para esclarecer que em determinadas épocas do período, a procura por imóveis para aluguel era maior ou menor.

Apontam-se, como exemplos, os seguintes dados ofertados pelo assistente técnico: a) rendimentos da caderneta de poupança mais atraentes que o desenvolvimento de atividades comerciais; b) interesse maior a aplicação em moeda norte-americana; c) exigência de luvas em importâncias consideráveis; d) necessidade de investimentos nas lojas locadas às expensas dos locatários e incorporação nos imóveis; e) confisco realizado na implementação do Plano Collor de março de 1990 com a consequente retração da economia.

Por consequência, tem-se que o parecer de fls. 157/160 oferece melhores elementos de convicção para a prolação de um justo veredito, conforme autoriza o disposto no art. 436 do CPC.

O fato da venda das lojas e de uma garagem, após a conclusão das respectivas obras, não prejudica a pretensão dos autores, pois o que buscam os demandantes é a indenização correspondente ao período

anterior à entrega destas unidades pelos réus.

A loja n. 18 foi vendida em fevereiro de 1992, conforme cessão de direitos de contrato de compromisso de compra e venda de imóvel de fls. 90/92; a loja n. 19 foi vendida em 25/11/1992, consoante certidão de fls. 93 e contrato de compromisso de compra e venda de imóvel de fls. 96/97; a loja n. 21 foi vendida em dezembro de 1992 conforme certidão de fls. 94; a garagem n. 12 foi vendida em janeiro de 1993, a teor da certidão de fls. 95; com relação à loja n. 16, não houve comprovação da venda.

Destaque-se que quanto às lojas de números 23 e 602 e a garagem de n. 13, até a data da contestação (14/4/1993), não havia notícia de venda ou aluguel. No que se refere às unidades que foram posteriormente alugadas pelos autores, registre-se que permaneceram por longo tempo desocupadas e sem interessados na locação.

A invocação à Lei n. 8.666 de 21/6/1993, que institui normas para licitações e contratos da administração pública, veio desacompanhada da indicação do dispositivo respectivo.

Por outro lado, os réus não apresentaram prova eficiente de que condições atmosféricas adversas fossem causa justificável do atraso nas obras, com descumprimento do disposto no art. 333, inc. II, do CPC.

Ademais disso, a difícil situação econômica que o país atravessava na ocasião não se constitui em fato imprevisível.

Colaciona-se precedente em Apelação Cível n. 98.000026-2, da Capital, rel. Des. Nilton Macedo Ma-

chado, Terceira Câmara Civil, j. 29/9/1998:

"(...) 'A implantação de novo plano econômico pelo governo federal não caracteriza caso fortuito ou força maior a elidir a responsabilidade da empresa construtora pela entrega da unidade transacionada no prazo avençado' (Ap. Cív. n. 97.003741-4, da Capital, rel. Des. Eder Graf)".

No mesmo sentido, Apelação Cível n. 97.003173-4, da Capital, rel. Des. Trindade dos Santos, Primeira Câmara Civil, j. 7/10/1999.

Quanto aos ônus da sucumbência, é conveniente que se registre que o provimento parcial da apelação dos réus implica na sua distribuição proporcional (CPC, art. 21, caput), respeitadas as verbas honorárias dos advogados, a teor do disposto no art. 23 da Lei n. 8.906 de 4/7/1994 (EOAB).

Nesse sentido, Theotonio Negão em CPCLPV, 30ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999, págs. 128/129:

"Art. 21: 1. A lei não distingue: se houve sucumbência recíproca, deve haver compensação de honorários, ou fixação proporcional destes (RTJ 86/245), salvo se a sucumbência não foi substancial (RSTJ 104/268).

"Cada parte deve suportar a verba advocatícia na proporção da sua derrota, bem como recebê-la na medida de sua vitória" (STJ, 2ª Turma, REsp. n. 13.526—SP, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 4/11/91, de ram provimento parcial, v. u., DJU 18/11/91, pag. 16.520).

"Art. 21: 1b. 'Desacolhidos dois dos pedidos formulados na inicial e rateadas as despesas processuais na

proporção de 40% a cargo da autora e 60% a cargo da ré, impõe-se, ante o inequívoco reconhecimento da sucumbência recíproca, distribuir e compensar, também proporcionalmente, as verbas honorárias devidas pelos litigantes' (STJ, 4ª Turma, REsp. n. 32.476-6—MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 4/5/93, deram provimento, v. u., DJU 7/6/93, pág. 11.263)".

2) Doravante passa-se à análise do apelo dos autores:

Os autores asseveraram que o aditivo, ao alterar o contrato original, trouxe, para o seu contexto, as pessoas físicas Willy João Brun, Ema da Costa Brun e Willy João Brun Filho, a teor do disposto no art. 85 do Código Civil.

No entanto, a sentença considerou a ilegitimidade passiva ad causam destes réus.

Nota-se que a preliminar de ilegitimidade passiva fora acolhida por decisão saneadora de fls. 130/132.

Desta interlocutória os autores opuseram o agravo de instrumento ao qual deu provimento a colenda Segunda Câmara Civil, por entender prematura a extinção do processo em relação a estes demandados.

Registre-se que o instrumento particular modificativo e aditivo a compromisso particular de promessa de permuta de imóveis urbanos de fls. 12/13 refere expressamente a solidariedade dos demandados, pessoas físicas e fiadores, conforme se transcreve:

"Ao referido compromisso particular de promessa de permuta de imóveis, datado de 27 de setembro de 1986, fica aditado que as pessoas físi-

cas, Willy João Brun e sua mulher dona Ema da Costa Brun, casados entre si pelo regime da comunhão universal de bens anteriormente à vigência da Lei n. 6.515/77, ele já qualificado acima, ela do lar, maior e capaz, e, Willy João Brun Filho, também já qualificado acima, a este ato comparecem na qualidade de avalistas e fiadores, responsáveis solidariamente, pelo total cumprimento das obrigações e incumbências referentes à execução dos serviços de construção sob a responsabilidade da firma WJBRUN — Engenharia, Consultoria e Empreendimentos Ltda., constantes naquele instrumento do qual o presente fica fazendo parte integrante e que ora é ratificado em todas as suas demais cláusulas que continuam em pleno vigor, cessando a responsabilidade destes, somente depois de devidamente concluído o condomínio Edifício Gemini à Rua João de Castro, nesta cidade de Lages, Estado de Santa Catarina, e, registradas todas as unidades a José Bruno Hartmann pertencentes, no cartório do Oficial do Primeiro Ofício do Registro de Imóveis e Hipotecas desta Comarca, o que será feito assim que for expedido o referido 'Habite-se' e a quitação dada pelo INPS na conformidade da lei para que o prédio seja devidamente averbado naquele Registro" (grifado).

Logo, é inequívoca a responsabilidade dos fiadores pelas perdas e danos, pois o contrato acessório garante o pacto principal.

Com o aditivo os autores obtiveram maiores garantias no que refere à conclusão e ao registro das unidades imobiliárias, e assim ficam estendidos os efeitos do contrato originário aos garantidores.

Dispõe o art. 1.483 do Código Civil:

“A fiança dar-se-á por escrito, e não admite interpretação extensiva”.

Washington de Barros Monteiro em Curso de Direito Civil, Direito das Obrigações, 2ª parte, 17ª ed., São Paulo, Saraiva, 1982, pág. 361, leciona:

“Fiança jamais se presume; para que alguém possa assumir obrigações de outrem, preciso será ato expresso, formal, em que figure de modo explícito a responsabilidade contraída.

“Por outro lado, não admite interpretação extensiva (art. 1.483, segunda parte) (fideijussio est strictissimi juris). Aliás, constitui regra geral em matéria de interpretação contratual que os contratos benéficos, entre os quais se inclui a fiança, se interpretam restritivamente (art. 1.090).

“O fiador só responde, portanto, por aquilo que expressamente con-

signa no instrumento; se alguma dúvida vier a surgir, será ela resolvida em favor do fiador.

“Assim, dada para uma parte da dívida não se estende ao resto; outorgada para certa obrigação não se amplia a outra; (...)”.

Isso posto, dá-se provimento parcial ao recurso dos réus e provimento integral ao apelo dos autores.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Xavier Vieira e dele participou, também com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Anselmo Cerello.

Florianópolis, 2 de dezembro de 1999.

João Martins,
Presidente para o acórdão;
Nelson Schaefer Martins,
Relator.

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.010767-1, DE ANITA GARIBALDI

Relator: Des. Xavier Vieira

Agravo de instrumento. Execução. Ausência de licitantes. Arrematação pelo banco credor em segunda praça por preço inferior ao valor atualizado dos bens constritados. Lanço que, apesar de corresponder a 72,85% do valor atualizado do bem, se caracteriza

como abaixo do valor real e pode ser considerado preço vil. Adjudicação fática.

— Não havendo licitante na segunda praça, a solução correta seria a adjudicação e por preço não inferior à avaliação judicial.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 99.010767-1, da comarca de Anita Garibaldi, em que é agravante Banco do Brasil S/A, sendo agravados Comércio de Cereais Aurora Ltda. e outros:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, sem voto discrepante, negar provimento ao recurso.

Custas ex lege.

Cuidam os autos de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pelo Banco do Brasil S/A contra decisão que anulou, de ofício, a arrematação, nos autos da execução promovida contra Comércio de Cereais Aurora Ltda. e outros, por considerar vil o preço ofertado pelos bens constritados.

Salienta que a primeira praça foi negativa e na segunda arrematou os imóveis penhorados por R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), correspondente a 72,85% do valor da avaliação, sendo injustificável a anulação, de ofício, da arrematação.

Indeferido efeito suspensivo ao recurso, posto que ausente o periculum in mora, um dos pressupostos autorizadores da concessão dessa medida, os agravados ofereceram contraminuta a fls.

É, resumidamente, o relatório.

Depreende-se dos autos que o agravante arrematou em segunda

praça duas áreas de terras num total de 968.000,00m², ambas situadas em Celso Ramos, equivalentes a 40 alqueires Paulista, pela quantia de R\$ 80.000,00. O valor atualizado dos bens penhorados era, em 31/1/99, de R\$ 109.970,72 (cento e nove mil, novecentos e setenta reais e setenta e dois centavos), sendo a dívida atualizada de R\$ 130.985,98 (cento e trinta mil, novecentos e oitenta e cinco reais e noventa e oito centavos).

O lance ofertado de R\$ 80.000,00 corresponde a mais da metade do valor da avaliação, isto é, a 72,85%.

Todavia, verifica-se que da arrematação não houve lançador, tendo o próprio banco exequente feito o lance de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), inferior ao valor atualizado dos bens penhorados em 31/1/99, que era de R\$ 109.970,72 (cento e nove mil, novecentos e setenta reais e setenta e dois centavos).

Diante disso, a pretendida adjudicação só poderia ser atendida pelo preço da avaliação, já que "não havendo concorrentes na segunda praça, não é lícito ao credor oferecer lance inferior ao valor constante do edital, sob pena de fazer letra morta o comando legal que vincula a adjudicação ao valor da avaliação. Embora operada como arrematação, o que ocorre, de fato, é uma adjudicação, impondo respeito às regras que lhe são inerentes" (4ª Câmara Civil, Agra-

vo de Instrumento n. 98.002894-9, de Criciúma, relator Des. Francisco Borges).

E ainda: Agravo de Instrumento n. 98.014177-0, de Uribici, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 18/2/99.

Acerca da matéria, ensina Humberto Theodoro Júnior:

“...o credor, seja qual for a natureza de seu crédito, nos termos do art. 714 e § 1º do Código de Processo Civil, só poderá adjudicar a coisa penhorada se o praxeamento findou sem lançador e mediante oferta de ‘preço não inferior ao que consta do edital’. É evidente que, sendo tais as exigências para que o credor possa obter a adjudicação, não se toleraria o comparecimento do mesmo para arrematar como lançador, sem concorrente e na base, em segunda praça, de lance inferior ao da avaliação ou da estimativa aceita, que constou do edital. As mesmas exigências da adjudicação valem para a arrematação do bem pelo credor, sob pena de se tornarem iníquas: bastaria que o credor comparecesse à segunda praça e, verificando não ter concorrente, oferecesse lance de valor menor que a do edital. A regra de interpretação a seguir, nessa hipótese, é a de que se deve escolher o entendimento dos textos legais viável ao seu objetivo, não o que os reduza à inutilidade (*commodissimum est, id accipi, quo res de qua agitur, magis valeat quam pereat*).

“Bem por isso, aliás, para que restassem inúteis ou frustradas as exigências para adjudicação pelo credor, o artigo 690, § 2º, do Código de Processo Civil, em possibilitando ao credor arrematar, dispensou-o da exibição do preço, mas lhe determinou,

quando o valor dos bens exceda o seu crédito, o depósito, num tríduo, da diferença, sob pena de desfazer-se a arrematação, efetivando-se nova praça a sua custa. A norma não distingue, nem excepciona, valendo para a primeira e a segunda praça. Ora, se a arrematação pelo credor somente se aperfeiçoa quando deposita a diferença entre o seu crédito e o valor dos bens, a conclusão a que se chega, indubitavelmente, é a de que não poderá arrematar por valor inferior. Mais duas regras de interpretação lógica podem ser invocadas na espécie, a de que não deve o intérprete distinguir onde a lei não distingue (*ubi lex non distinguere nec distinguere debemus*) e a de que as leis não contêm palavras inúteis (*verba cum effectum sunt accipienda*). Se o credor, com efeito, pudesse arrematar por preço inferior ao valor do edital e da determinação do dispositivo em exame seria inútil. Bastaria que, ao invés de usar a expressão ‘valor dos bens’, utilizasse ‘o preço’, ‘o lance’ ou ‘a oferta’. O que não é possível é estabelecer sinonímia entre ‘valor dos bens’ e ‘preço’, conceitos totalmente diversos. Basta ler, aliás, o § 2º do art. 690 para se verificar que tais expressões foram usadas no mesmo em seus precisos conceitos. Se outra fosse a intenção do legislador, ele teria evitado a redundância, usando o termo ‘o mesmo’ (já que aludira ao preço da primeira parte) ao invés de ‘valor dos bens’. Essa segunda expressão em seguida à primeira, evidentemente, limitou-a, ou seja, restringiu o preço ofertado pelo credor ao valor mínimo dos bens, aquele consignado no edital.

“A equiparação do credor ao terceiro, não interessado na execução, na

praça 'a quem mais der', representaria, aliás, flagrante injustiça, que o legislador intentou evitar. É que o terceiro, que pretenda arrematar pela melhor oferta, só oferece a sua própria disponibilidade, mero comprador à procura de um negócio vantajoso. Já o credor, seja exequente ou concorrente, veio ao processo para ser, precipuamente, ressarcido de seu crédito, não lhe podendo valer a sua maior capacidade aquisitiva em detrimento dos demais. Se quer, pois, integrar o bem em seu patrimônio, por via da arrematação poderá fazê-lo, mas com respeito aos outros credores, especialmente quando não existam outros bens que lhes possam assegurar o ressarcimento de seus créditos, como no caso em tela, depositando a diferença entre o seu próprio crédito e o valor da coisa arrematada. Como adverte Amílcar de Castro, 'o credor não vem a Juízo fazer bons negócios, mas apenas cuidar de reembolsar o que

lhe é devido' (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. VIII, ed. 1974, no. 490, pág. 358). Isso o diferencia, cabalmente, do terceiro que arremata.

"Em síntese, parece-nos que a jurisprudência vai se inclinando para o entendimento de que 'no regime do atual Código, tanto a arrematação pelo exequente, quanto a adjudicação dos bens ao credor, nunca se fará por valor inferior ao da avaliação judicial (art. 714)'" (Comentários ao CPC, vol. IV, págs. 475/476).

Desse modo, nega-se provimento ao apelo.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Anselmo Cerello e Gaspar Rubik.

Florianópolis, 25 de novembro de 1999.

Xavier Vieira,
Presidente e Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.010276-9, DE ORLEANS

Relator: Des. Carlos Prudêncio

Execução fiscal. Penhora. Faturamento mensal da empresa. Observância do art. 677 e seguintes do CPC. Necessidade.

A penhora sobre o faturamento mensal da empresa é medida de extrema excepcionalidade que, por configurar verdadeira penhora da empresa, não é admissível sem a observância dos preceitos estabelecidos no art. 677 e seguintes do CPC.

Ltda., sendo agravado o Estado de Santa Catarina:

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 99.010276-9, da comarca de Orleans, em que é agravante Cerâmica Araújo

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, dar provi-

mento ao recurso de agravo de instrumento.

Custas legais.

I — Relatório

Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por Cerâmica Araújo Ltda., contra decisão proferida nos autos da ação de execução fiscal n. 087.97.000086-0 movida pelo Estado de Santa Catarina que determinou a penhora de 30% do faturamento mensal da empresa agravante.

Despacho às fls. 58/59. Manifestação do agravado às fls. 67/69 e da douta Procuradoria-Geral de Justiça às fls. 73/78.

II — Voto

Consagra o § 1º do art. 11 da Lei de Execução Fiscal que:

“Excepcionalmente, a penhora poderá recair sobre estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, bem como em plantações ou edifícios em construção”.

A aplicabilidade desse artigo não pode ser divorciada do conteúdo do artigo 677 e seguintes do Código de Processo Civil que trata da penhora de estabelecimento comercial.

Heraldo Garcia Vieira, in *Execução Fiscal — Doutrina e Jurisprudência*, Saraiva, 1998, pág. 270:

“O legislador exige, dessa forma, que a constrição ocorra de maneira excepcional; ou seja, apenas se não forem encontrados bens do devedor suficientes à garantia do crédito fiscal, assim mesmo depois de constata-

ção da situação financeira precária dos sócios-gerentes (responsáveis-tributários), poderia a penhora recair nas universalidades indicadas na LEF (...) a lei processual civil tem basicamente a mesma redação da LEF, conforme se vê em seu art. 677. Este dispositivo, aliás, exige a nomeação de um depositário-administrador, com finalidade de os bens penhorados serem conservados (...) no estado em que se encontrem por ocasião de sua apreensão e se mantenham em funcionamento normal, razões que determinam a sua continuidade administrativa”.

JB Torres de Albuquerque, in *Da Execução Fiscal e do Crime de Sonegação Fiscal*, 9ª ed., AEA, pág. 72:

“Quando a penhora recair em estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, bem como em seus semoventes, plantações ou edifício em construção, a sua administração será exercida por um administrador, nomeado pelo Juiz Executor, cumulando, destarte, este encargo com o de depositário”.

De pronto, vislumbra-se que a penhora de parte do faturamento de empresa é medida de extrema excepcionalidade e, quando admitida, deve seguir os trâmites exigidos pelo art. 677 e seguintes do Código de Processo Civil. Simples despacho determinando a penhora de percentagem do faturamento, sem a observância do procedimento estabelecido nos artigos supramencionados, não está coberto pelo manto da legalidade.

No REsp. n. 183630/SP, publicado no DJU de 14/12/1998 relatado pelo Ministro Garcia Vieira, do STJ, afirma:

“Predomina no STJ o posicionamento no sentido de que só se admite a penhora de parte do faturamento da empresa quando não houver outros bens a serem penhorados e com as cautelas exigidas pelos arts. 677 e 678 do CPC”.

Também, no REsp. n. 150896, publicado no DJU de 14/12/1998, relatado pelo eminente catarinense, Ministro Hélio Mosimann, do STJ, colhe-mos:

“Na execução fiscal, não se admite que a penhora recaia, de forma simplista, sobre a renda diária da empresa executada, com o depósito em estabelecimento bancário”.

A argumentação imprimida pelo Estado de Santa Catarina em suas contra-razões é de que o colendo Superior Tribunal de Justiça permite a penhora do faturamento da empresa. Todavia, este posicionamento, conforme afirmação do Ministro Garcia Vieira, está superado, sendo necessário, como visto, que a penhora seja cercada de todas as formalidades

processuais. Com efeito, diz sua Excelência no REsp. n. 163549/RS — 98/0008250-6, DJU 14/9/1998, pág. 15, que:

“A penhora que recai sobre o rendimento da empresa equivale à penhora da própria empresa, razão pela qual não tem mais a egrégia Primeira Turma admitido penhora sobre faturamento ou rendimento”.

III — Decisão

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Orli Rodrigues e Newton Trisotto.

Florianópolis, 24 de fevereiro de 2000.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente;
Carlos Prudêncio,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.017295-3, DE DIONÍSIO CERQUEIRA

Relator: Des. Carlos Prudêncio

Agravo de instrumento. Desconto automático de conta corrente, do depósito mensal de aposentadoria, a título de saldo devedor de empréstimo. Impossibilidade.

É garantida aos trabalhadores urbanos a proteção do salário na forma da lei, nos termos do art. 7º, X, da CRFB.

São absolutamente impenhoráveis, ex vi do art. 649, IV, do CPC, proventos de aposentadoria depositados mensalmente em conta corrente e indispensáveis ao sustento familiar.

O seu desconto automático em conta corrente bancária apresenta-se eivado de ilegalidade, pois se nem mesmo o Juízo está autorizado a proceder a tal apreensão, muito menos o está uma instituição financeira.

Eventual cláusula contratual autorizativa de tal proceder encontra-se inevitavelmente atacada por vício de ilegalidade, pois a impossibilidade de bloqueio de verbas salariais constitui norma cogente que não pode ser arcada por convenção das partes.

Processual civil. Cautelar obstativa de inscrição do nome do devedor no Serasa/SPC/Cadin. Admissibilidade. Respeito ao princípio constitucional do contraditório. Dever do Judiciário de expurgar do ordenamento efeitos de diplomas legais notoriamente ditatoriais. Recurso desprovido.

Ofende o princípio constitucional do contraditório, previsto no art. 5º, LV, da CF/88, a inscrição unilateral do nome dos devedores no cadastro do SPC/Serasa enquanto pendente ação revisional na qual se pretende discutir cláusulas consideradas abusivas da relação obrigacional.

Não se desconhece que tal lançamento, feito de forma unilateral, tem como finalidade única coagir o devedor a pagar a conta apresentada — também unilateralmente — com índices que somente as casas bancárias sabem manipular dizendo haver um contrato assinado pelas partes. O Judiciário deve cumprir rigorosamente seu papel, que é o de expurgar das leis e dos costumes referidos atos ditatoriais, determinando que as autoridades públicas, infelizmente aí incluídos os banqueiros — pois estes mandam mais que aqueles em razão da simbiose que há entre ambos — acordem para o fato de que a grande transformação social por que passa o mundo não permite que a maioria numérica com direitos democráticos submeta-se aos poucos que ainda estão impregnados de conceitos da monarquia absolutista.

Estando o débito em discussão no Juízo, é de ser concedida a antecipação da tutela para que o nome da devedora não fosse remetido ou, acaso já o tenha, fosse excluído dos cadastros de proteção ao crédito pela respectiva dívida.

Contratos bancários. Código de Defesa do Consumidor. Aplicabilidade.

A atividade desenvolvida pelas instituições bancárias encontra plena tipificação na expressão fornecedor descrita pelo caput do artigo 3º, uma vez que prestam serviços de natureza bancária, financeira e de crédito. A referência aos serviços bancários, financeiros e de crédito absorve a atividade de fornecimento de crédito.

Dessa forma, os contratos de abertura de crédito, de financiamento, de leasing, de alienação fiduciária estão incluídos no conceito legal de serviços previsto no Código de Defesa do Consumidor. Assim, não há como afastar a sua incidência nos contratos firmados pelas instituições financeiras.

Recente decisão do colendo Superior Tribunal de Justiça reconheceu explicitamente a aplicação do Código de Defesa do Consumidor: “Processual Civil. Cautelar. Inscrição do nome do devedor no SPC. Ação revisional de mútuo acolhida. Art. 42 do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes. Agravo desprovido.

“Havendo ação revisional de mútuo em curso, inclusive com resultado favorável ao devedor, recomendável aguardar-se o final da demanda antes da inserção do nome do devedor nos serviços de proteção ao crédito” (STJ, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 1998/0078187-0-RS, Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 9/11/1999, DJU 14/2/2.000 pág. 39).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 99.017295-3, da comarca de Dionísio Cerqueira, em que é agravante Banco do Estado de Santa Catarina S/A — Besc, sendo agravado Nilto Moraes:

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

Custas legais.

I — Relatório

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pelo Banco do Estado de Santa Catarina S/A contra decisão proferida nos autos da Ação de Revisão

de Contrato n. 017.99.000903-0 proposta pelo agravado, que deferiu o pedido de antecipação de tutela, determinando que o banco réu, com relação ao contrato sub judice, absteinha-se de efetuar qualquer desconto da conta corrente do autor, bem como de inserir restrições nos cadastros do Serasa, com relação àquele e seu avalista.

Argumenta, em suma, que houve autorização firmada pelo acionado para desconto em folha de pagamento, salientando, também, que foge ao âmbito da tutela jurisdicional inserir restrições no cadastro do Serasa.

Requer a concessão de efeito suspensivo e, ao final, a reforma da decisão recorrida.

Denegado o pedido de efeito suspensivo conforme despacho de fls. 157/158.

Manifestação do agravado às fls. 165/166.

II — Voto

Colhe-se do processado na ação de revisão de contrato que foi deferida a tutela antecipada na qual o acionado pugnava pela suspensão de retenção de proventos, referente às prestações do contrato n. 1998/087075-6, efetuada diretamente em demonstrativo de pagamento pela instituição financeira, por decorrência de saldo relativo a cheque especial, bem como impedir o Besc de inserir restrições no cadastro do Serasa com relação ao autor e seu avalista.

É essa a breve síntese do decisório recorrido.

Ora, extrai-se dos autos que, diante de dificuldades econômicas que atravessava, o agravado foi obrigado a utilizar seu limite de crédito avençado com o Banco do Estado de Santa Catarina, extrapolando-o.

Ocorre que o agravante passou a descontar proventos relacionados à aposentadoria do agravado, diretamente da sua conta corrente, relativamente às parcelas do empréstimo efetuado, correndo o risco de ter seu nome inscrito nos cadastros de proteção ao crédito, ante a possibilidade de cessação dos débitos efetuados pela instituição financeira.

A controvérsia originou-se de um contrato de abertura de crédito

pessoal em que o agravado figura como devedor e que está sendo discutido em Juízo. Irresignado com o despacho que concedeu a tutela antecipada para impedir a inclusão do nome do devedor nos cadastros do Serasa, bem como para deixar de realizar qualquer débito na sua conta corrente, a instituição bancária agravou de instrumento requerendo primeiro a suspensão e posteriormente a reforma do despacho.

1) Débito em conta corrente

Não se pode admitir que o agravante continue a realizar débito na conta corrente do agravado. É que não estando precisados os valores devidos afigura-se arbitrário o desconto de valores unilateralmente fixados pelo Banco, piorando sobremaneira a situação financeira do agravado pelos elevados encargos.

Ora, o art. 649, IV, do CPC, expõe que são absolutamente impenhoráveis os vencimentos e salários, aos quais se reconhece o caráter alimentar. Na lição de Hely Lopes Meirelles, em seu *Direito Administrativo Brasileiro*, 13ª ed., Ed. RT, São Paulo, 1987, pág. 396, a “natureza alimentar dos vencimentos não permite sejam eles retidos pela Administração, nem admitte arresto, seqüestro ou penhora”.

Dispõe, ainda, o art. 7º, X, da Constituição Federal de 1988, que:

“Art. 7º — São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

“X — proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa”.

Cândido Dinamarco, a propósito, já sustentou que: “no Direito Brasileiro Positivo, a auto-executoriedade sofre pelo menos (no que tange com o assunto de que ora se cuida) as restrições decorrentes dos chamados ‘limites políticos da execução’: quer o ordenamento jurídico que as obrigações sejam cumpridas e os direitos subjetivos satisfeitos (ou seja, quer que a vontade da lei seja realizada e quer que a execução forçada conduza precisamente aos resultados que seriam obtidos mediante a submissão voluntária do obrigado, mas não quer que isso seja assim a todo custo, inexoravelmente. O Direito é um sistema de equilíbrio de valores e ao ideal da integral atuação da vontade da lei ele próprio opõe certas ressalvas, entre as quais assumem particular relevo as que visam a preservar ao executado um mínimo patrimonial indispensável para a existência humana decente. É o caso das chamadas ‘impenhorabilidades’, que os arts. 649 e 650 do CPC definem, para que a execução jamais possa devastar todo o patrimônio do devedor, reduzindo este a uma condição subumana: como a execução por quantia certa conduz à expropriação de bens do executado, da inadmissibilidade de expropriar certos bens decorre a de penhorá-los. Por isso é que, no parecer aludido neste artigo, tive a oportunidade de dizer: ‘Ora, o Código de Processo Civil dita a regra de impenhorabilidade absoluta dos vencimentos e dos salários (art. 649, IV), aos quais se reconhece caráter alimentar, sendo excepcionais os casos em que podem ser objeto de atos executivos; esses casos excepcionais, entende-se, são aqueles que a própria lei indicar, como faz no tocante ao

débito de alimentos do funcionário perante seus dependentes” (RT 547/19).

Ademais, se é pacífico na jurisprudência que os proventos de aposentadoria não podem ser objeto de penhora, com muito mais razão inexistente a possibilidade de os proventos de aposentadoria serem retidos pela instituição financeira.

Veja-se:

“Há incontestável óbice legal à penhora que recaia sobre valor, em depósito bancário, proveniente de salário (art. 649, IV, do Código de Processo Civil)” (LEX — JTA 148/160).

Ou ainda:

“Proventos de aposentadoria não podem ser objeto de penhora, ainda que a requerimento do devedor, em razão do princípio da impenhorabilidade absoluta, que por ser de ordem pública é irrenunciável. Inteligência do art. 649, IV, do CPC. Agravo improvido” (RT 719/209).

Nesses termos, razão possui o agravado, já que os proventos, por serem impenhoráveis, por força de lei, salvo para pagamento de pensão alimentícia, não poderiam ser descontados automaticamente da sua conta corrente para pagamento de débito relativo a saldo devedor de cheque especial.

Eventual cláusula contratual autorizativa de tal proceder encontra-se inevitavelmente atacada por vício de ilegalidade, pois a impossibilidade de bloqueio de verbas salariais constitui norma cogente que não pode ser arcada por convenção das partes.

2) Possibilidade de inscrição no Serasa, Cadin, SPC etc.

Estamos cansados de saber que tal lançamento unilateral tem como finalidade única coagir o devedor a pagar a conta apresentada — também unilateralmente — com índices que somente as casas bancárias sabem manipular dizendo haver um contrato assinado pelas partes. Isso acontece somente no Brasil, onde vigorou uma ditadura imposta por generais mandatários até a eleição de Tancredo Neves e, de lá para cá, persistem os ranços ditatoriais que estão impregnados na precária cultura brasileira, pois os que mandam continuam entendendo que o povo se mantém em sua prolongada passividade. Temos de romper com essa letargia e isso só acontecerá se o Judiciário cumprir rigorosamente seu papel, que é o de expurgar das leis e dos costumes referidos atos ditatoriais, determinando que as autoridades públicas — infelizmente aí incluídos os banqueiros, pois estes mandam mais que aqueles, em razão da simbiose que há entre ambos — acordem para o fato de que a grande transformação social por que passa o mundo não permite que a maioria numérica com direitos democráticos submeta-se aos poucos que ainda estão impregnados de conceitos da monarquia absolutista.

Acredito firmemente que o Poder Judiciário está perdendo o bonde da história ao fechar os olhos nas inúmeras vezes em que chancela os atos do Executivo, e aí incluídos os banqueiros e poderosos, pois os membros daquele são meros fantoches nas mãos destes. O Judiciário está se renovando por meio de seus novos membros e temos de pensar seriamente que há uma pequena parcela

que deposita confiança nas decisões judiciais, pois tem a certeza de que um dia os dirigentes brasileiros trabalharão a favor: a) dos trinta milhões que passam fome no seu território; b) da criação de postos de trabalho; c) de segurança, habitação, saúde e educação. Mas, para isso, é necessário que todos sejam tratados igualmente e não como vemos atualmente — os dirigentes massacrando os empresários e/ou comerciantes em favor de maiores taxas de juros e privilégios legais e jurisprudenciais em favor dos bancos, fazendo com que o povo continue a acreditar que são estes que realmente governam o Brasil.

Todos sabemos que o governo, para favorecer os bancos, é o responsável pelo fechamento de milhares de fábricas — exemplo Santa Catarina e notadamente no Vale do Itajaí —, que nada mais representa do que o fechamento de milhares de postos de trabalho e o conseqüente empobrecimento dos catarinenses. A recessão está instalada no sul do Brasil há três anos somente porque o dirigente maior do Executivo nacional pretende reeleger-se com a bandeira da estabilização da moeda e/ou eliminação da inflação.

José Rogério Tucci, em matéria publicada em coluna do jornal Folha de São Paulo de 22 de abril de 1998, afirma que "o primeiro motivo para que se chegasse a essa lamentável situação é que o Judiciário brasileiro tem-se pautado por uma inequívoca condescendência com os demais Poderes instituídos. Em outras palavras, o Judiciário é fraco tendo demonstrado, ao longo do tempo, que nem mesmo se interessa pela autoridade das

decisões judiciais e por seu cumprimento”.

É de se atender ao mínimo as expectativas e os anseios sociais no que pertine ao asseguramento dos direitos garantidos na Constituição Federal, notadamente no que diz respeito ao princípio do devido processo legal. Dessa forma, a inclusão do nome de clientes no cadastro de devedores inadimplentes do Serasa somente é possível após o trânsito em julgado da sentença.

Sobre o assunto, este Tribunal, em acórdão da lavra do eminente Des. Francisco Oliveira Filho, prolatado nos autos do Agravo de Instrumento n. 96.004288-1, da Capital, publicado no DJE de 7/11/96, já decidiu que:

“Sub judice a quaestio, enquanto inexistir o trânsito em julgado, inadmissível é o lançamento do nome do devedor no SPC/Serasa, cujo ato configura instrumento de apoio visando à percepção do crédito controvertido, independentemente do desfecho da demanda”.

Também, no Agravo de Instrumento n. 96.011525-0, de Tubarão, DJE 10/9/97, da lavra do eminente Des. Orli Rodrigues:

“Enquanto persistir discussão litigiosa relativa ao quantum debeatur, inadmissível é a utilização pelo credor dos cadastros de proteção ao crédito, como forma de compelir o devedor ao pagamento do débito questionado”.

E ainda o Agravo de Instrumento n. 96.011646-0, de Videira, relator Des. Orli Rodrigues, publicado no DJE de 31/10/97:

“2. O cadastramento de alguém como cliente negativo traz prejuízo ao

interessado, pois hoje importa, praticamente, no corte de seu crédito pessoal (RJTJRS 133/256)”.

Sempre que se pretender questionar a relação obrigacional ou estiver ela sendo discutida e, portanto, estiver pendendo dúvida, não se pode admitir que o devedor seja lançado como inadimplente de modo a sofrer todo o tipo de discriminação e indiscutível abalo de crédito perante o meio empresarial e social, comprometendo, sobremaneira, sua atividade financeira.

Não raro, o devedor admite quitar débito que sabe indevido apenas para não ter seu nome inscrito nos órgãos de proteção ao crédito. Não se desconhece que existem maus pagadores, todavia não se pode sacrificar o bom pagador por causa destes. E somente se saberá quem é mau ou bom pagador ao final da ação principal, motivo pelo qual ad cautelam deve-se determinar que se exclua o seu nome da lista de inadimplentes sob pena de se estar retirando o direito ao contraditório garantido constitucionalmente.

Dessa forma, a inscrição no cadastro do Serasa somente será possível após o trânsito em julgado da sentença que dissipe qualquer dúvida que paire sobre o quantum debeatur. Até porque, não havendo certeza a respeito de algum desses aspectos, a informação contida no cadastro apresentar-se-ia falsa, constituindo verdadeiro ato ilícito.

Ada Pellegrini Grinover, et alii, é enfática ao afirmar, in Teoria Geral do Processo, 10ª ed., Malheiros, pág. 57, que:

“A Constituição de 1988 previu contraditório e ampla defesa num úni-

co dispositivo, aplicável expressamente aos litigantes em qualquer processo, judicial ou administrativo, e aos acusados em geral (art. 5º, inc. LV) (...).

“O contraditório não admite exceções: (...)”

“Em virtude da natureza constitucional do contraditório, deve ele ser observado não apenas formalmente, mas sobretudo pelo aspecto substancial, sendo de se considerar inconstitucionais as normas que não o respeitem”.

Não é outra a orientação estabelecida pelo Provimento n. 6/98 do eminente Des. Francisco de Oliveira Filho, Corregedor-Geral da Justiça deste Estado, que determina a suspensão dos efeitos do Provimento n. 7/91:

“Considerando os termos daquele ato administrativo cujos efeitos têm resguardado os interesses de entidades comerciais, instituições financeiras e sindicatos, em detrimento dos direitos de vários seguimentos da sociedade em geral e em ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, CF),

“Considerando também os precedentes de Órgãos Correicionais de Unidades da Federação, que vedam o fornecimento de ‘...relações de distribuições, protestos e processos às entidades de proteção ao crédito, associações de classe ou instituições financeiras, sob qualquer pretexto’ (Código de Normas da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Paraná, capítulo 2, seção 1, item 2.1.6), e

“Considerando ainda as diretrizes fixadas na Medida Provisória n.

1.638, de 14/1/98, publicada no Diário Oficial da União de 15/1/98,

“Resolve:

“1. Suspender, temporariamente, os efeitos do Provimento n. 7/91, de 27/6/91, desta Corregedoria-Geral da Justiça, no que se refere apenas aos Cartórios de Distribuição Judicial, ressalvadas as regras ditadas no art. 10 daquela Medida Provisória;

“2. Perdem eficácia, por ora, as disposições em contrário”.

Ora, se mesmo no caso de haver ação em curso, em que se reconhece, ainda que provisoriamente, o interesse de agir, os cartórios judiciais ficaram vedados de informar aos órgãos de proteção do crédito a tramitação de ação contra o devedor, com o fim claro de evitar situações vexatórias, com muito mais razão o será quando essa informação advier, como in casu, da própria instituição financeira credora.

Interpretação diversa geraria a situação paradoxal de o Serasa não poder obter informação do cartório de distribuição judicial, mas poder obtê-la, extrajudicialmente, do próprio credor, burlando, por vias transversas, o preceituado neste novel Provimento.

Convém dizer que a jurisdição idealizada pelo Estado liberal-burguês deveria, no sentido da palavra, apenas dizer o direito, nunca efetivar o direito, pois não poderia macular-se com atos de império, motivo por que se erigiu o chamado processo de conhecimento (ou de cognição), livre de qualquer atividade executiva, em que verdadeiramente o juiz cumpria o seu papel de bouche de la loi conforme orientação traçada pelo liberalismo exacerbado.

Ovídio Baptista da Silva, in Curso de Processo Civil, 2ª ed., Safe, pág. 67, citando Michele Taruffo, diz que o “processo de conhecimento reduzido apenas ao momento declarativo do direito, como hoje se sabe, esteve sempre comprometido com uma concepção liberal-burguesa, em que a atividade do juiz não deveria ir além da função de um simples oráculo da lei. Essa concepção que foi adequada para a sociedade burguesa, especialmente no apogeu do capitalismo moderno a partir da 2ª Guerra Mundial, entrou em franca decadência não só nos sistemas jurídicos da Europa continental, como até mesmo nas regiões da common law...”.

Complementando, Luiz Guilherme Marinoni, apud Reforma do Código de Processo Civil, Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, pág. 122, relata que, “como é sabido, na linha do pensamento iluminista, aventou-se, no início do século XIX, nos países onde o pensamento de Montesquieu era mais vivo, proibir ao juiz a interpretação da lei. O procedimento ordinário é comprometido com a idéia de que o juiz deveria apenas atuar a vontade da lei. O mito que dá suporte à figura do juiz como *bouche de la loi*, sem qualquer poder criativo ou de *imperium*, é o da neutralidade, supondo, de um lado, ser possível um juiz despedido de vontade inconsciente, e, de outro, ser a lei — como pretendeu Montesquieu — uma relação necessária fundada na natureza das coisas”.

O Magistrado, nessa concepção, não poderia conceder liminares, pois constituía sujeito inerte, não podendo interferir no âmbito concreto, uma vez que deveria apenas repetir

leis — o que interessava à sociedade burguesa, detentora do Legislativo. Essa idéia está ultrapassada e, cada vez mais, vem-se conferindo ao julgador poderes para fazer atuar o direito, como é exemplo o instituto da antecipação de tutela. Entretanto, velhos princípios e concepções impedem uma rápida assimilação desse novo horizonte da atividade judicante. Com efeito, o juiz deve ser, na feliz expressão de Marinoni, o verdadeiro braço da lei, deixando de lado a inércia diante das arbitrariedades, equilibrando as partes para fazer atuar o direito.

Assim, é de se reconhecer o direito ao Poder Judiciário de determinar a exclusão do nome de devedores dos cadastros protetores do crédito, seja quando essa inclusão se dê pela informação fornecida pelos cartórios, agora proibidos, seja quando se dê por informação prestada extrajudicialmente pelo agente financeiro, quando a dívida está sendo contestada em Juízo.

Não se pode admitir que o fato de existir convênio entre as instituições financeiras e as protetoras possa subtrair ao Judiciário o poder-dever de, em aplicando o preceito constitucional alhures mencionado, determinar a exclusão do nome do devedor daquele cadastro ou mesmo impedir que o credor informe a existência desse débito se este está sendo discutido ou em vias de sê-lo. É que a inscrição do nome do devedor nesse cadastro abala a frutuosidade do processo principal, trazendo prejuízo ao crédito do agravado.

O Superior Tribunal de Justiça vem acolhendo essa pretensão. No ROMS 0008091-RS, DJU 9/12/1997,

Min. Carlos Alberto Menezes Direito, assim equacionou o problema:

"1. A liminar concedida por juiz de direito, impeditiva do registro do nome do devedor nos arquivos do Serasa, não acarreta prejuízo irreparável ou de difícil reparação ao credor, sendo incabível o mandado de segurança, nesse caso, para conceder efeito suspensivo a agravo de instrumento. Precedentes.

"2. Eventual prejuízo a terceiros não satisfaz, no presente caso, o requisito do periculum in mora. A possibilidade de dano irreparável deve referir-se ao próprio impetrante".

No AI n. 139.278/RS, relatado pelo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira — 4ª Turma, julg. 28/5/97, lê-se:

"Discutindo-se o serviço da dívida de vários contratos, mostra-se razoável determinar a evitação do protesto de cambiais e proibição de inscrição no SPC, Serasa, Cadin e outros.

"A inscrição nos cadastros de maus pagadores, no período em que se debate justamente o quantum, assume caráter aflitivo e perfeitamente dispensável, o mesmo acontecendo com o protesto, em face de nódoa que representa a negatização".

Também, no AI n. 139.285/RS, relator Min. César Asfor Rocha — 3ª Turma, julg. 28/5/97:

"É razoável decisão que obsta o credor de anotar o nome do devedor em cadastro de inadimplentes enquanto a ação tramita, pois a proibição repõe a igualdade processual, afastando da parte mecanismo de pressão que pode levar à injustiça".

A respeito cumpre colacionar recente decisão do colendo Superior Tri-

bunal de Justiça, REsp. n. 170281/SC, relatada pelo Ministro Barros Monteiro, j. 24/6/1998, DJU 21/9/98, palmilhando o mesmo entendimento, ao afirmar que:

"Constitui constrangimento e ameaça vedados pela Lei n. 8.078, de 11/9/90, o registro do nome do consumidor em cadastros de proteção ao crédito, quando o montante da dívida é ainda objeto de discussão em Juízo".

Colhe-se do corpo do acórdão que:

"Por derradeiro, ressalte-se que nenhuma razão assiste ao banco recorrido ao afirmar que as operações bancárias realizadas com o público em geral não se subordinam às normas do Código de Defesa do Consumidor. Segundo a Jurisprudência, trata-se de atividade que se insere dentre as inúmeras relações de consumo reguladas pelo referido diploma legal".

E ainda:

No REsp. n. 172854/SC, 98/0031017-7, DJ 8/9/1998, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar:

"Pendente ação consignatória, onde se discute a caracterização da inadimplência, não pode ser permitida a inscrição do nome da devedora e seus garantes nos serviços privados de proteção ao crédito."

No REsp. n. 98/0048839-1, DJ 3/11/1998, pág. 172, relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira:

"I — Nos termos da jurisprudência desta Corte, estando a dívida em Juízo, inadequada em princípio a inscrição do devedor nos órgãos controladores de crédito".

Trago, ainda, excerto de decisão da lavra do eminente Ministro Car-

los Alberto Menezes Direito (STJ), proferida no Agravo de Instrumento n. 206.747/MS, publicada no DJU 237-E de 10/12/98:

“Tramitando ação onde os devedores pleiteiam o reconhecimento da invalidade do título que teria sido preenchido com valores excessivos, mediante argumentação verossímil, pode o juiz deferir a antecipação parcial da tutela para cancelar o registro do nome dos devedores nos bancos de dados de proteção ao crédito. Art. 273 do CPC e 42 do CDC”.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Cível n. 405.511-6, relatada pelo Juiz Antonio de Pádua Ferraz Nogueira, in RT 643/124, assim decidiu:

“Inadmissível no curso de execução cambial embargada a inclusão do nome do executado no Serviço de Proteção ao Crédito — SPC, artifício reprovável usado pelo exequente para mediante coação apressar o pagamento do título executado, é de se deferir medida cautelar incidental proposta pelo devedor visando a vetá-la até decisão final da contenda. Irrelevante, na hipótese, o fato de ter sido confessada a dívida, uma vez que não se cuida de saber ou declarar que o devedor é mau pagador, mas de preservar a ordem processual, evitando soluções precipitadas”.

Nessa esteira, verte o Agravo de Instrumento n. 276.072-1 – Santos, 1ª Câmara de Direito Privado, relator Laerte Nordi, 9/2/96 :

“Agravo de instrumento. Liminar concedida em medida cautelar, para excluir o nome do requerente do cadastro do Serasa. Restrição ao crédito que não se justifica em razão da

existência de ação consignatória. Alegações do Banco Itaú S/A, agravante, que não elidem os motivos da concessão. Recurso não provido”.

A 11ª conclusão aprovada pelo CETARGS — Centro de Estudos do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul — afirma que: “não ofende direito do credor liminar obstativa da inscrição do nome do devedor em banco de dados de consumo, assim como impeditiva de que o credor comunique a terceiros registro de inadimplência que haja procedido em seu cadastro interno, durante a pendência de processos que tenham por objeto a definição da existência do débito ou seu montante”.

Seguindo essa orientação, é forte a jurisprudência do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, como se percebe:

Agravo de Instrumento n. 197029630, Quarta Câmara Civil, Novo Hamburgo, TARGS, 1997, apud Ajuris:

“Havendo discussão acerca do quantum debeat em embargos à execução, configura-se abusiva a inscrição do nome do devedor, ou sua manutenção, em cadastros de maus pagadores. Agravo improvido”.

Do corpo do acórdão extrai-se:

“É certo que a agravada é devedora para o agravante, em virtude do acordo celebrado, pelo qual comprometeu-se a pagar determinado débito em trinta e cinco parcelas mensais (fls. 20/22). Pretende, todavia, revisar a cláusula que estabeleceu juros compensatórios de 4% ao mês, invocando norma constitucional. Se admitida a arguição de nulidade da cláusula, haverá excesso de execução. Ninguém pode ser compelido a

pagar além do devido. O recebimento dos embargos implica na suspensão do pagamento. Nenhuma medida pode ser praticada em virtude do não-pagamento. Por isso, é considerada abusiva a inscrição, ou sua manutenção, do nome da parte devedora em cadastros de maus pagadores, na pendência da lide, até ser definido o quantum debeat. In casu, ainda, tratando-se de embargos à execução, a totalidade de dívida reclamada está garantida pela penhora. Merece ser mantida, assim, a decisão agravada. São motivos pelos quais improvejo o agravo”.

Nesse tom, o Agravo de Instrumento n. 196159636, Quarta Câmara Civil, São Borja, TARGS, 1996, apud *Ajuris*:

“A discussão judicial da avença tem a propriedade de afastar os efeitos da mora, descabendo, assim, lançar o nome do devedor em cadastros das centrais de restrição do crédito, bem como levar a aponte títulos decorrentes do contrato”.

Do corpo do acórdão extrai-se:

“A justificativa reside no fato de que a contratação — um mútuo garantido por nota promissória — está sendo objeto de revisão judicial, onde as devedoras, ora agravadas, buscam afastar a TR, reduzir a taxa de juros, expurgar a comissão de permanência, bem como buscar a nulidade de outras cláusulas ofensivas à lei e ao entendimento de boa parte da jurisprudência.

“Nestas circunstâncias, não é possível que sofra os efeitos da mora — situação ainda não caracterizada, tendo seu nome positivado em centrais de restrição. A mora, diga-se, somen-

te estará configurada quando a responsabilidade de cada parte for definida, e isto irá ocorrer por ocasião do julgamento final, quando serão declinados os critérios pelos quais o débito poderá, então, ser quantificado. Até lá não há que se falar em mora.

“A inscrição nas centrais de restrição do crédito constitui decorrência da mora, devendo, assim, ser refulada, observando-se, ainda, que importa em abuso por constranger o devedor a pagar o indevido, incidindo com adequação o art. 42 da Lei n. 8.078/90”.

Ainda, o Agravo de Instrumento n. 197012610, Quarta Câmara Civil, em regime de exceção, Esteio, TARGS, 1997:

“Tendo sido promovida ação de revisão de contrato bancário, não está caracterizada a inadimplência dos contratantes. Descabe, portanto, ao banco credor inscrever os nomes dos devedores em cadastros de inadimplentes”.

Do corpo extrai-se:

“Em primeiro lugar, insurgem-se os recorrentes contra a decisão que deixou de deferir a pleiteada medida liminar, no sentido de que fosse cancelada a inscrição dos nomes dos autores do SPC e do Serasa. Ora, como se verifica, os agravantes intentaram ação revisional de contrato bancário — embora denominada ação declaratória, pretendem eles, na verdade, uma revisão de cláusulas contratuais, com a conseqüente redução do valor do débito. Em tais condições, não podem ser considerados devedores inadimplentes, já que estão discutindo judicialmente os termos do contrato.

“Assim sendo, é perfeitamente cabível a concessão da liminar pleiteada, obstando-se a inscrição dos nomes dos devedores no SPC e no Serasa e cancelando-se a inscrição já efetivada. A esse propósito, a jurisprudência desta Corte tem-se pacificado no sentido de que tal decisão não ofende direito do credor, enquanto estiver em discussão a existência ou o montante do débito”.

Retira-se, também, do corpo do acórdão do Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 196720411 e 196229470, Quarta Câmara Cível, Vacaria, TARGS, 1997, apud Ajuris:

“O agravo incidental, portanto, não merece conhecimento, além de estar prejudicado pela solução que se antevê ao julgamento do agravo de instrumento, conforme segue. Ainda que não se evidenciassem vícios no contrato, que merecessem revisão judicial, o desconhecimento do modo de execução ou cobrança, contratual ou não, do negócio, é razão suficiente para excluir medidas de coação extraprocessual desnecessárias sobre o direito de ação, contraditório e ampla defesa, das quais resulta dano certo e de difícil reparação, como o que insito na negativação para o crédito, pela inclusão em cadastros de inadimplentes. Isto tanto mais que não juntou o agravante cópia da inicial da ação de revisão de contrato para que se pudesse aquilatar, com melhor conhecimento, a plausibilidade do pedido.

“Assim sendo, resta em questão a própria existência da mora e do inadimplemento, enquanto não se afasta a possibilidade de exigências excessivas na cobrança do crédito, como, lamentavelmente, é correntio

em negócios com entidades financeiras, normalmente, de pouca transparência.

“Com efeito, a mora e o inadimplemento somente se caracterizam pelo descumprimento de obrigação vencida, na forma devida, como resulta dos artigos 955 e 1.056 do Código Civil, o que, naturalmente, não ocorre na hipótese de cobrança abusiva”.

Agravo de Instrumento n. 196253447, Quarta Câmara Cível, em regime de exceção, São Borja, TARGS, 1997:

“Tendo sido promovida ação de revisão de contrato bancário, não está caracterizada a inadimplência da contratante. Descabe, portanto, ao banco credor inscrever o nome da devedora em cadastros de inadimplentes”.

Do corpo extrai-se:

“Antes de mais nada, impõe-se esclarecer que o agravo se volta apenas contra a decisão que impediu a inscrição do nome da autora, ora agravada, nos cadastros de inadimplentes, já que, como está dito na decisão preambular, não está o agravante impedido de promover qualquer medida judicial ou extrajudicial no sentido de recuperar seu crédito, ao contrário do que afirma.

“Com efeito, como se verifica, a agravada intentou ação revisional de contrato de abertura de crédito firmado com o agravante, através da qual pretende a declaração de nulidade de cláusulas contratuais, com a consequente redução do valor do crédito.

“Em tais condições, não pode ser considerada devedora inadimplente, já que está discutindo judicialmente os termos do contrato.

“Conseqüentemente, acertada se acha a decisão agravada, ao obstar a inscrição do nome da agravada no SPC, no Serasa e no Cadin e ao determinar o cancelamento de tal inscrição, se já tiver sido feita. A esse propósito a jurisprudência desta Corte tem-se pacificado no sentido de que tal decisão não ofende direito do credor, enquanto estiver em discussão a existência ou o montante do débito”.

3) Inaplicabilidade do Codecon

Conforme definição de fornecedor contida no art. 3º da Lei n. 8.078/90:

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

“§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

“§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

A atividade desenvolvida pela instituição encontra plena tipificação na expressão fornecedor descrita pelo caput do artigo 3º, uma vez que presta serviços de natureza bancária, financeira e de crédito. A referência aos serviços bancários, financeiros e de crédito absorve a atividade de fornecimento de crédito, como é o caso dos autos.

Dessa forma, os contratos de abertura de crédito, de financiamento, de leasing, de alienação fiduciária estão incluídos no conceito legal de serviços previsto no Código de Defesa do Consumidor. Assim, não há como afastar a sua incidência aos contratos firmados pelas instituições financeiras.

Nesse sentido, vem, constantemente, manifestando-se o Superior Tribunal de Justiça. Do REsp. n. 57.974, do Rio Grande do Sul, relatado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, publicado no DJ de 29/5/95, retira-se:

“Os bancos, como prestadores de serviços especialmente contemplados no artigo 3º, parágrafo segundo, estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor. A circunstância de o usuário dispor do bem recebido através da operação bancária, transferindo-o a terceiros, em pagamento de outros bens ou serviços, não o descaracteriza como consumidor final de serviços prestados pelo banco”.

Do corpo do acórdão extrai-se:

“O recorrente, como instituição bancária, está submetido às disposições do Código de Defesa do Consumidor, não porque ele seja fornecedor de um produto, mas porque presta um serviço consumido pelo cliente, que é o consumidor final desses serviços, e seus direitos devem ser igualmente protegidos como o de qualquer outro, especialmente porque nas relações bancárias há difusa utilização de contratos de massa e onde, com mais evidência, surge a desigualdade de forças e a vulnerabilidade do usuário”.

Também, no HC n. 96/0076090-0, publicado no DJU de 5/5/1997, relator Ministro Edson Vidigal:

"2. Os estabelecimentos bancários, prestadores de serviços, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, são obrigados a atender as requisições do Ministério Público, que não resultem em quebra de sigilo bancário".

Recentemente, no REsp. n. 170.281—SC, relatado pelo Ministro Barros Monteiro, publicado no DJU de 21/9/98, a tese foi repisada no mesmo sentido:

"Por derradeiro, ressalte-se que nenhuma razão assiste ao banco recorrido ao afirmar que as operações bancárias realizadas com o público em geral não se subordinam às normas do Código de Defesa do Consumidor. Segundo a jurisprudência, trata-se de atividade que se insere dentre as inúmeras relações de consumo reguladas pelo referido diploma legal".

O *pacta sunt servanda* como princípio, por tal natureza genérico, não resiste às derrogações que sejam imprimidas expressamente pelo legislador, especialmente aquelas que têm por fim a proteção do contratante contra cláusulas abusivas. Com essa personalidade o art. 115 do Código Civil, ao tratar do ato jurídico, limitou a liberdade de pactuar cláusulas "que privarem de todo efeito o ato, ou o sujeitem ao arbítrio de uma das partes". Nesse mesmo aspecto, o Código de Defesa do Consumidor veio a trazer limitações quanto à abusividade de cláusulas contratuais. De forma que caracterizada a abusividade da esti-

pulação não há como invocar-se o princípio do *pacta sunt servanda*.

Oportuno, neste momento, transcrever da autoria do advogado Roberto W. Amarante, doutrina publicada na RJ n. 226, pág. 44, sob o título "Contratos Bancários — de quem é a mora?":

"Neste passo, imperioso lembrar que a maioria dos contratos bancários constituem-se em pactos de adesão, não havendo possibilidade de uma ampla discussão das cláusulas no momento da contratação, restando ao mutuário apenas a possibilidade de aderir ao que já está previamente estabelecido pelo conglomerado econômico. Com a devida vênia do entendimento de alguns poucos, a alegação de que ainda deve prevalecer o princípio do *pacta sunt servanda* é desconhecer a evolução na interpretação dos contratos, máxime do elemento volitivo, posto que dentro de uma nova visão da situação jurídica dos contratos e negócios jurídicos, principalmente da autonomia da vontade, já não mais perdura como inarredável a teoria da permanência da pactuação voluntária".

Acredito estar na hora de enfrentarmos uma realidade atual, qual seja, a da supremacia das teses das instituições financeiras em detrimento da interpretação das leis. Acredito que devemos repensar as decisões que interfiram no setor econômico, até mesmo para darmos uma resposta aos empresários e à população em geral no sentido de que o Poder Judiciário não permitirá abusos contra quem quer que seja e que somente a lei, aliada ao seu fim social, prevalecerá. Nada mais de obedecermos a resolu-

ções, portarias e demais atos administrativos.

Simplex instituições financeiras, autorizadas a contratar de tal modo exclusivamente, são amplamente privilegiadas com uma atitude brusca do Estado-Juiz que avança na garantia sem possibilidade mínima de defesa, enquanto que os outros cidadãos e empresas brasileiras não dispõem dessa força coercitiva em flagrante desrespeito ao princípio da igualdade e do devido processo legal, insertos no art. 5º, caput e inciso LV, da Constituição Federal.

III — Decisão

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Orli Rodrigues e Newton Trisotto.

Florianópolis, 10 de fevereiro de 2000.

Carlos Prudêncio,
Presidente e Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.000439-2, DA CAPITAL

Relator: Des. Gaspar Rubik

Registro de imóveis. Inscrição de sentença homologatória de partilha em ação de divórcio na matrícula imobiliária de imóvel prometido à venda. Compromisso particular devidamente registrado. Circunstância que não é impeditiva da inscrição por não importar o compromisso em transferência do domínio que continuará titulado em nome dos promitentes vendedores. Providência, ademais, indispensável, na hipótese, para que o promitente vendedor possa exercer o seu direito decorrente de pacto de retrovenda concomitantemente firmado que exige o parcelamento da área prometida e correspondente registro. Inexistência de perigo de dano para os promissários com a inscrição em face da eficácia erga omnes do registro do compromisso anterior. Cassação da decisão concessiva de liminar em ação cautelar, suspensiva do mandado de inscrição. Agravo provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 99.000439-2 da comarca da Capital (1ª Vara da Família, Órfãos e Sucessões), em que são agravantes R. de F. C. e A. G. G., sendo agravados R. L. G. J. e A. de T. G.:

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

Custas na forma da lei.

R. de F. C. e A. G. G. agravam de instrumento da decisão do Dr. Juiz

de Direito da 1ª Vara de Família, Órfãos e Sucessões da comarca da Capital que, cientificado pela Oficial do 2º Ofício do Registro de Imóveis da existência de um contrato de compromisso de compra e venda averbado na matrícula n. 22.310, sustou o cumprimento de dois Mandados de Inscrição naquela Vara.

Sustentam, preliminarmente a licitude, lisura e validade do negócio jurídico (=partilha) que celebraram, não só porque contou com parecer favorável do Ministério Público, em processo em que foram observados todos os passos legais e que culminou com sentença judicial homologatória, mas também e principalmente porque sempre tiveram o domínio do imóvel, não sendo afastado pelo compromisso de compra e venda firmado em favor dos agravados, por não ter havido, ainda, a transmissão da propriedade.

Aduzem que sua atitude é irrepreensível e não causadora de dano de espécie alguma aos agravados, cujo receio é absolutamente injustificável, haja vista que os dois negócios jurídicos com eles celebrados na mesma ocasião — “Compromisso de Compra e Venda e Opção de Venda” — pelo primeiro dos quais prometeram eles vender todo imóvel de sua propriedade (área de 35.988,43m² ou 35.400,48m² com a residência nela encravada), e pelo segundo prometeram lhes vender, da parte total, 30.968,93m² ou 30.154,30m², ficando com 5.246,10m² e a residência, tendo-se utilizado do devido processo legal para concretizar esse segundo negócio, pelo qual têm até 27 de junho de 1999 para desmembrar a área total em duas, com as referidas metragens,

perante a Prefeitura Municipal de Florianópolis e o Registro de Imóveis.

Não tendo sido formulado pedido de efeito suspensivo, apresentaram os agravados contraminuta, alegando que os agravantes utilizaram de meio ilegítimo para conseguir aprovar o desmembramento da área total em três glebas distintas, já que dispuseram de bem cujo direito de propriedade havia sido transferido com a promessa de compra e venda levada a registro.

Salientaram, ainda, que não houve violação ao art. 155 do Código Civil, porque somente tiveram ciência de que o bem estava para ser partilhado entre os promitentes vendedores quando questionaram ao CRI o motivo do deslocamento da ficha do imóvel para o Gabinete do Oficial do Registro, para receber uma averbação.

Após, foram os autos com vista à douta Procuradoria-Geral de Justiça que se manifestou pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

Segundo se conclui pela análise das peças que instrumentalizam o presente recurso, o procedimento dos agravantes, ao promoverem a conversão de sua separação judicial em divórcio, com a conseqüente repartilha do imóvel que ainda integra o seu domínio e que, por compromisso particular dito irrevogável e irretroatável, devidamente registrado na matrícula correspectiva do CRI do 2º Ofício (n. 22.310), prometeram vender aos agravados, não teve, e não há prova em sentido contrário, por escopo lesar a estes com a venda do mesmo imóvel a terceiros de boa-fé, até porque praticamente impossível em face do

registro referido, mas sim, ao que tudo leva a crer, cumprir com uma das condições ajustadas na “Opção de Venda” (melhor seria “Retrovenda”), firmado na mesma oportunidade, tanto que pelo referido ato divisório tocou ao primeiro exatamente a metragem que, desde que desmembrada nos órgãos públicos mencionados, lhe seria revendida, e à segunda a metragem com a residência que seria definitivamente escriturada aos agravados compromissários compradores.

Se há ou não impossibilidade de ser feito o parcelamento na referida área total, por ser considerada ou não de preservação permanente é questão de fundo que aqui não comporta ser examinada, como também sucede em relação à maneira como deveria ou não ser procedido seu parcelamento, não obstante quanto a este tópico não é demais ressaltar que a “Opção de Venda” nada disciplina a respeito, apenas impõe que seja feito desmembramento “com os correspondentes registros na Prefeitura Municipal de Florianópolis e no Registro Geral de Imóveis com as matrículas correspondentes”.

Daí que, embora matéria que refoge, como dito, de apreciação nesta oportunidade, a princípio não haveria impedimento a que fosse promovido esse desmembramento por alguma forma na via judicial, o que, no entanto, não se bastava por si para o registro na Prefeitura e Registro Imobiliário até a data fatal que se avizinha.

Ora, diante desse contexto, repleto de razão o culto Procurador de Justiça parecerista ao se pronunciar pelo provimento ao recurso, pois forçoso reconhecer que se houve com

desacerto o duto prolator da decisão criticada, aliás nula, a rigor, ex vi do art. 93, inciso IX, da Carta Constitucional, por estar em franca antinomia com tal preceito, já que se apresenta completamente órfã de fundamentação.

Mas não apenas por isto se impõe sua reforma, pois, a circunstância de já se achar registrado na referida matrícula um compromisso de compra e venda em favor dos agravados ainda que, como dito, mas não comprovado, irrevogável e irretroatável, talvez pudesse, in hypothesis, ser óbice a outros compromissos em favor de terceiros, não o era, só por si, a que se registrasse a sentença de partilha realizada na ação de divórcio entre os titulares do domínio e compromitentes vendedores, até porque, enquanto não definitivamente concluído o negócio, continuavam a deter essa condição e, enquanto não registrado um possível distrato ou cancelamento do compromisso persistia uma obrigação de outorgar a escritura definitiva logo que implementadas todas as condições pactuadas.

Ora, se é certo, por um lado, que, consoante a melhor exegese doutrinária (Wilson de Souza Campos Batalha, Comentários à Lei de Registros Públicos, vol. II, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1979, pág. 572), “quer se trate de promessa de compra e venda, de cessão de promessa ou de promessa de cessão quitada e irrevogável, quer deva ser o preço pago a prazo de uma só vez ou em prestações, quer seja irretroatável ou irrevogável, quer contenha a cláusula de arrependimento, o contrato sujeita-se à inscrição no Registro de Imóveis, na respectiva matrícula para que adquira eficácia erga omnes, menos certo não

é, por outro lado, consoante não menos erudita fonte (Darcy Bessone, *Da Compra e Venda*, Ed. Saraiva, 1997, pág. 141) que, “mesmo depois da promessa de averbação, o imóvel continua a integrar o patrimônio do promitente vendedor, somente passando para o do promissário após a compra e venda ou adjudicação registrada”.

Aliás, a espécie guarda certa finalidade e reclama, por isso, a mesma solução, embora, por óbvio, guardadas as devidas proporções, que tem lugar em relação ao registro de um ônus real, como p. ex. a hipoteca que esteja a gravar o imóvel, que não impede outros registros sucessivos sem qualquer prejuízo ao credor hipotecário, em face do direito de seqüela que acompanham eventuais transações sucessivas.

Mas mesmo que, ad arguendum tantum, houvesse alguma dúvida quanto a essa possibilidade de serem promovidos outros registros em hipótese como a aqui noticiada, a situação peculiar de que se cuida estaria, então, a reclamar tratamento diferenciado.

Deveras pois pela “Opção de Venda” firmada pelos agravados compromissários compradores quase que concomitantemente com o “Compromisso de Compra e Venda”, e que não representa nada mais nada menos do que um pacto de retrovenda, sendo irrelevante, a priori, que não tenha sido também levado a registro, porque sua validade inter partes persiste. Ficou convencionado expressamente que a revenda só seria concretizada se os agravantes promitentes vendedores, além de providenciarem o desmembramento da área com as metragens

já aludidas, providenciassem os correspondentes registros na Prefeitura de Florianópolis e no Registro de Imóveis e, mais, individualizando as respectivas matrículas.

Portanto, se a intenção dos agravados é apenas evitar qualquer percalço ou empecilho com a matrícula individual do imóvel que adquiriram, isto não lhes dá o direito de tentar impedir a todo custo, como o fazem, que os agravantes tentem implementar aquela condição indispensável a exercer o direito de recompra. Chega, assim, a ser condenável a sua atitude bloqueadora, devendo, pois, se acautelarem para que não lhes renda outras conseqüências.

De resto, como a questão foi muito bem analisada pelo ilustre Procurador de Justiça, Dr. Carlos Henrique Fernandes, inclusive quanto à inexistência de risco de dano sério e irreparável ao direito dos agravados, até porque trata-se por enquanto de simples mandado de inscrição, e que inexistirá mesmo que se venha a requerer a abertura de novas matrículas para o cumprimento integral do pacto de retrovenda, porque em tal hipótese deverão ser mantidos nestas o registro do compromisso, permite-se, ao encerramento, transcrever parte de seu bem-lançado parecer, in verbis:

“O perigo da averbação dos formais de partilha do imóvel não constitui perigo para os agravados. Estes não sofreram quaisquer prejuízos e, eventuais polêmicas decorrentes dos contratos de compromisso de compra e venda, quer seja o averbado, quer seja aquele que não foi averbado, deverão ser solucionados em ação própria, desde que as partes não consi-

gam compor amigavelmente o litígio. Ausente, enfim, a prova de prejuízos para os agravados” (fls. 102).

À vista, pois, de todo o amplamente exposto, dá-se provimento ao recurso na forma e para os fins explicitados.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Vanderlei Romer e Cesar Abreu.

Florianópolis, 10 de junho de 1999.

Gaspar Rubik,
Presidente e Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.002295-1, DE INDAIAL

Relator: Des. Pedro Manoel Abreu

Arrendamento mercantil. Busca e apreensão. Depósito em mãos do arrendatário até o trânsito em julgado da sentença. Bem indispensável à atividade econômica da empresa. Possibilidade de o juiz conferir efeito suspensivo a recurso que não o tenha, à hipótese de lesividade de direito. Inteligência do art. 43 da Lei n. 9.099/95, de aplicação subsidiária, já que integrada ao sistema processual.

“A Lei n. 9.099/95 assim como sua antecedente — Lei n. 7.244/83 — trouxeram um conjunto de conquistas ao processo civil e à própria teoria geral do processo que não precisam ficar confinadas ao processo do Juizado, só porque enunciadas no seu estatuto específico, tendo em vista o disposto no art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

“Assim, há, na lei em tela, normas de aplicação imediata, portadoras de amplitude maior, válidas para todo o processo civil, por exemplo, ao facultar o acréscimo de efeito suspensivo ao recurso pelo próprio juiz de Primeiro Grau, antecipando-se ao Tribunal, a teor do art. 43, para evitar dano irreparável para a parte.

“Pode ser deferida ao arrendatário, na condição de depositário judicial, a posse do bem objeto de arrendamento mercantil, quando a apreensão possa impedir a continuidade da sua atividade econômica ou prejudicar a sua atividade produtiva, mediante a condição de contratar seguro facultativo integral para a cobertura de eventuais riscos” (AI n. 97.012076-1, de Urussanga, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n.

99.002295-1, da comarca de Indaial, em que é agravante Banco Boavista

S/A, sendo agravada Beneficiamento de Arroz Emede Ltda.:

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

Custas legais.

1. Cuida-se de agravo de instrumento, com postulação de efeito suspensivo, contra decisão do Dr. Juiz de Direito da 1ª Vara da comarca de Indaial que, nos autos de ação de busca e apreensão fundada em contrato de alienação fiduciária, deferiu, mesmo após já ter sido prolatada a sentença julgando procedente o pedido, até o trânsito em julgado do decisorio, o depósito dos bens objeto da garantia em nome da devedora, ora agravada, por entendê-los indispensáveis ao desenvolvimento da atividade produtiva da empresa.

Sustentou o agravante, em suma, que após a entrega da prestação jurisdicional não mais seria possível ao Juízo monocrático inovar na lide. Ademais, a alegada indispensabilidade dos bens não teria restado provada. De todo modo, entende que a pretensão somente poderia ter sido deferida mediante a prestação de caução ou, ao menos, a contratação de seguro.

Foi conferido efeito suspensivo parcial ao agravo, mantendo a agravada na posse dos bens, desde que seja contratado seguro, para a hipótese de não haver cobertura específica contra riscos de dano.

Contraminutando, a recorrida afirmou ser possível reconsiderar a decisão que acolhera o pedido de busca e apreensão, acrescentando

que a retirada do maquinário da empresa importaria à paralisação de suas atividades.

2. Nega-se provimento ao recurso.

Inicialmente, cumpre considerar que não se vislumbra a havida de ilegalidade na decisão de fls. 120, sobressaindo o fato de ter autorizado o que o próprio recurso permitiria, porquanto possível seu recebimento também no efeito suspensivo, para evitar dano irreparável à parte, a teor do art. 43 da Lei n. 9.099/95.

Quanto à incidência do preceptivo aludido mesmo fora do microsistema processual dos Juizados Especiais, este relator consignou alhures:

“A Lei n. 7.244/83 trouxe um conjunto de conquistas ao processo civil e à própria teoria geral do processo que, no entender de Cândido Dinamarco, não precisariam ficar confinadas ao processo do Juizado, só porque enunciadas no seu estatuto específico. Lembra, o ilustre processualista, que ‘a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior’, conforme estabelece o art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil. O fato de a lei de 1984 ter sido editada para o funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas não implicou no necessário confinamento de todas as suas normas entre as *leges speciales*. Por isso, entendeu que há, na lei em tela, normas de aplicação imediata, portadoras de amplitude maior, válidas para todo o processo civil, por exemplo, (...) ao facultar o acréscimo de efeito suspensivo ao recurso pelo

próprio juiz de Primeiro Grau, antecipando-se ao Tribunal (art. 43).

“(…)

“Registre-se que todas essas regras foram mantidas na Lei n. 9.099/95, nos arts. 9º, § 3º; 19, § 2º; 34, § 2º, 35; 43 e 51, incisos V e VI, respectivamente” (Pedro Manoel Abreu; Paulo Tarso Brandão, Juizados Especiais Cíveis e Criminais — Aspectos Destacados. Florianópolis, Obra Jurídica, 1996, págs. 41/2).

Vista por outro ângulo, pode-se dizer, até, que a decisão impôs à recorrida condição mais gravosa, mantendo-a na posse dos bens tão-somente na classe de depositária.

No tocante ao tema central, tem sido repetidamente enfrentado pelos Tribunais pátrios. O Superior Tribunal de Justiça consignou que “As máquinas indispensáveis à atividade da empresa devedora, apreendidas em ação de busca e apreensão, podem permanecer na posse da ré, enquanto tramita o processo, até o momento da efetivação da venda” (4ª T., RMS 5.038-PR, rel. Rui Rosado de Aguiar, in RSTJ 79/261).

Haure-se do corpo do precitado acórdão que “Não causa ofensa à lei especial a decisão que permite que permaneçam em mãos da devedora os bens apreendidos. Tratando-se de máquinas indispensáveis à continuidade da atividade industrial da empresa, parece razoável a solução encontrada pelo Juiz, pela qual também já me orientava em 1988: ‘As máquinas dadas em alienação fiduciária, indispensáveis ao desempenho das atividades da empresa, podem ficar, agora sob constrição judicial, em depósito com a devedora’ (AI 5070067216 —

TJRS). Enquanto pendente o processo e até o momento da efetivação da venda, a manutenção do status quo é perfeitamente compatível com o desenvolvimento do feito, que não fica por isso prejudicado” (RSTJ 79/263).

Esta Corte de Justiça, no mesmo diapasão, teve a oportunidade de assentar:

“Reintegração de posse. Leasing. Bem essencial ao funcionamento da empresa. Permanência em mãos do devedor. Quando o bem objeto do contrato de arrendamento mercantil for essencial à continuidade do trabalho da empresa devedora, de modo que a apreensão significa a paralisação de sua atividade produtiva, em prejuízo dos credores e empregados e com risco de quebra, é aconselhável que o maquinário permaneça em poder do devedor, investido nas responsabilidades de depositário, até que ocorra a sua alienação definitiva” (3ª CC, AI n. 10.504, rel. Des. Eder Graf, in DJSC de 19/4/96).

Também:

“Quando o bem alienado fiduciariamente for essencial à continuidade do trabalho da empresa devedora de modo que sua apreensão significará a paralisação de atividade produtiva, em prejuízo de credores e empregados, com risco de falência, ocorrendo ainda que a remoção do bem e sua guarda por terceiro, mesmo sendo este o próprio credor, implica na possibilidade de danos físicos e falta de adequada e permanente assistência técnica especializada, a excepcionalidade do caso justifica permaneça o bem (maquinário) em poder do devedor, investido nas responsabilidades

de depositário" (AI n. 4.652, de Palhoça, rel. Des. Norberto Ungaretti).

Recentemente decidiu-se:

"Ação de reintegração de posse — Contratos de arrendamento mercantil — Bens imprescindíveis ao desempenho da atividade da empresa — Possibilidade de permanência em poder da devedora investida nas responsabilidades de depositária — Recurso provido.

"Sendo os bens imprescindíveis ao desempenho do trabalho da devedora, cujo desapossamento, por força de liminar em ação de reintegração de posse, venha a acarretar a paralisação das suas atividades, e conseqüentes prejuízos, podem então permanecer em suas mãos, mediante advertência das responsabilidades inerentes ao encargo de depositária" (AI n. 97.011993-3, da Capital, rel. Des. Carlos Prudêncio, in DJSC n. 10.157, de 22/2/99).

Em aresto coadunado com a realidade vivenciada pelo país, registrou-se:

"Imprescindível o bem para persistência da atividade da empresa, em face das vicissitudes da política econômica atual e do notório número de desempregados, pode o depósito recair no representante legal daquela, tendo em vista o disposto no art. 150 do Código de Processo Civil" (AI n. 96.004288-1, da Capital, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, in DJSC n. 9.600, de 9/11/96).

Idêntica senda é palmilhada por este Órgão Fracionário:

"Agravado de instrumento — Ação de reintegração de posse — Leasing — Bem indispensável à atividade

laborativa da empresa — Decisão que determina a manutenção do maquinário em mãos da devedora — Precedentes da corte — Recurso desprovido.

"Considerando que o trabalho exercido pela agravante depende diretamente do maquinário objeto da reintegração, é de se aplicar na hipótese de leasing, o mesmo entendimento jurisprudencial concernente à alienação fiduciária, que viabiliza a manutenção do bem na posse da empresa devedora, sempre que representar equipamento indispensável ao desempenho da atividade empresarial, de maneira que sua remoção acarretaria prejuízos incontornáveis" (AI n. 10.506, de Taió, deste relator).

Ainda:

"Arrendamento mercantil. Cautelar inominada. Concessão de medida, inaudita altera pars, assegurando à arrendatária, na pendência da lide, a posse do bem. Veículo indispensável à atividade produtiva da empresa. Possibilidade. Débito contratual controvertido. Revisão do contrato. Alegação de cláusulas potestativas, abusivas ou excessivamente onerosas. Recurso desprovido.

"(...)

"Os veículos e as máquinas, objeto de arrendamento mercantil, indispensáveis à atividade industrial ou produtiva da empresa devedora, na iminência de apreensão em ação de reintegração de posse, poderão permanecer na posse do arrendatário, na pendência da lide, até o julgamento da causa" (AI n. 97.014578-0, da Capital, relatado pelo signatário).

Finalmente:

“Arrendamento mercantil. Rein-tegração de posse. Deferimento da li-minar. Depósito em mãos do arrenda-tário até a sentença, mediante a condição de contratar seguro facultati-vo integral. Bem indispensável à ativi-dade econômica da empresa.

“Pode ser deferida ao arren-datário, na condição de depositário judicial, a posse do bem objeto de ar-rendamento mercantil, quando a apreensão possa impedir a continui-dade da sua atividade econômica ou prejudicar a sua atividade produtiva, mediante a condição de contratar se-guro facultativo integral para a cober-tura de eventuais riscos” (AI n. 97.012076-1, de Urussanga, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 13/11/97).

Os bens cuja apreensão se pretende são os seguintes: sete má-quinas selecionadoras de grãos, um conjunto beneficiador de arroz parboi-lizado, uma máquina de empacota-mento, dois secadores, três cilindros para parboilização, uma empilhadeira e dois compressores de ar. A essencia-lidade deles para o exercício das ativi-

dades da agravada, empresa que atua no ramo de beneficiamento de arroz, é elementar, prescindindo de maiores lucubrações.

Por evidente, a constituição da devedora como depositária não impli-ca deixar a descoberto o direito do ar-rendante, porque aquela terá de zelar pela integridade do bem. Além disso, na decisão de fls. 124/5, foi ordenada a contratação de seguro para a cober-tura de eventuais sinistros.

3. Por todo o exposto, despro-vê-se o agravo.

Presidiu a sessão de julgamen-to, com voto, o Exmo. Sr. Des. Fran-cisco Borges, e dela participou, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nil-ton Macedo Machado.

Florianópolis, 20 de maio de 1999.

Alcides Aguiar,
Presidente para o acórdão;
Pedro Manoel Abreu,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.017968-0, DE SANTO AMARO DA IMPERATRIZ

Relator: Des. Newton Trisotto

Agravo de instrumento — Inventário — Apuração de haveres — Necessidade — Pressupostos.

Sendo o autor da herança participante de sociedade co-mercial que não anônima, a apuração de haveres (CPC, 993, pará-grafo único, inc. II) só será necessária na hipótese de seus sucessores expressamente manifestarem interesse em dela se retirar.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n.

99.017968-0, da comarca de Santo Amaro da Imperatriz, em que são

agravantes Alessandra Goulart e outros, sendo agravados Espólio de Joaquim Antônio Goulart, representado pelo Inventariante Pedro Joaquim Goulart, e Márcia Regina Francener:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Alessandra Goulart e outros interpuseram agravo de instrumento de decisão prolatada nos autos do processo de inventário dos bens de Joaquim Antônio Goulart.

O MM. Juiz de Direito dispensou a realização de perícia para apuração de haveres, por entender desnecessária, “visto que cada herdeiro ao final da ação receberá sua respectiva ‘cota social’ independentemente de quanto valha”.

Para os agravantes a decisão contraria o disposto no inc. II do parágrafo único do art. 993 do Código de Processo Civil.

II — Voto

1. Para o deslinde da questão há duas hipóteses que devem ser consideradas:

a) pretendendo os herdeiros de Maurílio Joaquim Goulart permanecer como sócios da Empresa Auto Viação Imperatriz Ltda., a apuração dos haveres é absolutamente desnecessária. Sobre o patrimônio da sociedade, independentemente do valor, participarão com 5,955% — que correspondem a metade das quotas sociais per-

tencentos ao de cujus — e mais 1,439% — as quais terão direito em razão do óbito de Joaquim Antônio Goulart;

b) somente será necessária a apuração se pretenderem receber seus haveres em espécie ou em outros bens.

Se o valor das “cotas do capital” for de R\$ 2.964.096,77 (dois milhões, novecentos e sessenta e quatro mil e noventa e seis reais e setenta e sete centavos), conforme apurado pelo Professor Rainoldo Uessler (fls. 127), a parte dos agravantes corresponderá a R\$ 219.165,31 (duzentos e dezenove mil, cento e sessenta e cinco reais e trinta e um centavos). Se o “valor de mercado” for de R\$ 11.000.000,00 (onze milhões de reais), como afirmado na petição recursal, será de R\$ 813.340,00 (oitocentos e treze mil e trezentos e quarenta reais).

Os procuradores dos agravantes — que atribuem aquela assombrosa quantia como sendo o valor de mercado da empresa, e que lamentavelmente fazem maldosas insinuações a respeito da honorabilidade do Magistrado prolator da decisão recorrida —, o juiz do processo, a ilustre curadora e o representante do Ministério Público deverão ficar atentos para que os menores não sejam prejudicados também pela genitora.

Apenas quando trouxeram aos autos do agravo de instrumento o laudo pericial os agravantes manifestaram intenção de se retirar da sociedade, por certo até em razão da hostilidade com os sócios que hoje a administram.

2. À vista do exposto, dou provimento parcial ao recurso.

Deverá o MM. Juiz de Direito intimar os herdeiros de Maurílio Joaquim Goulart para que objetivamente manifestem se há ou não interesse em receber, na partilha, quotas da Empresa Auto Viação Imperatriz Ltda. Se negativa a resposta, deverá determinar a apuração dos haveres, aproveitando, se possível, o laudo já apresentado, sem considerar que os demais herdeiros por certo não foram intimados a participar da sua elaboração eis que realizado nos autos do inventário dos bens de Maurílio Joaquim Goulart.

III — Decisão

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 00.001360-9, DE VIDEIRA

Nos termos do voto do relator,
Relator: Des. Sérgio Paladino
 deram provimento parcial ao recurso.

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Luiz Carlos Freyesleben.

Florianópolis, 28 de março de 2000.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente com voto;
Newton Trisotto,
Relator.

Servidão de passagem. Ausência de averbação no Registro de Imóveis. Servidão aparente. Desnecessidade. Ato que serve apenas para conferir maior segurança ao instituto. Exigência restrita às servidões não aparentes. Art. 697 do Código Civil. Recurso desprovido.

A ausência de averbação do contrato de constituição no Registro de Imóveis, obrigatória para as servidões não aparentes, ex vi do art. 697 do Código Civil, embora seja recomendável para as aparentes, não é requisito indispensável à sua existência, cuja verificação não fica prejudicada pela falta da anotação.

Servidão de passagem. Prédio não encravado. Desnecessidade. Requisito indispensável somente para passagem forçada. Recurso desprovido.

A exigência do encravamento do imóvel é restrita ao instituto da passagem forçada, prescindível para a caracterização da servidão de passagem, direito real sobre coisa alheia a teor do estatuído nos arts. 695 a 712 do Código Civil.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 00.001360-9, da comarca de Videira (2ª Vara), em que são agravantes Jair Brunetto e Teresa Fátima da Silva Brunetto, sendo agravadas Terezinha Trentin, Sirlei Trentin e Simone Trentin:

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

Custas na forma da lei.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Jair Brunetto e Teresa Fátima da Silva Brunetto contra decisão que, nos autos da ação de reintegração de posse contra si proposta por Terezinha Trentin, Sirlei Trentin e Simone Trentin, concedeu a liminar, determinando que as autoras fossem reconduzidas à posse da servidão existente sobre o imóvel dos réus, ora agravantes.

Sustentam, em suma, que o imóvel das recorridas não é encravado, eis que tem saída para a Rua n. 1 do loteamento e que o instrumento particular de instituição de servidão de passagem perpétua firmado entre as autoras e o anterior proprietário não se reveste das formalidades legais, eis que não foi averbado no Registro de Imóveis, motivo pelo qual não tem eficácia erga omnes.

Aduzindo que a utilização da referida servidão decorreu de mera tolerância dos agravantes, não induzindo posse, postularam a reforma do despacho e a suspensão de seus efeitos.

Negado o efeito suspensivo, as agravadas apresentaram contraminu-

ta defendendo a manutenção da decisão interlocutória.

É o relatório.

Sustentam os agravantes que o título por meio do qual constituiu-se a servidão não é oponível erga omnes, por não haver sido averbado na matrícula do imóvel efetuada no competente Ofício do Registro de Imóveis.

A alegação não comporta acolhimento, eis que em se tratando de servidão aparente, embora recomendável, tal providência é prescindível para que valha perante terceiros, não consistindo em elemento necessário à sua existência.

Discorrendo sobre o tema, assinala Arnaldo Rizzardo:

“Não é conforme o melhor entendimento se inferir que, afora as não aparentes, é reclamado o registro das demais servidões. As aparentes, classificadas em contínuas e descontínuas, são admitidas pela sua simples realidade existencial. O Código Civil impõe o registro obrigatório das primeiras (art. 697), embora todas versem sobre direitos relativos a imóveis. É o que a jurisprudência vem afirmando. Nem para valer contra terceiros se faz mister tal ato, desde que aparente e contínua e instituída pelo proprietário do imóvel onerado (181). Significativa é a seguinte passagem, colhida de uma decisão pretoriana: ‘É certo que no caso não existe inscrição, mas nem por isso se descaracteriza a servidão fática ou serventia em cuja posse se encontram os autores e que serve de título para a constituição tácita das servidões aparentes (Soriano de Souza, op. cit., Tratado de Direito Privado, 18/252). O egrégio Supremo Tribunal Federal decidiu que a destinação do

proprietário é título constitutivo da servidão e pode ser admitida em nosso direito. A servidão de trânsito aparente, como a que decorre da existência de portão entre imóveis, vizinhos, pode ser adquirida pela decorrência do tempo, sem a necessidade de transcrição... Claro que o art. 697 do CC não autoriza o entendimento de que servidões aparentes independem de inscrição; ou o título que as constitui ou a sentença que as declarou devem ser inscritos, por força do art. 676. Mas a ausência de registro não retira ao dono do prédio dominante o uso e o gozo de fato. Pela destinação do referido poço de iluminação, antes pertencente a um prédio único, posteriormente ao seu desmembramento em favor de diversos e sucessivos donos, com expressa referência nas escrituras a respeito até de detalhes de divisas comuns, tornou-se certo que os compradores adquiriram partes do imóvel localizadas, mas que só permitiriam uma fruição compatível, caso não fossem alteradas as características do edifício, consideradas do ponto de vista de sua funcionalidade e destinação' (182).

"Daí, temperando o exposto sobre a importância do registro, útil repetir o ensinamento de Pontes de Miranda: 'As servidões são sempre registráveis. Trata-se de direitos reais; resultam de restrições (não limitações) ao conteúdo do direito de propriedade...'" (183).

"O registro aumenta a segurança, torna indubitosa a existência e dirime problemas relativamente a terceiros. Não se torna, porém, condição para a validade da utilização do bem alheio" (Das Servidões, Rio de Janeiro, Aide, 1984, págs. 92/93).

No mesmo rumo, colhe-se da jurisprudência:

"A transcrição no registro de imóveis só é exigível para o estabelecimento das servidões não aparentes (art. 697, CC)" (REsp. n. 22288/SP, rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJU de 13/2/95, pág. 2.219).

No que pertine à alegada inexistência de encravamento do imóvel das recorridas, igualmente desnecessário à proteção possessória da servidão de passagem — direito real sobre coisa alheia de que tratam os arts. 695 a 712 do Código Civil — exigível somente quando se tratar do instituto da passagem forçada previsto no art. 559 do mesmo diploma legal.

Por derradeiro, ressalte-se que o argumento de que a posse da servidão se deveu à indulgência dos agravantes não encontra respaldo jurídico ou fático, eis que o direito real de servidão de passagem preexistia à propriedade por eles adquirida. Na realidade, a servidão foi constituída por ato do anterior proprietário do imóvel, circunstância que impõe aos recorrentes a obrigação de continuarem tolerando o ônus imposto ao prédio sobre o qual foi instituída.

Ante o exposto, negou-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nilton Macedo Machado.

Florianópolis, 16 de maio de 2000.

Silveira Lenzi,
Presidente, com voto;
Sérgio Paladino,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 97.015543-3, DE CHAPECÓ**Relator: Des. Nelson Schaefer Martins**

Ação civil pública. Legitimação do Ministério Público. Relação de consumo. Direitos individuais homogêneos. Empresa montadora de veículos. Competência. Capital do Estado. CDC, arts. 82, inc. I, 90 e 93, inc. II. Recurso provido.

Identifica-se a relevância social justificadora da tutela coletiva e do manejo da ação civil pública pelo Ministério Público se ato da empresa montadora de veículos esteja afetando um número considerável de consumidores ao negar-se a fornecer-lhes a garantia pelo último parâmetro considerado entre o tempo e a quilometragem, diante do disposto no art. 47 do CDC.

Neste caso, tratando-se de direitos individuais homogêneos em que os titulares são identificáveis e o objeto é divisível e cindível, mesmo que os valores monetários não sejam de grande repercussão a motivar a um ou mais adquirentes de veículos ou de peças para procurar a Justiça e reclamar a reparação do prejuízo, na perspectiva coletiva esta lesão pode justificar a propositura do pedido pelo Ministério Público para que o fornecedor seja impedido de prosseguir na prática indesejada.

Mesmo que o art. 16 da Lei n. 7.347 de 24/7/85 (com a redação dada pela Lei n. 9.494 de 10/9/97) estabeleça que a sentença civil faz coisa julgada erga omnes nos limites da competência territorial do órgão prolator, não se pode pretender que a decisão impugnada prevaleça no âmbito da comarca de Chapecó se os danos são de escala nacional.

A competência territorial do art. 93, incs. I e II, do CDC não tem natureza de competência relativa mas por força do disposto no art. 2º da Lei n. 7.347/85 — que refere a competência funcional, aplicável às ações reguladas pela Lei n. 8.078/90 a teor do estatuído no art. 90 do CDC —, confere-se-lhe a natureza de competência territorial absoluta e portanto inderrogável e improrrogável.

O foro da Capital do Estado deve ser o competente para o processamento da causa, por tratarem-se de danos de âmbito nacional, diante da abrangência da empresa Ford a todo o território brasileiro.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 97.015543-3, da comarca de Chapecó (2ª Vara), em que é agravante Ford do Brasil Ltda., sendo agravado o Ministério Público Estadual:

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

Custas na forma da lei.

Ford do Brasil Ltda. interpôs o agravo contra decisão do Dr. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da comarca de Chapecó que em ação civil pública promovida pelo Ministério Público Catarinense por seu Centro das Promotorias e Curadoria de Defesa do Consumidor deferiu liminar determinando que a garantia dos veículos e peças fornecidos pela agravante tenha como critério de encerramento o que ocorrer por último dentre os parâmetros de tempo ou de quilometragem, estipulando nos termos do art. 11 da Lei n. 7.347/85 a multa diária de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) em caso de descumprimento.

Apontou a ilegitimidade do Ministério Público da Comarca para promover a ação e indicou a ausência de interesse público ou coletivo a motivar a intervenção.

Acentuou que o Juízo de Chapecó seria incompetente por tratar-se de questão de âmbito nacional, devendo a matéria ser remetida para o foro do Distrito Federal, a teor do disposto no art. 93, inc. II, do Código de Defesa do Consumidor.

Ademais, mesmo que assim não fosse, advertiu que a cláusula contratual relativa à garantia concedi-

da por fabricantes de veículos e de outros equipamentos de porte, seria mera extensão voluntária do fornecedor, com prazos e condições mais favoráveis que aqueles previstos no Código Civil e no CDC.

Aduziu em arremate que a pretensão do Órgão Ministerial partiria de premissa ilógica de que toda cláusula contratual deveria ser interpretada em favor do consumidor, eis que no caso concreto não haveria dúvida a elucidar diante da objetividade e clareza da estipulação.

O digno relator originário deferiu o efeito suspensivo para sustar os efeitos da interlocutória diante da possibilidade de lesão grave e de difícil e incerta reparação à agravante.

O agravado apresentou resposta propugnando pela manutenção do decisum.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se no sentido da legitimidade do Ministério Público para promover ação coletiva na defesa de interesses individuais homogêneos e, no entanto, opinou pela remessa dos autos à comarca do Distrito Federal nos termos do art. 93, II, da Lei n. 8.078/90.

O recurso é tempestivo, encontra-se preparado e estão presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

É o relatório.

I. Afirma-se a legitimação ativa do Ministério Público para a promoção de ação civil pública na defesa de interesses coletivos difusos e individuais homogêneos conforme as disposições constitucionais e legais abaixo reproduzidas:

1) Constituição Federal:

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

“(...) III — promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

2) Lei n. 8.625 de 12/2/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público):

“Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras lei, incumbe, ainda, ao Ministério Público:

“(...) IV — promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:

“a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos”.

3) Lei n. 8.078, de 11/9/90 (Código de Defesa do Consumidor):

“Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

“Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

“I — interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

“II — interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos

deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

“III — interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

“Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

“I — o Ministério Público; (...)”.

Kazuo Watanabe discorre sobre os dispositivos dos arts. 81 e 82 do CDC na obra Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, Ada Pellegrini Grinover... (et al.), 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1998, págs. 640/641:

“Legitimação do Ministério Público — A Constituição Federal, no art. 129, III, estabeleceu como uma das funções institucionais do Ministério Público ‘promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos’.

“Os interesses ou direitos dos consumidores, sem dúvida alguma, estão abrangidos pela cláusula de encerramento contida na parte final do texto.

“Também incumbe ao Ministério Público proteger os interesses individuais, desde que homogêneos e tratados coletivamente, na forma do inc. III do parágrafo único do art. 81 do Código (cf. comentário ao art. 110, em frente, onde é exposta toda a evolu-

ção da ampliação da legitimidade ad causam do Parquet).

“Como ficou bem anotado nos comentários aos incs. I e II do parágrafo único do art. 81 (v. supra), tanto os interesses ou direitos difusos como os coletivos, para os efeitos do Código, devem ser ‘transindividuais de natureza indivisível’. A indivisibilidade do bem jurídico tutelando, nota mais marcante dos interesses ou direitos difusos e coletivos, deve dizer respeito a toda a coletividade (difusos) ou a todo o grupo, categoria ou classe de pessoas (coletivos), o que significa que entidades privadas e públicas, inclusive o Ministério Público, não estão legitimados para a tutela de interesses individuais agrupados (exclusão feita à hipótese prevista no inc. III do mesmo dispositivo), mormente em se tratando de interesses contrapostos de membros de um mesmo grupo, classe ou categoria de pessoas.

“Essa mesma interpretação deve prevalecer em relação ao inc. III do art. 129, CF, sob pena de se transformar o Ministério Público em defensor de interesses individuais disponíveis, quando a sua atribuição institucional é mais relevante, ao que se extrai do texto dos arts. 127 e seguintes da Constituição Federal (v. adiante, comentário n. 8 ao § 2º, vetado). Em linha de princípio, somente os interesses individuais indisponíveis estão sob a proteção do Parquet. Foi a relevância social da tutela a título coletivo dos interesses ou direitos individuais homogêneos que levou o legislador a atribuir ao Ministério Público e a outros entes públicos a legitimação para agir nessa modalidade de demanda molecular (cf. comentários aos arts. 110, 111, 112, 114 e 117, em frente).

“Como já ressaltado, somente a relevância social do bem jurídico tutelando ou da própria tutela coletiva poderá justificar a legitimação do Ministério Público para a propositura de ação coletiva em defesa de interesses privados disponíveis.

“A jurisprudência tem reconhecido, por exemplo, a relevância social, admitindo assim a legitimidade do Ministério Público, em se tratando de discussão ligada ao direito à educação, que é um direito fundamental. Assim, tem sido admitida ação civil pública ajuizada pelo Parquet tendo por objeto a fixação e a cobrança de mensalidades escolares (STJ, REsp. n. 70.997—SP, Quarta Turma, rel. Min. Ruy Rosado; REsp. n. 39.757—MG, Quarta Turma, rel. Min. Fontes de Alencar; REsp. n. 68.141—RO, Quarta Turma, rel. Min. Barros Monteiro; REsp. n. 38.176—MG, Quarta Turma, rel. Min. Ruy Rosado).

“Essa mesma linha de argumentação é também desenvolvida no acórdão do Supremo Tribunal Federal acima citado, proferido recentemente, em 26/2/97, no RE n. 163.231—SP, relatado pelo eminente Min. Maurício Corrêa.

“Mas há, também, a relevância social da própria tutela coletiva em razão da peculiaridade do conflito de interesses. Imagine-se o caso de um fabricante de óleo comestível que esteja lesando os consumidores em quantidade bem pequena, insuficiente para motivar um ou mais consumidores isoladamente a procurar a Justiça para reclamar a reparação do seu prejuízo. Se é ínfima a lesão individual, não o será, certamente, a lesão na perspectiva coletiva, que poderá estar afetan-

do milhões de consumidores. Em casos assim, de dispersão muito grande de consumidores lesados e de insignificância da lesão na perspectiva individual, haverá certamente relevância social na tutela coletiva, para que o fornecedor seja obstado no prosseguimento da prática ilícita”.

Ora, no caso concreto há relevância social justificadora da tutela coletiva e do manejo da ação civil pública pelo Ministério Público pois parte-se do pressuposto de que a empresa agravante estaria afetando um número considerável de consumidores ao negar-se a fornecer-lhes a garantia pelo último parâmetro considerado entre o tempo e a quilometragem, diante do disposto no art. 47 do CDC.

Nesse caso, tratando-se de direitos individuais homogêneos em que os titulares são identificáveis e o objeto é divisível e cindível, mesmo que os valores monetários não sejam de grande repercussão a motivar a um ou mais adquirentes de veículos ou de peças para procurar a Justiça e reclamar a reparação do prejuízo, na perspectiva coletiva esta lesão poderá justificar a propositura do pedido pelo Ministério Público para que o fornecedor seja impedido de prosseguir na prática indesejada.

II. No que tange à incompetência do Juízo, o recurso deve ser provido.

Ada Pellegrini Grinover ao examinar as disposições do art. 93, incs. I e II, da Lei n. n. 8.078/90, na mesma obra Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, págs. 683/684 leciona:

“A determinação do foro competente: dano de âmbito regional ou nacional — Mas o produto ou serviço pode acarretar prejuízos de dimensões mais amplas, atingindo pessoas espalhadas por uma inteira região ou por todo o território nacional. Nesse caso, a determinação da competência territorial faz-se pelo foro da Capital do Estado ou do Distrito Federal (inc. II do art. 93). Tanto num como noutro caso, a competência é da Justiça local, nos termos do disposto no caput do dispositivo.

“Cabe, aqui, uma observação: o dispositivo tem que ser entendido no sentido de que, sendo de âmbito regional o dano, competente será o foro da Capital do Estado ou do Distrito Federal.

“No entanto, não sendo o dano de âmbito propriamente regional, mas estendendo-se por duas comarcas, tem-se entendido que a competência concorrente é de qualquer uma delas.

“Sendo o dano de âmbito nacional, entendemos que a competência deveria ser sempre do Distrito Federal: isso para facilitar o acesso à Justiça e o próprio exercício do direito de defesa por parte do réu, não tendo sentido que seja ele obrigado a litigar na Capital de um Estado, longínquo talvez de sua sede, pela mera opção do autor coletivo. As regras de competência devem ser interpretadas de modo a não vulnerar a plenitude da defesa e o devido processo legal.

“Essa interpretação reduziria os casos de competência concorrente, que de qualquer modo seriam solucionados pelos critérios do Código de Processo Civil, inclusive quanto à prevenção (arts. 105 e 106 do CPC).

“No entanto, não tem sido esta a posição da jurisprudência, que entende, em caso de danos de âmbito nacional, ser o foro da Capital dos Estados ou do Distrito Federal concorrente (citou em nota de rodapé TJSP, AI n. 28.796-0-6—SP). No mesmo sentido, manifestou-se autorizada doutrina (Arruda Alvim e Thereza Alvim, Código do Consumidor Comentado, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2ª ed., pág. 426).

“(…) Competência territorial absoluta — A competência territorial dos incs. I e II do art. 93 não se sujeita às regras do Código de Processo Civil, como aconteceria se se tratasse de competência relativa.

“É que, como visto, o art. 2º, LACP, aplicável ao CDC por força do art. 90 deste, em seu segundo sentido, confere à competência territorial natureza absoluta, ao disciplinar o gênero da competência funcional (uma das modalidades da competência absoluta).

“Afirmamos, por isso, que a competência territorial é, no caso, absoluta, inderrogável e improrrogável pela vontade das partes.

“(…) Diga-se, por oportuno, que, mesmo que se espouse o entendimento contrário, qual seja o da natureza relativa da competência territorial — dando-se ao art. 2º, LACP, interpretação restrita à determinação de regra sobre a competência de jurisdição: supra, n. 2 —, ainda permaneceria a questão: poderia a convenção das partes derogar a competência territorial prevista no art. 93 do Código, mediante a estipulação de foro de eleição, nos termos do disposto no art. 111 do CPC?

“Impõe-se a resposta negativa. Trata-se, na espécie, de ações coletivas, a que estão legitimados, a título de substituição processual, entes e pessoas que nenhuma relação jurídica de direito material tiveram ou têm com a parte contrária, de modo a tornar impraticável a eleição de foro”.

A colenda Segunda Câmara Civil, a propósito do tema, decidiu em Agravo de Instrumento n. 10.335, da Capital, rel. Des. Gaspar Rubik, j. 2/4/96, DJESC de 19/4/96, pág. 19:

“Agravo de instrumento — Exceção de incompetência — Ação civil pública — Direitos difusos do consumidor — Propaganda enganosa — Dano de âmbito nacional — Competência — Foro da Capital do Estado — Arts. 90 e 93 do Código de Defesa do Consumidor e 2º e 21 da Lei da Ação Civil Pública — Recurso desprovido.

“O comando do art. 93 do CDC foi aprioristicamente dirigido apenas às ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos. A simbiose legal promovida pela conjugação do art. 90 daquele Codex com o art. 21 da LACP, entretanto, autoriza que tal regra de competência abranja também as ações coletivas para a defesa de interesses e direitos difusos e coletivos (art. 81, I e II, CDC).

“Sendo o dano ao direito do consumidor de âmbito nacional — como é o caso do de propaganda enganosa, veiculada em todo o país —, é competente para a respectiva ação coletiva, a exemplo do caso dos danos regionais, o foro da Capital do Estado ou o do Distrito Federal (art. 93, II, CDC), eis que a referência do legislador a este ente deve-se apenas a mero apego ao rigor técnico, tendo

em vista sua natureza de Estado Membro anômalo. O que não pode ser feito é interpretar isso como indicativo de que é o foro da Capital da República o único competente para tais veículos processuais, sob pena de lançar-se norma incongruente, ilógica e malferidora do princípio constitucional do livre e desembaraçado acesso ao Judiciário.

“A aplicação subsidiária do CPC aos casos de competência concorrente, de que trata o art. 93, II, do CDC, diz respeito unicamente ao art. 106 (prevenção), e não ao art. 100, IV, b, daquele Estatuto Processual”.

Trecho do v. acórdão:

“(...) Estabelece o art. 93 do CDC:

“Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local:

“I — no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

“II — no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente”.

“(..). Uma solução mais simplista indicaria a aplicação única da regra insculpida no art. 2º da Lei da Ação Civil Pública — LACP (Lei n. 7.347/85), que estabelece como competente o foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.

“Impõe-se aqui, porém, o uso da interpretação sistemática, ou sistêmica, a fim de se melhor assentar o fato à norma, o que nos leva a vislum-

brar a resposta colimada tanto na Lei da Ação Civil Pública, quanto no próprio Código de Defesa do Consumidor. É que as normas processuais deste complementam as daquela, e vice-versa (art. 90 do CDC c/c o art. 21 da LACP).

“Como bem anota Nelson Nery Jr.:

‘Em virtude da perfeita integração do CDC e LACP, estes dois sistemas legais se completam. As disposições de direito material relativas ao consumidor estão no CDC, ao passo que o regime processual se encontra em ambas as leis’ (in Código de Processo Civil e Legislação Processual Extravagante em Vigor, São Paulo, RT, 1994 — comentário n. 17 ao art. 1º, II, da LACP, pág. 1.018).

“A questão, aliás, já foi objeto de decisão pelo eg. Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

‘A Lei n. 7.347/85 é de natureza essencialmente processual, limitando-se a disciplinar o procedimento da ação coletiva e não se entremostra incompatível com qualquer norma inserida no Título III do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90).

‘É princípio de hermenêutica que, quando uma lei faz remissão a dispositivos de outra lei de mesma hierarquia, estes se incluem na compreensão daquela, passando a constituir parte integrante do seu contexto’ (REsp. n. 49.272-6—RS, 1ª T., j. em 21/9/94, rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJU 17/10/94).

“Esclareça-se, de outro vértice, que a redação do art. 90 do CDC não autoriza, neste caso, a aplicação subsidiária da regra do art. 100, IV, b, do CPC, vez que esta é preterida pelo

LACP, que é diploma legal mais próximo daquele primeiro Codex.

“Como pontifica o mestre Arruda Alvim (Código do Consumidor Comentado, 2ª ed., São Paulo, RT, 1995, pág. 415):

‘Havendo possibilidade de se aplicar o Código de Processo Civil ou a Lei n. 7.374, de 24 de julho de 1985, esta terá preferência, pois a analogia é mais próxima entre esta lei e o Código de Proteção e Defesa do Consumidor’.

“Assim, como corolário da simbiose legal acima descrita, as lacunas do art. 2º da LACP, que não fazia distinção entre a natureza dos danos (se locais, regionais ou nacionais), foram preenchidas pela ulterior redação do art. 93 do CDC, aplicável, por isso, às ações civis públicas envolvendo direitos coletivos e difusos.

“Analisando-se, portanto, o busilís à luz daquele artigo do CDC, faz-se necessária a perquirição em torno da abrangência do dano, com vistas à fixação da competência do foro, já que a da justiça, por força do caput daquele dispositivo, e por inexistente qualquer interesse da União, é a local.

“O caso em tela, como já dito, versa sobre pretensos direitos difusos já violados (e a serem violados) por meio de propaganda enganosa veiculada pela agravante em todos os recantos do país. Tal fato, aliás, é explicitamente afirmado por ambas as partes no transcorrer deste processo.

“Saliente-se que o Ministério Público, na ação que intentou, reportou-se a dois casos já ocorridos apenas como parâmetro ou como justificadores para a sua iniciativa, uma vez

que não detém legitimidade para a defesa de interesses particulares.

“De clareza solar, assim, a natureza nacional do dano (concreto e/ou abstrato; presente e/ou futuro).

“A análise perfunctória da redação do inciso II do prefalado art. 93 do CDC poderia levar o aplicador da lei a interpretá-la como se existentes duas situações distintas, ou seja: quando o dano for ‘regional’, o foro competente é o da Capital do Estado; quando for ‘nacional’, é o do Distrito Federal. Mas a leitura mais atenta do dispositivo desautoriza tal exegese, como se verá adiante.

“Primeiramente, se quisesse realmente o legislador criar três critérios de fixação de competência, tê-los-ia inserido em incisos distintos. Ao revés, optou por dividir o art. 93 em apenas dois, ou seja, um (93, I) para os danos de âmbito local (foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano) e outro (art. 93, II) para os danos de âmbito regional ou nacional (foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal).

“Isso significa que o inciso II, para duas situações distintas (danos regionais e danos nacionais), deu solução idêntica, qual seja, ‘foro da Capital do Estado’, tendo apenas se referido ao Distrito Federal em face da sua natureza sui generis de cidade-estado.

“Obviamente, em se tratando de dano nacional todas as capitais do país, e o Distrito Federal, seriam em tese competentes para o aforamento da presente ação, sendo de se aplicar o critério da prevenção em caso de eventual conflito, ficando prevento aquele que primeiro despachar (Ro-

dolfo de Camargo Mancuso, Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor, São Paulo, Saraiva, 1991, pág. 322).

“Aí, e exclusivamente aí, é que tem lugar a aplicação subsidiária do CPC nos casos de concorrência concorrente a que se refere o dispositivo em tela. A pretensão do agravante-excipiente, de aplicação do art. 100, IV, b, CPC, por mais esta razão, não encontra sustentáculo legal.

“Esta eg. Câmara, em excelente aresto da lavra do eminente Des. Vanderlei Romer, ao tratar de matéria idêntica, assim decidiu:

‘O mencionado inciso II do art. 93 refere-se, laconicamente, ao foro da Capital do Estado ou do Distrito Federal, sem adiantar qualquer critério distintivo. Cabe, portanto, ao intérprete buscá-lo.

‘A referência destacada a Distrito Federal no inciso II deveu-se a um rigor técnico do legislador. É que o Distrito Federal, elevado pela Carta de 1988, à condição de ente estatal autônomo, integrante da Federação (art. 18), aproxima-se mas não se equipara ao Estado Membro. Com efeito, embora nele existem os três Poderes — inclusive o Judiciário, que falta aos Municípios —, sua autonomia é mais restrita que a dos Estados, notadamente por sofrer a interferência da União em áreas diversas (v. g., art. 32, art. 61, § 1º, II, b). Na feliz síntese de Hely Lopes Meirelles (in Direito Administrativo Brasileiro, 1990, pág. 67), o Distrito Federal é um Estado Membro anômalo.

‘Por esta razão, o legislador terá achado conveniente a menção expressa, e tecnicamente mais precisa,

a Distrito Federal, a demonstrar que ele não se confunde com o Estado. Mas o Poder Judiciário do Distrito Federal, embora formalmente organizado e mantido pela União (art. 21, XIII), tem o mesmo status do Poder Judiciário Estadual, não integrando o sistema da Justiça Federal, quer comum, quer especializada.

‘Alguém poderia cogitar que, em caso de interesse regional, a competência seria do foro da Capital do Estado, e em caso de interesse nacional seria do foro do Distrito Federal. Mas também esta interpretação não se sustenta. É que o dispositivo menciona primeiro: Capital do Estado e âmbito nacional e depois Distrito Federal e âmbito regional. De modo que o critério da respectividade levaria à incongruência de que as ações de âmbito nacional devem ser propostas no foro da Capital do Estado e as de âmbito regional no foro do Distrito Federal. E isto não faria sentido’ (Agravado de Instrumento n. 8.131, de Blumenau — rel. Des. Vanderlei Romer — j. em 25/10/94) (...).”

Assim, mesmo que o art. 16 da Lei n. 7.347 de 24/7/85 com a redação dada pela Lei n. 9.494 de 10/9/97 estabeleça que a sentença civil faz coisa julgada erga omnes nos limites da competência territorial do órgão prolator, no caso que se examina, não se pode pretender que a decisão impugnada deva prevalecer no âmbito da comarca de Chapecó pois conforme bem acentuou o Dr. Procurador de Justiça, em seu parecer, os danos são de escala nacional.

Portanto, como a Lei n. 9.494/97 não alterou o art. 93 da Lei n. 8.078/90 prevalece a norma do CDC.

Lembre-se ainda que a competência territorial do art. 93, incs. I e II, do CDC não trata de competência relativa mas por força do disposto no art. 2º da Lei n. 7.347/85 — que se refere à competência funcional, aplicável às ações reguladas pela Lei n. 8.078/90, a teor do estatuído no art. 90 do CDC, confere-se-lhe a natureza de competência territorial absoluta e portanto inderrogável e improrrogável.

Assim, é de concluir-se que o foro da Capital do Estado pode e deve ser o competente para o processamento da causa, por tratarem-se de danos de âmbito nacional, diante da abrangência da empresa Ford a todo o território brasileiro.

Isso posto, dá-se provimento ao recurso para na forma do art. 93,

inc. II, do CDC determinar-se a remessa dos autos de ação civil pública à comarca da Capital, aplicando-se quanto à interlocutória atacada, a regra do art. 113, § 2º, do CPC.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nilton Macedo Machado diante do impedimento justificado do Exmo. Sr. Des. Alcides Aguiar. Lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Antônio Gercino de Medeiros.

Florianópolis, 24 de junho de 1999.

Pedro Manoel Abreu,

Presidente com voto;

Nelson Schaefer Martins,

Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.017857-9, DA CAPITAL

Relator: Des. Nelson Schaefer Martins

Agravo. Mandado de segurança. Serviço de esgoto. Compulsoriedade. Remuneração por taxa. Constituição Federal, arts. 145, caput, inc. II, e 150, inc. I, Código Tributário Nacional, arts. 77 e 79, inc. I, alíneas a e b e incs. II e III. Lei Municipal de Florianópolis n. 1.827/1981, art. 4º. Resolução Interna n. 418/1992 da Casan. Súmula 545 do STF. Liminar. Recurso provido.

“Sendo obrigatória a ligação de todas as construções habitáveis ao sistema de esgoto, não se pode afirmar que tal serviço público é remunerado por tarifa, mas sim por taxa, de natureza tributária, consoante se infere dos arts. 145, II, da Carta Magna e 77 do CTN.

“Ipso facto, sua instituição somente poderá ser feita pelo Município, através de lei, observado o princípio da anterioridade” (ACMS n. 97.008338-6, de Santo Amaro da Imperatriz, rel. Des. Eder Graf, Terceira Câmara Civil, j. 16/12/1997).

Ementa aditiva de voto vencedor (Exmo. Sr. Des. Anselmo Cello):

Taxa de serviço de água e esgoto — Distinção entre preço público ou tarifa fundada na compulsoriedade do serviço — Súmula 545 do STF — Base de cálculo consistente no consumo de água pelo usuário — Estabelecimento de alíquota por meio de resolução interna da estatal prestado ao serviço — Casan — Inadmissibilidade — Inteligência do art. 145, § 2º, da CF/88 — Agravo provido.

Ainda que se admita insuficiente o critério da compulsoriedade do serviço público conforme enunciado sumular 545 do STF como fator de distinguibilidade entre preço público ou tarifa e a taxa, o mesmo deve prevalecer em se tratando de serviço de água e esgoto, por força do disposto no art. 11 da Lei Federal n. 2.312/54 que torna obrigatória a ligação de toda construção considerada habitável, à rede de canalização de esgoto, cujo efluente terá destino fixado pela autoridade competente, sendo que o art. 10 da Lei n. 1.827 do município de Florianópolis prescreve que toda a pessoa proprietária, administradora ou usuária de construção destinada à habitação deve obedecer às prescrições regulamentares atinentes à salubridade. Diante pois da compulsoriedade do serviço de água e esgoto este deve ser cobrado por meio de “taxa”, cuja base de cálculo não poderá ser o consumo de água pelo usuário, segundo preceitua o art. 4º da Lei n. 1.827 de Florianópolis, mas, sim, a teor do art. 145, § 2º, da CF/88, a base de cálculo da “taxa” deve mensurar o custo da atividade estatal; a sua intensidade em relação ao contribuinte, refletindo o caráter sinalagmático que lhe é inerente. Portanto não poderia a Casan, por Resolução Interna n. 418/92, fixar em 80% a alíquota da “taxa” de serviço de água e esgoto incidente sobre o consumo de água.

Ementa aditiva de voto vencido (Exmo. Sr. Des. Cesar Abreu):

Direito tributário. Abastecimento de água e esgoto. Preço público caracterizado. Nomen juris emprestado ao serviço: taxas de esgotos sanitários. Irrelevância. O nome não dá natureza às coisas. Obrigatoriedade da utilização do sistema. Critério não absoluto para diferenciação da receita. Preço público versus taxa. Confusão que decorre da constatação de que a taxa é o tributo mais próximo das receitas de direito privado denominadas preços. Controvérsia

doutrinária e jurisprudencial acentuada. Obrigação, entretanto, vista sob o prisma das exigências do convívio coletivo e não em decorrência do poder de império do estado, hipótese última caracterizadora da taxa.

Precedentes da Suprema Corte. Autoridade moral das decisões superiores, prestigiada pelo legislador ao estabelecer os diversos graus de jurisdição.

Tratando-se de preço público, não se tem por relevantes os fundamentos invocados, que dizem respeito aos princípios constitucionais a serem observados na hipótese de taxa. Dano irreparável. Impossibilidade do reconhecimento. Justa remuneração do serviço. Importância devida ao controle jurídico e não à natureza da paga.

Violação de direito líquido e certo. Exame restrito à esfera do direito subjetivo do impetrante. Intrincado e controvertido aspecto de direito que não inviabiliza o mandamus.

A solução da controvérsia passa por se conferir importância ao controle jurídico e não à natureza da paga. Importa ao usuário a constatação de que o preço público guarda relação real com o serviço disponibilizado e que não há abuso ou excesso nos preços praticados. Pouco interessa a ele se o serviço a ser remunerado está no campo da receita industrial (preço público) ou da receita tributária (taxa). A contraprestação pecuniária é devida exclusivamente pelo usuário do serviço, para não incidir no enriquecimento sem causa, impondo-se à sociedade como um todo, que já investe no sistema, a responsabilidade da manutenção de um serviço de utilização ainda restrita.

Para a conceituação da taxa basta que a utilidade seja posta à disposição do contribuinte; na compreensão do preço de serviço só aparece a incidência com a utilização.

Procura-se na obrigatoriedade a diferença entre taxa e preço para se concluir que, sendo o preço obrigatório, confunde-se com a taxa, incidindo com ela na exigência da legalidade formal e da previsão orçamentária. Esse critério, entretanto, não é absoluto e não oferece resistência lógica de uma diferença específica, porque variável como o próprio critério da obrigatoriedade. Efetivamente, o conceito de obrigatoriedade, além de não ser peculiar à taxa, não desnatura a configuração do preço público, também obrigatório

para todos que se utilizam do serviço. Assim, na ausência de um elemento diferencial oriundo da técnica de imposição tributária, que eu me abalço a insistir em que só a tipificação do fato jurígeno permite a distinção procurada (STF, Min. Pedro Chaves, RTJ 33/147-151).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 99.017857-9, da comarca da Capital (Vara dos Feitos da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho), em que é agravante o Condomínio Residencial Sol e Mar e agravados o Diretor Presidente e o Chefe da Divisão de Receita da Companhia Catarinense de Águas e Saneamento S/A — Casan:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por maioria de votos, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Condomínio Residencial Sol e Mar opôs o agravo contra decisão da Dra. Juíza de Direito da Vara dos Feitos da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho da comarca da Capital que, em mandado de segurança impetrado contra ato do Diretor Presidente e do Chefe da Divisão de Receita da Casan, indeferiu liminar no sentido de sustar a cobrança da taxa de esgoto.

Sustentou que a arrecadação pretendida tem natureza tributária, competindo ao Município a sua criação e fixação do quantum.

Ocorre que tais critérios foram transferidos à Casan, em flagrante ilegalidade. Logo, faltariam à cobrança os requisitos constitucionais da divisibilidade e especificidade.

O efeito ativo foi indeferido.

Os agravados apresentaram resposta, propugnando pela manutenção da interlocutória e pelo desprovisionamento do recurso.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça em parecer do Dr. Mário Gemin opinou pelo provimento do recurso.

O agravo é tempestivo, encontra-se preparado e estão presentes os pressupostos de admissibilidade.

É o relatório.

O recurso merece provimento.

Dispõe a Constituição Federal:

“Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

“(…)”

“II — taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

“I — exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;”.

Estatui o Código Tributário Nacional:

“Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito

de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

“(…)

“Art. 79. Os serviços públicos a que se refere o art. 77 consideram-se:

“I — utilizados pelo contribuinte:

“a) efetivamente, quando por ele usufruídos a qualquer título;

“b) potencialmente, quando, sendo de utilização compulsória, sejam postos à sua disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento;

“II — específicos, quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade ou de necessidade públicas;

“III — divisíveis, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários”.

A Lei Municipal de Florianópolis n. 1.827/1981, que instituiu a taxa de esgotos sanitários, prescreve:

“Art. 4º. Essa taxa será apurada com base no consumo de água dos contribuintes, na quantia equivalente ao valor da tarifa de água”.

Observa-se porém que este referencial não foi devidamente regulamentado por outra norma de lei.

O tema está regulado pela Resolução Interna n. 418/1992, da Casan, que determina que a taxa a ser cobrada dos usuários do serviço de

esgotos sanitários é de 80% (oitenta por cento) da tarifa de água.

Tem-se porém que tal ato normativo, definidor do valor da taxa, editado pela diretoria da Casan, colide com os dispositivos constitucionais e legais que regulam a matéria.

A propósito, traz-se o magistério de Hely Lopes Meirelles em Direito Municipal Brasileiro, 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985, pág. 315:

“A remuneração dos serviços de água e esgotos normalmente é feita por taxa, em face da obrigatoriedade da ligação domiciliar à rede pública. Tem-se insistido na remuneração por tarifa, com a colocação de medidor (hidrômetro), mas isto só será possível se se cobrar separadamente a taxa de esgoto e a tarifa de água, aquela compulsória e esta facultativa, segundo o consumo do usuário. O só fato de estabelecer-se uma taxa medida não a descaracteriza como tributo, transformando-a em preço, pois persistirá ainda a compulsoriedade da ligação e o consumo mínimo tipificando a taxa”.

Por oportuno, são colacionados precedentes desta Corte Estadual de Justiça:

1) Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 97.008338-6, de Santo Amaro da Imperatriz, rel. Des. Eder Graf, Terceira Câmara Civil, j. 16/12/1997:

“Tributário — Serviço de esgoto — Compulsoriedade — Remuneração por taxa — Instituição pela Casan — Inadmissibilidade.

“Sendo obrigatória a ligação de todas as construções habitáveis ao

sistema de esgoto, não se pode afirmar que tal serviço público é remunerado por tarifa, mas sim por taxa, de natureza tributária, consoante se infere dos arts. 145, II, da Carta Magna e 77 do CTN.

“Ipso facto, sua instituição somente poderá ser feita pelo Município, através de lei, observado o princípio da anterioridade”.

Trecho do v. acórdão:

“O cerne da controvérsia reside na natureza jurídica da taxa de esgoto cobrada pela Casan, ou seja, se possui natureza tributária ou é um preço público.

“Proemialmente, deve-se questionar: a ligação ao sistema de esgoto é obrigatória?

“Ora, responder negativamente a essa pergunta é olvidar todo o tratamento dispensado pela legislação pertinente à matéria, inclusive a nível constitucional, eis que a Carta Magna confere especial proteção ao meio ambiente e à saúde.

“Ademais, o art. 11 da Lei n. 2.312/54 é expresso:

‘É obrigatória a ligação de toda construção considerada habitável à rede de canalização de esgoto, cujo efluente terá destino fixado pela autoridade competente’.

“Em igual norte o art. 36 do Decreto n. 49.974-A/61:

‘É obrigatória a ligação de toda construção considerada habitável à rede pública de abastecimento de água e aos coletores públicos de esgoto’.

“Pelo que se deduz da legislação referida, o serviço de esgotos não deve apenas estar à disposição

dos eventuais usuários, mas é obrigação destes realizar a ligação de sua residência ao sistema.

“E uma vez que esta é obrigatória, não se pode afirmar que a taxa de esgoto é uma tarifa, mas sim taxa, de natureza tributária, consoante os arts. 145, II, da CF/88, e 77 do CTN.

“Neste sentido a Súmula 545 do Supremo Tribunal Federal, assim vazada:

‘Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu’.

“Hugo de Brito Machado esclarece:

‘O tributo, por sua própria definição legal, é prestação pecuniária compulsória (CTN, art. 3º). Logo, sendo a taxa uma espécie de tributo, é também compulsória. Não tem sentido, pelo menos no Direito Positivo Brasileiro, falar-se em taxa facultativa. Sendo o fato gerador da taxa um serviço daqueles que, no dizer do art. 79, item I, alínea b, são de utilização compulsória, então o pagamento da taxa efetivamente é simples decorrência de encontrar-se o contribuinte em condições de poder utilizar o serviço, ainda que o não faça. Se, porém, o fato gerador da taxa for a efetiva utilização do serviço, aí o contribuinte poderá fugir ao respectivo pagamento, bastando que o não utilize. Daí não se poderá concluir que a taxa é facultativa. Também do imposto pode-se fugir, bastando que se evite a situação que configura o respectivo fato gerador’ (in

Curso de Direito Tributário, 10ª ed., Malheiros, 1995, pág. 329).

“Arrematando:

‘O que caracteriza a remuneração de um serviço público como taxa ou como preço público, é a compulsoriedade, para a taxa, e a facultatividade, para o preço, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal’ (op. cit., pág. 329).

“Sacha Calmon Navarro Coelho ensina:

‘A realidade está em que os serviços públicos de utilidade, específicos e divisíveis, podem ser remunerados por preços (regime contratual) ou por taxas (regime de direito público). O dilema resolve-se pela opção do legislador. Se escolher o regime tributário das taxas, ganha a compulsoriedade do tributo, inclusive pela mera disponibilidade do serviço, se prevista a sua utilização compulsória (CTN, art. 79, I, b), mas fica manietado pelas regras de contenção do poder de tributar. A fixação e o aumento da taxa só pode ser feita por lei e só tem eficácia para o ano seguinte. Se escolher o regime contratual, perde a compulsoriedade da paga pela mera disponibilidade do serviço mas ganha elasticidade e imediatez na fixação das tarifas, sistema aceito previamente pelo usuário ao subscrever o contrato de adesão, liberando, assim, o controle congressual e a incidência das regras constitucionais de contenção ao poder de tributar. Ao jurista cujo objeto primordial é o direito posto, cabe distinguir a taxa do preço exatamente pelo regime jurídico de cada qual’ (in Comentários à Constituição de 1988 — Sistema Tributário, Forense, 1995, págs. 52/53).

“E prossegue:

‘O preço é contratualmente acordado. A taxa é unilateralmente imposta pela Lei. O primeiro parte da autonomia da vontade. A segunda é heterônoma. A prestação de serviços públicos, pelo pagamento de taxas, inadmite rescisão e só a disponibilidade do serviço, quando legalmente compulsória a sua utilização, se específico e divisível, autoriza a tributação. Os regimes são diversos. O nome pouco importa na espécie e tampouco as parvoíces extrajurídicas’ (op. cit., pág. 53).

“Concluindo:

‘Certa feita Aliomar Baleeiro, quando Ministro da Suprema Corte averbou, com felicidade, que ‘preço compulsório’ é taxa e ‘taxa facultativa’ é preço. Como sempre, importa surpreender a essencialia dos institutos e não o que é acidental, o que se não admite é a mescla’ (op. cit., pág. 53).

“(…) É da jurisprudência:

‘Taxa de água e esgoto — Revisão de lançamento — Preço público.

‘— A taxa de água e esgotos não constitui um preço público de serviço de natureza industrial, alterável a qualquer momento, mas verdadeiro tributo’ (RDA 68/118).

“Ou mais:

‘Taxa de água e esgoto — Preço público — Majoração.

‘— A majoração da taxa de água e esgoto, em virtude de sua natureza tributária, depende de lei’ (RDA 75/98).

“(…) Possuindo a taxa de esgoto natureza tributária, sua instituição somente poderá ser feita pelo município de Santo Amaro da Imperatriz, em

obediência aos princípios da legalidade e da anterioridade, motivo pelo qual a Casan não poderia fazê-lo com base no convênio firmado.

"2) Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 97.005150-6, de Santo Amaro da Imperatriz, rel. Des. Vanderlei Romer, Terceira Câmara Civil, j. 25/8/1998:

'Direito tributário. Esgoto. Serviço compulsório. Remuneração por taxa. Instituição pela Casan. Inadmissibilidade.

'O serviço de esgoto é remunerado como taxa, e não como tarifa ou serviço público. Tendo aquele natureza tributária, sua instituição somente poderá ser feita pelo Município".

Isso posto, dá-se provimento ao recurso, para se deferir a liminar no mandado de segurança.

Participaram do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Anselmo Cerello e, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Cesar Abreu. Emitiu parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Mário Gemin.

Florianópolis, 18 de maio de 2000.

João Martins,
Presidente para o acórdão;
Nelson Schaefer Martins,
Relator.

Declaração de voto vencedor do Exmo. Sr. Des. Anselmo Cerello:

Para o deslinde da quaestio ora sub judice, cumpre a resposta às seguintes e oportunas indagações:

1 — Qual a distinção legal entre a taxa e tarifa?

2 — A remuneração do consumo de água deve ser feita por meio de taxa ou tarifa?

3 — É legal a elevação da taxa, por meio de ato normativo, do Executivo, ou concessionária ou estatal prestadora do serviço?

4 — Sendo negativa a resposta anterior podem estes atos ser enfrentados por mandado de segurança, como ocorre presentemente?

Assinalo ainda que estamos em sede de concessão de liminar em mandado de segurança, negada a nível de Primeiro Grau de jurisdição e reiterada nesta Instância, por agravo de instrumento.

Suponho admissível a via recursal eleita pelo impetrante, por força da nova sistemática, reguladora do agravo de instrumento — Lei n. 9.139/95.

Cumpra ainda e vestibularmente questionar a respeito das formas de remuneração do serviço de água domiciliar das cidades.

O serviço de utilidade pública em apreço pode ser, realmente, remunerado ou custeado por tributos ou por preços, ou em outras palavras, por taxas ou tarifas, dependendo da forma de prestação e de sua compulsoriedade ou facultatividade de sua utilização pelos usuários. Assim, se a água é canalizada na via pública, na hipótese de ser opcional, por parte do usuário, quanto a sua ligação domiciliar, dada a sua facultatividade, a cobrança do respectivo consumo se faz por meio de preço público, se o serviço for prestado pelo Estado, por intermédio de sua administradora direta ou indireta, ou, por tarifas, se o serviço público for prestado por concessionária; se, uma

vez colocada na via pública, torna-se obrigatória a ligação domiciliar, a remuneração só pode revestir a forma de taxa. Isso porque a compulsoriedade ou facultatividade da utilização do serviço é um dos traços distintivos, entre a taxa, que é uma espécie de tributo e a tarifa, espécie de preço, como adiante se demonstrará.

No caso em exame, a Lei Municipal de Florianópolis n. 1.827, em seus artigos 1º e 2º, instituiu a taxa de esgotos sanitários (TÊS) — art. 1º e em seu art. 2º definiu os seus contribuintes. No art. 4º da referida lei estabeleceu a base de cálculo da referida taxa, como sendo o valor pago a título de consumo de água, remunerado por tarifa, mas não estabeleceu a sua alíquota, vindo a ser fixada, por força de ato normativo, consistente na resolução interna da própria Casan — estatal prestadora do serviço público — em 80% (oitenta por cento) — Resolução n. 418/92 — incidir sobre a aludida base de cálculo-valor cobrado a título de consumo.

No caso sub judice o serviço em tela só poderia ser remunerado por taxa, em face da sua compulsoriedade, uma vez que o Código Nacional de Saúde — Lei Federal n. 2.312/54, determina, em seu art. 11, ser obrigatória a ligação de toda construção considerada habitável, à rede de canalização de esgoto, cujo efluente terá destino fixado pela autoridade competente. E o art. 10 da lei municipal de Florianópolis referida prescreve que toda a pessoa proprietária, administradora ou usuária de construção destinada à habitação deve obedecer às prescrições regulamentares atinentes à salubridade.

Portanto na área de jurisdição da Casan, desde que colocada a rede de água e esgoto na via pública, os particulares são obrigados a ligar seus prédios a essa rede, utilizando-se compulsoriamente desse serviço de utilidade pública. Não compete aqui a discussão a respeito do acerto ou desacerto desta orientação, ditada, aliás, por comezinhos preceitos de higiene e saúde pública, que aconselham a compulsoriedade na utilização da rede pública de água e esgoto, em benefícios dos próprios usuários e por conseguinte da comunidade, por ser beneficiada pela dotação desse melhoramento público e de uso domiciliar, *uti singuli*.

A esse respeito e já nos recursos idos de 1964, o saudoso publicista Hely Lopes Meirelles ponderava “difícilmente se poderá cobrar o serviço de água mediante tarifa, porque a sua ligação domiciliar é de interesse sanitário e por isso deve ser compulsório, para todos os moradores da cidade. Ora, como uma das características da tarifa — preço público — é a facultatividade na utilização do serviço, torna-se incompatível a liberdade de seu pagamento, com a obrigação de sua utilização. Somente nas cidades em que seja facultativa a ligação domiciliar — o que não é aconselhável — poder-se-á adotar a remuneração por tarifa” (cf. Direito Municipal Brasileiro, 2ª ed., 1964, vol. I, pág. 142).

Da mesma forma entendeu o extinto, mas preclaro mestre: “A remuneração dos servidores de água e esgoto normalmente é feita por taxa, em face da obrigatoriedade.

“A remuneração dos serviços de água e esgoto normalmente é feita

por taxa, em face da obrigatoriedade da ligação domiciliar à rede pública. Tem-se insistido na remuneração por tarifa com a colocação de medidor (hidrômetro), mas isto só será possível se se cobrar separadamente a taxa de esgoto e tarifa de água, aquela compulsória e esta facultativa, segundo o consumo do usuário. O só fato de estabelecer-se uma taxa de medida não a descaracteriza como tributo, transformando-a em preço, pois persistirão ainda a compulsoriedade da ligação e o consumo mínimo tipificando a taxa" (Direito Municipal Brasileiro, 7ª ed., Malheiros, 1994, pág. 316).

É da jurisprudência:

"Taxa de esgoto — Revisão de lançamento — Preço público.

"A taxa de água e esgotos não constitui um preço público de serviço de natureza industrial, alterável a qualquer momento, mas verdadeiro tributo" (RDA 68/118).

Ou mais:

"Taxa de água e esgoto — Preço público — Majoração.

"A majoração da taxa de água e esgoto, em virtude de sua natureza tributária, depende de lei" (RDA 75/98).

Ou ainda:

"Taxa de água e esgoto — Majoração — Preço público.

"A majoração da taxa de água e esgoto depende de lei.

"Não se confunde o preço público com a taxa de água e esgoto".

Ou finalmente:

"Taxa de água e esgoto — Tarifa.

"Não se trata de tarifa, mas de taxa, a retribuição paga, obrigatoria-

mente, pelos serviços de fornecimento da água e esgoto" (RDA 124/86).

O egrégio Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul positivou:

"Crédito tributário. Tributário. Fornecimento de água e coleta de esgoto. Taxa ou tarifa. O serviço de fornecimento de água e coleta de esgoto é remunerado por taxa e não como tarifa ou preço público" (TARS, Ac. 194.034.948, 1ª Câmara Civil, rel. Juiz Heitor Assis Remonti).

O Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão, assentou:

"Tributário. Serviço de fornecimento de água. Taxa. Natureza tributária.

"1. O serviço de fornecimento de água e esgoto é cobrado do usuário pela entidade fornecedora como sendo taxa, quando tem compulsoriedade.

"2. Trata-se, no caso em exame, de serviço público concedido, de natureza compulsória, visando necessidades coletivas ou públicas.

"3. Não tem amparo jurídico a tese de que a diferença entre taxa e preço público decorre da natureza da relação estabelecida entre o consumidor ou usuário e a entidade prestadora ou fornecedora do bem do serviço, pelo que, se a entidade que presta o serviço é de direito público, o valor cobrado caracterizar-se-ia como taxa, por ser a relação entre ambos de direito público; ao contrário, sendo o prestador do serviço público pessoa jurídica de direito privado, o valor cobrado é preço público/tarifa.

"4. Prevalência no ordenamento jurídico das conclusões do X Simpósio Nacional de Direito Tributário,

no sentido de que 'a natureza jurídica de remuneração decorre da essência da atividade realizadora, não sendo afetada pela existência da concessão. O concessionário recebe remuneração da mesma natureza daquela que o Poder Concedente receberia, se prestasse diretamente o serviço' (RF, julho a setembro de 1987, ano 1987, vol. 299, pág. 40).

"5. O art. 11 da Lei n. 2.312, de 3/9/54 (Código Nacional de Saúde) determina: 'É obrigatória a ligação de toda construção considerada habitável à rede de canalização de esgoto, cujo afluyente terá destino fixado pela autoridade competente'.

"6. No município de Santo André/SP, as Leis Municipais ns. 174/29/11/56 e 2742/21/3/66 obrigam que todos os prédios se liguem à rede coletora de esgotos, dispondo, ainda, que os prédios situados em locais de serviços de rede de distribuição de água devem a ela ser ligados, obrigatoriamente (Memorial apresentado pela recorrente).

"7. Obrigatoriedade do serviço de água e esgoto. Atividade pública (serviço) essencial posto à disposição da coletividade para seu bem estar e proteção à saúde, no município de Santo André/SP.

"8. 'A remuneração dos serviços de água e esgoto normalmente é feita por taxa, em face da obrigatoriedade da ligação domiciliar à rede pública' (Hely Lopes Meirelles, in *Direito Municipal Brasileiro*, 3ª ed., RT 1977, pág. 492).

"9. 'Se a ordem jurídica obriga a utilização de determinado serviço, não permitindo o atendimento da respectiva necessidade por outro meio,

então é justo que a remuneração correspondente, cobrada pelo Poder Público, sofra as limitações próprias de tributo' (Hugo de Brito Machado, in *Regime Tributário da Venda de Água*, Rev. Jurid. da Procuradoria-Geral da Fazenda Estadual/Minas Gerais, n. 5, pág. 11).

"10. Adoção da tese, na situação específica examinada, de que a contribuição pelo fornecimento de água é taxa. Aplicação da prescrição tributária, em face da ocorrência de mais de cinco anos do início da data em que o deferido tributo podia ser exigido.

"11. Recurso especial provido" (REsp. n. 167489/SP, rel. Min. José Delgado, j. em 24 de agosto de 1998).

Oportuno, também, que se faça uma ligeira distinção entre taxa e tarifa — o que já é do conhecimento de nosso Direito, uma vez que não se põe em dúvida a natureza tributária da taxa, inserida no Sistema Tributário Nacional, como uma de suas modalidades — art. 145 da CF/88 e arts. 78/79 do CTN —, ao passo que a tarifa é uma espécie de preço. Assim se os tributos se dividem em impostos, taxas, contribuições de melhoria, contribuições sociais e empréstimos compulsórios — CF/88, arts. 145/149; por sua vez os preços se classificam em preços privados, preços semiprivados e preços públicos ou tarifas.

Estas, portanto, são preços públicos, mas não tributos.

Em obra antiga mas ainda atual, o renomado tributarista pátrio Bernardo Rodrigues de Moraes escreveu: "...A taxa, em decorrência do poder fiscal do Estado, o que não acontece com o preço; a taxa é uma

contribuição compulsória e o preço é uma contribuição facultativa; taxa é fixada em lei e o preço, pela autoridade administrativa" (cf. *A Taxa no Sistema Tributário Brasileiro*, 1968, pág. 59).

Da mesma forma preceitua o conceituado Prof. Caio Tarso e de forma incisiva: "A diferença, entretanto, é esta; na taxa há obrigatoriedade de serviço mensurável; nos preços há facultatividade de serviço mensurável" (in *RODA* 44/523).

O próprio Pretório Excelso editou a Súmula 545, assim grafada: "Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias, em relação à lei que as instituiu".

O saudoso e eminente Ministro do STF Aliomar Baleeiro aduziu: "Claro, que depois da em. 1/69 desapareceu a necessidade de autorização orçamentária — a lei que instituiu a taxa há que ser anterior ao exercício da cobrança" (in *Direito Tributário Brasileiro*, 3ª ed., pág. 291).

Mais hodiernamente restou assente a respeito — Diógenes Gasparini ensina:

"Os serviços públicos são remunerados por taxa ou tarifa. São remunerados por taxa sempre que sua utilização pelo administrador for obrigatória, não importando, neste caso, se há ou não efetiva utilização. Basta, então, que sejam postos à sua disposição (art. 145, II, da Constituição Federal). Assim, os serviços de coleta de esgoto sanitário e os de distribuição de água domiciliar, ambos de fruição compulsória, se postos à disposição dos usuários, são custeados por taxa, sejam ou não efetivamente utilizados. Por tarifa ou preço público são remun-

nerados os serviços facultativos, ou seja, os oferecidos aos utentes para que estes os utilizem se e quando desejarem. Mediante tarifa são custeados os serviços de telefonia, os de distribuição de energia elétrica domiciliar e tantos mais. De sorte que não pode a entidade estatal, titular do serviço, escolher para correspondente remuneração a taxa ou a tarifa. Aquela está adstrita aos serviços compulsórios; esta, aos facultativos" (*Direito Administrativo*, Editora Saraiva, São Paulo, págs. 215/216).

No mesmo sentido é a ensinância de Celso Ribeiro Bastos:

"As taxas e os preços cobrados pelo Poder Público não deviam prestar-se a confusões, visto que se tratam de fenômenos jurídicos bem diversos. A taxa é uma modalidade tributária e, portanto, submetida à força coercitiva do Estado, que a cobra independentemente da vontade do contribuinte. Está submetida às garantias constitucionais, inclusive ao princípio da anterioridade e da legalidade. No Brasil, a Constituição fixa-lhes os pressupostos: pode haver cobrança de taxa toda vez que houver o exercício do poder de polícia ou a utilização efetiva ou potencial de serviços públicos específicos e divisíveis prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição (art. 145, inciso II)".

A respeito é preciso o escólio do sempre lembrado Geraldo Ataliba:

"De todas aquelas atividades do Poder Público — diz Greco — que consistirem em serviços públicos só poderão dar ensejo a taxa. Preço público é denominado da remuneração paga ao Poder Público quando ele

presta um serviço ou vende bem em regime jurídico privado.

“Os preços constituem a contraprestação contratualmente assumida de um serviço ou de uma coisa. Portanto, seus traços são intimamente diferenciados. Em primeiro lugar, o preço é voluntário. A sua fixação em regra depende da avença entre as partes e, em última análise, encontra parâmetros nas próprias leis de mercado” (Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário, Editora Saraiva, São Paulo, pag. 55).

Este poder no entanto de fixar os preços públicos ou tarifas, como ensina Hely Lopes Meirelles, não é absoluto:

“Embora caiba ao Executivo a fixação e alteração de tarifas, em qualquer época do ano, tal não é discricionário, mas vinculado às normas legais e regulamentares, e, sobretudo, às cláusulas contratuais da concessão ou às condições da outorga da permissão, que disciplinam a prestação de serviço concedido ou permitido” (Direito Municipal Brasileiro, 6ª edição, Malheiros, pag. 262).

Hugo de Brito Machado não discrepa:

“O que caracteriza a remuneração de um serviço público como taxa, ou como preço público, é a compulsoriedade, para a taxa, e a facultatividade, para o preço, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal. ‘...O mesmo pode ser dito do serviço de água e esgoto. Se há norma proibindo o entendimento da necessidade de água e esgoto por outro meio que não seja o serviço público, a remuneração correspondente é taxa’” (Curso de Di-

reito Tributário, ed. 1992, Forense, págs. 336/337).

Sacha Calmon Navarro Coelho adverte:

“A realidade está em que os serviços públicos de utilidade, específicos e divisíveis, podem ser remunerados por preços (regime contratual) ou por taxas (regime de direito público). O dilema resolve-se pela opção do legislador. Se escolher o regime tributário das taxas, ganha a compulsoriedade do tributo, inclusive pela mera disponibilidade do serviço, se prevista a sua utilização compulsória (CTN, art. 79, I, b), mas fica manietado pelas regras de contenção do poder de tributar. A fixação e o aumento da taxa só pode ser feita por lei e só tem eficácia para o ano seguinte. Se escolher o regime contratual, perde a compulsoriedade da paga pela mera disponibilidade dos serviços mas ganha elasticidade e imediatez na fixação das tarifas, sistema aceito previamente pelo usuário ao subscrever o contrato de adesão, liberando, assim, o controle congressual e a incidência das regras constitucionais de contenção ao poder de tributar. Ao jurista, cujo objeto primordial é o direito posto, cabe distinguir a taxa do preço exatamente pelo regime jurídico de cada qual” (in Comentários à Constituição de 1988 — Sistema Tributário, Forense, 1995, págs. 52/53).

Mas, enfim devem ser remunerados os serviços de água e esgoto prestados pela Casan.

Cumprе salientar que a Res./Casan n. 418/92 estabeleceu a alíquota de 80% a incidir sobre o consumo na consonância com o art. 4º da

Lei Municipal de Florianópolis n. 1.827.

Ora, o consumo de água sim é remunerado por “tarifa”, pelas concessionárias com “preços públicos” — pelo Estado — pois se trata de remuneração do consumo o que é bem diverso de “taxa” que remunera o custo do serviço.

Logo se a “taxa” não pode ter a mesma base de cálculo do imposto — CF/88, art. 145, § 2º — pelo mesmo motivo não pode ter a mesma base de cálculo da “tarifa” ou preço público.

São clássicos, sobre o assunto, os exemplos do Prof. Rubens Gomes de Souza:

“Se, por exemplo, a lei mandasse calcular o imposto de vendas e consignações sobre o valor do estoque, estaríamos claramente em face de um imposto sobre o patrimônio, de vez que a base de cálculo não seria adequada ao pressuposto de incidência deste último tributo. Por outras palavras, na hipótese configurada, o desvirtuamento da natureza jurídica do imposto decorre de uma versão da natureza natural das coisas. Normalmente, a base de cálculo deve ser definida pelo pressuposto material da incidência, com ele se confundindo ou dele decorrendo. Mas, quando isso não ocorre, é o contrário que se verifica, ou seja, a base de cálculo é que passa a definir o pressuposto material da incidência e como é sabido que esse pressuposto é que dá ao tributo a sua natureza jurídica, esta última terá passado a ser a que corresponde à base de cálculo adotada, em vez de ser do tributo que o legislador quis instituir” (apud Becker Teoria Geral do

Direito Tributário – Saraiva, 1972, págs. 333/334).

Pertinentemente comenta Baleeiro: “Tal constatação levou Becker a expelir da base de cálculo o método de conversão. Elegeu-a então como único critério para se reconhecer o gênero do tributo e das espécies tributárias. Argumenta ele que o método de conversão pode variar (valor, peso, área etc.), sem se alterar a natureza do tributo, o que, a princípio, é verdade.

“Em tese, pode o legislador escolher qualquer das grandezas ínsitas ao fato jurídico, metro, peso etc., exceção feita àqueles sistemas jurídicos, como o do Brasil, que elegem a capacidade econômica, como princípio fundamental. É que uma terceira função da base de cálculo deve ser deduzida: a de permitir a capacidade contributiva. No caso das taxas, a base de cálculo deve mesurar o custo da atividade estatal, ou seja, a sua intensidade em relação ao contribuinte, refletindo o caráter sinalagmático que lhe é inerente. A graduação das taxas não se opera tecnicamente, de acordo com os rendimentos do contribuinte, seu patrimônio, ou capacidade financeira em geral, elementos estranhos. Tecnicamente, as taxas devem ser graduadas segundo a intensidade da utilização do serviço público, pelo contribuinte ou dos gastos provocados. Concluímos, então, que a base de cálculo compõe-se de uma ordem de grandeza (método de conversão), a qual dimensiona um elemento material da hipótese normativa. Da conjugação desses dois fatores resultam as três funções por ela exercidas: quantificação do dever tributário; adaptação do dever à capacidade contributiva do sujeito passivo; definição da espécie

tributária (...). Serão inconstitucionais as pseudotaxas que configurem criptoimpostos, por elegerem como base de cálculo coisas do contribuinte, ação ou atuação jurídica estranha ao Estado, como por exemplo, o valor do imóvel a ser vistoriado, o valor do veículo ou da obra a ser licenciada, o valor da causa em Juízo, do capital da sociedade fiscalizada ou o valor dos rendimentos do contribuinte a que se presta serviços" (in *Direito Tributário Brasileiro*, 11ª ed. atualizada pela professora Dra. Misabel Abreu Machado Derzi, págs. 552/553).

Na conformidade do disposto na legislação municipal aludida instituidora destes serviços e fixadoras da respectiva remuneração, estes só podem ser cobrados por taxa. Como taxa, essa remuneração só poderia ser criada ou alterada por lei, subseqüentemente, e, ainda mais, por lei sempre anterior ao exercício de sua cobrança como enfatiza Aliomar Baleeiro.

Assim sendo, qualquer modificação nas alíquotas dessa taxa deve ser feita por lei e nunca por ato normativo do executivo ou, o que é mais trágico, da própria estatal prestadora dos serviços, o que os torna írritos, e de nulidade absoluta.

A malsinada resolução da Casan passou a tratar de tarifa quando a lei criou a taxa para tanto. Ora, não é simples mudança de nomenclatura que altera a substância do ato jurídico. Além disso, a resolução, como norma hierarquicamente inferior à lei, não pode alterar o conteúdo desta. Instituída por lei a remuneração de serviços de água e esgoto da Casan, como taxa, só por lei poderia ser transformada em tarifa, jamais por re-

solução da própria Casan. Além disso, todas as características dessa remuneração — manutenção de serviço público — esgoto — são de taxa e não de tarifa, pois o pagamento é compulsório, visto que obrigatória é a ligação domiciliar à rede pública de água e esgoto. E, uma vez ligado o prédio à rede pública de água e esgoto, o consumidor passa a ser contribuinte obrigatório da taxa respectiva.

Portanto, a impropriedade da denominação não converte a taxa em tarifa. Se fosse tarifa, realmente poderia ser fixada e alterada por ato normativo; mas sendo taxa, é privativa de lei anterior ao exercício da arrecadação.

Nula portanto é a resolução da Casan que fixou a alíquota de 80% sobre a base de cálculo que é o consumo de água, estabelecida pela referida lei municipal, o que também não poderia fazê-lo, porque a base de cálculo da taxa que por imperativo constitucional — art. 145, § 2º — não pode ser a mesma que a do imposto, também não pode ser a mesma da tarifa, que remunera o consumo do serviço público e não o seu uso. Portanto a base de cálculo da taxa é o custo do serviço público e não o do fornecimento.

Por outro lado, não resta dúvida que estes fatos podem ser atacados pela via mandamental, perseguindo a sua nulidade, desde o momento em que foram postos em execução com a cobrança do tributo — taxa — impropriamente consignado como serviço público — tarifa. E, no caso, é de notar-se que não se operará decadência da impetração porque seus efeitos são permanentes, renovando-se a cada cobrança, sem a possibilidade de

escoar-se o prazo fatal de 120 dias, que levaria o usuário a decair da impetração se os seus efeitos fossem instantâneos.

Esses pontos são assentados na doutrina e na jurisprudência dispensando maiores dilações, sendo oportuno salientar-se que “estes atos normativos têm os seus efeitos concretos, equiparáveis aos atos administrativos individuais” (vide Hely Lopes Meirelles, Mandado de Segurança e Ação Popular, pág. 18).

Esta é a declaração de voto vencedor, para que se conceda a liminar pleiteada, provendo-se assim o recurso.

Florianópolis, 18 de maio de 2000.

Anselmo Cerello.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Cesar Abreu:

A concessão de liminar em mandado de segurança pressupõe a concorrência do *fumus boni juris*, representado pela relevância dos motivos articulados e do *periculum in mora*, que diz respeito à possibilidade da ocorrência de lesão irreparável, na dicção do art. 7º, inciso II, da Lei n. 1.533/51.

Aquilar da relevância do fundamento não liberta o Magistrado do necessário juízo valorativo da contenda. Celso Ribeiro Bastos (Do Mandado de Segurança, Ed. Saraiva, 1978, pág. 24) afirma que o exame, contudo, da relevância da fundamentação não pode ser cindido completamente da análise do mérito. E prossegue: Não vemos como possa o juiz ter o pedido por irrelevante sem, *ipso facto*, estar prejudgando a causa.

Não deve impressionar, para efeito de conclusão, o nome (taxa) emprestado ao serviço de esgoto. Comentando o sistema tributário na Constituição de 1988, Sacha Calmon Navarro Coelho (Comentários à Constituição de 1988 Sistema Tributário, 3ª ed., Rio, Forense, 1991, pág. 53) assinala que o nome pouco importa na espécie e tampouco as parvoíces extra-jurídicas. É que, como diria o poeta, o nome não dá natureza às coisas e o perfume de uma mulher será sempre o perfume de uma flor, pouco importando a sua graça.

No sistema tributário uma taxa deveria ser sempre uma taxa e o preço público sempre um preço público. A confusão estabelecida pelos operadores do direito decorre da omissão legislativa e da ausência de rigor na definição da receita.

Delano Carneiro da Cunha Câmara, em trabalho publicado na Revista Consulex, Doutrinas, Pareceres e Pontos de Vista, ao tratar da matéria Taxa, Tarifa & Preço Público, citando Kiyoshi Harada (in Direito Financeiro e Tributário), ressalta que a confusão existente entre taxa e preço público tem sido uma constante, tanto no campo legislativo como no campo jurisprudencial, apesar da nítida diferenciação do regime jurídico de uma e de outro. Conclui dizendo que ninguém é dono da verdade de forma absoluta. Assim, a presente proposta de fixação de diferença entre taxa, tarifa e preço público não constitui fato imutável, mas, sim, uma tentativa de contribuir para a elucidação dos questionamentos que pairam a respeito do polêmico assunto. Dentro de um mundo globalizado, as amarras e conceitos do passado são inadequa-

dos para a compatibilidade com as rápidas transformações, o surgimento de novas tecnologias e diferentes necessidades sociais (págs. 325/333).

A. D. Giannini, invocado por Mário Jorge Góis Lopes, em comentário publicado na Revista de Direito Tributário (Ed. RT, vol. 2, pág. 275), adverte que as dificuldades surgem quando se trata de aplicá-las às situações concretas, como ocorre nos casos de exercício estatal de atividades industriais, nas quais nem sempre é fácil reconhecer a natureza pública ou privada da relação jurídica entre o Estado e o usuário. Mais adiante afirma o comentarista: Ao que parece, doutrina e jurisprudência jamais chegaram a um critério firme de distinção. O critério teórico de Giannini e o enunciado da Súmula 545 bem comportam aquela crítica de Waline à noção jurisprudencial francesa de serviço público, concepção variável segundo as conseqüências que dela se trata de tirar nos casos concretos a propósito dos quais a questão é posta (Précis de Droit Administratif, vol. 1, Ed. Montchétien, 1969, pág. 455).

Héctor Villegas (Curso de Direito Tributário, SP, RT, 1980, págs. 23/25), no capítulo em que alude às taxas, procurando estabelecer a diferença em relação ao preço, evidencia que a taxa é o tributo mais próximo das receitas de direito privado denominadas preço; daí a distinção entre ambas as categorias jurídicas ser um dos mais intrincados problemas do direito tributário.

De qualquer modo, ao relacionar as diversas teorias, exalta: "(...) d) finalmente, a dos que distinguem a taxa do preço, afirmando que a execu-

ção de atividades inerentes à soberania (que tenham a possibilidade de ser divisíveis) só pode dar lugar a taxas, e que todas as outras somas que o Estado venha a exigir como contra-prestação de um bem (a concessão de um uso, a execução de uma obra ou a prestação de um serviço não inerente) dá lugar a um preço, que poderá ser um preço público, mas que não é o tributo denominado taxa. Esclarece, ainda, que (...) para os adeptos desta última posição, as somas de dinheiro que se exigem, por exemplo, pelos serviços postais, telegráficos, telefônicos e de comunicação em geral, de provisão de eletricidade e energia, de gás natural, de água corrente e esgoto, de instrução pública, de transportes estatizados etc., outra coisa não são senão preços públicos. E não é só. Aceitamos, desde o plano conceitual estas colocações, embora reconheçamos que em nosso direito positivo várias atividades que não podem ser consideradas inerentes à soberania dão lugar a prestações que os legisladores denominam taxas. Assim, na legislação argentina são consideradas taxas as de varreção e limpeza das ruas, as de recolhimento de lixo e as de correio e comunicação. Não são consideradas taxas as somas pagas em retribuição aos serviços de transporte e de energia elétrica, existindo grandes dúvidas e discrepâncias jurisprudenciais acerca da provisão de água corrente e dos serviços de esgoto. Porém, os critérios de distinção são caprichosos e não correspondem a nenhum conceito jurídico racional" (ver, a respeito, Giuliani Fonrouge, Derecho..., t. 2, pág. 999).

Ora, muito embora em nosso sistema jurídico a jurisprudência não

tenha valor normativo, é preciso admitir que em certos países, como na Alemanha e na Espanha, os precedentes judiciais são obrigatórios para os juízes. Nos de direito romanista, onde se inclui o Brasil, os tribunais de todos os graus de jurisdição inclinam-se, em regra, perante as decisões reiteradas e exaustivamente motivadas, embora sem admitir o princípio do stare decisis dos países anglo-saxões. Admitem, na verdade, a força de fato da jurisprudência, preocupados em sobrelevar o exclusivismo da lei. Resistem em atribuir à jurisprudência a qualidade de fonte formal do direito, como que negando a própria influência dos julgados na renovação do direito posto.

J. Mendes de Almeida Júnior, ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal (1916-1922), em sua obra *Direito Judiciário Brasileiro* (Livreria Freitas Bastos S/A, Rio, 1960), nos dá uma importante lição da realidade, e que vai de encontro ao espírito da decantada Súmula Vinculante, ao dizer: A influência exercida pelas decisões dos Magistrados superiores sobre os inferiores tem outro fundamento, porque, independentemente de sua autoridade moral, aqueles Magistrados têm o poder de fazer triunfar as suas doutrinas pela reforma das decisões dos juízes subalternos; portanto, quando estes se conformam à jurisprudência de uma magistratura mais elevada. Não cedem à autoridade moral somente, entram no espírito do legislador que, em sua sabedoria, estabeleceu os diversos graus de jurisdição.

Não há dúvidas de que a Jurisprudência dos Tribunais, principalmente do Excelso Pretório, tem se revelado como importante instrumento

na edificação do Direito Financeiro, particularmente do Direito Tributário, o que basta para explicar haver a obra de Myrbach Rheinfeld (in *Précis de droit financeir*, Paris, Giard Brière, 1910) ter sido considerada o marco inicial do Direito Financeiro, relacionando como fontes desse então novo ramo da ciência jurídica além da lei a jurisprudência.

Assim, corolário das defeituosas redações legislativas, da vacilação com que alguns publicistas se exprimem, quando se propõem a estabelecer as diferenças entre preços públicos e taxas, é razoável que a doutrina e a jurisprudência claudiquem no determinar a natureza do gênero da receita e por vezes reconheçam a existência de uma taxa em que impera um preço público e vice-versa.

No particular da receita que remunera o serviço de água e esgoto, sempre se deu na palavra do legislador a denominação de taxa de água e esgoto. Aliás, não apenas se denominava, mas também se considerava taxa, sob o ponto de vista jurídico, a receita que remunerava esse serviço.

O Supremo Tribunal Federal, em acórdão da lavra do então Ministro Hermes Lima, em grau de Embargos, Sessão Plenária, reformando a decisão da 1ª Turma no RE n. 54.194, datada de 25/3/65, entendeu que a receita que remunera o serviço de água e esgoto configura preço público e não taxa (RDA, vol. 82, págs. 100/116).

Esse entendimento, na verdade, já era prevalecente na 2ª Turma do STF, haja vista a decisão proferida no RE n. 54.491, relator o mesmo Ministro Hermes Lima, que acentuou:

O critério da obrigatoriedade para a taxa e da voluntariedade para o serviço público é, desde o primeiro exame, muito simplista. O que torna compulsória a aceitação e pagamento do serviço na ordem pública são as exigências do interesse coletivo. A espécie lembra a antiga distinção entre normas éticas e técnicas, as primeiras seriam obrigatórias. As segundas, de cumprimento voluntário. Essa distinção falseia o caráter social de ambas as normas. As técnicas são produto de elaboração mais consciente. Porém, à medida que a experiência lhes consagra a utilidade social, acentua-se o caráter de obrigatoriedade, a tal ponto que chegam a ser impostas. Assim, toda a casa onde passa rede d'água é obrigada a abastecer-se da rede. É obrigada também a servir-se da rede de esgotos. De onde vem essa obrigatoriedade? Da soberania do Estado? Não parece. Decorre, antes de tudo, das exigências do convívio coletivo. Esse convívio impõe regras de organização de serviços gerais, a que o Estado não pode ficar indiferente, mas o motivo delas não está na força de uma compulsoriedade política típica do Poder Público. O Estado é, aí, pela capacidade representativa de que está investido e pela superioridade de meios que controla, o agente dos interesses gerais da saúde, do bem-estar, do conforto. Exatamente por ser tal, agente, ele não poderia permanecer indiferente a tais problemas. Os problemas são de todos, nasceram de necessidades comumente sentidas, mas o Estado tem deles a iniciativa pela natureza das funções sociais que lhe são atribuídas e reconhecidas pela sociedade de que é fiador. Colocar o Estado e cidadão, no

que concerne ao bem-estar social, numa rígida posição de credor e devedor é falsear os pressupostos da convivência, relacionando as duas partes público e Estado como categorias separadas, que só se encontram no terreno recíproco do que receberam e pagaram. Ora, a questão neste ponto gira em torno de uma característica muito especial. O Estado nada faz para ganhar dinheiro. Não é comerciante. Ele organiza serviços para a comodidade e o conforto geral. Colabora para a manutenção e financiamento dos mesmos, em benefício de todos. Daí derivam as chamadas rendas industriais do Estado. A meu ver, tudo quanto cair na rubrica das rendas industriais do Estado é preço público, escapando, portanto, às exigências do art. 141, § 34, da Constituição (Constituição de 1946). Assim, as contraprestações havidas pelo Departamento Sanitário do Estado pelos usuários das redes de água e esgotos do Recife são preço público, apesar do nome taxa que lhe vem sendo dado.

Evidente, portanto, que a obrigatoriedade da utilização do serviço, por si só, não é suficiente para diferenciar o preço público da taxa.

As legislações federal (Lei n. 2.312/54, Código Nacional de Saúde, art. 11) e estadual (Código Sanitário, Lei n. 6.320/83, art. 40, § 2º, e Decreto n. 24.980/85), que dispõem sobre a obrigatoriedade da ligação das construções habitáveis à rede pública de água e esgoto, não constituem elemento tipificador da remuneração do serviço, eis que, como anotado pelo Min. Hermes Lima, denunciam apenas uma exigência do convívio em socie-

dade e não uma decorrência do poder de império do Estado.

Essa orientação remanesce na Suprema Corte, como demonstrado em precedentes (RE n. 77.162—SP, Relator Ministro Leitão de Abreu, RTJ 82/763) e, mais recentemente, nos despachos proferidos no RE 207.609/DF, publicado no DJU de 19/5/99, rel. Ministro Néri da Silveira, e Agr. de Inst. 225.143, j. em 22/9/98, relator Ministro Marco Aurélio, ambos com menção expressa aos antecedentes assinalados.

Argumenta o Ministro Néri da Silveira: O ponto crucial da questão aqui discutida está em saber se a tarifa mínima instituída pelo Decreto n. 5.552, de 31/10/80, que aprovou o Regulamento de Classificação de Tarifas dos Serviços de Água e Esgoto do Distrito Federal, é taxa ou preço público. Marcos Aurélio Greco e Hamilton Dias de Souza, in *Natureza Jurídica das Custas Judiciais*, Ed. OAB/SP e *Resenha Tributária* 1983, pág. 111, assim se pronunciam a respeito da matéria, à luz da Outorga de 1969: Destarte, na Constituição o critério para identificar a taxa e o preço público não pode mais calcar-se na compulsoriedade ou facultatividade da figura, mas no tipo de atividade exercida; se for atividade econômica, tal como definida no título III da Constituição Federal, haverá preço; se for atividade própria do Estado, teremos taxa. Por sua vez, Geraldo Ataliba dissertando sobre o conceito elaborado por Greco e Souza, ensina que: Pondo esta corretíssima conclusão em termos da Constituição de 1988, impõe afirmar que: Se se trata de atividade pública (art. 175) o correspondente será taxa (art. 145, II). Se se tratar de

exploração de atividade econômica (art. 173), a remuneração far-se-á por preço (autor citado, in *Hipótese de Incidência Tributária*, 4ª ed., Ed. RT, 1990, pág.172). Portanto, de acordo com a melhor doutrina, a tarifa cobrada pelo fornecimento de água é preço público, não possuindo, via de consequência, caráter tributário, porquanto as taxas remuneram os serviços públicos, e os demais serviços que não têm essa natureza são remunerados pelos chamados preços públicos, cobrados pelo Poder Público, direta ou indiretamente. Tratando-se de preço público, a cobrança da tarifa mínima de água pela Caesb é, indiscutivelmente, constitucional, não se configurando, in casu, qualquer violação ao princípio da legalidade estrita, segundo o qual é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exigir ou aumentar tributos sem lei que o estabeleça.

O preço público nada mais é do que a retribuição pecuniária pelo valor do bem, do serviço ou da atividade que se adquire ou se utiliza. O que caracteriza o preço público é a existência de uma atividade estatal em benefício do interesse principalmente privado, embora de um modo secundário seja também interesse do Estado, peculiarmente quando interessa à coletividade.

Assim é que, quando o Estado se instrumentaliza para, em regime de direito privado (art. 173 e §§ da CF de 1988), embora sob concessão ou permissão, prestar serviços de utilidades, como é o caso da água e esgoto, legítima é a adoção do regime de preços.

A discussão pode até parecer estéril diante das sentidas divergên-

cias no campo doutrinário e jurisprudencial, em que a opção de julgamento, qualquer que seja, reconheça-se a tarifa de água e esgoto como preço público ou taxa, encontrará fortes fundamentos jurídicos. Estar-se-ia diante de um impasse, de uma causa sem solução? Creio que não, se a decisão a ser tomada pautar-se em critérios de justiça.

A discricionariedade judicial tem despertado agudos embates entre os juristas, marcando a história recente a polêmica entre o inglês Herbert L. A. Hart e o norte-americano Ronald Dworkin, que teve início com a publicação, pelo primeiro, em 1961, do livro *The Concept of Law*.

Esse poder atribuído ao juiz, que para muitos pode transformar-se em instrumento da tirania judicial se privado por longo tempo da legitimação democrática, pela via legislativa, guarda relevância em hipóteses jurídicas complexas, nos chamados casos difíceis, nos quais podem sobrevir duas ou mais interpretações para solução de uma mesma causa.

Hart, em sua obra *O Conceito de Direito* (2ª ed., 1994, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, tradução de A. Ribeiro Mendes, pág. 338), exprime uma lição que se mantém atual: (...) a justiça é tradicionalmente concebida como mantendo ou restaurando um equilíbrio ou uma proporção, e o seu preceito condutor é frequentemente formulado como tratar da mesma maneira os casos semelhantes; ainda que devemos acrescentar a este último e tratar diferentemente os casos diferentes.

Vige, pois, o princípio do tratamento igual para os casos iguais e de

trato desigual para as situações desiguais. Essa solução não seria adequada nem possível se o intérprete se limitasse a aplicar estritamente o que provém dos textos legais, se negasse a jurisdição sob o pretexto da ausência ou obscuridade da lei ou em face de circunstâncias outras nela não previstas.

Evidente que há dificuldade em julgar com acerto quando se faz necessária a aplicação do poder criador ou da ação discricionária do julgador, até porque, por óbvio, muito mais fácil julgar bem conforme a lei.

Pois bem, a meu sentir, a aplicação de uma solução justa passa por se conferir importância ao controle jurídico e não à natureza da paga. Expli-co-me. Importa ao usuário a constatação de que o preço público guarda relação real com o serviço disponibilizado, que não há abuso ou excesso nos preços praticados. Pouco interessa se o serviço a ser remunerado pelo usuário está no campo da receita industrial (preço público) ou da receita tributária (taxa). A contraprestação pecuniária é devida exclusivamente pelo usuário do serviço para não incidir o enriquecimento sem causa, impondo-se à sociedade como um todo, que já investe no sistema, a responsabilidade da manutenção de um serviço de utilização ainda restrita.

Conclui-se, portanto, pela inexistência dos pressupostos para concessão da liminar, pois, tratando-se de preço público, não se tem presente a relevância do fundamento, inaplicáveis as disposições legais (arts. 3º, 77 e 97, I, do CTN) e constitucionais (arts. 145, II, 150 e 175 da CF/88) invocadas, e pela evidente necessidade

da contraprestação pecuniária, restando afastada a possibilidade da ocorrência de dano irreparável.

Quanto à existência ou não de direito líquido e certo, questão suscitada no despacho inicial (fls. 122), é preciso ponderar, como adverte Seabra Fagundes, que o intrincado do aspecto de direito, a obscuridade da norma a aplicar ou a dúvida sobre qual seja ela, não excluíram, por si sós, o cabimento do pedido, porquanto já não se exige que o texto da lei também se ofereça claro, isto é, que o ato

denegatório do direito seja manifestamente contrário a ela (in O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, 4ª ed., 1968, pág. 299). É que o direito líquido e certo diz respeito ao direito subjetivo do impetrante.

Por esses argumentos é que ousei divergir da douda maioria, votando vencido.

Florianópolis, 18 de maio de 2000.

Cesar Abreu.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.007098-0, DE CHAPECÓ

Relator: Des. Cesar Abreu

Prova testemunhal. Desistência. Concordância da parte adversa. Necessidade. Princípio da comunhão da prova. Agravo de instrumento provido.

“Dispõe a lei italiana que la rinuncia fatta da una parte all’audizione dei testimoni da essa indicati non ha effetto se le altre non vi adcriscono e se il giudice non vi consente (a renúncia, pela parte, à inquirição de testemunhas por ela indicadas é ineficaz se as outras não concordarem ou se o juiz não consentir). Esse preceito consagra o princípio da comunhão da prova, como observam autorizados comentaristas da lei italiana. Uma vez relacionada, a testemunha passa a ser instrumento da pesquisa da verdade e da realização do Direito pelo processo, e a parte, que antes disso era livre de indicá-la, ou não, não tem mais a menor disponibilidade sobre seu depoimento. Por isso mesmo, somente com a anuência dos demais participantes da relação processual é que será possível desistir de tomar-lhe as declarações, ou substituí-la por outra pessoa.

“A aplicação do princípio da comunhão da prova evita que a parte se esquive de ouvir testemunha já arrolada, de quem veio a saber, por exemplo, que suas declarações poderão favorecer o antagonista. Daí assegurar-se aos outros litigantes, bem como ao Juiz e ao

Promotor, o direito de exigir que todas as testemunhas arroladas sejam ouvidas” (Egas Moniz de Aragão, Exegese do Código de Processo Civil, vol. IV-2, Aide, pág. 87).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 99.007098-0, da comarca de Chapecó, em que é agravante Vanderli Antonio Giacomelli, sendo agravado Natilvo Dittadi:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Vanderli Antonio Giacomelli inconformado com a r. decisão proferida nos autos da ação ordinária de reparação de danos que lhe move Natilvo Dittadi, que acolheu o requerimento de desistência de ouvida de testemunha formulado em audiência pelo agravado.

Afirma que o agravado havia arrolado cinco testemunhas, das quais foram ouvidas três, tendo formulado pedido de desistência das duas últimas testemunhas em audiência, o que foi deferido pelo Magistrado a quo.

Aduz que não concorda com a desistência, uma vez que tem interesse de que tais testemunhas sejam ouvidas, sendo que estas, após arroladas e aceitas, passam a ser do processo e não mais das partes. Por essa razão entende que a desistência

só poderia ter sido deferida com a sua concordância.

Não houve pedido de efeito suspensivo.

O agravado apresentou contra-razões às fls. 59/61, pugnano pela manutenção da decisão.

II — Voto

Consta do termo de audiência que, requerida pelo autor/agravado a desistência da oitiva das testemunhas Antônio Agostini e Sidnei Brancher, com ela não concordou o réu/agravante, afirmando o seu interesse nos testigos.

Em suas razões de agravo procurou demonstrar a indispensabilidade desses depoimentos, tratando-se de testemunhas conhecedoras dos fatos e das pessoas envolvidas na contenda.

É verdade que sendo o juiz o destinatário da prova (art. 130 do CPC) cumpre-lhe auferir a necessidade ou não da sua realização.

Não configura cerceamento de defesa, como afirmado em precedente da Corte Superior (RSTJ 68/291)“a dispensa de testemunhas quando o julgador, sentindo-se convencido com a prova colhida, inclusive testemunhal, entender desnecessária a oitiva das demais testemunhas arroladas,

face à inexistência de controvérsia acerca dos fatos”.

Entretanto não é essa a hipótese dos autos.

A dispensa da prova, *in casu*, decorreu do requerimento do autor, entendendo o Magistrado que a testemunha é da parte que a arrolou, e se não tiver interesse em ouvi-la pode dispensá-la, a despeito da insurgência da parte adversa.

Incide, no caso vertente, o princípio da comunhão da prova.

Egas Moniz de Aragão preleciona:

“Dispõe a lei italiana que la rinuncia fatta da una parte all'audizione dei testimoni da essa indicati non ha effetto se le altre non vi adcriscono e se il giudice non vi consente (a renúncia, pela parte, à inquirição de testemunhas por ela indicadas é ineficaz se as outras não concordarem ou se o juiz não consentir). Esse preceito consagra o princípio da comunhão da prova, como observam autorizados comentaristas da lei italiana. Uma vez relacionada, a testemunha passa a ser instrumento da pesquisa da verdade e da realização do Direito pelo processo, e a parte, que antes disso era livre de indicá-la, ou não, não tem mais a menor disponibilidade sobre seu depoimento. Por isso mesmo, somente com a anuência dos demais participantes da relação processual é que será possível desistir de tomar-lhe as declarações, ou substituí-la por outra pessoa.

“O Código não fala na possibilidade de desistência, o que não a afasta por inteiro, pois se houver anuência e o juiz (bem como o órgão do Ministério Público nos casos em

que intervier) concordar, nada obstará que ocorra. Fala a lei somente em substituição, limitando os casos em que será admitida, porquanto substituir uma testemunha por outrem é o mesmo que desistir de ouvi-la e em seu lugar ouvir pessoa que não fora arrolada no momento oportuno. Como a prova é comum a ambas as partes é natural que seja exigido o consenso de todas para a substituição.

“A aplicação do princípio da comunhão da prova evita que a parte se esquive de ouvir testemunha já arrolada, de quem veio a saber, por exemplo, que suas declarações poderão favorecer o antagonista. Daí assegurar-se aos outros litigantes, bem como ao Juiz e ao Promotor, o direito de exigir que todas as testemunhas arroladas sejam ouvidas” (Exegese do Código de Processo Civil”, vol. IV-2, Aide, pág. 87).

No mesmo sentido a lição de Ovídio Batista da Silva:

“(…) deixam de pertencer à parte que as propôs, para constituir elemento comum ao processo, de que somente por acordo das partes se pode desistir” (Curso de Processo Civil, vol. I, Processo de Conhecimento, 3ª ed., Sérgio Antonio Fabris Editor, pág. 317).

Pontes de Miranda arremata:

“Renúncia ao depoimento: depois de comparecer a testemunha, a parte que a apresentou não pode renunciar a ela, ou à continuação do depoimento, sem que consintam as partes do mesmo lado, ou assintam as contrárias, os fiscais e o Juiz” (Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo IV, 3ª ed., Forense, RJ, 1996, pág. 457).

Assim, com relação à prova testemunhal, não se tem tolerado a desistência sem a audiência da parte adversa, embora a testemunha tenha sido arrolada pela parte desistente.

O Desembargador Lopes da Costa, do Tribunal de Justiça Mineiro, em precedente publicado na Revista Forense, vol. 124, pág. 518, atentando para o fato de inexistir texto expresso sobre a desistência da prova testemunhal, entende que se deve adotar a norma do Código Austríaco, segundo a qual, quando a parte desiste do depoimento da testemunha que arrolou, a contraparte pode exigir que a testemunha deponha.

III — Decisão

Diante do exposto, à unanimidade, dá-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Gaspar Rubik.

Florianópolis, 22 de março de 2000.

Anselmo Cerello,
Presidente com voto;
Cesar Abreu,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.010855-4, DE CRICIÚMA

Relator: Des. Cesar Abreu

Agravo de instrumento. Exceção de incompetência. Promissória vinculada a contrato. Desconto bancário. Apontamento do título, pela instituição bancária, no foro do domicílio do devedor. Hipótese que não importa renúncia, pelo credor originário, ao foro de eleição. Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 99.010855-4, da comarca de Criciúma, em que é agravante Planel Engenharia e Construções Ltda., sendo agravada Menezes Consultoria e Assessoria Empresarial Ltda.:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, rejeitar as preliminares e dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Planel Engenharia e Construções Ltda., inconformada com a decisão que indeferiu a exceção de incompetência interposta contra Menezes Consultoria e Assessoria Empresarial Ltda., nos autos da ação de revisão contratual c/c declaratória de inexigibilidade de título e inexistência de débito c/c Pedido de Antecipação de Tutela n. 020.99.001694-3.

O efeito suspensivo almejado foi indeferido.

Contra-razões às fls. 81/90, em que a agravada argúi, em preliminar, a intempestividade do recurso, bem como a sua inadmissibilidade por não ter a agravante cumprido as formalidades dos arts. 524, III, e 526 do CPC. No mérito, pugna pela manutenção da r. decisão.

II — Voto

Inicialmente faz-se necessário analisar as preliminares argüidas pela agravada.

Conforme a certidão juntada às fls. 19, a agravante foi intimada da decisão por meio de publicação no Diário da Justiça de 18/6/99, sendo que, de acordo com o Provimento n. 3/92, o prazo para interposição do agravo iniciou-se em 24/6/99, expirando em 8/7/99. O recurso foi interposto em 5/7/99, logo, dentro do prazo legal. Afasta-se, portanto, a preliminar de intempestividade.

Com relação à ausência do requisito previsto no art. 524, III, do CPC, qual seja, a indicação, na inicial do recurso, do nome e do endereço completo dos advogados constantes do processo, igualmente não merece guarida, uma vez que a agravante juntou aos autos cópias dos respectivos instrumentos procuratórios (fls. 13/14), nos quais constam os nomes e endereços completos destes.

Assim já decidiu este Tribunal:

“Agravo de instrumento. Ausência de indicação do nome e endereço do advogado do agravado. Art. 524, III, do CPC. Instrumento que contém elementos bastantes à identificação e intimação do procurador.

“Se das peças do instrumento constam o nome e o endereço completos do advogado do agravado, viabilizando a intimação postal a que alude o art. 527, III, do CPC, não se justifica a inadmissibilidade do recurso por inobservância do requisito exigido pelo citado dispositivo da lei processual, até mesmo em homenagem ao princípio da instrumentalidade das formas que a rege” (Agravo de Instrumento n. 97.014916-6, da Capital, rel. Des. Eder Graf).

Com relação ao cumprimento do art. 526 do CPC e seus efeitos há divergência neste Tribunal bem como na Corte Superior (STJ).

Entretanto, a inobservância do dispositivo invocado não impõe o desconhecimento do recurso.

Invoca-se, no particular, precedentes desta Câmara da lavra do eminente Des. Anselmo Cerello, verbis:

“Agravo de instrumento. Desatendimento do disposto no art. 526 do CPC. Alteração da guarda de menores. Inexistência de causas relevantes que autorizem a modificação. Pretensão desprovida.

“O disposto no art. 526 do CPC tem por finalidade ensejar o juízo de retratação da decisão recorrida. Seu desatendimento não pode levar ao não conhecimento da via recursal, por falta de previsão legal (vide Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, in CPC Comentado, 2ª ed., pág. 951; Damaceno, Reforma, pág. 288; Bermudes, Reforma, pág. 91; Alvim Wambier, Agravo, págs. 159/160)” (AI n. 96.008662-5, de Tubarão, j. em 13/11/97).

“Bem de família. Incidência de penhora em bens que guarnecem a

residência não excetuados. Descumprimento do art. 526. Agravo provido.

“A determinação do art. 526 obviamente interessa ao agravante, pois se destina a dar conhecimento ao juiz de que foi interposto agravo para que, querendo, reconsidere a decisão proferida” (AI n. 97.015050-4, de São Bento do Sul, j. em 15/10/98).

E mais:

“Agravo de instrumento. Inobservância do art. 526 do CPC.

“O descumprimento do disposto no art. 526 do Código de Processo Civil não acarreta o não conhecimento do recurso, sendo ônus do agravante, que perde a oportunidade do juízo de retratação por essa via. Não é possível criar conseqüência punitiva em regra jurídica que não a contém” (STJ) (AI n. 99.006756-4, de Criciúma, rel. Des. Eder Graf, j. em 17/8/99).

Vencidas as prefaciais suscitadas pelo agravado, passa-se ao exame do mérito do recurso.

Pretende a agravante, pela via recursal, o provimento do agravo com a reforma da sentença proferida nos autos de exceção de incompetência, estabelecendo-se a prevalência do foro de eleição para as ações inerentes ao contrato existentes entre as partes.

A decisão impugnada, acolhendo orientação do STJ no sentido de que “a despeito da cláusula de eleição do foro, se o credor leva a protesto, em comarca diversa, o título oriundo do contrato, é porque pretende que ali seja feito o julgamento. Competência para a medida cautelar que assim se define a favor do local onde apresentado o título” (REsp. n. 29.586-9—RS, rel. Min. Nilson Naves, DJU de

22/3/93), acabou por julgar improcedente a exceção oposta.

Ocorre, entretanto, que o compromisso particular de compra e venda, a despeito de eleger o foro da comarca da Capital para quaisquer ações oriundas do contrato (Cláusula 15), consignou, na Cláusula 5 (condições de pagamento), que a dívida seria representada por notas promissórias, emitidas pelo comprador em favor da vendedora em caráter pró-solvendo, ou seja, garantia à satisfação do contrato.

Essas notas promissórias, segundo consta e é admitido pela agravada, tanto que demandou a instituição financeira no processo de sustação de protesto, foram descontadas no Unibanco S/A que as apontou.

Ora, não tendo a agravante apontado os títulos, não se pode concluir que tenha renunciado à prerrogativa contratual, optando por foro diverso do consensualmente eleito.

O precedente invocado pelo eminente julgador, por essa peculiaridade, torna-se inaplicável.

A peculiaridade do caso, ademais, impõe a solução alvitrada pelo Prof. Orlando Corrêa citado na obra *Teoria e Prática da Sustação de Protesto* (Luiz Alberto Holf, Síntese, 2ª ed., 1982, pág. 59):

“O foro para a cautelar preparatória de sustação será o lugar de pagamento, ou seja, onde foi encaminhado a protesto, e o foro para a ação principal será o do foro eleito pelo contrato que deu causa aos títulos”.

O nosso Tribunal foi além, em precedente da Primeira Câmara Civil, assinalando:

"Agravado de instrumento. Exceção de incompetência. Recurso acolhido.

"Vinculado o título a contrato, o juiz certo para prestar a tutela cautelar inominada de sustação de protesto é aquele objeto do foro eleito, o qual prepondera sobre a praça de pagamento.

"Decretada, em situações emergenciais, a medida cautelar, em comarca inadequada, o magistrado, de ofício ou a pedido das partes, deve remeter os autos ao foro correto, diante da inexistência de prevenção, a qual é cogitável apenas quando vários togados tenham a mesma competência, e um deles toma conhecimento da causa em primeiro lugar" (AI n. 5.487, de Brusque, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, j. em 7/8/90).

Colhe-se do acórdão:

"Aqui, há cláusula avençada em sentido oposto à praça de pagamento insculpida no título, a qual prepondera sobre a última, tornando-a ineficaz.

"É certo que 'Proposta ação cautelar preparatória de sustação de protesto cambial e não suscitada incompetência territorial, ficam preventos para a ação principal não só o juízo a que distribuída mas, também, o foro em que proposta' (RT 563/138), mas esta não é a hipótese porque deflagrada a tempo e modo exceção de incompetência rejeitada.

"Assim, decretada 'a medida cautelar pelo juiz do lugar, que seja incompetente para a causa principal, poderá o requerido argüir sua incompetência, mas a medida já proferida não será afetada, mesmo que o juiz aceite a exceção e determine o envio

do processo para o juiz competente' (Orlando de Assis Corrêa, in *Processo Cautelar e Sustação de Protesto*, Ed. Aide, pág. 30).

"Esta, portanto, é a situação do caso concreto, pois em se tratando de cautelar urgente, 'requerida perante juiz sabidamente incompetente, não há sequer cogitar-se prevenção, posto que o fenômeno processual da prevenção pressupõe a competência a ser fixada, de sorte que só se dá quando, entre vários juízes, todos igualmente competentes, um deles toma conhecimento da causa em primeiro lugar. Por isso que a prevenção não cria competência, mas tão-somente fixa competência excludente de outras concorrentes, jamais se poderia cogitar de competência preventa do juiz que, não tendo a da causa principal, tomou conhecimento da medida cautelar, apenas pela impossibilidade de ser o pedido, por sua urgência, formulado no foro adequado' (Humberto Theodoro Júnior, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. II, Forense, n. 999, pág. 1.136).

"Ademais, 'A circunstância de haver sido o título protestado em foro diverso do opcional não implica renúncia à cláusula de opção, porque o protesto traduz mera providência acauteladora, de cunho administrativo, que não interfere nas questões a serem apresentadas ao juiz, para fins de composição da lide' (Agravado de Instrumento n. 4.224, de São José, rel. Des. João Martins, julgado em 8/3/88)".

III — Decisão

Diante do exposto, rejeitadas as preliminares, no mérito, dá-se provimento ao agravo para ordenar-se a

remessa do processo à comarca da Capital, competente para processar e julgar a causa.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Gaspar Rubik.

Florianópolis, 22 de março de 2000.

Anselmo Cerello,
Presidente com voto;
Cesar Abreu,
Relator.

AÇÕES RESCISÓRIAS

AÇÃO RESCISÓRIA N. 98.012837-4, DE JOINVILLE

Relator: Des. Anselmo Cerello

Ação rescisória — Sentença cível lastreada em sentença criminal condenatória reformada em revisão criminal — Erro de fato — Inteligência do art. 485, IX, do CPC — Recurso provido.

A sentença rescindenda lastreou-se em pressuposto fático apurado no Juízo Criminal, perante o qual o autor fora condenado por crime de estupro perpetrado contra a autora daquela sentença que objetiva agora rescindir, pois fora absolvido em revisão criminal, ficando evidenciado o equívoco na avaliação da prova, impondo-se que a decisão do Juízo Cível seja rescindida, já que restou fundada na mesma prova que inspirou a decisão do Juízo Criminal.

Baseando-se a sentença de responsabilidade civil em decisão criminal desconstituída em revisional, restando evidenciado o equívoco na avaliação da prova a que incorreu o Juízo Cível, inarredável é sua reformulação a fim de que prepondere a veracidade fáctica, estabelecida na órbita criminal.

“O erro de fato, a que se refere o art. 485, IX, do CPC, não consiste em erro de valoração ou de interpretação sobre a subsistência ou relevância de um fato, mas, na verdade, consubstancia-se em falsa percepção dos sentidos, de tal sorte que o juiz supõe a existência de um fato inexistente ou a inexistência de um fato realmente existente” (RT 571/164).

“— Ajuizada a ação no prazo fixado para o seu exercício, o retardamento na sua distribuição e na citação do réu, por obstáculo decorrente do mecanismo da justiça, jamais por inércia da autora, não justifica a acolhida da arguição de prescrição” (RTJ 100/320).

“— O erro de fato que dá margem à rescisória é aquele que, observados os requisitos do inciso IX do art. 485 do Código de Processo Civil, serve de fundamento à sentença rescindível, que teria chegado à conclusão diversa não fora ele” (RTJ 136/55).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória n. 98.012837-4, da comarca de Joinville (4ª Vara), em que é autor Cláudio Silveira de Albarnaes, sendo ré Luanda Beckers:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, à unanimidade, julgar procedente a ação rescisória.

Custas legais.

Cláudio Silveira de Albarnaes ingressou com pedido em ação rescisória, com fundamento no art. 485, incisos VI e IX, do CPC, contra Luanda Beckers, buscando desconstituir sentença da lavra do Juízo da 4ª Vara Cível da comarca de Joinville, que julgou procedente a ação de indenização c/c perdas e danos (autos n. 038.96.010.579-3) aforada pela requerida.

Alegou que a sentença cível embasou-se em pressuposto fático apurado no Juízo Criminal, perante o qual teria sido condenado por crime

de estupro perpetrado contra a autora da ação cuja sentença objetiva agora rescindir. Acrescenta que tendo sido absolvido daquela imputação, em sede de revisão criminal, no curso da qual teria ficado evidenciado o equívoco na avaliação da prova que o levou à condenação, impõe-se que a decisão do Juízo Cível seja rescindida já que fundada na mesma prova que inspirou a decisão do Juízo Criminal.

Requeru a procedência do pedido para rescindir a sentença vergastada e, uma vez rescindida, outra deve ser proferida julgando-se improcedente o pedido cível. Pugnou, ainda, o levantamento do depósito prévio por alvará, se deferida a assistência judiciária.

Foi deferida, às fls. 2, a assistência judiciária.

Regularmente citada (fls. 44), deixou a requerida de apresentar sua resposta.

Com vista dos autos, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, às fls.

50/51, opinou pela juntada da ação penal referida pelo requerente.

Foi pensada à presente os autos da ação penal tal como se manifestou o representante do Ministério Público às fls. 53.

O representante do Ministério Público de Segundo Grau, em seu juicioso parecer de fls. 59/65, opinou pela procedência do pedido por entender ser “esdrúxula a idéia de se conceber a condenação do requerente a indenizar por um fato criminal que não cometeu ou, ao menos, de que não restou provada sua responsabilidade penal”.

É o relatório.

Compulsando os autos, verifica-se que a sentença rescindenda do Juízo Cível lastreou-se em pressuposto fático apurado no Juízo Criminal, perante o qual o autor teria sido condenado por crime de estupro perpetrado contra a autora da ação cuja sentença objetiva agora rescindir, pois foi absolvido daquela em revisão criminal, ficando evidenciado o equívoco na avaliação da prova que o levou à condenação, impondo que a decisão do Juízo Cível seja rescindida já que restou fundada na mesma prova que inspirou a decisão do Juízo Criminal.

Ora, conforme judiciosamente colocou o v. aresto pertinente à Revisão Criminal n. 97.007376-3, de Joinville, julgada nas Câmaras Criminais Reunidas, da lavra do Des. Souza Varella:

“A vítima L. B., ao ser ouvida em Juízo (fls. 78 — autos em anexo), afirmou que no final da tarde do dia 13/10/92, no trajeto para o colégio, foi cercada pelo recorrente, que lhe convidou para ir em um drive-in nas proxi-

midades. Lá chegando ela ingeriu bebidas alcoólicas, mesmo sabendo que lhe iria fazer mal, indo em seguida com o mesmo para um motel a fim de descansar, já que encontrava-se alcoolizada, tendo sido ‘estuprada’ neste momento, porém não reagiu, muito menos confidenciou isto a ninguém, entretanto, recorda-se detalhadamente de tudo o que acontecera naquele início de noite, muito embora estivesse ‘completamente alcoolizada’. O mais interessante no relato da vítima é que, segundo ela, tal situação perdurou por aproximadamente cinco meses, já que o recorrente passou a ameaçá-la e, com medo, ela continuou saindo com ele.

“Inicialmente, na mesma noite e horário que a vítima afirmara estar num drive-in com o recorrente, segundo os diários de classe juntados (autos em apenso — fls. 217, 220, 222, 226 e 229), a mesma recebera frequência nas aulas do colégio, presumindo-se, portanto, estar naquele estabelecimento.

“Outro detalhe interessante é que apesar de afirmar que era virgem na época dos fatos, disse em seu depoimento, em Juízo (fls. 29), ‘que namorou com E. J. G., no período compreendido entre 24/4/91 e 21/10/91’, tendo E., em contrapartida, ao ser ouvido em Juízo (fls. 89), afirmado ‘que manteve congresso carnal com a vítima, uma única vez’, confirmando-se assim, portanto, que novamente ela havia mentido, pois muito antes dos fatos já havia perdido sua virgindade para este último.

“Verifica-se, assim, que existem enormes contradições nos depoimentos prestados em Juízo, não exis-

tindo um juízo perfeito sobre os fatos e como ocorreram”.

Fortes indícios se sobrelevam a pôr em dúvida a existência do fato delituoso, bem como no que concerne à sua autoria, circunstâncias estas que indubitavelmente se refletem na esfera civil.

O ilustre Des. Álvaro Wandelli, na Apelação Cível n. 39.105, de Itajaí, definiu bem a matéria, verbis:

“O artigo 1.525 do Código Civil estabelece:

‘A responsabilidade civil é independente da criminal; não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime’.

“Por outro lado, o Código de Processo Penal nos traz, explicitamente, em seus artigos 65, 66, 67:

‘CPP: Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito’.

‘CPP: Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato’.

“Para Carlos Alberto Bittar, o art. 67 do CPP elenca as hipóteses que não impedem a propositura da ação civil. São elas: I — o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação; II — a decisão que julgar extinta a punibilidade; III — a sentença absolutória que decidir

que o fato imputado não constitui crime’ (in Responsabilidade Civil, Teoria e Prática, Forense Universitária, pág. 63).

“Neste aspecto, ensina Ulderico Pires dos Santos, in verbis:

‘Em matéria de responsabilidade civil, ainda prevalece o brocardo in lege aquilia et levissima culpa venit. Assim acontece porque a responsabilidade civil flui do dever que têm todos os cidadãos de respeitar o direito alheio. Basta a culpa leve — levíssima para que o direito alheio fique lesionado’ (A responsabilidade civil na doutrina e na jurisprudência, Forense, pág. 270)”.

A decisão criminal faz coisa julgada no cível quanto à autoria e à existência de fato delituoso.

A propósito, dignos de destaque são os precedentes do erudito Promotor de Justiça convocado, Dr. Carlos Henrique Fernandes, que assim se posicionou:

“Tem-se, então, que a sentença cível, ora em debate, baseou-se no resultado do processo criminal para acolher o pedido de indenização de Luan da Beckers contra Cláudio Silveira de Albarnaes, onde o que se acreditava ter visto naquele processo (ora apensado), na realidade, não existia (TJRJ — in Ação Rescisória, de Arruda Alvim e Teresa Arruda Alvim Pinto, Ed. RT, 1988, pág. 239). Ademais, no julgamento da ação cível não houve controvérsia sobre a responsabilidade penal do ora requerente, e, sobre o fato criminal não houve pronunciamento no Juízo Cível, que apenas o absorveu e o considerou como prova para efeitos cíveis.

“Resta à conclusão, salvo juízo mais apurado, que o erro incidiu sobre o fato em si, isto é, de ter sido o requerente Cláudio Silveira de Albarnaes o autor do crime de estupro de que Luanda Beckers foi vítima, hipótese que caracteriza a motivação jurídica descrita no art. 485, inciso IX, do Código de Processo Civil (fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa)”.

Conclui-se que o erro incidiu sobre o fato em si, isto é, de ter sido o requerente Cláudio Silveira de Albarnaes o autor do crime de estupro de que Luanda Beckers foi vítima, hipótese que caracterizaria a motivação jurídica descrita no art. 485, IX, do CPC, in verbis:

“Art. 485 — A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

“IX — fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa”.

Da doutrina de José Carlos Barbosa Moreira:

“86. Erro de fato: B) Pressupostos da rescindibilidade — Consiste o erro de fato em a sentença ‘admitir um fato inexistente’ ou ‘considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido’ (§ 1º). De modo nenhum configura o engano na qualificação jurídica; por exemplo, a errônea consideração de determinado contrato como se fosse comodato, em vez de locação, não corresponde ao tipo legal: é preciso que o erro incida sobre o fato em si, sobre a ocorrência ou não do acontecimento. Tampouco se enquadra na moldura do art. 485, § 1º, o mero erro aritmético, suscetível de correção a

qualquer tempo, sem necessidade de ação rescisória.

“Quatro pressupostos não de concorrer para que o erro de fato dê causa à rescindibilidade:

“a) que a sentença nele seja fundada, isto é, que sem ele a conclusão do juiz houvesse de ser diferente;

“b) que o erro seja apurável mediante o simples exame dos documentos e demais peças dos autos, não se admitindo de modo algum, na rescisória, a produção de quaisquer outras provas tendentes a demonstrar que não existia o fato admitido pelo juiz, ou que ocorrera o fato por ele considerado inexistente;

“c) que ‘não tenha havido controvérsia’ sobre o fato (§ 2º);

“d) que sobre ele tampouco tenha havido ‘pronunciamento judicial’ (§ 2º)” (in Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V, arts. 476 a 565, 7ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998, págs. 147/8).

Quanto ao erro de fato, Sérgio Rizzi esclarece:

“O erro de fato não pode ser confundido com erro na interpretação de fato; a justiça ou injustiça da decisão decorrentes da má interpretação do fato não rendem ensejo à ação rescisória. É preciso tenha havido um erro na suposição do juiz, vale dizer, no encadeamento do seu raciocínio, ou, o que é o mesmo, possa ter havido tal suposição contrária às provas existentes no processo. Daí se infere que na ação rescisória por erro de fato não se poderá produzir provas novas, não se poderá trazer outros elementos probatórios para demonstrar o erro de fato, porque ele deve ser examinado à luz

de um contexto probatório já fechado no processo anterior. De outro lado, é indispensável que este fato não haja sido objeto de controvérsia, nem de manifestação do juiz" (Da Ação Rescisória, RP 26/188).

Nesse norte, a jurisprudência pátria:

"O erro de fato, a que se refere o art. 485, IX, do CPC, não consiste em erro de valoração ou de interpretação sobre a subsistência ou relevância de um fato, mas, na verdade, con-substancia-se em falsa percepção dos sentidos, de tal sorte que o juiz supõe a existência de um fato inexistente ou a inexistência de um fato realmente existente" (RT 571/164).

"Ação rescisória — Decadência — Erro de fato — Caracterização.

'— Ajuizada a ação no prazo fixado para o seu exercício, o retardamento na sua distribuição e na citação do réu, por obstáculo decorrente do mecanismo da justiça, jamais por inércia da autora, não justifica a acolhida da arguição de prescrição' (RTJ 100/320). O mesmo princípio se aplica à decadência.

'— O erro de fato que dá margem à rescisória é aquele que, observados os requisitos do inciso IX do art. 485 do Código de Processo Civil, serve de fundamento à sentença rescindível, que teria chegado à conclusão diversa não fora ele' (RTJ 136/55)".

Acolho, portanto, a rescisória seguindo a diretriz jurisprudencial (Theotonio Negrão, pág. 371, 26^a ed.):

"Conceito de erro de fato: v. RJTJESP 103/180. Caso de erro de

fato: RT 614/99 (perícia inconclusiva, dada como concludente).

"Art. 485: 42.a — Por erro de fato, o TJSP julgou procedente rescisória de acórdão:

'— que, por informação errônea do cartório, não conheceu de agravo de instrumento (RJTJESP 33/187);

'— que decretou a falência do devedor, apesar de desistência do pedido pelo credor (RJTJESP 64/253, maioria)'.
 "Art. 485: 42.b — Há erro de fato se este último ficou evidentiíssimo nos autos e foi negado pela decisão rescindenda (RF 293/246).

"Art. 485: 42.c — Há erro de fato quando 'a decisão atacada não considerou o real fundamento do ato de demissão, contra o qual se insurgira a autora e que, por sua vez, não foi objeto de controvérsia' (RSTJ 11/22; citação da pág. 25).

"Art. 485: 42.d — 'Se o aresto rescindendo afirmou que não há uma única prova de que a alienação mental que veio a acometer o autor haja, sequer, antecedido à propositura da ação, evidente incorreu em erro de fato porque considerou inexistente um fato efetivamente ocorrido' (RSTJ 10/29; citação da pág. 32).

"Art. 485: 42.e — '...o erro de fato, suscetível de fundamentar a rescisória, é precisamente o averiguável mediante o exame das provas já existentes no processo, não aquele cuja correção requeira a produção de novas provas no Juízo rescisório' (RTJ 132/1.119; a citação é do voto do Min. Gallotti, pág. 1.121).

"Art. 485: 42.f — 'Ocorre erro de fato, ensejador de ação rescisória,

quando o juiz, ao considerar verdadeiro documento que foi expedido, não examinar prova depositada nos autos reveladora do contrário, isto é, da falsidade nele contida. A relevância da prova não examinada presume que, se o juiz a tivesse considerado, outro teria sido o seu julgamento' (TRF — 5ª Região — RF 321/167).

"Art. 485: 42.g — 'Erro de fato. Tal pretexto não serve ao reexame da valoração da prova, vedado à ação rescisória' (RTFR 139/21).

"Se o juiz, 'errando na apreciação da prova, disse que decidia como decidiu porque o fato ocorrera (apesar de provada nos autos a não ocorrência), ou porque o fato não ocorrera (apesar de provada a ocorrência), não se configura o caso do inciso IX. A sentença, conquanto injusta, não será rescindível' (Bol. AASP 1.600/197, citando Barbosa Moreira).

'O erro autorizador da rescisória é aquele decorrente da desatenção ou omissão do julgador quanto à prova, não, pois, o decorrente do acerto ou desacerto do julgado em decorrência da apreciação dela' (Bol. AASP 1.678/supl., pág. 6, 1ª col., em., com farta jurisprudência).

"(...)

"Art. 485: 44. — 'Erro de fato que dá margem à rescisória é aquele que, observados os requisitos do inciso IX do art. 485, CPC, servir de fundamento à sentença rescindível, que teria chegado à conclusão diversa não fora ele' (RTJ 136/55)".

A respeito é incisivo o escólio do sempre reverenciado Pontes de Miranda: "Sempre que a atividade rescindenda se circunscreve à sentença rescindenda, tem o julgado de substi-

tuir o outro. Portanto, há exaustividade. Se, porém, a substituição da sentença deixa decisão anterior, tal decisão anterior é tratada como se a decisão rescindenda, posterior, não tivesse existido. Por exemplo: a) a sentença rescindenda foi o acórdão do Tribunal que não considerou apelável, ou agravável, ou suscetível de outro recurso a decisão anterior; b) a sentença rescindenda foi o acórdão do Tribunal que deu provimento à apelação, ou ao agravo, ou a outro recurso. Na espécie a rescisão tem a consequência de permitir o recurso, que sobe ao Tribunal próprio" (in Tratado da ação rescisória, pág. 132, ed. 1976).

A doutrina clássica, oriunda do Direito Romano, já fazia distinção entre os vícios da sentença, classificando-os como vícios de atividade (error es in procedendo) e os vícios de juízo (error es in judicando). Para usarmos as terminologias de Chiovenda, Nery, Recursos, pág. 211 — a primeira espécie de vício é a infringência pelo Juiz, encarregado de dirigir o processo, de qualquer norma procedimental, que ponha em risco a higidez da relação jurídica processual. Os error es in judicando são vícios de fundo de natureza substancial que provocam a injustiça do ato judicial. São erros que ensejam a rescisória, a sentença proferida por juiz absolutamente competente, ou impedido, ou quando ofender coisa julgada (CPC, art. 485, II e IV). Ao revés são casos de erro de juízo, a rescisória fundada nos incisos V e IX, quando a sentença violar literal disposição legal ou incidir em erro de fato.

Quanto a documento novo deve entender-se aquele que já existia, quando da prolação da sentença, mas

cuja existência era ignorada pelo autor da rescisória. O documento novo deve ser de tal ordem que, sozinho, seja capaz de alterar o resultado da sentença rescindenda, favorecendo o autor da rescisória, sob pena de não ser idôneo para o decreto da rescisão.

No que concerne ao erro de fato para que legitime a ação rescisória, é preciso que tenha influído decisivamente no julgamento rescindendo. Em outras palavras: é preciso que a sentença seja efeito de erro de fato; que haja entre ela e este um nexo de causalidade (in RT 501/25). Devem estar presentes os seguintes requisitos para que se possa rescindir a sentença, por erro de fato: a) a sentença deve estar baseada em erro de fato; b) sobre ela não pode ter havido controvérsia entre as partes; c) sobre ela não pode ter havido pronunciamento judicial; d) que seja aferível pelo exame das provas existentes nos autos da ação matriz, sendo inadmissível, na rescisória, a produção de novas provas, para demonstrá-lo.

Diante desses fundamentos, inarredável é a acolhida da pretensão rescisória que tem esteio no art. 485, IX, do CPC c/c art. 1.525 do CC, para que reste desconstituída a sentença rescindenda e, por conseguinte, pro-

clamada a sua total improcedência para excluir o autor do pagamento da indenização que lhe foi cominada — 400 (quatrocentos) salários mínimos — ficando este ainda autorizado do levantamento do depósito a que se refere o art. 488, II, do CPC.

Arcará a ré com as custas processuais e honorários advocatícios que, considerando à revelia da ré, não obstante o relevante trabalho desenvolvido pelo douto patrono do autor, são fixados em 10% a incidir sobre o valor da causa, excluída a litigância de má-fé por não se verificarem as hipóteses dos artigos 17 e 18 do CPC.

É o voto.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Des. Anselmo Cerello, e dele também participaram, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Gaspar Rubik e Cesar Abreu. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Carlos Henrique Fernandes.

Florianópolis, 13 de abril de 2000.

João Martins,
Presidente para o acórdão;
Anselmo Cerello,
Relator.

AÇÃO RESCISÓRIA N. 98.013516-8, DE CHAPECÓ

Relator: Des. Carlos Prudêncio

Ação rescisória. Acidente de trânsito. Veículo alienado a terceiro. Inexistência de transferência na repartição de trânsito. Ação movida contra o motorista e o antigo proprietário. Condenação deste último, em solidariedade. Documento acostado nesta demanda

denotando que, à época do sinistro, o automóvel já havia sido vendido a outrem, inexistindo a posse do bem. Documento novo. Inocorrência in casu. Disponibilidade da prova na instrução daquela demanda. Improcedência.

Nos termos do art. 485, VII, do CPC, a sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: “depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável”.

Em assim sendo, não há falar em documento novo, para fins de ação rescisória, se a prova estava disponível à parte durante a instrução da demanda cuja sentença se pretende rescindir. É que, nestes casos, o alegado erro de fato não está localizado nos autos onde foi proferida a sentença, devendo o Juiz, a par do princípio dispositivo, julgar conforme as alegações e provas produzidas pelas partes. Se o autor, outrora condenado solidariamente em ação indenizatória decorrente de acidente automobilístico, acosta documento, somente na ação rescisória, comprobatório que não era proprietário do veículo na ocasião do infortúnio, prova esta existente durante o transcorrer daquela demanda, deve arcar com o prejuízo de sua inércia.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória n. 98.913516-8, da comarca de Chapecó (2ª Vara), em que é autor Rui Carlos Vieira Dutra, sendo réu Joaquim Rodrigues:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, julgar improcedente a presente ação. Honorários fixados em R\$ 750,00.

Custas legais.

I — Relatório

Trata-se de ação rescisória proposta por Rui Carlos Vieira Dutra contra Joaquim Rodrigues, aduzindo

que era possuidor do automóvel Monza, ano 1988, cor verde, placa ICK 4040. Diz que vendeu o bem ao Sr. Josemilton Costa pelo valor de R\$ 8.000,00 em data de 7/12/95. Salienta que o referido veículo, dirigido por Dirceu Galon, se envolveu em acidente com uma motocicleta no dia 23/2/96, na cidade de Chapecó, causando danos à vítima na ordem do pedido de R\$ 4.000,00.

Sustenta que foi intimado para audiência a ser realizada em 3/2/97, como responsável solidário do feito, entretanto, contestando, na ocasião, e requerendo novo prazo para audiência, pois se encontrava doente. Diz que, em nova audiência ocorrida em 30/4/97, provou que o carro não mais

lhe pertencia, mas não conseguiu a prova da transferência do documento na ocasião, sustentando que traz o documento nestes autos, provando sua ilegitimidade passiva para aquela demanda e que habilitou a transferência do veículo antes do acidente, em 23/2/96. Aponta a falha aos órgãos públicos competentes para a solução do caso.

Ocorre que restou condenado na referida ação de reparação de danos, concluindo o meritíssimo Juiz que o veículo só foi transferido na data de 17/6/96 para terceiro, e que não se fez prova da venda do veículo a pessoa do militar anunciado na ocasião. Alega que foi condenado ao pagamento de Cr\$ 4.340,00 à vítima e que a sentença de Primeiro Grau transitou em julgado em 5/12/97, sem qualquer intimação à sua pessoa.

O réu contestou e, ato contínuo, a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pela improcedência da demanda.

II — Voto

Vê-se que o ora réu Joaquim Rodrigues ajuizou ação de reparação de danos em acidente de trânsito contra Dirceu Galon, motorista do veículo causador do sinistro, e Rui Carlos Vieira Dutra, ora autor, em cujo nome se encontrava o registro de propriedade do bem.

Na inicial, o Sr. Rui alega ser praxe comum na aquisição de veículos a transferência posterior do nome do antigo proprietário para o atual, por questões de custos e também porque o bem poderá ser vendido a outro de forma imediata e sem burocracias im-

postas às negociações. Disse, na oportunidade, que o veículo causador do acidente foi seu há muito tempo antes, e que foi colocado em uma revenda local e efetuada sua negociação com um militar e, pelo que soube, foi depois novamente vendido. De qualquer forma, disse que o veículo não poderia, ainda, constar em seu nome.

A fls. 31 e ss., paira a sentença monocrática que concluiu pela procedência da ação indenizatória proposta, nos seguintes termos: "Inicialmente, afasto a prejudicial de ilegitimidade passiva oposta pelo réu Rui Carlos Vieira Dutra, porque, o documento de fls. 51, mostra que a transferência do veículo ocorreu no dia 27/6/96, enquanto que o acidente ocorreu no dia 23/2/96, e nenhuma prova se fez quanto à alegada venda para um militar, não se desincumbindo assim da imposição do artigo 333, II, do CPC". Da mesma forma, sob o argumento de que o ora autor Rui Carlos sequer impugnou os danos reclamados, o Magistrado condenou-o, de forma solidária com o Sr. Dirceu Galon, ao pagamento de R\$ 4.340,00 ao Sr. Joaquim Rodrigues.

Pelo que se observa de fls. 9, o acidente ocorreu em 23/2/96. A fls. 19, pela certidão de registro da Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul, datada de 22/1/97, certificou-se que não constava nenhum veículo registrado em nome do ora autor Rui Carlos. A fls. 20, vê-se que, desde 27/6/96, o proprietário registrado do bem era o Sr. Edilson Manoel Thome Vieira, constando, ainda, como proprietário anterior o Sr. Josemilton Costa. Realmente, pelo que se observa do documento de fls. 7v., o referido Monza, causador do sinistro, foi vendido

ao Sr. Josemilton Costa, lá constando a autorização para transferência do bem desde dezembro de 1995.

Entretanto, o documento ora trazido aos autos não foi acostado à ação indenizatória, não se tratando, pois, de documento novo, e não se podendo alegar, diante da inércia da parte em acostá-lo naquela demanda, de que o Juiz teria incidido em erro de fato. Neste diapasão, pois, válida é a transcrição de parte do parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. João Fernando Q. Borrelli, ilustríssimo Procurador de Justiça:

“A inicial está instruída com documento que, se estivesse instruindo o processo da sentença hostilizada, convenceria o Magistrado prolator a extinguir o procedimento por ilegitimidade passiva do autor desta rescisória. O documento que instrui a inicial deve ser considerado como ‘novo’, uma vez que poderia ter sido utilizado anteriormente à decisão rescindenda, e não o foi. E diante deste documento novo, é indubitosa a compra e venda do veículo antes do acidente, respondendo pelos danos causados a terceiro, o novo proprietário. Todavia, ao contrário do que sustenta o autor, o Magistrado, ao avaliar a instrução, averiguando as provas existentes no processo, não incidiu em erro de fato. Com base na prova existente nos autos, o afastamento da preliminar de ilegitimidade passiva está correto. Afinal, o acidente ocorrera em 23/2/1996, e a transferência do veículo foi realizada somente em 27/6/1996. E o auto da rescisória, por ocasião da contestação, não a instruiu com os documentos pertinentes, e, muito menos, requereu a produção de qualquer prova. Eis que a lide foi jul-

gada antecipadamente, tendo as partes silenciado quanto à antecipação do julgamento. Eis que nem recorrem da decisão. Notório que a sentença rescindenda solucionou a lide após avaliação da prova que a instruíra, tendo afastado alegações sem a devida prova. Ou seja, o alegado erro de fato não está localizado nos autos, onde foi proferida a sentença rescindenda”.

Dessa forma, o documento ora trazido a estes autos, denotando a venda do veículo e a disposição de efetivação do registro pelo novo proprietário, com a ausência de posse do ora autor Rui sobre o veículo, poderia ter sido acostado na ação indenizatória durante sua instrução, restando claro que a sua negligência não pode colaborar em seu próprio proveito com a alegação de erro de fato para fins de ação rescisória.

Não se olvida que a Súmula 132 do colendo Superior Tribunal de Justiça afirma categoricamente que, desde que comprovada a compra e venda do veículo, mesmo sem a transferência do registro, o novo proprietário responde pelos danos causados a terceiros.

Entretanto, nos termos do art. 485, VII, do CPC, a sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: “depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável”. Efetivamente, não é o caso dos autos, porquanto o autor Rui poderia ter feito uso das provas ora trazidas durante o trâmite da ação de ressarcimento.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery (Código de Processo Civil Comentado, RT, 3ª ed., pág. 699, 19) salientam a propósito: “Por documento novo deve entender-se aquele que já existia quando da prolação da sentença, mas cuja existência era ignorada pelo autor da rescisória, ou que dele não pôde fazer uso”. José Carlos Barbosa Moreira, a seu turno (Comentários, Forense, vol. V, n. 68, pág. 119) observa: “Por ‘documento novo’ não se deve entender aqui o constituído posteriormente”.

Diante desses argumentos, julga-se improcedente a ação, honorários fixados em R\$ 750,00.

III — Decisão

Ante o exposto, julga-se improcedente a presente ação rescisória, honorários fixados em R\$ 750,00.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Orli Rodrigues e Newton Trisotto. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. João Fernando Q. Borrelli.

Florianópolis, 25 de abril de 2000.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente;
Carlos Prudêncio,
Relator.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CÍVEL

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CÍVEL N. 97.013282-4, DE BRUSQUE

Relator: Des. João José Schaefer

— *Embargos declaratórios.*

— *Acolhimento para eliminar obscuridade quanto à fixação da verba honorária.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração opostos ao acórdão na Apelação Cível n. 97.013282-4, da comarca de Brusque (2ª Vara), em que é embargante Holdercim Brasil S/A, sendo embargados o

município de Brusque e a Codeb — Companhia de Desenvolvimento e Urbanização de Brusque:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento aos embargos.

Custas de lei.

Holdercim Brasil S/A opõe embargos declaratórios à decisão de fls. 167/175, alegando obscuridade na fixação dos honorários.

Diz que havia sido condenada a pagar R\$ 500,00 de honorários ao réu pela sentença de Primeiro Grau provida parcialmente sua apelação, dispôs o acórdão, quanto aos honorários, o seguinte:

“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”.

Tem a embargante como não suficientemente clara a definição dos parâmetros relacionados aos honorários, destacando que em favor do Município fora fixada a verba honorária de R\$ 500,00, ante a sucumbência integral da autora, não tendo havido a interposição de qualquer recurso a esse respeito.

É o relatório.

Os embargos procedem.

Com o provimento parcial e o reconhecimento da culpa recíproca, o acórdão condenou o Município a indenizar 50% dos prejuízos alegados e provados pela autora.

Determinou, mais, quanto aos honorários, fossem eles distribuídos e compensados recíproca e proporcionalmente entre os litigantes.

Ocorre que a sentença não fixara percentual para os honorários que agora pudesse servir de base ao respectivo cálculo. Ao contrário, atendendo ao disposto no § 4º do art. 20, fixou os honorários em favor do Município em quantia certa.

Estes não podem ser alterados para valor maior, já que não houve recurso relativamente ao quantum estipulado.

Sofreram, sim, a redução de 50%, em face do reconhecimento da culpa recíproca.

Quanto aos honorários da apelante, e considerando que aplicável, in casu, a regra do § 3º do art. 20 do CPC e tendo em vista o grau de zelo do profissional que a assiste, a natureza e a importância da causa, mas levando em conta, igualmente, que o lugar da prestação do serviço é o da própria sede das atividades profissionais de seu patrono, fixam-se tais honorários em 15% sobre o valor atualizado de 50% dos prejuízos alegados e provados.

Dá-se, pois, provimento aos embargos para declarar-se que a autora é condenada a pagar ao Município R\$ 250,00 de honorários e este condenado a pagar à demandante o correspondente a 15% de 50% do valor atualizado dos prejuízos alegados e provados.

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

Florianópolis, 24 de junho de 1999.

*João José Schaefer,
Presidente e Relator.*

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CÍVEL N. 98.009468-2, DE SÃO MIGUEL DO OESTE**Relator: Des. Sérgio Paladino**

Embargos de declaração. Alegada ofensa ao art. 267, § 3º, do CPC, à consideração de que todas as questões suscitadas no recurso são de ordem pública, retirando os embargantes daí a conclusão de que incumbiria ao Tribunal pronunciar-se, de ofício, a respeito, apesar de não as haverem deduzido na petição inicial dos embargos do devedor. Art. 128 do CPC. Limite à atuação do juiz. Questões ventiladas no apelo. Devolução. Balizamento. Omissão inexistente. Almejado prequestionamento com vistas à admissão de recursos aos tribunais superiores. Recurso desprovido.

Diz-se de ordem pública a norma que, em face de seu alcance social, não admite derrogação por iniciativa particular. Nessa classe se enquadram as de cunho econômico que, inegavelmente, têm restringido de maneira drástica, em nossos dias, a autonomia da vontade, buscando compensar as desigualdades econômicas existentes entre os contratantes. Entretanto, as questões por elas geradas exigem a iniciativa das partes com vistas à provocação do pronunciamento do Judiciário, por força do princípio dispositivo que norteia o direito processual civil brasileiro, especialmente porque, em nosso ordenamento, o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a irretroatividade da lei, que podem impor temperamentos à aplicabilidade das denominadas normas de ordem pública, erigem-se à categoria de garantias constitucionais.

“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” (art. 128 do CPC).

A devolução ao Tribunal sujeita-se ao balizamento estabelecido pelos artigos 515, seus §§ 1º e 2º, e 516 do Código de Processo Civil, sendo-lhe vedada a apreciação de questões não propostas no juízo inferior, exceto se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior.

Provimento parcial do recurso. Sucumbência recíproca. Reconhecimento pelo acórdão embargado que determinou o rateio proporcional dos respectivos ônus. Sustentada omissão ao argumento de que o art. 23 da Lei n. 8.906/94 teria revogado o art. 21 do

CPC, impedindo a compensação dos honorários de advogado decorrentes da sucumbência. Questão não versada no apelo. Vício inexistente. Recurso desprovido.

“*Não pratica omissão, suprível pelos embargos declaratórios, o acórdão que deixa de manifestar-se sobre matéria não versada no recurso*’ (STJ/4ª Turma, Ag. 36.426-9—SP-AgRgEDcl, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 18/10/93, conheceram em parte dos embargos, v. u., DJU 22/11/93, pág. 24.960)” (Negrão, Theotonio, Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 31ª ed. atual., São Paulo, Saraiva, 2000, pág. 577, nota 16e ao art. 535).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração na Apelação Cível n. 98.009468-2, da comarca de São Miguel do Oeste (2ª Vara), em que são embargantes Cerâmica Cideral Ltda., Irceu Vicari e Nair Vicari, sendo embargado Banco do Brasil S/A:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, desprover os embargos.

Custas na forma da lei.

Cerâmica Cideral Ltda., Irceu Vicari e Nair Vicari opuseram embargos de declaração ao acórdão proferido nestes autos, acoimando-o de omisso e obscuro, à consideração de que as questões deduzidas no recurso podem ser apreciadas em qualquer grau de jurisdição, inclusive de ofício, por serem de ordem pública, a teor do disposto no art. 267, § 3º, do CPC, cuja infringência argüem e pretendem ver prequestionada, a par de sustentarem omissão no que tange à distribuição dos ônus da sucumbência, ao argumento de que o art. 23 da Lei n. 8.906/94, ao assegurar ao advogado direito autônomo aos honorários, teria revogado tacitamente o

art. 21 do Código de Processo Civil, impossibilitando a compensação decorrente da sucumbência recíproca.

É o relatório.

Diz-se de ordem pública a norma que, em face de seu alcance social, não admite derrogação por iniciativa particular. Nessa classe se enquadram as normas de cunho econômico que, inegavelmente, têm restringido de maneira drástica, em nossos tempos, a autonomia da vontade, buscando compensar as desigualdades econômicas existentes entre os contratantes. Entretanto, as questões por elas geradas exigem a iniciativa das partes com vistas à provocação do pronunciamento do Judiciário, por força do princípio dispositivo que norteia o direito processual civil brasileiro, especialmente porque, em nosso ordenamento, o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a irretroatividade da lei, que podem impor temperamentos à aplicabilidade das denominadas normas de ordem pública, erigem-se à categoria de garantias constitucionais.

No caso concreto, querem os embargantes, sob color de ordem pública, que se aprecie, no âmbito dos embargos de declaração, questões que deveriam ter agitado na petição

inicial dos embargos do devedor. Como não as tivessem ventilado naquela oportunidade, procuraram discuti-las no recurso de apelação, sem, entretanto, demonstrarem que não as propuseram no Juízo inferior por motivo de força maior, circunstância, diga-se de passagem, sequer invocada. Diante disso, a Câmara rechaçou a pretensão, à consideração de que inadmissível a apreciação, pelo fato de não haverem sido cogitadas no Primeiro Grau de jurisdição.

Ora, estatui o art. 128 do Código de Processo Civil, verbis:

“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”.

Comentando a norma supratranscrita, ensina Celso Agrícola Barbi:

“Enquanto o Código anterior, no art. 4º, fixava como limites à atuação do juiz o pedido formulado no processo, o atual usou de linguagem diversa, preferindo a lide como elemento limitador dessa atividade.

“A inovação exige, portanto, a conceituação de lide, para correta apreciação do alcance do artigo.

“O autor, que, modernamente, mais aprofundou os estudos sobre a idéia de lide foi Carnelutti, que a definiu como ‘um conflito (intersubjetivo) de interesses qualificado por uma pretensão resistida (contestada). O conflito de interesses é o seu elemento material; a pretensão e a resistência são o elemento formal’.

“Explica ainda ele que a pretensão é a exigência da subordinação do

interesse de outrem ao interesse próprio; resistência é a não conformidade com a subordinação de um interesse próprio ao interesse de outrem, e se divide em contestação — não devo subordinar meu interesse ao de outrem — e lesão — não o subordino — da pretensão. Como na lide há um conflito intersubjetivo, ela tem, necessariamente, duas pessoas.

“Liebman, em estudo clássico, aderiu à crítica feita por Calamandrei a esse conceito, que seria mais sociológico do que jurídico. Aceitou-o, porém, em parte, dando relevo ao pedido das partes, notadamente o do autor, que ele considera como o objeto do processo. Acentuou mais que o pedido do autor e a contestação do réu constituem dois pedidos em conflito, cabendo ao juiz decidir qual deles é conforme ao direito. O conflito de pedidos entre os litigantes constitui o elemento formal do processo, enquanto o conflito de interesses, na medida em que foi deduzido em juízo, vem a ser o seu substrato material.

“Conclui, depois, o mestre italiano que ‘esse conflito de interesses, qualificado pelos pedidos correspondentes, representa a lide, ou seja, o mérito da causa. A lide é aquele conflito, depois de moldado pelas partes, e vazado nos pedidos formulados ao juiz’.

“Essas noções esclarecem o texto legal, quanto à sua primeira parte. A lide, mesmo no sentido sociológico com que a configura Carnelutti, apresenta-se no processo em limites fixados pela parte. Isto é, mesmo que a lide, como entidade sociológica, fora do processo, tenha determinada extensão, ela pode ser apresentada

apenas parcialmente no processo. E é nesses limites em que ela foi trazida ao juiz que este deve exercer a sua atividade.

“Em outras palavras, o conflito de interesses que surgir entre duas pessoas será decidido pelo juiz não totalmente, mas apenas nos limites em que elas o levarem ao processo. Usando a fórmula antiga, significa o artigo que o juiz não deve julgar além do pedido das partes: *ne eat iudex ultra petita partium*.”

“Esse brocardo se aplica com maior rigor, quando se tratar dos limites postos pelo pedido do autor, os quais nunca podem ser ultrapassados. E, do mesmo modo que não deve decidir mais do que o autor pediu, o juiz também não lhe pode conceder coisa diferente da que foi pedida, isto é, não pode decidir fora do pedido.

“Mas, no que se refere ao pedido do réu, a regra não é tão inflexível, porque o juiz tem a missão de atuar a lei, e não de criar direitos. Desse modo, ainda quando o réu reconhece a procedência do pedido do autor, isto é, admite como verdadeiros os fatos por ele alegados e como corretas as conseqüências jurídicas que deles pleiteia o autor, o juiz pode desatender a essa conclusão do réu em dois casos: quando se tratar de direitos indisponíveis e quando os fatos alegados pelo autor não tiverem as conseqüências jurídicas por ele pretendidas.

“Nesses casos, a convicção do juiz é necessária, para evitar que sua atividade se transmude em de criador de direitos subjetivos, deixando a de atuar a lei.

“A vedação ao juiz, no que se refere ao autor, não se restringe, porém, ao pedido, mas também à causa de pedir. O julgador deve decidir a pretensão do autor com base nos fatos jurídicos por ele alegados, não podendo admitir outros como fundamento da procedência da ação.

“Essa regra encontra base no princípio dispositivo, de acordo com o qual, *iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet*”.

Prossegue o renomado autor:

“A segunda parte do artigo veda ao juiz conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa das partes. Equivale à parte final do art. 4º do Código de 1939, que proibia ao juiz conhecer de exceções não propostas, para as quais fosse por lei exigida a iniciativa das partes.

“A redação atual é preferível, porque a expressão ‘exceções’, usada na lei anterior, era de significado impreciso no Código, além de ser discutida sua compreensão na doutrina.

“Em sua defesa, o réu tem, às vezes, motivos que só podem ser conhecidos pelo juiz se tiverem sido alegados. São as chamadas exceções em sentido estrito. Algumas são de direito processual, outras, de direito substancial.

“No direito brasileiro, temos como exemplos de exceções de direito processual, no sentido indicado, a exceção de incompetência relativa e outras defesas, que, mesmo não recebendo do Código esse nome, têm, todavia, essa natureza, como, v. g., a existência de compromisso arbitral (art. 301, IX e seu § 4º).

“Exemplos de exceções de direito substancial são a existência dos vícios de erro, dolo, fraude, coação, simulação (Código Civil, arts. 147 e 148); da mesma forma, a exceção de contrato não cumprido do art. 1.092 do Código Civil; a prescrição, conforme o art. 166 do Código Civil.

“Enquanto isto, vários defeitos da relação processual podem ser conhecidos de ofício, como os enumerados no art. 301 do Código ora em exame, quais sejam, a incompetência absoluta, a inépcia da inicial, perempção, litispendência, coisa julgada, conexão, incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização, carência, carência de ação e falta de caução ou de outra prestação que a lei exime como preliminar; isto resulta do § 4º do mesmo artigo” (Barbi, Celso Agrícola, Comentários ao Código de Processo Civil, vol. I, Rio de Janeiro, Forense, 1998, págs. 391/394).

Na petição inicial dos embargos do devedor pleitearam os recorrentes, sustentando excesso de execução, o afastamento da capitalização dos juros, a fim de que seu cálculo observasse a Lei de Usura e o preceito insculpido no art. 192, § 3º, da Constituição Federal, nada requerendo quanto a outros encargos contratuais. Fixou-se, dessarte, com balizamento nesses parâmetros a lide, no rumo da lição acima, razão pela qual não podia o Juiz ampliá-la.

Por outro lado, o art. 267, § 3º, do CPC não tem aplicação à espécie. Com efeito, não controvertem as partes acerca de defeitos da relação processual, os quais, presentes, autorizariam, mediante invocação da

aludida norma, a extinção, de ofício, da relação processual.

Ora, vedada ao Juiz a apreciação, à míngua de provocação dos embargantes, incumbia ao Tribunal, no desempenho de seu mister, em que pese ao fato de haverem proposto no apelo questões não suscitadas no Juízo inferior, pautar-se dentro dos limites que lhe impõem as normas de que tratam os artigos 515, seus §§ 1º e 2º, e 516 do CPC, máxime porque os devedores não provaram que deixaram de fazê-lo por motivo de força maior, como derradeiramente lhes permitia a lei — art. 517 do Código de Processo Civil.

Além disso, “mesmo nos embargos de declaração com fim de prequestionamento, devem-se observar os lindes traçados no art. 535 do CPC (obscuridade, dúvida, contradição, omissão e, por construção pretoriana integrativa, a hipótese de erro material). Esse recurso não é o meio hábil ao reexame da causa’ (STJ/1ª Turma, REsp. n. 13.843-0—SP-EDcl, Min. Demócrito Reinaldo, j. 6/4/92, rejeitaram os embs., v. u., DJU 24/8/92, pág. 12.980)” (Negrão, Theotonio, Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 31ª ed. atual., São Paulo, Saraiva, 2000, pág. 577, nota 16a ao art. 535).

Mas, ainda que tivessem deduzido a pretensão à redução da multa no momento processual adequado, não seria possível acolhê-la, em face dos princípios constitucionais da intangibilidade, por lei posterior, do ato jurídico perfeito, e da irretroatividade da lei, mesmo que de ordem pública, considerando-se que a cédula de crédito industrial data de 30 de junho de

1994, ao passo que a lei invocada no recurso de apelação para amparar a perseguida redução da multa contratual, ostenta a data de 1º de agosto de 1996.

Nesse tocante, assentou o egrégio Supremo Tribunal Federal, em acórdão da lavra do eminente Ministro Moreira Alves, de cujo voto transcreve-se o seguinte excerto:

“(…)

“Por outro lado, no direito brasileiro, a eficácia da lei no tempo é disciplinada por norma constitucional. Com efeito, figura entre as garantias constitucionais fundamentais a prevista no inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal:

‘A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada’.

“Esse preceito constitucional se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva. Já na Representação de Inconstitucionalidade n. 1.451, salientei em voto que proferi como relator:

‘Aliás, no Brasil, sendo o princípio do respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada de natureza constitucional, sem qualquer exceção a qualquer espécie de legislação ordinária, não tem sentido a afirmação de muitos — apegados ao direito de países em que o preceito é de origem meramente legal — de que as leis de ordem pública se aplicam de imediato alcançando os efeitos futuros do ato jurídico perfeito ou da coisa julgada, e isso porque, se se alteram os efeitos, é óbvio que se está introdu-

zindo modificação na causa, o que é vedado constitucionalmente’.

“E, ao apreciar o pedido de liminar nesta ação direta, entendi que, no caso, havia relevância jurídica, porque ‘no direito brasileiro, o princípio do respeito ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido é de natureza constitucional, e não excepciona de sua observância por parte do legislador lei infraconstitucional de qualquer espécie, inclusive de ordem pública, ao contrário do que sucede em países como a França em que esse princípio é estabelecido em lei ordinária, e, conseqüentemente, não obriga o legislador (que pode afastá-lo em lei ordinária posterior), mas apenas o juiz, que, no entanto, em se tratando de lei ordinária de ordem pública, pode aplicá-la, no entender de muitos, retroativamente ainda que ela silencie a esse respeito’.

“Aliás, ainda nos países — como a França — em que o princípio da irretroatividade é meramente legal e se impõe ao juiz e não ao legislador, não é pacífica a tese de que as leis de ordem pública são retroativas. Roubier (ob. cit., n. 83, pág. 417 e segs.) — um dos clássicos da teoria do direito Inter-temporal — a critica veementemente. Depois de afirmar que ‘essa teoria da retroatividade das leis de ordem pública, sob a forma por que se queira apresentar, deve ser pura e simplesmente rejeitada’ (Cette théorie de la rétroactivité des lois d’ordre public, sous quelque forme qu’on veuille la présenter, doit être purement et simplement rejetée), dá, para isso, três razões, das quais a primeira, que é a principal, é esta:

'A idéia de ordem pública não pode ser posta em oposição ao princípio da não-retroatividade da lei, pelo motivo decisivo de que, numa ordem jurídica fundada na lei, a não-retroatividade das leis é ela mesma uma das colunas de ordem pública. (...) A lei retroativa é, em princípio, contrária à ordem pública; e, se excepcionalmente o legislador pode comunicar a uma lei a retroatividade, não conviria imaginar que, com isso, ele fortalece a ordem pública; ao contrário, é um fermento de anarquia que ele introduz na sociedade, razão por que não deve ser usada a retroatividade senão com a mais extrema reserva' (omissis).

"Se essas palavras são candentes de verdade em países onde o princípio da irretroatividade é meramente legal, não o serão nos em que esse princípio está inserto na Constituição, entre as garantias fundamentais?

"Já há muito, Reynaldo Porchat (Curso Elementar de Direito Romano), vol. I, 2ª ed., n. 528, págs. 338/339, Cia. Melhoramentos de São Paulo, São Paulo, 1937) colocava, em termos precisos, essa questão em face do direito adquirido. São dele estas palavras:

'Uma das doutrinas mais generalizadas, e que de longo tempo vem conquistando foros de verdade, é a que sustenta que são retroativas as 'leis de ordem pública' ou as 'leis de direito público'. Esse critério é, porém, inteiramente falso, tendo sido causa das maiores confusões na solução das questões de retroatividade. Antes de tudo, cumpre ponderar que é difficilimo discriminar nitidamente aquilo que é de ordem pública e aquilo que é

de ordem privada. No parágrafo referente ao estudo do direito público e do direito privado, já salientamos essa dificuldade, recordando o aforisma de Bacon — *jus privatum sub tutela juris publici latet*. O interesse público e o interesse privado se entrelaçam de tal forma, que as mais das vezes não é possível separá-los. E seria altamente perigoso proclamar como verdade que as leis de ordem pública ou de direito público têm efeito retroativo, porque mesmo diante dessas leis aparecem algumas vezes direitos adquiridos, que a justiça não permite que sejam desconhecidos e apagados. O que convém ao aplicador de uma nova lei de ordem pública ou de direito público, é verificar se, nas relações jurídicas já existentes, há ou não direitos adquiridos. No caso afirmativo, a lei não deve retroagir, porque a simples invocação de um motivo de ordem pública não basta para justificar a ofensa ao direito adquirido, cuja inviolabilidade, no dizer de Gabba, é também um forte motivo de interesse público'.

"Com efeito, quer no campo do direito privado quer no campo do direito público, a questão da aplicação da lei nova aos *facta pendencia* se resolve com a verificação da ocorrência, ou não, no caso, de direito adquirido, de ato jurídico perfeito ou de coisa julgada" (RTJ 143/746 e 747).

Magister dixit!

No que pertine ao segundo fundamento dos embargos — omissão no que tange à distribuição dos ônus da sucumbência, ao argumento de que o art. 23 da Lei n. 8.906/94, ao assegurar ao advogado direito autônomo aos honorários, teria revogado tacitamente o art. 21 do Código de

Processo Civil, impossibilitando a compensação decorrente da sucumbência recíproca — igualmente não se configura o vício apontado, pois “não pratica omissão, suprível pelos embargos declaratórios, o acórdão que deixa de manifestar-se sobre matéria não versada no recurso” (STJ/4ª Turma, Ag. 36.426-9—SP, AgRgEDcl., rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 18/10/93, conheceram em parte dos embargos, v. u., DJU 22/11/93, pág. 24.960)” (Negrão, Theotonio, Código de Processo Civil e legislação processual em vigor,

31ª ed. atual., São Paulo, Saraiva, 2000, pág. 577, nota 16e ao art. 535).

Ante o exposto, negou-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nilton Macedo Machado.

Florianópolis, 6 de maio de 2000.

Silveira Lenzi,
Presidente com voto;
Sérgio Paladino,
Relator.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CÍVEL N. 99.007935-0, DA CAPITAL

Relator: Des. Sérgio Paladino

Embargos de declaração. Ausência de pronunciamento acerca da prescrição quinquenal. Direito patrimonial. Questão que não foi suscitada no Primeiro nem no Segundo Grau de Jurisdição. Pretendida declaração em embargos, à consideração de que deveria ter sido apreciada por força do reexame necessário. Inadmissibilidade. Limites da devolução. Omissão inexistente. Almejado prequestionamento com vistas à admissão de recursos aos tribunais superiores. Recurso desprovido.

A devolução ao tribunal no reexame necessário sujeita-se aos limites estabelecidos pelos artigos 515, seus §§ 1º e 2º, e 516 do Código de Processo Civil.

Se a prescrição de direito patrimonial não foi argüida na contestação nem no apelo, obsta o seu pronunciamento, por ocasião do reexame, a norma de que trata o § 5º do art. 219 do CPC.

Não constitui omissão o silêncio do tribunal sobre matéria cuja apreciação dependia de provocação da parte que não a deduziu.

“A existência efetiva de omissões, obscuridades ou contradições é que delimita o núcleo jurídico dos embargos declaratórios,

objetivando, essencialmente, a complementação do julgamento, ex-pungindo da prestação jurisdicional aquelas máculas.

“Refoge ao âmbito restrito dessa espécie recursal qualquer aspecto meramente consultivo, não se prestando os embargos declaratórios, pois, a conferir respostas a simples questionários submetidos pela parte insurgente, ainda que para fins de requestionamento” (EMS n. 6.318, rel. Des. Trindade dos Santos).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração na Apelação Cível n. 99.007935-0, da comarca da Capital (Vara dos Feitos da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho), em que é embargante o Estado de Santa Catarina, sendo embargada Teresinha Teodoro Longaretti:

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

Custas na forma da lei.

O Estado de Santa Catarina opôs embargos de declaração ao acórdão proferido nestes autos alegando, em síntese, que se omitiu no tocante a dois pontos: a) deixou de definir o período em que devida a gratificação concedida à autora, e b) não se manifestou acerca da prescrição quinquenal.

Pleiteia o suprimento das omissões apontadas, a fim de que se estabeleça o lapso de tempo abrangido pela condenação, reconhecendo-se a prescrição das parcelas por ela alcançada, observado o quinquênio anterior ao ajuizamento da ação, bem como a manifestação acerca do art. 1º da Lei n. 1.533/51, do § 1º do art. 2º da LICC e dos arts. 5º, II, e 37, caput, e XV da CF, relativos ao princípio da legalida-

de e da irredutibilidade de vencimentos.

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

Com efeito, a sentença, confirmada pelo acórdão embargado, condenou o réu “ao pagamento da gratificação de estímulo à regência de classe, no período em que a autora esteve readaptada para tratar de sua saúde” (fls. 83), a saber, 25/2/89 a 14/10/95 (fls. 11/24).

Portanto, no tocante ao interstício objeto da condenação, inexistiu omissão a suprir.

Por outro vértice, inadmissível o pronunciamento da prescrição, porque a devolução ao tribunal no reexame necessário sujeita-se aos limites estabelecidos pelos artigos 515, caput, seus §§ 1º e 2º, e 516 do Código de Processo Civil (Miranda, Pontes, Comentários ao Código de Processo Civil, tomo V, Rio de Janeiro, Forense, 1997, pág. 166). Ora, se a prescrição de direito patrimonial não foi argüida na contestação, não poderia ter sido pronunciada de ofício na sentença, por força do estatuído no § 5º do art. 219 do CPC, e não tendo sido suscitada no recurso, era defeso ao tribunal decretá-la ao proceder ao reexame de que trata o inciso II do art. 475 do Có-

digo de Processo Civil em razão do aludido óbice legal.

Nesse rumo, não constitui omissão o silêncio do tribunal sobre matéria cuja apreciação dependia de provocação da parte que não a deduziu.

No que pertine aos demais argumentos deduzidos nos embargos, “a existência efetiva de omissões, obscuridades ou contradições é que delimita o núcleo jurídico dos embargos declaratórios, objetivando, essencialmente, a complementação do julgamento, expungindo da prestação jurisdicional aquelas máculas.

“Refoge ao âmbito restrito dessa espécie recursal qualquer aspecto meramente consultivo, não se prestando os embargos declaratórios, pois,

a conferir respostas a simples questionários submetidos pela parte insurgente, ainda que para fins de prequestionamento” (EMS n. 6.318, rel. Des. Trindade dos Santos).

Ante o exposto, a Câmara, à unanimidade, negou provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Silveira Lenzi.

Florianópolis, 21 de março de 2000.

Eder Graf,
Presidente com voto;
Sérgio Paladino,
Relator.

HABEAS CORPUS

HABEAS CORPUS N. 99.022661-1, DE BLUMENAU

Relator: Des. Cesar Abreu

Habeas corpus preventivo.

Depositário infiel. Intimação para entrega do bem, sob pena de prisão. Ato judicial lícito que não constitui fonte de constrangimento ilegal.

Pacto de San José da Costa Rica. Norma internacional incorporada ao direito interno em nível de igualdade com a legislação ordinária. Inexistência de relação de hierarquia. Sujeição à regra geral de que a norma posterior prevalece sobre a anterior, desde que não contraste com a Constituição Federal. Inferioridade do tratado internacional, no confronto com a Carta Política Nacional.

Prisão civil. Depositário judicial. Hipótese que não se concilia com a prisão por dívida. Convenção internacional que deve ser interpretada de acordo com as limitações impostas pelo art. 5º, LXVII, da Constituição Federal. Precedente do STJ (4ª Turma, HC n. 9.556—Paraná, rel. Min. Barros Monteiro, j. em 14/9/99, DJU de 17/12/99, pág. 369).

Inaplicabilidade do Pacto de San José da Costa Rica.

Ordem denegada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 99.022661-1, da comarca de Blumenau, em que é impetrante Oswaldo Horongozo, sendo paciente Tomé Koerich:

ACORDAM, em Câmara de Férias, por maioria de votos, denegar a ordem.

I — Relatório

Trata-se de habeas corpus preventivo impetrado por Oswaldo Horongozo em favor do paciente Tomé Koerich, sob o argumento da ocorrência de constrangimento ilegal no ato judicial que mandou, sob as penas da lei, fossem apresentados, pelo depositário, os bens vinculados à execução.

Negada a liminar e prestadas as informações, os autos foram à douta Procuradoria-Geral de Justiça que opinou pela denegação da ordem.

II — Voto

Consoante esclareceu a autoralidade judicial, correm na Unidade Jurisdicional própria “as Execuções Fiscais ns. 008.98.000664-0, 008.98004054-7 e 008.98.013080-5, todas deflagradas pelo Estado de

Santa Catarina em face da pessoa jurídica de direito privado de Tomé Confeccões e Tecidos Ltda.”.

Prossegue informando que, expedidos os respectivos mandados, restaram penhorados e depositados em mãos do ora paciente vários bens móveis. E mais, que, designados os leilões, “foi o Paciente, nas 3 (três) demandas, devidamente intimado, por mandados, para, em 24 (vinte e quatro) horas, entregar os bens ou o seu equivalente em dinheiro, ficando expressamente ciente das consequências de eventual incúria”.

Como já assinalai, ao examinar o pedido de liminar, “não há como se entrever o menor resquício de constrangimento ilegal na determinação judicial que manda que, sob as penas da lei, apresente o depositário em Juízo o bem vinculado à execucional” (HC n. 97.000880-5, rel. Des. Trindade dos Santos) (fls. 57).

Ora, se o paciente encontra-se ainda na posse dos respectivos bens, cumpre-lhe promover a entrega para eximir-se do decreto de prisão civil, ou, no mínimo, fazer a indicação, no Juízo próprio, da localização dos bens e da impossibilidade material da referida entrega. A via excepcional do habeas corpus, evidentemente, não se

presta para a escusa quanto à obrigação de entrega dos bens.

Assim, a intimação endereçada ao depositário judicial não pode ser traduzida como fonte de constrangimento ilegal. Aliás, não entregues os bens penhorados, configurada resultará a infidelidade do devedor, passando o decreto de prisão a constituir providência lícita de resguardo dos interesses e do prestígio da Justiça.

Aliás, "tratando-se de depósito judicial e, pois, de direito público, a prisão civil do depositário infiel impõe-se decretada nos próprios autos de execução, independentemente, portanto, do prévio aforamento da ação especial de depósito" (HC n. 96.005814-1, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 15/10/96).

Por outro lado, como sustenta João Roberto Parizatto:

"A falta de cumprimento pelo depositário da obrigação assumida, além de acarretar a prisão civil, poderá acarretar-lhe também a responsabilidade criminal pelo crime de apropriação indébita previsto no artigo 168 do Código Penal, com pena agravada em um terço, caso tenha o agente recebido a coisa em depósito necessário (CP, art. 168, § 1º, I) que são aqueles estabelecidos no artigo 1.282 do Código Civil" (in *Do Habeas Corpus*, Aide Editora, RJ, 1991, pág. 147).

Já por esses fundamentos a ordem deve ser denegada.

Entretanto, fruto das discussões na Câmara de Julgamento, é preciso afastar a aplicabilidade do Pacto de San José da Costa Rica, matéria suscitada ex officio pelo eminente Desembargador João José Ramos Schaefer, com invocação de prece-

ditos das Cortes Superiores da egrégia 4ª Câmara Civil (HC n. 99.017387-9, de Fraiburgo).

Inicialmente, diante do estágio atual do direito nacional, é possível afirmar-se, corolário das orientações doutrinárias e jurisprudenciais mais condizentes, que os tratados internacionais são incorporados ao direito interno em nível de igualdade com a legislação ordinária, inexistindo entre ambos relação de hierarquia, sujeitando-se à regra geral de que a norma posterior prevalece sobre a anterior. E mais, tratando-se de acordo internacional celebrado na vigência da Carta de 1988, é de se perquirir da sua constitucionalidade, diante do grau hierárquico em que atuam estes tratados.

Aliás, o STF já assentou:

"Hierarquicamente, tratado e lei situam-se abaixo da Constituição Federal. Consagrar-se que um tratado deve ser respeitado, mesmo que colida com o texto constitucional, é imprimir-lhe situação superior à própria Carta Política" (RTJ 121/270).

Carlos Maximiliano (Hermenêutica e Aplicação do Direito, 9ª ed., Rio, Forense, 1981, pág. 314), assevera:

"A Constituição é a lei suprema do País; contra a sua letra, ou espírito, não prevalecem resoluções dos poderes federais, constituições, decretos ou sentenças federais, nem tratados, ou quaisquer outros atos diplomáticos".

Haroldo Valladão, na mesma linha de pensamento, acentua:

"Assim, prevalecem as regras dos tratados anteriores ao texto constitucional; só não prevalece a norma

internacional que vier a ser aprovada e ratificada após a vigência do texto constitucional que a ela se opõe, pois nesse caso decorreria dum ato internacional inválido, não vigorante, pois não podia ter sido aprovado nem ratificado. É distinção necessária para os atos convencionais internacionais” (Direito Internacional Privado, 4ª ed., Rio, Freitas Bastos, pág. 94).

Em despacho monocrático proferido pelo Ministro Celso de Mello, como Presidente do STF, no HC n. 77.631-5/SC, DJU 158-E, de 19/8/98, ficou consignado:

“A circunstância de o Brasil haver aderido ao Pacto de San José da Costa Rica — cuja posição, no plano da hierarquia das fontes jurídicas, situa-se no mesmo nível de eficácia e autoridade das leis ordinárias internas — não impede que o Congresso Nacional, em tema de prisão civil por dívida, aprove legislação comum instituidora desse meio excepcional de coerção processual destinado a compelir o devedor a executar obrigação que lhe foi imposta pelo ordenamento positivo, nos casos expressamente autorizados pela própria Constituição da República.

“Os tratados internacionais não impedem transgredir a normatividade emergente da Constituição, pois, além de não disporem de autoridade para restringir a eficácia jurídica das cláusulas constitucionais não possuem força para conter ou para delimitar a esfera de abrangência normativa dos preceitos inscritos no texto da Lei Fundamental.

“Não me parece que o Estado brasileiro deva ter inibida a prerrogativa institucional de legislar sobre pri-

ção (civil) por dívida, sob o fundamento de que o Pacto de San José da Costa Rica teria pré-excluído, em sede convencional, ao menos no que se refere à hipótese de infidelidade depositária, a possibilidade de disciplinaçãõ desse mesmo tema pelo Congresso Nacional. É que não se pode perder de perspectiva a relevantíssima circunstância de que existe expressa autorização no texto da Constituição brasileira, permitindo ao legislador comum a instituição da prisão civil por dívida, ainda que em hipóteses revestidas de absoluta excepcionalidade.

“(…)

“Parece-me irrecusável, no exame da questão concernente à primazia das normas de direito internacional público sobre a legislação interna ou doméstica do Estado brasileiro, que não cabe atribuir, por efeito do que prescreve o art. 5º, § 2º, da Carta Política, um inexistente grau hierárquico das convenções internacionais sobre o direito positivo interno vigente no Brasil, especialmente sobre as prescrições fundadas em texto constitucional, sob pena de essa interpretação inviabilizar, com manifesta ofensa à supremacia da Constituição — que expressamente autoriza a instituição da prisão civil por dívida em duas hipóteses extraordinárias (CF, art. 5º, LXVII) —, o próprio exercício, pelo Congresso Nacional, de sua típica atividade político-jurídica consistente no desempenho da função de legislar.

“É preciso não perder de perspectiva que a vedação da prisão civil por dívida, no sistema jurídico brasileiro, possui extração constitucional. A Lei Fundamental, ao estabelecer as

bases do regime que define a liberdade individual, consagra, em tema de prisão civil por dívida, uma tradição republicana, que, iniciada pela Constituição de 1934 (art. 113, n. 30), tem sido observada, com a só exceção da Carta de 1937, pelos sucessivos documentos constitucionais brasileiros (CF/46, art. 141, § 32; CF/67, art. 150, § 17; CF/69, art. 153, § 17). A Constituição de 1988, perfilhando essa mesma orientação, dispõe, em seu art. 5º, LXVII, que 'Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel'.

"(...)

"A indiscutível supremacia da ordem constitucional brasileira sobre os tratados internacionais, além de traduzir um imperativo que decorre de nossa própria Constituição (art. 102, III, b), reflete o sistema que, com algumas poucas exceções, tem prevalecido no plano do direito comparado, que considera inválida a convenção internacional que se oponha, ou que restrinja o conteúdo eficaz, ou, ainda, que importe em alteração da Lei Fundamental (Constituição da Nicarágua de 1987, art. 182; Constituição da Colômbia de 1991, art. 241, n. 10; Constituição da Bulgária de 1991, art. 149, § 1º, n. 4, v. g.).

"Como as exceções derogatórias ao postulado fundamental que veda a prisão por dívida possuem inquestionável matriz constitucional (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Comentários à Constituição Brasileira, vol. 1/74, 1990, Saraiva; Celso Ribeiro Bastos, Comentários à Constituição do Brasil, vol. 2-305/306, 1989, Sarai-

va), torna-se evidente que a legitimidade jurídica da prisão civil por dívida, nas duas hipóteses previstas em nossa Lei Básica, tem, na própria Constituição — e não em outros instrumentos normativos de inferior qualificação hierárquica —, o fundamento de sua autoridade e o suporte direto de sua validade e eficácia.

"Desse modo, não há como fazer abstração da Constituição para, com evidente desprestígio da normatividade que dela emana, conferir, sem razão jurídica, precedência a uma convenção internacional" (RT 756-45/6).

Ora, como visto, a Constituição Federal de 1988 prevê, expressamente, a possibilidade de prisão civil do depositário infiel (art. 5º, LXVII). Assim, é de se considerar vigente toda a legislação que não contrarie o texto constitucional e inválida toda aquela, inclusive os tratados internacionais, que com ele conflitem.

De qualquer forma, no caso do depositário infiel, relevante anotar, como acentuou o STJ, que "não se trata de prisão por dívida, desde que, conforme acima assinalado, se trata de depósito judicial, em que o depositário assumiu às expressas o encargo de não abrir mão dos bens constritos, salvo ordem expressa do Juiz de Direito".

O acórdão da lavra do Ministro Barros Monteiro está assim ementado:

"Habeas corpus. Prisão civil. Depositário infiel.

"— Admissível a prisão civil de depositário que, assumindo a obrigação de restituir os bens penhorados, não o faz, a despeito de intimado. Alegação extemporânea de que inexistira

a apreensão física dos objetos, matéria esta ademais dependente de dilação probatória, insuscetível de efetivar-se no âmbito do habeas corpus.

“— Impertinência, no caso, da invocação do ‘Pacto de San José da Costa Rica’.

“Ordem denegada” (HC n. 9.556, do Paraná — 99/0044845-6).

E do acórdão extrai-se:

“Não encontra pertinência, pois, na espécie dos autos, a invocação do Pacto de San José da Costa Rica, porquanto, além de não se cuidar de prisão civil por dívida, deve a referida Convenção ser interpretada de acordo com as limitações impostas pelo art. 5º, inc. LXVII, da Lei Maior, acima aludido” (Julgado unânime da Quarta Câmara do STF, com a participação dos Ministros Cesar Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar, Aldir Passarinho Junior e Sálvio de Figueiredo Teixeira).

III — Decisão

Diante do exposto, por maioria de votos, denega-se a ordem.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Torres Marques. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, a Exma. Sra. Dra. Hercília Regina Lemke.

Florianópolis, 26 de janeiro de 2000.

João José Schaefer,
Presidente com voto vencido;
Cesar Abreu,
Relator.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. João José Schaefer:

Trata-se de habeas corpus preventivo impetrado pelo Dr. Oswaldo Horongozo em favor de Tomé Koerich que tendo sido constituído depositário de diversos bens móveis e artigos de confecção em execuções fiscais que lhe moveu o Estado, está ameaçado de prisão civil, porque afirmou ao Oficial de Justiça que não poderia proceder à remoção dos bens por não mais os possuir.

Registro, inicialmente, que são dois os autos de penhora, o de fls. 24/31, na Execução n. 258198, compreendendo bens móveis e artigos de confecções e o de fls. 39, relativo a bens móveis, na Execução n. 013080-5.

As declarações de fls. 46/48 e as fotografias de fls. 49/54 dão verossimilhança à alegação do impetrante de que não afirmou não possuir mais os bens. Apenas indicou ao Oficial de Justiça onde se encontravam os bens penhorados, mas este “recusou-se a diligenciar sua efetiva localização, alegando, inobstante a sua quantidade e volume, que deveriam estar e encontrar-se em poder do paciente” (fls. 3).

O Oficial, no cumprimento da diligência, deveria comparecer ao local indicado como de localização dos bens e aí confrontá-los com os relacionados no auto de penhora, responsabilizando-se o devedor apenas pelos que efetivamente não fossem encontrados, tanto mais que o auto de penhora não indicou o local de situação desses bens.

Só isso justificaria a concessão da ordem de habeas corpus.

Ocorre, mais, que vai se firmando a orientação de que a prisão civil está, agora, reservada apenas às hipóteses de inadimplemento de obrigações alimentares.

Em trabalho publicado na Revista dos Tribunais n. 756/37 sob o título “Prisão Civil do Depositário Infiel em face da derrogação do art. 1.287 do Código Civil pelo Pacto de San José da Costa Rica”, Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe sustentam que embora “constitucional a permissão de prisão civil do infiel depositário”, está em plena vigência, como norma de caráter geral, o Pacto de San José da Costa Rica, derogatório de todas as previsões legislativas de caráter geral sobre prisão civil, principalmente o art. 1.287 do Código Civil e os artigos 885, parágrafo único; 902, § 1º, e 904, parágrafo único, todos do CPC.

Argumentam aqueles juristas que o art. 5º, LXVII, da Carta Política de 1988 constitui uma norma que abre exceção permissiva à prisão civil ao dispor que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”. Trata-se, entretanto, de norma não auto-aplicável dependendo sua eficácia da lei.

Presentemente, dizem, não existe texto de lei autorizador de prisão civil em decorrência de infidelidade de depósito, mas apenas nos casos de inadimplemento de obrigação de alimentos.

É que tendo o art. 7º, n. 7, do aludido Pacto assentado que “Ninguém será detido por dívida, este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente ex-

pedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”, e havendo tal Pacto sido aprovado pelo Decreto Legislativo n. 27, de 26/5/92 e mandado cumprir pelo Decreto Executivo n. 678, de 6/10/92, não mais estão em vigor os preceitos de lei ordinária permissivos da prisão civil por infidelidade de depósito.

Não obstante respeitável entendimento do eminente Ministro Celso Mello de que “não há como fazer abstração da Constituição para, com evidente desprestígio da normatividade que dele emana, conferir, sem razão jurídica, precedência a uma convenção internacional”, consoante despacho no HC n. 77.631/SC, publicado no DJU 158-E, de 19/8/98, Seção 1, pág. 35, transcrito no trabalho sob apreciação de Paulo Restiffe Neto e Paulo Sérgio Restiffe, essa não é uma orientação unânime no egrégio Supremo Tribunal Federal.

O eminente Ministro Marco Aurélio, por exemplo, no HC n. 77.383—MG, publicado no DJU de 27/6/97, assinalou que “O fato de o Brasil haver subscrito o Pacto de San José da Costa Rica, situado no mesmo patamar da legislação ordinária, restou na derrogação desta no que extrapolava à hipótese de prisão civil por inadimplemento de prestação alimentícia”.

Em voto nos Embargos de Divergência no REsp. n. 449.518—Goiás (9810063056-2), a publicação de cujo acórdão pende de declaração de outros votos, o eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar, sustenta, também, a derrogação do art. 1.287 do Código Civil pelo Pacto de San José da Costa Rica.

Acentua, de início, que sua antiga opinião de que não cabe a prisão civil do devedor em alienação fiduciária “se reforça na mesma proporção em que se degrada o sistema prisional do País, transformados os cárceres em depósitos destituídos das mínimas condições de dignidade, conforme estamos, diariamente, sendo informados pela imprensa”, situação que mais se agrava, acrescenta, “quando se sabe que o egrégio Supremo Tribunal Federal já decidiu ser a prisão civil incompatível com a prisão albergue ou com a prisão domiciliar (HC n. 74.381—PR, 1,9ª Turma, 26/8/87)”.

Procede, em seguida, a ampla análise sobre os reflexos do Pacto de San José da Costa Rica no direito interno do Brasil, entendendo também derogado pelo aludido Pacto o disposto no art. 1.287 do Código Civil, culminando por transcrever este tópico de decisão do Min. Marco Aurélio no HC n. 79.010—PR (DJU de 10/3/99, Seção 1, pág. 45):

“Vale frisar que o Brasil, ao subscrever o Pacto de San José da Costa Rica, situado no mesmo patamar da legislação ordinária, veio a derogar o Código Civil, o Código de Processo Civil e, com maior razão, o Decreto-Lei n. 911/69, alterado pelo artigo 4º da Lei n. 6.071/74, no que disciplinavam matérias estranhas à prestação alimentícia”.

Não há, pois, lei infraconstitucional autorizando a prisão civil fora da hipótese de inadimplemento de obrigação alimentar.

Nessas condições, concedia, por meu voto, a ordem, ante a integração ao direito positivo brasileiro do Pacto de San José da Costa Rica, de norma legal disciplinadora do depósito, como reconhecido pelo STJ nos Embargos de Divergência n. 149.518, de Goiás, relatados pelo eminente Min. Ruy Rosado de Aguiar.

João José Schaefer.

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

HABEAS CORPUS

HABEAS CORPUS N. 99.010625-0, DA CAPITAL

Relator: Des. Alberto Costa

Habeas corpus — Impetração contra decisão denegatória prolatada em outro writ, no Juízo a quo — Substituição ao recurso em sentido estrito — Admissibilidade — Ordem conhecida.

Habeas corpus — Impetração objetivando a exclusão dos pacientes do inquérito policial, como indiciados, por não haver indícios de terem praticado os delitos a eles imputados, configurando, in casu, constrangimento ilegal — Alegação de incompetência territorial, pois os fatos ocorreram em outro Estado — Argumentos improcedentes — Ordem denegada.

“— Por ser o inquérito policial apenas uma peça informativa do processo, o indiciamento de um cidadão não se erige em constrangimento ilegal, pois é neste procedimento administrativo que se busca averiguar a veracidade dos fatos que lhe estão sendo imputados para, em havendo embasamento, ser deflagrada contra o mesmo, a posteriori, a competente ação penal” (Recurso Criminal n. 98.008435-0, de Tijucas, deste Relator).

— A autoridade policial de uma circunscrição pode investigar fatos criminosos praticados em outro local, ainda mais quando repercutiram na de sua competência. O inquérito policial não se erige à condição de processo, e os atos de investigação, por serem inquisitivos, não se acham atingidos pela regra do artigo 5º, inciso

LIII, da Constituição Federal, a qual determina que só “a autoridade competente pode julgar o réu”.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 99.010625-0, da comarca da Capital (2ª Vara), em que são impetrantes os Drs. Alberto Zacharias Toron e Edson Junji Torihara, sendo pacientes Marco Antônio Ambrogi do Lago e Rafael Badain:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, conhecer do pedido e, no mérito, denegar a ordem.

E assim decidem, nos termos do parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, da lavra do Dr. Vilmar José Loef, que se adota como razão de decidir, e bem por isso vai transcrito, na íntegra, como segue:

“Egrégia Câmara.

“Trata-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado pelos advogados Alberto Zacharias Toron e Edson Junji Torihara, em favor de Marco Antonio Ambrogi do Lago e Rafael Badain, sob a alegação de que os pacientes estão sofrendo constrangimento ilegal por parte do MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal, da comarca da Capital, haja vista a denegação de pedido de habeas corpus objetivando trancar o inquérito policial que estão respondendo junto à DEIC, indicados pelos supostos crimes previstos nos arts. 171 e 299 ambos do Código Penal.

“Alegam os impetrantes, primeiramente, o cabimento do presente pedido, em substituição ao recurso em sentido estrito que deveria ter sido in-

terposto da decisão denegatória do habeas corpus interposto em Primeiro Grau.

“Aduzem, ainda, que o indiciamento foi injusto, eis que não praticaram qualquer fato típico, antijurídico e culpável, argumentando, por derradeiro, que o Juízo desta Comarca é incompetente para o processamento do feito, eis que, se existiram crimes, a consumação ocorreu no Estado de São Paulo.

“Postulam, a final, a concessão da ordem, a fim de que, a priori, sejam excluídos das investigações.

“A autoridade apontada como coatora prestou as informações de fls. 115/117.

“O eminente relator, Desembargador João Martins, negou a liminar pleiteada (fls. 121/122).

“Opinamos no sentido da denegação da ordem, tendo em vista a inexistência de constrangimento ilegal a ser reparado.

“No que concerne ao alegado cabimento do presente writ, em substituição ao recurso em sentido estrito, razão assiste aos impetrantes, sendo este o entendimento de Julio Fabbrini Mirabete, in Processo Penal, Atlas, 8ª ed., 1998, pág. 716, esposado na RTJ 72/51, RT 640/385 e 665/346: ‘O Código de Processo Penal não veda a impetração de habeas corpus em 2ª instância contra decisão denegatória de idêntico remédio em 1º grau’.

“Porém, a nosso ver, não pode prosperar a alegação de constrangimento ilegal, nem por parte do Dele-

gado que indiciou os pacientes, tampouco por parte do Juiz de Direito que denegou o habeas corpus interposto objetivando trancar o inquérito.

“Se não bastasse o fato do inquérito policial ser peça meramente informativa, onde a autoridade policial reúne elementos para a ‘possível’ deflagração de uma ação penal, onde não se encontram presentes nem mesmo os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, as razões apresentadas pelo Magistrado, ao denegar o remédio heróico, reforçam a necessidade do indiciamento dos pacientes, senão vejamos:

‘Sem razão os pacientes. A prática bancária de encaminhar duplicatas sem aceite à cobrança tem-se tornado freqüente nos últimos tempos, servindo, como aparentemente aconteceu nesse caso, a garantir os lucros do simulador, notadamente quando, como no caso dos autos, o título é de pequeno valor e o devedor prefere pagar a acionar a justiça para sustar o protesto, em face dos gastos com a ação judicial.

‘Os pacientes, aliás, apesar de afirmarem possuir o título colocado em cobrança, não fizeram prova disso, havendo necessidade de maiores investigações a respeito.

‘O indiciamento aparenta-se razoável na medida em que o procedimento dos pacientes, colocando em cobrança e protesto por falta de pagamento, um título que não possuem de fato, ou se possuem, não está aceito, utilizando-se de boleto de cobrança bancária, demonstra suas possíveis adesões à conduta ilícita de eventual simulador, já com seu procedimento

permitem àquele auferir lucros e vantagens com seu ato ilícito’ (fls. 194).

“Denota-se que há necessidade de uma efetiva investigação dos fatos, mormente porque o título original não foi apresentado. Entretanto, não se pode dizer que a apuração levará obrigatoriamente ao oferecimento de denúncia contra os pacientes.

“Cabe transcrever, ainda, as razões esposadas pelo Juiz de Direito nas informações prestadas às fls. 115/117 destes autos:

‘A praxe bancária, contudo, não está acima da lei.

‘Agindo como agiram, os pacientes praticamente impossibilitaram qualquer defesa do devedor, que coagido pelo artifício acima, obrigou-se a pagar dívida que ao que parece não existir. Aliás, novamente não provaram os pacientes que ao menos detêm efetivamente a duplicata cuja cobrança encaminharam por boleto bancário.

‘Tais fatos estão a exigir ampla apuração e, a meu ver, justificam o indiciamento, consoante assinalado na decisão já proferida’.

“Desta forma, é perfeitamente aceitável o indiciamento dos pacientes, a fim de apurar os acontecimentos, não existindo, segundo nosso entendimento, qualquer ato que caracterize constrangimento ilegal a ser reparado, consoante prevê o art. 648 do Código de Processo Penal.

“Neste sentido, são entendimentos jurisprudenciais:

‘Recurso em sentido estrito contra decisum que concedeu o trancamento de inquérito policial, via habeas corpus (...). Impossibilidade, por

tratar-se o inquérito policial de mera peça informativa. Recurso provido. Por ser o Inquérito Policial apenas uma peça informativa do processo, o indiciamento de um cidadão não se erige em constrangimento ilegal, pois é neste procedimento administrativo que se busca averiguar a veracidade dos fatos que lhe estão sendo imputados para, em havendo embasamento, ser deflagrada contra o mesmo, a posteriori, a competente ação penal' (Recurso Criminal n. 98.008435-0, de Tijucas, rel. Des. Alberto Costa, j. em 3/11/98).

'Habeas corpus. Trancamento de inquérito policial. Alegada inexistência de justa causa para o indiciamento do paciente. Peça meramente informativa. Constrangimento ilegal incorrente. Ordem denegada. 'O inquérito policial é peça meramente informativa do processo, não se constituindo em constrangimento ilegal ao cidadão, pois é neste procedimento administrativo que averiguar-se-ão os fatos noticiados como delituosos, embasando e colhendo elementos para a deflagração, se for o caso, da competente ação penal, sendo inviável o habeas corpus para pretender trancá-lo, na tentativa de declarar a inexistência de crime antes da conclusão das investigações' (RC n. 8.374, de Criciúma, rel. Des. Ernani Ribeiro)' (Habeas Corpus n. 12.175, de Itajaí, rel. Des. Jorge Mussi, j. em 24/4/95, pub. DJESC n. 9.257, pág. 11, de 19/6/95).

'Habeas corpus — Trancamento de inquérito policial — Constrangimento ilegal alegado por indiciamento — Inadmissibilidade — Ordem denegada. O indiciamento de alguém em inquérito policial não constitui constrangimento ilegal, pois deve, a autori-

dade policial, no cumprimento do dever, tomar as providências adequadas à atividade investigatória que todo caso requer. Trata-se de procedimento de cunho meramente informativo, sem o efeito de levar a um juízo de culpa, sendo que eventual abalo moral provocado no indiciado deve ser examinado dentro de uma escala de valores em que prevalece o interesse público de ver apurada a possível ocorrência de uma infração penal' (RJDTACrimSP 8/223).

“É ensinamento, ainda, de José Frederico Marques, in *Elementos de Direito Processual Penal*, volume I, Ed. Bookseller, São Paulo, 1997, pág. 154: ‘O inquérito policial, como instrução provisória, tem apenas valor informativo: prepara o oferecimento da acusação e fornece ao titular da ação penal elementos que o norteiam durante a fase instrutória do processo penal’.

“Quanto à argumentação de incompetência territorial, entendemos que tal assunto deve ser objeto de discussão futura, se oferecida denúncia, dès que até o momento, estão sendo realizadas apenas investigações, tendo em vista que os fatos criminosos tiveram repercussão neste Estado.

“Nesta esteira, posiciona-se Julio Fabbrini Mirabete, in *ob. cit.*, pág. 79: ‘O artigo 4º, aliás, não impede que a autoridade policial de uma circunscrição (Estado ou Município) investigue os fatos criminosos que, praticados em outro local, hajam repercutido na de sua competência, pois os atos de investigação, por serem inquisitoriais, não se acham abrangidos pela regra do artigo 5º, LIII, da nova Constituição Federal, segundo a qual ninguém será

processado nem sentenciado senão pela autoridade competente. Inquérito não é 'processo' e a divisão de atribuições entre as autoridades policiais objetiva não mais a conveniência do próprio serviço, o que significa que as investigações encetadas por determinada Delegacia podem ser por outras avocadas ou realizadas'.

"Ante o exposto, nosso posicionamento é pela denegação da presente ordem de habeas corpus" (fls. 125/130).

Por esses motivos, conhece-se e denega-se a presente ordem de habeas corpus.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Jorge Mussi e Nilton Macedo Machado. Lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 10 de agosto de 1999.

Alberto Costa,
Presidente e Relator.

HABEAS CORPUS N. 99.014191-8, DE BRUSQUE

Relator: Des. Jorge Mussi

Habeas corpus — Nulidades — Interceptação telefônica — Constrangimento ilegal — Inexistência.

Ilegitimidade do requerente — Comandante da Polícia Militar — Autoridade policial legítima para solicitar o procedimento — Exegese do art. 3º, I, da Lei n. 9.296/96.

Desnecessidade da medida cautelar — Fortes indícios de que o paciente, policial militar, estava envolvido com o tráfico ilícito de entorpecentes — Meio, no momento, mais adequado para busca da verdade real — Concordância com o art. 2º da Lei Especial.

Ausência de fundamentação — Decisão judicial que motivou e sustentou suficientemente o deferimento do pleito — Obediência aos arts. 93, IX, da CF, e 5º da Novatio Legis.

Remessa do auto de transcrição a outros Juízos — Competência determinada racione loci e materiae — Sigilo mantido.

Ordem denegada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 99.014191-8, da comarca de Brusque (2ª Vara), em que são impetrantes os Drs. Taltíbio Del' Valle Y Araújo e Nelson Gomes Rebelo, e paciente Jean Carlos de Brida Silva:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por maioria de votos, conhecer do writ e, à unanimidade, denegar-lhe ordem.

1 — Trata-se de pedido de habeas corpus impetrado pelos Drs. Taltíbio Del' Valle Y Araújo e Nelson Gomes Rebelo, com fundamento no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal, e art. 648 do Código de Processo Penal, em favor de Jean Carlos de Brida Silva, contra ato do Juízo da 2ª Vara da comarca de Brusque que deferiu pedido de interceptação telefônica (autos de n. 011.98.006250-1).

Sustentaram os impetrantes que o procedimento suso mencionado é manifestamente nulo, eis que realizado em desconformidade com as normas descritas na Lei n. 9.296/96.

Apontaram as seguintes nulidades: a) ilegitimidade do requerente; b) ausência de demonstração da necessidade de realização da interceptação; c) desfundamentação da decisão que deferiu o pleito; d) entrega do alvará judicial ao próprio postulante; e) falta de auto circunstanciado; f) encaminhamento do procedimento a outros Juízos, ocorrendo quebra do segredo de justiça.

Diante das eivas que expuseram, alegaram que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, sob o argumento de que a interceptação te-

lefônica, a qual acoimaram de nula, deu azo ao Inquérito Policial Militar n. 025/10º BPM, Processo Crime n. 025.99.01268-3 na comarca de Gaspar, Ação Penal n. 007/99 na Justiça Militar e Processo Administrativo no Conselho de Justificação instaurado pelo Ato Governamental n. 1.569/99.

Requereram, assim, a concessão da ordem para anular os referidos autos da interceptação telefônica, bem como o seu efetivo desentranhamento das ações acima citadas.

Juntaram cópia do procedimento atacado e outros documentos (fls. 17/1.136), constituindo 7 volumes.

Solicitadas as informações à autoridade apontada como coatora, os impetrantes aditaram a inicial, na qual relacionaram a ordem em que todas as peças da interceptação telefônica foram apensadas em cada ação.

Prestadas as informações (fls. 141/147), a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

2 — O writ não merece concedido, eis que o procedimento de interceptação telefônica atacado não apresentou qualquer vício que lhe causasse mácula, inexistindo, portanto, nulidades no feito ou constrangimento ilegal ao paciente a ser sanado pela via angusta do habeas corpus.

2.1 — Primeiramente, os impetrantes argüiram a ilegitimidade do subscritor do ofício em que foi requerida a interceptação telefônica, aduzindo que, de acordo com o art. 3º, incisos I e II, da Lei n. 9.296/96, as únicas partes legítimas para postular tal procedimento são: o Delegado de Polícia

e o representante do Ministério Público, salvo a hipótese de determinação do Juiz, de ofício.

Todavia, citado dispositivo traz explícito que o pleito, quando houver investigação criminal, pode ser requerido por “autoridade policial” (inc. I), podendo esta, segundo a doutrina, “ser militar” (Luiz Flávio Gomes, in *Interceptação Telefônica*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, pág. 209).

E, no caso em tela, consta do caderno processual o Ofício n. 314/1ª Cia/98, assinado pela pessoa de Carlos Olímpio Maestrina, Capitão Comandante da 1ª Companhia do 10º Batalhão da Polícia Militar, sediada em Brusque — “autoridade policial”.

A Lei Complementar n. 52/92 classificou, além do Coronel, Tenente Coronel, Major, Tenente e Aspirante, o Capitão na categoria de “Autoridade Policial Militar”.

Hely Lopes Meirelles, ao discorrer sobre o tema, destacou que “considera-se autoridade todo aquele que exerce cargo, emprego ou função pública de natureza civil ou militar, ainda que transitoriamente ou sem remuneração” (in *Direito Administrativo Brasileiro*, 13ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, pág. 421).

Assim, diante do exposto, verifica-se o sentido conotativo da expressão “autoridade policial” inserta na Lei n. 9.296/96, o que torna aquele requerente competente para postular a interceptação telefônica.

E ao ter notícias de que um policial militar, sob o seu comando, estaria supostamente envolvido com traficantes, requereu o procedimento à autoridade judicial, para fins de inves-

tigação criminal, sendo integralmente legal e legítimo o seu ato.

Não fosse isso, ressalta-se que o Capitão nada mais fez que exercer a faculdade do seu poder de polícia, a fim de resguardar o bem-estar social e a segurança nacional, assim como a manutenção da ordem pública.

Ademais, veja-se que o art. 3º da Lei que regulamentou o art. 5º, inciso XII, parte final, da Constituição Federal (n. 9.296/96), possibilitou a determinação da interceptação telefônica pelo Juiz, de ofício, quando conhecedor da sua imprescindibilidade.

Dessa forma, improcedente a alegada ilegitimidade aventada pelos impetrantes.

2.2 — Por outro lado, inexistente constrangimento ilegal ao paciente, sustentado na ausência de demonstração da necessidade de realização da interceptação telefônica.

É que o Comandante, ao solicitar a aludida prova ao Juízo, fez ver que havia fortes indícios de envolvimento por parte do paciente com pessoas relacionadas ao narcotráfico.

Luiz Flávio Gomes (obra já citada, pág. 178), no tocante à matéria, salienta a necessidade da presença do *fumus boni iuris*, bem como o *periculum in mora*, destacando que o primeiro “exprime duas exigências: 1ª) probabilidade de autoria ou participação numa infração penal; 2ª) probabilidade de existência de uma infração penal (...)”, podendo “ser o primeiro ato de investigação (formal)” (pág. 179).

Quanto ao segundo, leciona:

“Exprime o perigo ou risco para a salvaguarda de um direito ou interesse, caso haja demora, isto é, caso

não seja tomada imediatamente uma providência” (pág. 181).

O argumento era tão forte que da diligência restaram apreendidos 2,5 kg (dois quilos e quinhentos grammas) de cocaína na casa da traficante Marilene Salete dos Santos, mulher de Jorge Luiz Damásio, também conhecido no mundo do comércio ilegal.

Tanto é que o Comandante, ao oficiar o Juízo da 2ª Vara Criminal da comarca de Brusque, comunicou o encerramento das atividades de interceptação, gravação e escuta das comunicações telefônicas da seguinte forma:

“Para conhecimento de V. Excia., as diligências encetas por este comando em conjunto com Ministério Público de Santa Catarina, Coordenadoria de Investigações Criminais, lograram êxito em prender em flagrante delito, no dia 16/12/98, o traficante Jorge Luiz Damásio e, em 29/12/98, sua mulher Marilene Salete dos Santos, esta com aproximadamente 2,5 kg de substância entorpecente conhecida como cocaína.

“Também, para nosso grande desgosto, confirmaram-se as nossas suspeitas do envolvimento do 2º Tenente PM Jean Carlos de Brida Silva com os ditos traficantes, sendo o mesmo denunciado pelo MP da comarca de Gaspar e indiciado em Inquérito Policial Militar” (fls. 21 e 22).

Portanto, verifica-se que a autorização preencheu o pressuposto do crivo da necessidade, ou seja, indícios razoáveis da autoria e a disponibilidade daquele meio para auferir a participação do paciente na empreitada criminal, eis que sendo policial, como assinalou a autoridade coatora quan-

do das informações, não seria fácil obter provas, em face do conhecimento do envolvido nos passos na corporação militar, a qual investigava o tráfico local (fls. 146), caso, sem dúvidas, excepcional, eis que, a princípio, seria a única forma possível e razoável para proteger a coletividade e defender a ordem pública.

E mesmo que posteriormente se constatasse que não era o procedimento cautelar o único meio de obtenção de provas, tal fato, por si só, não tem o condão de nulificar a interceptação; leia-se:

“Se, naquele momento, à cognição sumária do juiz a quebra do sigilo da comunicação telefônica pareceu ser o único meio disponível para a obtenção da prova, a autorização terá sido lícita e não perderá essa característica se se constatar, depois, a possibilidade de utilização de provas colhidas por outros meios” (Ada Pellegrini Grinover, in *O Regime Brasileiro das Interceptações Telefônicas*, Revista Forense, 1997, vol. 338, pág. 10).

Nesse passo, afasta-se a nulidade ventilada.

2.3 — No que tange ao terceiro argumento apresentado na impetração, referente à ausência de fundamentação da decisão que deferiu a instauração da interceptação telefônica, melhor sorte não assiste ao paciente.

Como bem leciona Antônio Scarance Fernandes et alii, “são três os pontos básicos em que se assenta a idéia de motivação como garantia: primeiro, aparece como garantia de uma atuação equilibrada e imparcial do Magistrado, pois só através da motivação será possível verificar se ele realmente agiu com a necessária im-

parcialidade; num segundo aspecto, manifesta-se a motivação como garantia de controle da legalidade das decisões judiciais; só a aferição das razões constantes da sentença permitirá dizer se esta deriva da lei ou do arbítrio do julgador; finalmente, a motivação é garantia das partes, pois permite que elas possam constatar se o juiz levou em conta os argumentos e a prova que produziram: como visto, o direito à prova não se configura só como direito a produzir a prova, mas também como direito à valoração da prova pelo juiz” (in *As Nulidades no Processo Penal*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, pág. 159).

Ressumbra do decisum objurgado sobeja motivação e fundamentação, em conformidade com o disposto no art. 93, inciso IX, da Carta Magna, e art. 5º da Lei n. 9.296/96, eis que se reportando às razões do requerente entendeu que os fatos articulados na inicial revelaram “fundadas razões que se descortinam como autorizadas à concessão da medida pleiteada”; indicando em que aparelhos deveria ser realizada; com o fim “específico de coletar material de prova em inquérito policial sobre a prática do tráfico de entorpecentes”; determinando o prazo; citando, inclusive, os dispositivos inerentes à Lei Específica; tendo, ao final, ordenado que o requerente deveria “informar, imediatamente, a este Juízo qualquer anormalidade constatada” (fls. 19).

E quanto ao despacho em si, a Câmara entendeu que está razoavelmente justificado, impondo-se notar que a fundamentação sucinta não se confunde com a falta de motivação, inexistindo afronta ao princípio insculpido no art. 93, inciso IX, da Constitui-

ção Federal, exclusivamente nesta última hipótese, incorrente na espécie.

Nesses casos a jurisprudência assim se apresenta:

“Cumpre distinguir entre ausência e concisão de fundamentação, porquanto apenas aquela implicará na nulidade do provimento judicial” (Ap. Crim. n. 98.003479-5, de Rio Negro, rel. Des. Paulo Gallotti, j. em 30/6/98).

Desse modo, não há ausência de fundamentação no despacho vergado.

2.4 — No que pertine ao fato de ter o alvará judicial, em que há autorização para o procedimento da escuta telefônica, sido expedido e entregue à própria autoridade policial requisitante, nenhuma nulidade causou na interceptação.

Ora, a autoridade policial requereu a escuta para fins de investigação penal, no tocante ao envolvimento de seu subordinado, policial militar, com o mundo criminal. Ao fazê-lo, informou, ainda, que a execução seria realizada “através do Centro de Promotorias de Fpolis.” (fls. 19).

Portanto, não há qualquer mal ou vício na entrega da autorização à autoridade requerente, contrario sensu, ela, sabedora da necessidade, dos detalhes e dos envolvidos no crime, é que melhor poderia encaminhar os trabalhos.

Por isso, repele-se a nulidade processual apontada.

2.5 — Também não merece concedido o writ quanto às duas últimas nulidades apontadas no remédio constitucional, ou seja, a falta de auto

circunstanciado e o encaminhamento do procedimento a outros Juízos, ocorrendo quebra do segredo de justiça.

Não se olvida que o Juízo para quem deve ser encaminhada a interceptação telefônica é o da ação principal; entretanto, na hipótese, até o momento da realização, não havia, ainda, processo crime deflagrado contra o paciente, e nesses casos a doutrina é bem clara, leia-se:

“Na fase de ‘instrução processual’, é evidente que o Juiz da ação principal já está determinado. Dúvida pode existir, portanto, na fase de ‘investigação criminal’. Como se determina esse Juiz na ação principal, se o requerimento de interceptação é feito na fase investigatória? Em primeiro lugar, o fundamental é que o Juiz esteja no exercício da jurisdição penal (comum, federal, militar ou eleitoral). Depois, é só aplicar os critérios legais de fixação da competência: local da consumação do crime (fixa o foro) (CPP, art. 70), natureza da infração (CPP, art. 74) e distribuição (fixa o Juízo) (CPP, art. 75)” (Luiz Flávio Gomes, obra já citada, pág. 157).

Mais adiante o mesmo autor acrescenta:

“E se a autorização foi dada por um Juiz aparentemente competente e depois se verifica que não era. Deve-se aplicar, desde logo, a regra *rebus sic stantibus*. Se havia *fumus boni iuris* em relação a um determinado órgão jurisdicional, fato superveniente, que altera a competência, não invalida a medida cautelar” (pág. 158).

Foi exatamente o que ocorreu no caso dos autos. O Capitão Comandante da Polícia Militar, com sede na cidade de Brusque, em face das fortes

suspeitas do envolvimento de seu subordinado, o paciente, com o tráfico de drogas, requereu ao Juízo daquela Comarca que fosse realizada a escuta telefônica, tudo a título de “investigação criminal”. Deferido, autorizado e concluído o procedimento, resultou em crime praticado na comarca de Gaspar envolvendo, ainda, infrações perpetradas por policial militar. Diante disso, a interceptação telefônica foi arquivada na comarca de Brusque, eis que de nada valeria para aquela jurisdição, e encaminhada ao Juízo da comarca de Gaspar, ante a competência *ratione loci*, e à Justiça Militar, em face da competência em razão da matéria, e também ao Conselho de Justificação, para fins de processo administrativo.

Note-se que o auto de transcrição foi remetido aos Juízos que tinham interesse na causa (Gaspar e Capital) e não ao que autorizou a interceptação (Brusque), porquanto o local da infração supostamente cometida pelo policial foi a cidade de Gaspar e este faz parte do quadro de militares que estão sub judice do Comando-Geral da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina, com sede na Capital.

Assim, não se vislumbra qualquer ilegalidade no procedimento atacado a ser declarada pela via eleita.

3 — Ex positis, denega-se a ordem.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Maurílio Moreira Leite e Nilton Macedo Machado (salvo voto pelo não-conhecimento do writ). Lavrou o parecer, pela doughta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 8 de setembro de 1999.

Alberto Costa,
Presidente;
Jorge Mussi,
Relator.

HABEAS CORPUS N. 99.018060-3, DE SÃO JOSÉ

Relator: Des. Jorge Mussi

Habeas corpus — Júri — Promotor de Justiça — Depoimento pessoal em plenário sobre ponto fático do delito — Prova nova — Surpresa para a defesa — Ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa e ao disposto no art. 475 do CPP — Nulidade absoluta — Novo julgamento ordenado — Ordem concedida.

É absolutamente nulo, por ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, e ainda por violar o disposto no art. 475 do CPP, o julgamento em que o Ministério Público, após fazer inspeção no local em que se deu o crime, presta, no Plenário do Júri, depoimento pessoal sobre ponto fático relevante do desenrolar dos acontecimentos criminosos, não constante dos autos, colhendo, assim, de surpresa a defesa.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 99.018060-3, da comarca de São José, em que é impetrante Antônio Saraiva de França, sendo paciente Francisco Saraiva de França:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por maioria de votos, conceder a ordem para anular o julgamento pelo Tribunal do Júri, para que a outro seja o paciente submetido, por violação ao art. 5º, LV, da CF/88, e ao art. 475 do CPP.

1 — Cuida-se de habeas corpus impetrado por Antônio Saraiva de França em favor de seu irmão, Francisco Saraiva de França, recolhido na

2ª Delegacia de Polícia da comarca de São José, em razão de condenação ao cumprimento de 6 anos, 8 meses e 15 dias de reclusão, em regime semi-aberto, por infração aos arts. 121, caput, e 121, caput, c/c 14, II, do CP, nos autos do Processo Crime n. 43/94 que tramitou no Juízo da Vara Criminal da comarca de São José.

Informa que se encontra em regime fechado e divide com outros 30 detentos uma cela com capacidade para abrigar apenas 4 presos, “sem banheiro, sem cama, sem chuveiro, sem assistência médica, em situação imprópria”, o que argumenta ofender a sua integridade física e moral e ser “atentatório à dignidade de um ser hu-

mano”, ferindo-se, assim, o disposto no art. 5º, incisos XLIX e XLVIII, da Carta Constitucional, e o preceituado na Lei de Execuções Penais, em seu art. 88.

Assevera que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, “decorrente da manutenção em regime mais rigoroso ao imposto pela sentença, por ausência de vagas” em estabelecimento próprio, e porque o processo no qual restou condenado é manifestamente nulo, haja vista ter o representante do Ministério Público prestado depoimento pessoal em Plenário, surpreendendo a defesa, causando inegável prejuízo ao acusado, na medida em que trouxe versão nova dos fatos denunciados, o que atentou contra o princípio do contraditório e o disposto no art. 475 do CPP.

Finaliza argumentando que a possibilidade de ingressar com Revisão Criminal para arguir a eiva em tela não é motivo para o não conhecimento do remédio heróico manejado, consoante precedentes jurisprudenciais.

Assim, requereu fosse concedida liminarmente a ordem mandamental, a fim de que findasse o constrangimento ilegal apontado, expedindo-se alvará de soltura em favor do paciente ou que se lhe fosse concedido o benefício da prisão domiciliar, decretando-se, quando do julgamento de mérito, a nulidade do julgamento do Júri, para que a outro seja submetido o paciente.

Postulou, por fim, a dispensa das informações pela autoridade impetrada, uma vez que trouxe com a inicial cópia de todo o processado (fls. 31 a 239). Juntou também os documentos de fls. 17 a 30.

A medida liminar postulada foi justificadamente denegada (despacho de fls. 241/243).

Oficiada, a autoridade impetrada apresentou suas informações (fls. 246/247).

A ilustre Procuradoria-Geral de Justiça, não obstante afirmar a ocorrência da nulidade argüida, opinou pela denegação da ordem, pois entende que a matéria se encontra “sepultada em face da preclusão” (fls. 251).

Sobreveio petição requerendo a juntada aos autos dos documentos de fls.

É o relatório.

2 — Inicialmente, quanto ao primeiro fundamento da impetração: ocorrência de nulidade processual, há que se esclarecer da idoneidade do remédio constitucional eleito para declarar-la, não obstante se tratar de ação penal com trânsito em julgado para ambas as partes, em que se poderia perfeitamente manejar a revisão criminal para discutir a alegada eiva.

Como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, “inconteste que não se presta o habeas corpus para substituir a revisão criminal quando há necessidade de aprofundado exame de prova ou existência de matéria de alta indagação. No entanto, em se tratando de existência de vício que acarreta nulidade em processo já findo, o habeas corpus é meio idôneo para afastar o constrangimento ilegal (...)” (RHC — Min. Fláquer Scartezini — RT 689/405).

Ainda nesse sentido:

“O habeas corpus, como ação constitucional que visa proteger o direito de ir e vir, não pode sujeitar-se a

empeços que não os legais, daí que, excepcionalmente, pode ser utilizado em substitutivo a recurso específico" (STJ — HC 2.419-2, rel. Min. Costa Lima — DJU 28/3/93, pág. 6.333).

E, mais recentemente:

"O habeas corpus é um instrumento processual de dignidade constitucional, não podendo sofrer restrições ao seu uso, ao argumento de que a questão deve ser decidida em sede de recurso próprio" (STJ — RHC 7.893 — rel. Min. Vicente Leal — DJU 14/12/98, pág. 304).

Na verdade, a questão do cabimento do writ nesses casos já foi amplamente analisada e debatida na Suprema Corte de Justiça, predominando o entendimento de que o remédio constitucional eleito "constitui meio hábil para a denúncia de nulidades do processo criminal, mesmo havendo sentença trânsita em julgado" (RTJ 109/558).

Em outra decisão o Supremo Tribunal Federal definiu que o habeas corpus "é cabível, fazendo as vezes de revisão criminal ainda que a condenação haja transitado em julgado, e, inclusive, para a obtenção, se cabível, de declaração de prescrição ou de nulidade processual (...)" (RTJ, vol. 106/94).

O Tribunal de Justiça de São Paulo tem adotado idêntico posicionamento:

"Vícios insanáveis de processo findo podem ser verificados em habeas corpus, com base no art. 648, VI, do CPP, desde que se refiram à própria legitimidade da ação penal, não se exigindo, sistematicamente, que o paciente lance mão da instância revisio-

nal" (TACrim. — HC — rel. Osni de Souza — JUTACrim. 35/353).

"Eventual não interposição do recurso cabível não condiciona nem veda a apreciação de habeas corpus onde o argumento de ilegalidade ou abuso de poder poderá ser invocável a qualquer momento. Assim, o habeas corpus é meio idôneo para afastar constrangimento ilegal decorrente de nulidade verificada em processo já findo, não podendo ser recusado seu conhecimento sob o fundamento de que cabível revisão criminal" (TACrimSP — HC — rel. Marrey Neto — RT 651/295).

Desse entendimento não discrepa nossa Corte de Justiça, leia-se:

"Habeas corpus — Processo crime — Sentença condenatória transitada em julgado — Possibilidade nos casos de nulidade absoluta — Conhecimento do writ.

"Ainda quando a sentença condenatória haja transitado em julgado, admite-se o habeas corpus como meio hábil, fazendo as vezes de revisão criminal, para obtenção da decretação de nulidade que ressalte evidente no processo penal, da qual decorra constrangimento ilegal; porque o remédio heróico tem, justamente, função específica contra ilegalidade (...)" (HC n. 99.010569-5, de Jaguaruna, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. em 24/8/99).

Em síntese, atendidos os pressupostos constitucionais e legais, plenamente cabível a impetração para o exame de nulidade processual cuja apreciação não requeira exame de controvérsia factual, como in casu, que se cuida de análise de matéria de direito, mesmo em se tratando de pro-

cesso findo, em que se poderia ingressar com o recurso (ação) pertinente, qual seja, a revisão criminal.

2 — No mérito, merece concedida a ordem, nos precisos termos do inciso VI do art. 648 do Código de Processo Penal.

Alega o impetrante que as palavras do Promotor de Justiça em Plenário, por ocasião da exposição acusatória, surpreendeu a defesa, na medida em que se traduziu em verdadeiro testemunho pessoal do órgão acusador sobre ponto relevante do desenrolar dos acontecimentos criminosos, relato que contraditava a prova coletada sobre a distância da placa de sinalização com que uma das vítimas, Eugênio Geremias da Silva, teria se armado “a fim de repelir o incessante ataque de Francisco” (denúncia — fls. 37), o ora paciente, e que, por isso, teria influído na convicção do Conselho de Sentença e prejudicado o acatamento da tese defensiva de que o réu havia atuado em legítima defesa pessoal e de terceiros, segundo o impetrante.

Da ata do julgamento popular que se pretende declarado nulo se extrai o oportuno protesto da defesa quanto ao depoimento pessoal do representante do Ministério Público no Plenário do Júri, veja-se:

“Durante a exposição acusatória o Dr. Defensor levantou questão de ordem e requereu fosse consignado em Ata que o Dr. Promotor de Justiça, em Plenário, sustentou que fora ao local dos fatos, onde constatou que a placa de sinalização estava a 5 (cinco) metros do local dos fatos e não a cinqüenta. Sobre este protesto o Dr. Promotor de Justiça não apenas con-

cordou com a inclusão em ata como fez questão de confirmar que realmente fora ao local onde constatara o que antes foi consignado (...)” (fls. 186 verso).

Abstraindo-se da questão da evidente influência das palavras do Órgão Acusador no ânimo dos Jurados e do patente prejuízo à defesa dela decorrente, pois, surpreendida, não pôde fazer prova em contrário do sustentado em Plenário pelo Promotor, mas que, a tempo protestou contra a irregular atitude do Ministério Público, nos precisos termos do disposto no art. 495 do CPP, o que de pronto afasta a ocorrência da preclusão defendida pelo Parquet ad quem, flagrante que estamos diante de uma nulidade absoluta.

Como bem asseverou o Procurador de Justiça, Dr. Hipólito Luiz Piazza, “vê-se, pois, que o digno representante ministerial não se limitou aos informes dos autos, mas descendo a pormenores típicos de quem presta depoimento, trouxe aos senhores jurados informação que colheu pessoalmente, diverso do contido nos autos, produzindo prova, através de sua palavra, colhendo de surpresa a defesa e afrontando o sagrado princípio do contraditório” (fls. 251).

Nosso Código de Processo Penal expressamente proíbe “a produção ou leitura de documento que não tiver sido comunicado à parte contrária, com antecedência, pelo menos, de três dias, compreendida, nessa proibição, a leitura de jornais ou qualquer escrito, cujo conteúdo versar sobre matéria de fato constante do processo” (art. 475 do CPP).

Em comentários ao tema, Adriano Marrey leciona que “o que não se admite é a apresentação de ‘prova nova’, assim entendida, ainda na expressão de Hermínio Alberto Marques Porto, ‘aquela não submetida ao conhecimento da parte contrária com antecedência, em relação à sessão do Júri, de, pelo menos, três dias’ (art. 475)”.

E, continuando, ressalta:

“Se há quem entenda referir-se ao texto especificamente a ‘documentos e escritos’ (...), noutra julgado se observa que a expressão ‘documento’, constante do art. 475 citado, ‘em acepção lata compreende qualquer objeto hábil para provar uma verdade e, portanto, não apenas escrito’ (TJSP, RT 373/148)” (Adriano Marrey et alii, “Júri — Teoria e Prática”, 2ª ed., 1986, págs. 132/3).

Também para Julio Fabbrini Mirabete “a palavra ‘documento’ utilizada na lei tem um sentido amplo, de qualquer objeto que serve para provar uma verdade” (Código de Processo Penal Interpretado, 5ª ed., São Paulo, Atlas, 1997, pág. 603), podendo-se, inclusive, interpretando-se extensivamente e lembrando que a regra do art. 475 do CPP tem “fundamental inspiração no asseguramento de um dos pontos caracterizadores do princípio do contraditório (conhecimento dos atos do processo realizados pela outra parte)” (Adriano Marrey et alii, ob. cit., pág. 132) considerar como tal o depoimento pessoal do Órgão Ministerial, por ocasião da exposição acusatória, sobre fato novo e que contraria a prova produzida, como na hipótese presente.

Essa é a orientação da jurisprudência:

“Júri — Nulidade — Ofensa ao princípio do contraditório — Depoimento do promotor contra uma testemunha — Fato não constante dos autos — Surpresa para a defesa — Novo julgamento ordenado — Inteligência do art. 475 do CPP.

“A manifestação do promotor em plenário do Júri desmoralizando uma testemunha com afirmações não constantes dos autos — e, portanto, surpreendendo a defesa — quebra o princípio da igualdade de tratamento, ofendendo o princípio do contraditório” (RT 618/298).

Do corpo do acórdão retira-se lição que se ajusta como luva à espécie tratada:

“Apesar de se referir o art. 475 do CPP à prova documental, não se podendo falar em interpretação por analogia, tornar-se possível uma interpretação extensiva, posto que o dispositivo focalizado, a rigor, objetiva proteger o princípio da igualdade entre as partes no plenário do Júri, evitando surpresas e impedindo cerceamento a qualquer das partes’ (Ap. 25.568-3, 1ª C., rel. Des. Onei Raphael, v. u.)”.

Para finalizar, não é demais lembrar que “como bem salientou a Profª Ada Pellegrini Grinover: ‘mesmo quando custos legis, o Ministério Público é sempre parte: parte parcial, ou imparcial por vezes, mas sempre sujeito processual. E, no processo penal, em que vai deduzir a pretensão punitiva, é parte parcial. Ora, há uma incompatibilidade lógica e insanável entre a posição de parte e de testemunha. Basta analisar a função do Ministério Público

no processo penal para afirmá-la, bannindo qualquer possibilidade de o Promotor de Justiça testemunhar em processos criminais de que participou, ainda que na fase administrativa prévia' (TJSP — HC 93.285-3 — rel. Silva Leme — j. 28/5/90)" (Alberto Silva Franco e outros, Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, RT, São Paulo, 1999, vol. 2, pág. 2.598).

Pelo exposto, pode-se afirmar que patente a ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa (e aos recursos a ela inerentes), constitucionalmente albergados, bem como ao preceituado no art. 475 do Código de Processo Penal, pois o Ministério Público, como parte no processo, ao expor aos Jurados, em Plenário, opinião pessoal sobre ponto fático importante do desenrolar dos acontecimentos criminosos (distância da uma placa de sinalização envolvida na contenda), e que contrariou todo o elenco de provas até então colhido, produziu prova inédita no processo e, com essa conduta irregular, do ponto de vista da oportunidade da produção de prova, surpreendeu a defesa e acarretou a nulidade do julgamento popular a que foi submetido o paciente.

3 — Por todo o exposto, a Câmara concede a ordem para anular o julgamento popular, determinando

que a outro seja submetido o paciente, dada a violação ao art. 5º, LV, da Constituição Federal, e ao art. 475 do Código de Processo Penal.

Participaram do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Maurílio Moreira Leite e, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Nilton Macedo Machado. Lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Hipólito Luiz Piazza.

Florianópolis, 30 de novembro de 1999.

Alberto Costa,
Presidente;
Jorge Mussi,
Relator.

Voto vencido do Exmo. Sr. Des. Nilton Macedo Machado:

Votei vencido porquanto entendi que a matéria não era crucial ao resultado do julgamento, tendo havido preclusão diante da não arguição oportuna na sessão de julgamento que ficou sacramentado com o não conhecimento do recurso de apelação.

Florianópolis, 30 de novembro de 1999.

Nilton Macedo Machado.

HABEAS CORPUS N. 99.020527-4, DE LAGUNA

Relator: Des. Jorge Mussi

Habeas corpus — Arguição de nulidade do processo por falta de intimação de assistente de acusação para a realização da sessão

de julgamento pelo Tribunal popular — Remédio heróico que se destina à proteção da liberdade de locomoção — Violência, coação ou ameaça do jus manendi, eundi, veniendi, ultro citroque inexistentes — Cabimento do mandado de segurança — Não conhecimento.

“Não estando em causa a liberdade de locomoção do assistente de acusação não pode ele recorrer à via do habeas corpus para, sob fundamento de vício na sua intimação, anular sentença condenatória” (STF, Habeas Corpus n. 72.305-5, rel. Min. Francisco Rezek, DJU de 22/9/95, pág. 30.952).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 99.020527-4, da comarca de Laguna (2ª Vara/Fazenda Pública), em que é impetrante o Dr. João Ferreira, sendo paciente Angela Del Priori Romancini:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, não conhecer do pedido.

1 — Trata-se de habeas corpus impetrado pelo Dr. João Ferreira em favor de Angela Del Priori Romancini, contra ato do Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da 2ª Vara da comarca de Laguna.

Diz o impetrante que foi admitido, na qualidade de Assistente de Acusação, nos autos do Processo Crime n. 040.96.000279-0 que tramitou perante a 2ª Vara Criminal da comarca de Laguna, e que a autoridade impetrada deixou, por diversas vezes, de intimá-lo dos atos processuais, o que por si só já acarretaria a nulidade do feito; porém, fato mais grave ocorreu, pois alega que jamais foi intimado da designação de data para a audiência de realização do Júri, somente tendo conhecimento do julgamento, em que restou o acusado absolvido,

dias após, quando consultou o andamento processual via Internet, esgotados já todos os prazos para recurso.

Alega que jamais teve conhecimento do teor do ofício que consta dos autos, a ele endereçado, em que era intimado da data do julgamento pelo Conselho de Sentença da ação penal em questão, argüindo, outrossim, que a intimação nunca poderia ter-se dado por este meio, sendo a Carta Precatória, nesses casos, o instrumento intimatório devido.

Pelo exposto, requereu a concessão liminar da ordem, para que fosse declarada a nulidade do processo, “tendo em vista a falta de intimação do Assistente de Acusação do despacho de fls. 258 dos autos, determinando em consequência seja designada nova data para o julgamento do acusado pelo Tribunal do Júri” (fls. 9).

Juntou os documentos de fls. 9 a 65.

Por confundir-se a pretensão liminar com o mérito do writ, foi esta indeferida (despacho de fls. 67/68).

Solicitadas as informações de praxe, a autoridade apontada como coatora prestou-as às fls. 71/74, opor-

tunidade em que juntou os documentos de fls. 75 usque 82.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Hipólito Luiz Piazza, opinou pelo não conhecimento do remédio heróico e, caso admitido, pela denegação da ordem.

É o relatório.

2 — O pedido não pode ser conhecido, porquanto não é o habeas corpus o meio processual adequado para a declaração de nulidade argüida pelo assistente da acusação.

Conforme atesta Fernando da Costa Tourinho Filho, o writ visa garantir o direito de ir, vir e permanecer do indivíduo:

“O habeas corpus é uma garantia constitucional que se obtém por meio do processo. É remedium juris destinado a tutelar, de maneira eficaz e imediata, a liberdade de locomoção, o direito de ir e vir, o jus manendi, eundi, veniendi, ultro citroque. Ela tutela o direito de ir e vir. The power of locomotion. O direito de ficar, de ir e vir de um para outro lugar. Tutela o direito de não ser preso, a não ser em flagrante ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente; o direito de não ser preso por dívida, salvo os casos de depositário infiel e do alimentante inadimplente; o direito de não ser recolhido à prisão nos casos em que se permite fiança ou liberdade provisória; o direito de não ser extraditado, a não ser nas hipóteses previstas na Magna Carta; o direito de freqüentar todo e qualquer lugar, ressalvadas aquelas restrições que podem ser impostas quando da concessão de sursis ou suspensão condicional do processo; o direito de

viajar, ausentando-se de sua residência, ressalvadas as restrições de que tratam os arts. 328 e 367 do CPP” (in Código de Processo Penal Comentado, vol. 2, 3ª ed. rev. mod. amp., São Paulo, Saraiva, 1998. pág. 435).

Mais adiante, o doutrinador indica a razão da importância e delimitação do objeto do remédio heróico:

“Trata-se de garantia individual destinada a fazer cessar o constrangimento ou a simples ameaça de constrição à liberdade de locomoção. A liberdade é um dos direitos fundamentais do homem, direito que não pode sofrer quaisquer restrições, senão as previstas em lei, e para assegurar tal direito, de maneira pronta e eficaz, a própria Constituição, que é a Lei das Leis, deu ao homem, nacional ou estrangeiro, a garantia do habeas corpus. Este, embora não seja o único meio capaz de fazer cessar um constrangimento ao direito de liberdade de locomoção, é, contudo, o mais rápido, o mais eficaz e o mais singelo” (ob. cit., pág. 436).

E. Magalhães Noronha também comenta a importância do writ:

“De tudo quanto se expõe, vê-se qual a natureza, essência, fim e características do habeas corpus, expostos, aliás, com precisão habitual por Lafayette: “É um recurso extraordinário, instituído para fazer cessar de pronto e imediatamente a prisão ou o constrangimento ilegal. Não o caracteriza tão-somente o seu objeto e fim, que é a proteção e defesa da liberdade: há outras instituições que têm idêntica missão. O que particularmente o distingue e caracteriza é a prontidão e celeridade com que ele restitui a liberdade àquele que é vítima da pri-

são ou constrangimento ilegal. A violação da liberdade pessoal, ou, como outros a denominam, da liberdade física (*jus manendi, ambulandi, eundi ultra citroque*), causa danos e sofrimentos que não admitem reparação condigna. Daí a necessidade de fazer cessar prontamente a ofensa de direito tão sagrado. É esta a razão por que as leis não subordinam um recurso tal às fórmulas lentas e demoradas, que de ordinário se observam para a reforma de atos e decisões emanadas das autoridades legalmente constituídas. É esta ainda a razão por que as leis dão, pelo *habeas corpus*, ao poder judiciário uma competência fora das razões gerais e comuns do direito. Evitar ou fazer cessar de pronto e imediatamente a prisão ou o constrangimento ilegal, porque qualquer destes fatos, importando a violação de um direito fundamental da personalidade humana, causa danos e sofrimentos irreparáveis, tal é a natureza e o fim do *habeas corpus*” (in *Curso de Direito Processual Penal*, 21ª ed. atual., São Paulo, Saraiva, 1992, pág. 410).

Assim é que o Supremo Tribunal Federal nesse sentido já se pronunciou, delimitando sua amplitude:

“O *habeas corpus* é instituto constitucional destinado a restabelecer o direito à liberdade de ir, vir e permanecer, quando já violado, ou preservá-lo, quando sob ameaça concreta, atual ou iminente, contra ilegalidade ou abuso de poder” (*Habeas Corpus* n. 72.884-7, rel. Min. Maurício Corrêa, DJU de 1º/8/95, pág. 21.654).

É verdade que se procurou ampliar-lhe a abrangência, na tentativa de vê-lo como meio de garantia de outros direitos, como bem ressaltou Fer-

nando Capez, ao traçar um esboço histórico da evolução do writ:

“A primeira forma conhecida em nosso ordenamento jurídico foi a do *habeas corpus* liberatório, isto é, aquele que visa fazer cessar um constrangimento à liberdade ambulatoria. Com as profundas alterações introduzidas no Código de Processo Criminal de 1832, estendeu-se o remédio heróico àquelas hipóteses em que o cidadão simplesmente se encontrava ameaçado na sua liberdade de ir e vir, consagrando-se a figura do *habeas corpus* preventivo.

“(…).

“Com a Constituição Republicana, em 1891, o *habeas corpus* é citado expressamente pela primeira vez em texto constitucional, no art. 72, § 22, assim redigido: ‘Dar-se-á o *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder’.

“Interpretando diversamente o dispositivo, Pedro Lessa e Ruy Barbosa deram causa a uma famosa polêmica. Pedro Lessa sustentava que o instituto se limitava à defesa da liberdade de locomoção, não podendo ser empregado para a defesa de outros direitos líquidos e certos; Ruy Barbosa entendia que, no silêncio do texto constitucional, não se admitia interpretação restritiva do remédio heróico, podendo o mesmo ser utilizado para a defesa de qualquer direito. A posição de Ruy Barbosa sagrou-se vitoriosa no Supremo Tribunal Federal, que interpretou amplamente o *habeas corpus*.

“A reforma constitucional de 1926 esvaziou a discussão, restabele-

cendo a finalidade clássica do writ, qual seja, a tutela exclusiva da liberdade ambulatoria. O art. 72, § 22, ficou com a seguinte redação: 'Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal na sua liberdade de locomoção'.

"Com a Constituição de 1934 foi novamente suprimida a expressão locomoção, pois o art. 113, XXIII, dizia '...violência ou coação em sua liberdade, por ilegalidade ou abuso de poder'. Entretanto, antes que se iniciasse nova discussão, o mesmo art. 113, no inciso XXXIII, criou o instituto do mandado de segurança, com finalidade residual.

"A Constituição de 1946, em seu art. 141, inciso XXIII, manteve o habeas corpus restrito à tutela de ir e vir. A Carta Constitucional de 1967 disciplinou-o no art. 153, § 20, sempre restrito à defesa da liberdade de locomoção.

"Atualmente, na Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, o habeas corpus está previsto no art. 5º, LXVIII, com interpretação restritiva" (in Curso de Processo Penal, 3ª ed. rev. atual., São Paulo, Saraiva, 1999, págs. 447/448).

Sobre a controvérsia, aliás, escreveu E. Magalhães Noronha, ao tratar da finalidade do writ:

"Seu objetivo é a proteção ou tutela da liberdade física no sentido de ir, ficar e vir. Outra coisa não diz nossa Constituição, quando, no item LXVIII do art. 5, refere-se expressamente à liberdade de locomoção. É a liberdade de locomoção, de mudar de lugar, de situação e de transportar-se para onde deseje, sem entraves, óbices

ou impedimentos, a não ser, evidentemente, os impostos pela lei.

"É nesse sentido que o instituto é tomado, principalmente pelos escritores ingleses: proteção à liberdade física individual. Certo é que, não poucos, pretendem ampliar-lhe o âmbito, como principalmente se dá entre certos autores franceses, correndo-se, entretanto, o risco, acarretado sempre pela extensão, de se mergulhar no vago e indefinido.

"É a liberdade pessoal, de locomoção — the power of locomotion — que inspira o habeas corpus; é a liberdade física que tem em vista; é o jus manendi, ambulandi, eundi ultro citroque que é tutelado e protegido por ele. Como escreve Pontes de Miranda: 'Só os sofismas desabusados, a trica e o subjetivismo impenitente podem ver nas expressões liberdade pessoal, protegida pelo habeas corpus, outro significado mais amplo que o de liberdade física'.

"Em nosso próprio País, procurou ampliar-se a extensão do habeas corpus, levando-a a tutelar direitos outros que não o jus libertatis, mas o Código não se filiou a essa corrente, como se vê do art. 647: '...na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir...'. Tal ponto de vista, como se mostrou, é também o da Constituição vigente, robustecido ainda pelo fato de ela dispor o mandado de segurança para proteção de direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus" (ob. cit., págs. 407/408).

Com efeito, a polêmica, anteriormente já superada, perdeu sua razão de ser com a promulgação da Carta Magna de 1988, que erigiu seu art. 5º

à condição de cláusula pétreia, sendo que em seu inciso LXVIII dispõe: “conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”, aliando-se ao art. 647 do Código Processual Penal que prescreve: “Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar”.

Diferenciou-o, portanto, de outro remédio jurídico posto à disposição do indivíduo, previsto no mesmo art. 5º, no inciso LXIX, da Carta Política, a ser utilizado quando ameaçado ou ferido for direito líquido e certo seu diverso da liberdade física, qual seja, o mandado de segurança.

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

Embora sejam ambos remédios constitucionais céleres e ágeis, no intuito de dar proteção aos direitos do indivíduo violados ou que se encontrem ameaçados, estabeleceu-se entre eles uma diferenciação saudável e fundamental às suas finalidades: que o mandado de segurança é de ser utilizado residualmente, ou seja, naquelas hipóteses em que incabíveis o habeas corpus e o habeas data, o que levou Julio Fabbrini Mirabete a afirmar:

“Tem o mandado de segurança, disciplinado pela Lei n. 1.533/51, íntima relação com o habeas corpus, já que ambos visam dar proteção imediata ao indivíduo, mas se distinguem pelas suas áreas de incidência. Enquanto este dirige-se a coartar constrangimento ilegal real ou potencial que possa afetar a liberdade de ir, ficar e vir, aquele visa resguardar os demais direitos, que não o de locomoção. Assim, ‘o seu campo de atuação é definido por exclusão. Onde não cabe habeas corpus, cabe mandado de segurança’” (in Processo Penal, 4ª ed. rev. amp., São Paulo, Atlas, 1995, págs. 718/719).

Nesse diapasão já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

“É pacífica a jurisprudência do STF, apoiada, aliás, no próprio inc. LXVIII do art. 5 da CF e no art. 647 do CPP, no sentido de que não se presta o habeas corpus à defesa do direito estranho à liberdade de locomoção, pois é para preservá-lo — e só a ele — que o remédio heróico foi instituído” (Habeas Corpus n. 75.624-7, rel. Min. Sidney Sanches, j. em 4/11/97, DJU de 5/12/97, pág. 63.906).

No mesmo norte, cite-se:

“Só a ameaça direta à liberdade de locomoção é remediável por habeas corpus. Se a ofensa ou a ameaça de ofensa é a direito certo e líquido, sem se tratar da liberdade de ir, ficar e vir, o remédio jurídico-processual cabível é o mandado de segurança” (RT 487/304).

O que pretende o impetrante é ver anulado o processo, a partir da sessão de julgamento pelo Tribunal do Júri, pois afirma não ter sido intimado do despacho de fls. 258 dos

autos do Processo Crime n. 040.96.000279-0, que tramitava na 2ª Vara Criminal da comarca de Lages, que o notificava da data marcada para sua realização, asseverando, também, que a forma utilizada para a efetivação da intimação contrariou o disposto na Lei Processual Penal.

É verdade que o art. 648 do CPP considera ilegal a coação, passível, portanto, de reparação por intermédio do habeas corpus, “quando o processo for manifestamente nulo”.

Entretanto, o remédio jurídico escolhido, embora seja repetidamente utilizado para o reconhecimento de nulidades processuais, não se presta para o caso sub judice, pois, para que se valha o writ para tal finalidade, é necessário que estejam presentes algumas condições, como atesta E. Magalhães Noronha:

“A nulidade por preterição de formalidade substancial é matéria que suscita cuidados e ponderações no habeas corpus, pois não é qualquer uma que a autoriza.

“Primeiramente, tenha-se em vista que ela há de ser manifesta, isto é, não admitir dúvidas ou incertezas. Depois, é mister haver impossibilidade de interposição de recurso ordinário, sem constrangimento para a recorrente. Necessário ainda não estar em jogo questão de alta indagação, mas facilmente verificável no processo. Finalmente, deve tratar-se de nulidade substancial, que diga respeito à ordem pública, garanta a exata aplicação da lei ou consulte aos elevados interesses sociais.

“É indispensável também o nexo causal entre a coação e o ato nulo, ou, noutras palavras, se houvesse si-

do reconhecida antes a nulidade, o constrangimento não teria tido lugar. Conseqüentemente, não é toda nulidade, ainda que manifesta, que porá termo à coação. Assim, a da condenação não a extingue quando permanece a pronúncia; a desta não produz efeito quanto à liberdade do réu preso preventivamente; e mesmo a decretada ab initio não acarreta a soltura do que foi preso em flagrante regular (...)” (ob. cit., pág. 412, grifamos).

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça não discrepa:

“A via do habeas corpus é específica para atacar medida que afeta o direito de locomoção do paciente. Os casos de atos abusivos ou ilegais que o impeçam de exercitar a ampla defesa devem ser atacados pela via do mandado de segurança” (Habeas Corpus n. 5060, rel. Min. Anselmo Santiago, j. 2/6/97, DJU de 3/11/97, pág. 56.731).

No mesmo norte, tem-se:

“Não obstante se destine o remédio heróico primacialmente a assegurar a liberdade de ir e vir, também se presta a remover ou evitar a prática de atos manifestamente ilegais ou exteriorizadores de constrangimento ilegal, que possam causar reflexos sobre a liberdade das pessoas” (RJTJ 145/302).

Mais:

“O habeas corpus não é meio idôneo para lograr o reconhecimento de nulidade processual, sem repercussão imediata ou próxima no direito de ir e vir, uma vez que o constrangimento remoto pode ser evitado através de recursos normais” (JUTACrimSP 15/104).

Porém, no caso em tela, ainda que fosse manifesta a nulidade, não haveria como pretendê-la vinculada a qualquer coação ilegal que esteja sofrendo a paciente, eis que não se encontra ameaçada ou privada de sua liberdade de locomoção. Não se faz presente qualquer constrangimento ilegal ao seu direito de ir, vir ou permanecer e, sendo assim, não há como se perquirir, na via angusta do writ, sobre a ocorrência ou não de nulidade, eis que esta não está, direta ou indiretamente, ligada à liberdade corpórea individual da paciente.

É que a paciente é viúva da vítima, que se habilitou nos autos como assistente da acusação, sendo representada em Juízo por procurador constituído, que é o ora impetrante.

Encontra-se, portanto, nas mesmas condições em que o Órgão Ministerial, auxiliando-o na persecução criminal acusatória e, como se sabe, o Ministério Público não se pode valer do habeas corpus para argüir qualquer nulidade processual, por faltarlhe, por óbvio, o requisito essencial à impetração do writ: ameaça ou violação de sua liberdade de locomoção.

Dos ensinamentos de Julio Fabbrini Mirabete, colhe-se:

“Destinado exclusivamente à proteção da liberdade individual, não se deve, porém, conhecer da impetração do Ministério Público quando o pedido visa satisfazer interesses do

órgão da acusação” (ob. cit., pág. 699).

E, por respeito à lógica, e por não se encontrar, a assistente da acusação, tolhida ou ameaçada em seu jus manendi, eundi, veniendi, ultro citroque, não há que se conhecer do habeas corpus por seu procurador impetrado.

O aresto do Supremo Tribunal Federal é claro, ao dispor:

“Não estando em causa a liberdade de locomoção do assistente de acusação não pode ele recorrer à via do habeas corpus para, sob o fundamento de vício na sua intimação, anular sentença condenatória” (Habeas Corpus n. 72.305-5, rel. Min. Francisco Rezek, DJU de 22/9/95, pág. 30.952).

3 — Diante do exposto, a Câmara não conhece do writ.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Maurílio Moreira Leite e Nilton Macedo Machado. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Hipólito Luiz Piazza.

Florianópolis, 21 de dezembro de 1999.

Alberto Costa,
Presidente;
Jorge Mussi,
Relator.

HABEAS CORPUS N. 99.013019-3, DA CAPITAL**Relator: Des. Francisco Borges**

Habeas corpus. *Narcotráfico. Inépcia da denúncia incorrente. Ordem denegada.*

Pacífico o entendimento de que não é inepta a denúncia que descreve fatos que, em tese, tipificam ilícito penal, lastreada em indícios suficientes de autoria.

Ademais, “O habeas corpus não é meio próprio para declarar a inocência, antecipando julgamento que depende do acurado exame de provas” (HC n. 97.000549-0, de Itajaí, rel. Des. Amaral e Silva, DJE de 4/3/97).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 99.013019-3, da comarca da Capital (4ª Vara Criminal), em que são impetrantes o Dr. Ricardo Paladino e outros, sendo paciente Alinor Andrino de Jesus:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, denegar a ordem.

Cuida-se de habeas corpus impetrado pelos Drs. Ricardo Paladino, Wilson Paulo Mendonça Neto e Marcelo Bueno Faria em favor de Alinor Andrino de Jesus, relatando que o paciente foi preso em flagrante em 13/7/99 e denunciado pelo Dr. Promotor de Justiça em 21/7/99 como incurso nas sanções do art. 12 da Lei n. 6.368/76, c/c art. 61, I, do Código Penal, sendo recebida a denúncia e designado o interrogatório do acusado/paciente.

Sustentam que, na narrativa do fato delituoso contida na exordial acusatória, não consta a descrição da conduta típica praticada pelo acusado,

não propiciando, desta feita, o exercício da ampla defesa, além de inexistir especificação da quantidade da droga apreendida.

Afirmam ainda que a expressão “passando a droga”, utilizada naquela peça, não se encaixa em qualquer das hipóteses apresentadas no art. 12 da Lei n. 6.368/76, sendo inepta a denúncia, desconforme com o art. 41 do Código de Processo Penal, impondo-se o trancamento da ação penal.

Argumentam que “toda a prova testemunhal e a própria exordial acusatória é taxativa no sentido de que o paciente não teve qualquer participação na venda da ‘maconha’, tampouco estava de posse da mesma”, saltando aos olhos que o mesmo “somente veio a ‘passar’ a droga em virtude da provocação dos policiais” (fls. 4), e não se há falar em delito preexistente, pois a droga estava na posse de terceiro.

Alegam que o acusado estava no local apenas para adquirir maconha a fim de saciar seu vício, acabando por envolver-se na prática delitiva, constituindo constrangimento ilegal a

sua permanência no cárcere, a autorizar a expedição de alvará de soltura.

O Dr. Juiz prestou informações, relatando que o paciente foi denunciado como incurso no art. 12 da Lei n. 6.368/76, recebida a denúncia em 26/7/99, interrogado em 28/7/99, apresentando defesa prévia em 6/8/99, sem arrolar testemunhas, sendo solicitada vaga para realização de exame de dependência toxicológica em 28/7/99, diante da afirmação de o acusado ser dependente do uso de drogas, quando do seu interrogatório.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

Para melhor elucidar o tema, pertinente à transcrição de trecho da peça acusatória, elaborada nos seguintes termos:

“Consta dos autos que agentes policiais em operação de combate ao narcotráfico, por volta das 17 horas do dia 13 de julho de 1999, receberam informações de que o traficante Mazinho se encontrava na escadaria do Quebra Pote, Morro da Caixa, centro desta Cidade, armando e vendendo drogas. Chegando no local, avistaram o referido, que não os reconhecendo como policiais, perguntou-lhes quanto de maconha queriam, oportunidade em que, para mantê-lo no local, o policial disse que queria cinquenta reais. Em seguida, Mazinho afastou-se para buscar a droga, entregando-a para o denunciado Alinor Andrino de Jesus, que o acompanhava, para que levasse até aos policiais.

“Ao passar a substância entorpecente, Alinor recebeu voz de prisão, momento em que Mazinho, que ape-

nas ficara olhando de longe, saiu correndo, não sendo mais alcançado, restando apenas a prisão em flagrante de Alinor” (fls. 8/9).

Ora, segundo o renomado Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, o verbo “passar” tem, entre outros, os seguintes significados: “10. Expedir, despachar: passar ordens, passar um telegrama; (...) 14. Distribuir entre várias pessoas, vendendo: passar bilhetes de rifa; (...) 24. Passar às mãos; entregar: Passou a carta ao amigo” (Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, 2ª ed. revista e ampliada, Ed. Nova Fronteira, pág. 1.277).

O art. 12 da Lei n. 6.368/76 traz, entre as ações típicas descritas, as seguintes condutas: remeter, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar e entregar de qualquer forma, a consumo, as quais podem, em tese, ser encaixadas nos atos descritos na denúncia, que usou não do termo técnico encontrado na lei, mas de expressão suficientemente clara para definir a atitude do paciente, que se defende dos fatos narrados na peça vestibular da ação penal.

A respeito, leciona Julio Fabbrini Mirabete:

“A denúncia é uma exposição, por escrito, de fatos que constituem em tese um ilícito penal, ou seja, de fato subsumível em um tipo penal, com a manifestação expressa da vontade de que se aplique a lei penal a quem é presumivelmente o seu autor e a indicação das provas em que se alicerça a pretensão punitiva” (Processo Penal, 3ª ed., Atlas, pág. 122).

E complementa:

“O artigo 41 do CPP trata dos requisitos que devem estar presentes

na denúncia a fim de que possa ser ela recebida instaurando-se a ação penal condenatória. Exige-se em primeiro lugar, no artigo citado, que a denúncia contenha 'a exposição do fato, com todas as suas circunstâncias', dispondo-se, ainda, que será ela rejeitada quando 'o fato narrado evidentemente não constituir crime' (art. 43). O fato descrito deve ser subsumível a uma descrição abstrata na lei (tipo penal);" concluindo, então, que "É inepta e não deve ser recebida a denúncia que não especifica, nem descreve, ainda que sucintamente, o fato criminoso atribuído ao acusado, que seja vaga, imprecisa, lacônica" (ob. cit., pág. 123), o que, a toda evidência, não é o caso dos autos.

Quanto às alegações de que a droga não pertencia ao paciente, encontrando-se no local apenas para adquiri-la, impende realçar que o habeas corpus não é adequado para a discussão e valoração da prova, como reiteradamente tem decidido esta Corte, colhendo-se da lição de Fernando da Costa Tourinho Filho que "...é de se observar que os Tribunais ou Juízes, na apreciação do pedido de habeas corpus, não podem nem devem fazer um estudo aprofundado das provas" (Processo Penal, vol. 4, 13ª ed., Saraiva, 1992, pág. 443).

Nesse sentido, decidiu esta Câmara:

"Processo penal — Habeas corpus — Exame de prova — Excesso de prazo — Ordem denegada — Precedentes jurisprudenciais.

"O habeas corpus não é meio próprio para declarar a inocência, antecipando julgamento que depende do acurado exame de provas" (HC n.

97.000549-0, de Itajaí, rel. Des. Amaral e Silva, DJE de 4/3/97).

Do colendo Superior Tribunal de Justiça apanha-se:

"Recurso em habeas corpus — Apelo que insiste na inépcia da denúncia, ilicitude da prova e improcedência da classificação efetuada pela peça acusatória — Descrição de fatos criminosos, em tese, com indícios de autoria — Extenso acervo probatório — Provas lícitas e ilícitas — Reexame de provas e deslinde do mérito.

"1. Não é inepta a denúncia que descreve fatos os quais, em tese, tipificam ilícito penal, lastreada, ainda, em indícios suficientes de autoria.

"2. Não é possível no extenso acervo probatório e sem um profundo exame de provas, o que é vedado na via estreita do writ, destacar as provas lícitas, das ilícitas, visando ao trancaamento da ação penal. Melhor será fazê-lo no decorrer da fase instrutória, ou ainda, mais apropriadamente, por meio de uma apelação, caso tenham sido estas albergadas no decreto condenatório.

"3. Ademais, se nem todas as provas apresentadas trazem o apontado vício, elas valem por si só, não se contaminando por aquelas que eventualmente o possuam.

"4. A improcedência da classificação levaria ao exame precipitado do mérito, o que não é possível fazê-lo nesta oportunidade. Contudo, eventual erro na classificação poderá ser corrigido na decisão definitiva, sem qualquer prejuízo da defesa, que se defende dos fatos e não da classificação jurídica dada a estes.

“5. Recurso improvido” (RHC n. 6.768/MG, rel. Min. Anselmo Santiago, DJU de 16/2/98, pág. 131).

Ademais, não se acha evidente a ocorrência de indução dos agentes policiais, não se vislumbrando, em análise perfunctória, a suposta preparação do flagrante, por deslocarem-se para o local para investigar os fatos, onde depararam com a prática criminosa.

Desta Corte colhem-se os seguintes julgados:

“Processual e penal — Tráfico de entorpecente — Flagrante preparado — Inocorrência — Depoimento de policiais — Validade — Recurso desprovido — Precedentes jurisprudenciais.

“O simples fato de trazer consigo substância entorpecente constitui infração penal elencada no art. 12 da Lei n. 6.368/76.

“Não há que se falar em flagrante preparado (ou provocado), quando se trata de crime em que houve consumação, como ocorre, por exemplo, com o traficante que é induzido a vender substância entorpecente a um policial e é quando traz consigo a ‘mercadoria’, pois, neste caso, já havia anteriormente praticado crime (‘ter em depósito’, ‘guardar’ etc. — art. 12 da Lei n. 6.368, de 21/10/76)” (Ap. Crim. n. 98.003455-8, de Lages, rel. Des. Amaral e Silva, DJE de 23/6/98).

“Há flagrante esperado e não flagrante preparado quando a autoridade policial, sem instigar o mecanismo da infração, simula adquirir tóxico ofertado por traficante, seja porque o próprio acusado tenha-lhe oferecido a

droga ou porque o crime já havia se consumado com a guarda da substância com a finalidade de comercializá-la” (Ap. Crim. n. 98.004712-9, de Imbituba, rel. Des. Paulo Gallotti, DJE de 19/8/98).

Por fim:

“Inexistência de flagrante preparado — Mera operação policial exitosa.

‘A prisão do paciente no momento em que o mesmo se preparava para vender substância entorpecente a policial que se fizera passar por usuário não constitui flagrante preparado a ensejar a conclusão de ter havido condenação por crime impossível, uma vez que o simples fato de trazer consigo já caracteriza o crime previsto no art. 12 da Lei de Tóxicos. Precedente citado: ARHC n. 65.831—ES (DJ de 18/3/88)’ (HC n. 72.674—SP, rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 26/3/96, in Informativo STF n. 25)” (Ap. Crim. n. 98.006979-3, de Criciúma, rel. Des. Álvaro Wandelli, DJE de 25/11/98).

Por esses fundamentos, denega-se a ordem.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Souza Varella. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Valdir Vieira.

Florianópolis, 24 de agosto de 1999.

Amaral e Silva,
Presidente com voto;
Francisco Borges,
Relator.

HABEAS CORPUS N. 99.014700-2, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ**Relator: Des. Francisco Borges**

Queixa-crime. Calúnia. Expressões feitas por advogado em processo. Ilegitimidade de parte do mandante. Falta de justa causa. Trancamento da ação penal. Ordem concedida.

A parte não pode ser responsabilizada pelas expressões tidas como caluniosas, eventualmente empregadas por seu patrono no processo, sem expressa autorização ou prova de sua efetiva participação na confecção da peça processual em que são lançadas.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 99.014700-2, da comarca de Balneário Camboriú (Vara Criminal), em que é impetrante o Dr. Darci de Marco Debastiani, sendo pacientes Juliana Türk Cavalheiro de Oliveira e outro:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, conceder a ordem.

Cuida-se de habeas corpus impetrado pelo Dr. Darci de Marco Debastiani em favor de Juliana Türk Cavalheiro de Oliveira e Almiro Amaral Cavalheiro, alegando, em suma, que os pacientes encontram-se sob constrangimento ilegal em face do recebimento de representação que lhes imputa a prática do delito de calúnia, descrito no art. 138 do Código Penal.

Relata que a paciente litiga naquela Comarca contra seu marido, José Amilton de Oliveira, em processo de separação litigiosa e, por conta desse processo, proliferaram outros movidos por seu cônjuge, tanto na esfera civil como na penal, inclusive contra o pai da paciente, aqui também paciente.

Alega que a queixa-crime baseia-se em supostas ofensas desferidas contra o querelante José Amilton, em petição assinada pelos advogados dos pacientes, e não por estes, e que a aludida peça não visava caluniar, mas apenas “teve origem no fato de o querelante ter utilizado uma declaração do próprio advogado dos pacientes, obtida à revelia destes e em favor daquele para, com base nela, ajuizar uma ação de indenização em que pede a quantia de quinhentos mil reais de indenização” (fls. 8).

Sustenta que os pacientes são inimputáveis pelos conceitos emitidos por seu advogado, ante a inexistência de procuração que lhe outorgasse poderes específicos para proferir as pretensas frases caluniosas, possuindo a ação espírito meramente emulatório e vingativo, pois nem seu patrono poderia ser responsabilizado pelos termos empregados no processo.

Aduzindo inexistir justa causa a ensejar o processo, pleiteia a concessão da ordem, determinando-se o trancamento da ação penal, a fim de que cesse o constrangimento ilegal por que passam os impetrantes.

Informou o Dr. Juiz que José Amilton de Oliveira, por intermédio de procurador munido de poderes específicos, ajuizou queixa-crime contra os pacientes, imputando-lhes o cometimento do delito descrito no art. 138 do Código Penal, por entender terem caluniado o querelante, em contestação ofertada em ação envolvendo as partes.

Relatou que, ciente o Ministério Público, restou infrutífera a audiência conciliatória e, após manifestação ministerial, a queixa-crime foi recebida, designando-se o interrogatório dos querelados, juntando o querelante certidão extraída da ação de separação litigiosa que conteriam novas expressões caluniosas e injuriosas.

Informou, ainda, que os pacientes foram interrogados e apresentaram alegações preliminares por procurador e, não oposta a exceção da verdade, foi deprecada a ouvida das testemunhas arroladas na queixa-crime.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela concessão da ordem, por evidente ilegitimidade dos pacientes para figurarem no pólo passivo da actio, e também por não se verificar, nas expressões utilizadas pelo advogado dos querelados, o ânimo de caluniar, mas apenas de defender os interesses de seus clientes.

É o relatório.

Com efeito, assiste razão ao impetrante. A parte não pode ser responsabilizada pelas expressões empregadas por seu patrono em processo de que participe, sem expressa autorização ou prova de sua efetiva participação na confecção da peça processual apresentada, tanto que o

art. 44 do Código de Processo Penal arrola os requisitos da procuração para oferecer queixa-crime:

“Art. 44. A queixa poderá ser dada por procurador com poderes especiais, devendo constar do instrumento do mandato o nome do querelante e a menção ao fato criminoso, salvo quando tais esclarecimentos dependerem de diligências que devem ser previamente requeridas no juízo criminal.”

Leciona E. Magalhães Noronha:

“Determina esse dispositivo que a procuração do queixoso (instrumento do mandato) contenha o nome do querelado — no artigo, lê-se querelante, mas é visível o erro tipográfico, pois não há mandato sem o nome do mandante, no caso o ofendido — ou a pessoa contra quem se moverá a ação. É mister igualmente que o mandato confira poderes especiais para a queixa e se refira expressamente ao fato delituoso, individualizado e descrito. Compreende-se a exigência, uma vez se considerem as consequências de uma ação penal, que poderá acarretar até as da denúncia caluniosa (Cód. Penal, art. 339). Exigíveis, pois, para a fixação de responsabilidades do mandante e do mandatário, que a procuração contenha poderes específicos para a queixa-crime, que objetiva a punição do fato criminoso que ela menciona” (Curso de Direito Processual Penal, 21ª ed., Saraiva, 1992, pág. 35).

Analisando os autos da queixa-crime (fls. 14/47 dos presentes autos), constata-se que a ação penal foi intentada pelo querelante apenas contra os pacientes, relatando estar pro-

movendo contra os querelados, perante o Juízo da 1ª Vara Cível de Balneário Camboriú, uma ação in rem verso cumulada com perdas e danos e que “contestando aquelas ações, em 25 de novembro de 1998, através do ilustre Advogado Dr. Amir Carlos Mussi, afirmaram os querelados, com relação a uma escritura pública de declaração aqui anexada por xerocópia autenticada...” (fls. 16).

Todavia, inexistente na referida peça e nos autos comprovação da efetiva participação dos pacientes na elaboração daquela peça processual, que rebate e visa fragilizar escritura pública de declaração anexada com a inicial da ação aforada pelo querelante, tudo a evidenciar a ilegitimidade passiva dos querelados, por não serem os autores do alegado delito de calúnia que lhes imputa o querelante.

A propósito, decidiu esta Câmara:

“Apelação criminal — Pedido de explicações — Alegado crime contra a honra — Conceitos exarados em petição assinada por procurador.

“Ao cliente não cabe responsabilidade de conceitos e opiniões, mesmo que ofensivas, em tese, emitidas por profissional de Direito, na defesa de seu constituído. Recurso desprovido” (Ap. Crim. n. 31.970, de Itajaí, rel. Des. Solon d’Eça Neves, DJE de 20/10/94).

No mesmo sentido, colhe-se da jurisprudência pátria:

“Se o advogado, no desempenho do mandato recebido, se excede em palavras e ações, não pode o constituinte ser responsabilizado criminalmente por tais excessos, a não ser que se prove ordem expressa sua

a respeito, ou que, de alguma forma, tenha para eles contribuído” (RT 516/321).

“Se a eventual calúnia foi veiculada em petição subscrita apenas pelo advogado dos querelantes, e não também por estes, não podem eles responder à ação penal por delito do art. 138 do CP, notadamente contendo o mandato somente os poderes ad judicium, circunstância que não autoriza o mandatário a exagerar em excesso de linguagem” (RT 554/412).

Sobre o tema, pertine a lição de Julio Fabbrini Mirabete:

“Também somente se justifica a concessão de habeas corpus por falta de justa causa para a ação penal quando é ela evidente, ou seja, quando a ilegalidade é evidenciada pela simples exposição dos fatos com o reconhecimento de que há imputação de fato atípico ou da ausência de qualquer elemento indiciário que fundamente a acusação. É possível, entretanto, verificar perfunctoriamente os elementos em que se sustenta a denúncia ou a queixa, para reconhecimento da ‘fumaça do bom direito’, mínimo demonstrador da existência do crime e da autoria, sem o qual há falta de justa causa para a ação penal. Há constrangimento ilegal quando o fato imputado não constitui, em tese, ilícito penal, ou quando há elementos inequívocos, sem discrepâncias, de que o agente atuou sob uma causa excludente da ilicitude” (Código de Processo Penal Interpretado, 6ª ed., Atlas, págs. 841/842).

Assim, justifica-se o trancaamento da ação penal, por ausência de justa causa para a sua deflagração.

Por estes fundamentos, concede-se a ordem.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Des. Souza Varella. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 21 de setembro de 1999.

Amaral e Silva,
Presidente com voto;
Francisco Borges,
Relator.

HABEAS CORPUS N. 99.016474-8, DA CAPITAL

Relator: Des. Nilton Macedo Machado

Ação penal — Denúncia — Ausência de justa causa e inépcia — Distinção — Descrição de conduta que não constitui crime — Simples classificação — Inépcia reconhecida — Trancamento.

É inepta a denúncia que, limitando-se a dar a classificação do delito, omite-se em descrever a conduta típica e suas elementares que constituiriam infração penal, porquanto a defesa não pode se defender de fato que não foi imputado.

“O trancamento da ação penal por falta de justa causa só se viabiliza quando, pelo exame da simples exposição dos fatos na denúncia, constata-se que há imputação de fato atípico ou ausência de qualquer elemento indiciário configurador da autoria” (RSTJ 79/323).

Crime de trânsito — Embriaguez ao volante (CTN, art. 306) — Denúncia — Perigo necessário — Alegação de falta de justa causa — Ocorrência — Habeas corpus concedido.

O fato de o agente conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, por si só não tipifica o crime previsto no art. 306 do CTN; há necessidade de que com tal ação esteja “expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”.

Sem a realização de uma conduta anormal, vale dizer, se dirigir sem afetar o nível de segurança na circulação de veículos, o motorista estará cometendo apenas a infração administrativa de que trata o art. 165 do mesmo CTN, desde que, neste caso, a substância se apresente em nível igual ou superior a seis decigramas por litro de sangue.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 99.016474-8, da comarca da Capital (3ª Vara Criminal), em que é impetrante o Dr. Lídio Moisés da Cruz, sendo paciente Flávio Soares Fernandes:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conceder a ordem.

Custas na forma da lei.

Trata-se de habeas corpus impetrado pelo Dr. Lídio Moisés da Cruz em favor de Flávio Soares Fernandes, denunciado pelo representante do Ministério Público em exercício perante o Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal da comarca da Capital, dando-o como incurso nas sanções dos arts. 213 e 214, c/c alínea a do art. 224 do CP, e ainda o disposto no art. 306 da Lei n. 9.503/97; requer o trancamento da ação penal, sustentando que os fatos descritos na denúncia são atípicos, tendo em vista que as menores já eram maiores de 14 (quatorze) anos à época dos fatos e que inexistiu qualquer tipo de violência, e o Ministério Público é parte ilegítima para propor a ação penal.

Solicitadas informações, prestou-as a autoridade apontada como coatora, relatando o processado, concluindo que "a audiência para inquirição das testemunhas arroladas pela denúncia foi designada para o dia 29/2/2000" (fls. 19).

Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça oficiou o Dr. Anselmo Agostinho da Silva pela concessão da ordem.

É o relatório.

1. Inicialmente registre-se, consoante entendimento doutrinário pacífico, "dispondo o art. 43, inciso I, do Código de Processo Penal, que a denúncia ou queixa será rejeitada quando o fato narrado evidentemente não constituir crime, é de se concluir, num primeiro raciocínio, que deveria a denúncia mencionar todos os elementos componentes do delito, segundo a definição acima transcrita, baseada na nova sistemática adotada pela reforma de 1984. Isto é, além da descrição da ação típica e sua ilicitude, deveria a denúncia, também, descrever a culpabilidade.

"Raciocinando com mais vagar, todavia, verifica-se que assim não se passa na realidade. A culpabilidade, que diz respeito a um juízo de censura, de reprovação do autor do fato, fica, no mais das vezes, inquestionada nos autos, com graves conseqüências sociais.

"A denúncia, como se sabe, é o libelo contra o qual irá o réu se defender. O que nela não estiver contido não será objeto de apreciação judicial. Não se pode, por isso, postergar-se o questionamento da culpabilidade para o final da instrução. Na verdade, se ela não for mencionada de início será o caso de rejeição da denúncia, com fundamento no art. 43, inciso I, do CPP" (Rui Cascaldi, O Conceito de Delito e o Direito Processual Penal, in Justiça Penal: Crimes Hediondos, Erro em Direito Penal, Juizados Especiais, Ada Pellegrini Grinover et alii, coordenado por Jaques de Camargo Pentead, SP, RT, 1993, pág. 118).

Vicente Greco Filho, sobre a hipótese, leciona:

"A falta de descrição de uma elementar provoca a inépcia da denúncia, porque a defesa não pode se defender de fato que não foi imputado. Denúncia inepta deve ser rejeitada e, se não o for, pode haver trancamento da ação penal por habeas corpus" (Manual de Processo Penal, 3ª ed., SP, Saraiva, 1995, pág. 114).

O Supremo Tribunal Federal, em casos semelhantes, tem decidido:

"Persecução penal — Ministério Público — Aptidão da denúncia.

"A peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias. Essa narração, ainda que sucinta, impõe-se ao acusador como exigência derivada do postulado constitucional que assegura ao réu o pleno exercício do direito de defesa. Denúncia que não descreve adequadamente o fato criminoso é denúncia inepta. Precedente" (HC n. 73.271/SP, rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, j. em 19/3/96 — DJU de 4/10/96, pág. 37.100).

2. Nesse passo, "embora em regra o estrito âmbito do Habeas Corpus não se preste a viabilizar trancamento de ação penal, esta pode ter seu curso obstado antes da sentença, quando o fato descrito não constituir, com evidência manifesta, uma infração penal" (RT 722/459).

E neste sentido têm sido frequentes as manifestações desta Corte de Justiça, no sentido de que "a falta de justa causa para a ação penal pode ser reconhecida em sede de habeas corpus quando, com o só exame perfunctório dos elementos de prova até então coletadas, exsurge a atipici-

dade do fato ou a ausência de indícios da autoria" (JC 65/316).

No Superior Tribunal de Justiça já decidiu-se que "a inépcia da denúncia não decorre da errônea capitulação, mas da falta de descrição em que teria consistido a prática da infração penal imputada aos acusados" (trecho da ementa do Recurso Especial n. 37.595, Rio de Janeiro, rel. Min. José de Jesus Filho, in DJU de 25/10/93, pág. 22.507).

Sabe-se que, para que exista um crime, além da obediência aos princípios da anterioridade da lei e da reserva legal, há que se mencionar ainda que o fato seja típico, ou seja, "não basta que a lei acene com descrições abstratas ou esfumaçadas do fato delituoso. É preciso que o comportamento seja descrito em todas as suas minúcias, dando lugar a uma suficiente especificação do tipo crime" (Celso Ribeiro Bastos, Comentários à Constituição do Brasil, Ed. Saraiva, 1988, vol. 2, pág. 211).

Além disso, há que se fazer referência às condições da ação, quais sejam: a legitimidade ad causam, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido, as quais devem existir simultaneamente para que se possa, legitimamente, exigir o provimento jurisdicional.

No caso, a possibilidade jurídica do pedido não existe, pois como dizem Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho:

"Enquanto no processo civil a possibilidade jurídica se define em termos negativos, como existente quando o ordenamento jurídico não veda, em tese, o pedido, afirma-se que no

processo penal somente é viável o provimento condenatório que seja permitido.

“Por isso, a doutrina brasileira costuma apontar como casos de possibilidade jurídica do pedido a tipicidade e a não extinção da punibilidade (art. 43, I e II, do CPP).

“Pode-se observar, porém, que a tipicidade é matéria de mérito (art. 386, III, do CPP), de modo que sua ausência, reconhecida preambularmente, equivale a um julgamento antecipado da lide, precluindo pela coisa julgada, a reapresentação do pedido” (As Nulidades no Processo Penal, SP, Malheiros, pág. 56).

Quando faltar uma só das condições da ação, diz-se que o autor é carecedor desta, concluindo os referidos autores:

“É dever do juiz a verificação da presença das condições da ação e de procedibilidade o mais cedo possível e de ofício. Nesse caso, trancará a ação penal, por ser o autor dela carecedor. Se, no entanto, não o fizer, nem na sentença final (lembrando que não há preclusão, nem mesmo pro judicato, para a reapreciação da matéria), o processo será nulo ab initio (art. 564, II, do CPP)” (ob. cit., pág. 57).

3. No caso em exame, à evidência, a ordem deve ser concedida, por dois fundamentos (inépcia da denúncia e ausência de justa causa), tanto em relação aos crimes contra a liberdade sexual (arts. 213 e 214 do CP), quanto ao crime de embriaguez ao volante (art. 306 do CTB), valendo a transcrição da inicial acusatória:

“Consta do Inquérito Policial de n. 517/98 que na noite de 20 de junho de 1997, o denunciado Flávio Soares

Fernandes apanhou na rua as menores J. M. da S. e M. de L. C. dos S., ambas com 14 anos de idade à época dos fatos, levando-as para seu apartamento. Propôs às menores a realização de um ‘programa’, tendo as mesmas aceito a proposta.

“Chegando no apartamento, bebeu vinho, oferecendo às meninas, das quais, apenas J. aceitou. Realizou, então, com J. a conjunção carnal e com M. de L, atos libidinosos diversos, pagando a estas, ao final, a quantia de R\$ 10,00 (dez reais).

“Após o ‘programa’, o denunciado colocou as menores no carro, com intuito de deixá-las no ponto de ônibus, sendo, no entanto, parado por uma viatura da Polícia Militar, constatando-se através de exame de teor alcoólico (fls. 4, IP) estar dirigindo embriagado” (fls. 8/9).

4. Com efeito, segundo o disposto no art. 41 do CPP, “a denúncia ou a queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol de testemunhas (...) a fim de que possa ser ela recebida instaurando-se a ação penal condenatória” (Julio Fabbrini Mirabete, Processo Penal, 5ª ed., Atlas, 1997, pág. 127).

Nesse passo, diante da arguição de inépcia da denúncia, é importante lembrar, como o fazem os professores Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes, citando João Mendes Júnior, que “a instauração do processo pressupõe o oferecimento de denúncia ou queixa com ex-

posição clara e precisa de um fato criminoso, com todas as suas circunstâncias" (art. 41, CPP), isto é, não só a ação transitiva, como a pessoa que a praticou (quis), os meios que empregou (quibus auxiliis), o malefício que produziu (quid), os motivos que o determinaram a isso (cur), a maneira por que a praticou (quomodo), o lugar onde a praticou (ubi), o tempo (quando), para concluírem:

"A narração deficiente ou omissa, que impeça ou dificulte o exercício da defesa, é causa de nulidade absoluta, não podendo ser sanada porque infringe os princípios constitucionais" (As Nulidades no Processo Penal, 6ª ed., SP, RT, 1997, pág. 95).

Por outro lado, não custa distinguir, inicialmente, como fez o ilustre Des. Maurílio Moreira Leite, em oportunidade anterior, na época Procurador de Justiça, no Habeas Corpus n. 12.525, de Curitiba, j. em 31/10/95, falta de justa causa e inépcia da denúncia:

"A primeira diz respeito à ausência de qualquer adminículo probatório que possa dar guarida à descrição delituosa ocorrente naquela peça, quando necessário o exame dos elementos esclarecedores existentes no inquérito ou qualquer outra peça informativa. A segunda diz respeito à inteireza formal e legal da peça mencionada que deve, necessariamente, descrever uma conduta enquadrável em algum dispositivo de natureza penal".

Ainda, consoante ensina Magalhães Noronha:

"Não existe justa causa e, portanto, a coação é ilícita se o fato imputado ao preso não é típico, não se

subsome no tipo, ou não é crime — nullum crimen sine lege. Justa causa também não ocorre quando, embora tendo o preso praticado crime ou contravenção, está em condições de livrar-se solto, seja por prestar fiança, seja porque a infração é das que se responde ao processo em liberdade. Também inexistente quando se acha extinta a punibilidade do fato; quando é decretada prisão preventiva sem os requisitos legais; quando também não os observou o auto de flagrante ou não traduz a realidade do ocorrido; quando, não obstante ser cabível a prisão, é ela efetivada em lugar indevido; quando há erro de identidade, isto é, o preso não é a pessoa que delinqüiu etc. Nesses e em outros casos não há justa causa, que, aliás, é matéria a ser apreciada no caso concreto. Em conclusão: justa causa é o fato cuja ocorrência torna lícita a coação" (Curso de Direito Processual Penal, 21ª ed. atual., SP, Saraiva, 1992, pág. 410).

Vicente Greco Filho, da mesma forma, explicita os casos em que se permite o trancamento da ação penal por falta de justa causa:

"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., SP, Saraiva, 1995. pág. 394).

Mais adiante, já com relação ao segundo defeito (inépcia), conclui que "a falta de descrição de uma elementar provoca a inépcia da denúncia, porque a defesa não pode se defender de fato que não foi imputado. Denúncia inepta deve ser rejeitada e, se não o for, pode haver trancamento da ação penal por habeas corpus" (ob. cit., pág. 114).

5. Quanto aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, exige o Código Penal, nos arts. 213 e 214, respectivamente, que além da conduta nuclear, deve haver constrangimento "mediante violência ou grave ameaça" para, mais adiante, no art. 224 prever que "presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de 14 (catorze) anos; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência".

A denúncia transcrita, como se viu, não contém em qualquer de suas linhas de forma expressa nem implícita, nas imputações que descreveu e capitulou contra o paciente, nenhuma das condutas nucleares (Constranger mulher à conjunção carnal ou ato libi-

dinoso diverso, mediante violência ou grave ameaça), que caracterizariam os crimes perseguidos, muito menos qualquer ato que evidencie a elementar da violência, seja real ou presumida, nem grave ameaça, aquela descrita, no caso, porque as adolescentes menores tinham mais de 14 (quatorze) anos de idade à época dos fatos; se fosse violência, deveria ser somente a real.

Nos autos, de outro lado, não há sequer indício da ocorrência das elementares apontadas dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, muito menos que tivesse havido violência presumida pela idade das vítimas; assim é forçoso reconhecer a atipicidade dos fatos descritos, ainda mais porque impraticável a desclassificação para outro tipo, já operada a decadência.

Não fosse isso vê-se que o representante do Ministério Público é parte ilegítima para intentar a ação penal em nome das ofendidas, e mesmo que esta, sendo privada, adquirisse os contornos da ação penal pública condicionada, não há qualquer manifestação de algum representante legal destas.

6. Em relação ao crime do art. 306 do CTN, não se diga que decorreria obrigatória e simplesmente da sua embriaguez pois, não havendo relação de causalidade direta entre o estado alcoólico e qualquer evento danoso, não é possível a punição a título de culpa, já que inexistente responsabilidade objetiva no Direito Penal.

É mister realçar que o fato de alguém conduzir veículo embriagado, por si só, não constitui crime, porquanto não havendo condução anor-

mal, infringindo as regras de segurança à circulação viária, inexistirá o delito tipificado no art. 306 da Lei n. 9.503/97, podendo ocorrer, apenas, a infração administrativa descrita no art. 165 daquele diploma legal, desde que, neste caso, a substância alcoólica esteja em nível igual ou superior a seis decigramas por litro de sangue.

Cotejando tais dispositivos verifica-se que, embora ambos reprimam a conduta de dirigir embriagado, somente haverá crime quando esta ação expor “a dano potencial a incolumidade de outrem”, e, como é sabido, a lei não comporta palavras inúteis.

Com efeito, este é escólio doutrinário:

“Exige-se, para que haja delito, que o motorista realize uma condução anormal exatamente por ter ingerido bebida inebriante ou de efeitos semelhantes. Não é suficiente prova de que o sujeito dirigiu veículo com determinada taxa de álcool no sangue: é imprescindível a demonstração da influência etílica na condução; que a influência tenha-se manifestado na forma de afetação efetiva da capacidade de dirigir veículo automotor, reduzindo a capacidade sensorial, de atenção, de reflexos, com propensão ao sono etc. (modificação significativa das faculdades psíquicas ou sua diminuição no momento da direção), consistente numa condução imprudente, descuidada, temerária ou perigosa, de acordo com as regras da circulação viária”.

“(…) Se o motorista bebeu, mas dirige normalmente, sem afetar o nível de segurança na circulação de veículos, não há o crime do art. 306, podendo ocorrer infração administrativa, se

ficar apurada a presença de álcool ou substância análoga em quantidade superior a 6 decigramas por litro de sangue. Não subsiste a infração do art. 34 da LCP” (Damásio E. de Jesus, Notas ao art. 306 do Código de Trânsito: Crime de Embriaguez ao Volante, Capturado em 2 abr. 1998. On line. Disponível na Internet <http://www.damasio.com.br/index5.htm>).

Ora, se dirigir em estado de embriaguez, por si só, não constitui crime, posto exigir condução anormal, também não implica, automaticamente, em reconhecer culpa do agente na modalidade de imprudência, devendo ser comprovado que do estado etílico resultou alguma ação que denote, objetivamente, a imprudência.

Isso porque o motorista pode, ainda que embriagado, tomar todos os cuidados necessários e possíveis para evitar qualquer acidente, conseguindo, com isto, impedir qualquer exposição a danos a incolumidade, hipótese na qual o agente estaria infringido, apenas, a norma administrativa, e não a 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

des individuais, além de comprometer o princípio da culpabilidade.

“Para tanto, com a finalidade de aferir a existência do dever de cuidado objetivo, indaga-se:

— se o agente podia reconhecer a situação de perigo conseqüente à sua conduta (cuidado interno) e se não observou as regras de cautela impostas (cuidado externo);

— se o resultado lesivo, nas circunstâncias, era previsível tomado como parâmetro o homem médio, normal;

— e, finalmente, se o resultado teria sido evitado se o sujeito tivesse cumprido as regras impostas pelo cuidado objetivo.

“Somente quando for possível reconhecer a situação de perigo, fruto da inobservância das regras de cuidado objetivo, e o resultado, além de previsível, for evitável mediante emprego das regras de diligência exigíveis do homem comum, o fato poderá ser imputado ao agente a título de culpa” (Pires, Ariosvaldo de Campos e Sheila Jorge Selim de Sales, Crimes de Trânsito na Lei n. 9.503/97, BH, Del Rey, 1998, pág. 81).

Assim, a denúncia em crimes de trânsito em os quais o motorista estava embriagado, há que se demonstrar, objetivamente, por elementos concretos e visíveis, tenha o motorista dirigido em via pública, de forma a causar o perigo concreto de dano.

Aliás, de acordo com a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, *mutatis mutandis*, “dirigir sem habilitação, não oferecendo perigo de dano, é infração de caráter administrativo”

(http://www.stj.gov.br/stj/noticias/detalhes_noticias.asp?ID_noticia=1084).

Dessa forma, se no caso concreto a denúncia descreveu apenas o só fato de o paciente estar dirigindo embriagado, não descrevendo qualquer atuação perigosa concretamente, tem-se que também é inepta, sendo o seu trancamento a única solução.

Não fosse isso, e mais grave, consoante se infere da exordial acusatória, o crime de embriaguez ao volante pelo qual o paciente foi denunciado, teria ocorrido em 20/6/97, quando a Lei n. 9.503/97 não havia nem mesmo sido editada (setembro/97), muito menos entrado em vigor (janeiro/98); vigia em relação à conduta cometida o disposto no art. 34 da Lei das Contravenções Penais (dirigir veículos na via pública, ou embarcações em águas públicas, pondo em perigo a segurança alheia), que previa prisão simples, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses, ou multa e, portanto, constituía-se infração penal de menor potencial ofensivo, a ser tentada segundo rito processual próprio, nos Juizados Especiais Criminais, segundo o disposto no art. 61 da Lei n. 9.099/95.

7. Resumindo, a denúncia não descreve os elementos tipificadores dos crimes de estupro, atentado violento ao pudor e direção perigosa que imputou ao paciente, não havendo descrição da violência ou grave ameaça contra pessoa que os primeiros exigem diante da inocorrência de violência presumida já que as vítimas eram maiores da 14 (quatorze) anos, nem ao necessário perigo concreto para o delito de trânsito.

8. Diante do exposto, concede-se a ordem para trancar a ação penal intentada contra o paciente.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jorge Musisi, e dele participou, também com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Maurílio Moreira Leite. Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o

Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 5 de outubro de 1999.

Alberto Costa,
Presidente para o acórdão;
Nilton Macedo Machado,
Relator.

HABEAS CORPUS N. 99.018246-0, DE GASPAR

Relator: Des. Nilton Macedo Machado

Habeas corpus — Pacientes condenados a penas restritivas de direitos — Processo anulado para realização de exame de dependência toxicológica do co-réu — Sobrestamento do recurso ministerial para modificação das penas impostas — Interpretação extensiva do art. 596 do CPP — Constrangimento ilegal — Ocorrência — Ordem concedida.

A interpretação extensiva do art. 596 do CPP, aponta no sentido de que o agente que está preso e foi condenado ao cumprimento de pena restritiva de direitos não pode continuar segregado, mesmo com interposição de recurso contra tal decisão, pois nenhuma privação de liberdade pode extrapolar o conteúdo do título que delimita sua própria potência executiva.

“O Estado não pode exigir cumprimento da pena diferente da imposta na sentença” (STJ).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 99.018246-0, da comarca de Gaspar, em que é impetrante a Dra. Fátima dos Santos Santana Ney, sendo pacientes Cláudio Luciano Casas e Jean Oliveira:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conceder a ordem.

Custas na forma da lei.

Trata-se de habeas corpus com pedido de liminar, interposto pela Dra. Fátima dos Santos Santana Ney, em favor de Cláudio Luciano Casas e Jean de Oliveira condenados na comarca de Gaspar ao cumprimento de penas restritivas de direitos (art. 44 do Código Penal com a nova redação dada pela Lei n. 9.714/98), consistentes na prestação de serviços à comunidade, substitutivas do cumprimento de 3

(três) anos de reclusão, em regime fechado, por infração ao art. 12, caput, da Lei n. 6.368/76, sendo-lhes negado o direito de recorrerem em liberdade; alega-se que os pacientes estão sofrendo constrangimento ilegal em face do sobrestamento do recurso interposto pelo representante do Ministério Público.

Esta egrégia Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, em 8/9/99 anulou o processo a partir da sentença, inclusive, para realização de exame de dependência toxicológica no co-réu James Pereira, estendendo a decisão ao paciente (não apelante) Cláudio Luciano Casas, sobrestado-se o conhecimento do recurso da acusação referente à substituição das penas deferidas aos ora pacientes.

O acórdão "transitou em julgado em 13/10/99 para as partes e para o Ministério Público em 25/10/99" (fls. 84) razão pela qual, com os autos ainda nesta Instância, dispensando as informações, em 29/10/99, a liminar foi concedida.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Paulo Antônio Günther, opinou pela concessão da ordem.

Vieram aos autos as informações solicitadas no momento da interposição, ressaltando o ilustre Magistrado a impossibilidade de prestá-las adequadamente em face da permanência dos autos nesta Instância informando, contudo, o cumprimento da liminar concedida.

É o relatório.

1. Tem razão o ilustre parecerista, transcrevendo-se os termos da liminar concedida:

"A segregação dos pacientes (presos desde o flagrante em 16/4/99), realmente configura constrangimento ilegal porquanto a interpretação extensiva do art. 596 do CPP, aponta no sentido de que não há título executivo válido à sua manutenção (pena restritiva de direitos é substitutiva de pena privativa de liberdade = agente que está preso e em sendo agraciado com a substituição não pode continuar segregado, com interposição de recurso contra tal decisão), sendo certo que nenhuma privação de liberdade pode extrapolar o conteúdo do título que delimita sua própria potência executiva; vale dizer, 'nenhuma medida de privação de liberdade prévia ao trânsito em julgado será legítima caso extrapole a pena em extensão ou em qualquer de suas modalidades, não se admitindo, nesse contexto, prisão mais grave do que aquela que decorreria da própria pena' (Revista Brasileira de Ciências Criminais, 19/375).

"Neste sentido, o colendo Superior Tribunal de Justiça, escrevendo sobre o acirramento do regime inicial imposto na condenação, já assentou que 'o Estado não pode exigir cumprimento da pena diferente da imposta na sentença' (RHC n. 2.641-1/RS, rel. Min. Vicente Cernicchiaro, in DJU de 30/3/93, pág. 11.791, apud Revista Brasileira de Ciências Criminais, 19, pág. 407, n. 20.4)" (fls. 85/86).

2. Diante do exposto, concede-se a ordem para confirmar a liminar.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Maurílio Moreira Leite. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justi-

ça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 9 de novembro de 1999.

Jorge Mussi,
Presidente com voto;
Nilton Macedo Machado,
Relator.

HABEAS CORPUS N. 00.000812-5, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

Relator: Des. Torres Marques

Habeas corpus — Prisão em flagrante — Tráfico ilícito de entorpecentes — Residência fixa, trabalho lícito e filho menor doente — Crime hediondo — Impossibilidade de concessão de liberdade provisória com ou sem fiança e prisão provisória domiciliar — Análise de prova na via estreita do writ inviável — Ordem denegada.

Impossível a concessão de habeas corpus para transformar pedido de liberdade provisória, expressamente proibido aos crimes apontados na Lei n. 8.072/90, independente dos bons predicados da paciente e da saúde precária de filho menor, em pedido de prisão domiciliar, incompatível com a prisão provisória.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 00.000812-5, da comarca de Balneário Camboriú, em que é impetrante o Dr. Roberto Antônio de Souza, sendo paciente Fabielle da Camino:

ACORDAM, em Câmara de Férias, por maioria de votos, denegar a ordem.

I — Relatório

Trata-se de habeas corpus impetrado pelo advogado Roberto Antônio de Souza, em favor de Fabielle da Camino, presa em flagrante na comarca de Balneário Camboriú, por infração ao art. 12 da Lei n. 6.368/76, alegando estar sofrendo constrangimento ilegal haja vista não ter partici-

pado do crime. Sustenta, ainda, que o auto de prisão em flagrante foi homologado sem a devida fundamentação, e que possui residência fixa e trabalho lícito, temendo, também, pela saúde de seu filho.

A liminar foi negada (fls. 26).

Solicitadas informações, prestou-as a autoridade dita coatora (fls. 90).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Procurador Robison Westphal, opinou pela denegação da ordem.

II — Voto

1. O argumento utilizado objetivando, por dedução, o trancamento da ação penal, qual seja, o de que "a

paciente não é traficante de drogas, sendo que não sabe como aquele papete de cocaína foi parar na sua bolsa" (fls. 3), não pode prevalecer.

A doutrina e jurisprudência dominantes têm firmado-se no sentido de que "sendo o habeas corpus medida célere por sua própria natureza, é defeso apreciação antecipada de prova, de modo que ausência de tipicidade, somente poderá ser devidamente esclarecida durante a instrução criminal, através de uma análise mais acurada das provas" (HC n. 97.010733-1, de São José, rel. Des. Álvaro Wandelli, j. 7/10/97).

2. Quanto aos bons predicados da paciente, como residência fixa e trabalho lícito, esta Casa já firmou entendimento de que tais não se constituem óbice à manutenção da prisão em flagrante, devidamente homologada, sendo certo que "o Código de Processo Penal não reclama que o Magistrado, na homologação do flagrante, profira verdadeiro despacho de prisão preventiva, bastando exame formal do auto de prisão em flagrante; se se entender válido e amparado no art. 5º, LXI, da CF (ninguém será preso se não em flagrante delito...) continuará a produzir efeitos" (HC n. 99.015076-3, de Rio do Sul, rel. Juiz Nilton Macedo Machado, j. 14/9/99); ainda mais tratando-se de crime de tráfico ilícito de entorpecentes, aos quais os rigores da Lei dos Crimes Hediondos tornaram defesa a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança.

3. Por outro lado, data venia do entendimento do ilustre Relator, inviável a tentativa de responder ao processo em "regime domiciliar", como

forma de obtenção de liberdade provisória, "para evitar danos de difícil e incerta reparação ao filho" (fls. 33), eis que não há previsão legal para o benefício em se tratando de preso provisório, não tendo a sentença transitado em julgado.

Dispõe a Lei de Execução Penal:

"Art. 117 — Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:

"I — condenado maior de 70 (setenta) anos;

"II — condenado acometido de doença grave;

"III — condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;

"IV — condenada gestante".

Julio Fabbrini Mirabete ao comentar o citado artigo ressalta que "a prisão domiciliar é uma espécie reservada aos condenados que cumprem pena em regime aberto, sendo absolutamente incompatível com outro (semi-aberto ou fechado). Assim, por exemplo, não basta estar acometido por doença grave para obter o benefício" (Execução Penal, Atlas, 6ª ed., São Paulo, 1996, pág. 275).

Destina-se, portanto, a prisão domiciliar, aos casos em que não há, na comarca, prisão albergue destinada aos condenados ao cumprimento de penas em regime aberto, bem como na inexistência de prisão especial, nos casos previstos em lei.

Assim, presa a paciente em flagrante e denunciada pela prática de crime equiparado a hediondo, insuscetível de concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, e cum-

primento de pena em regime integralmente fechado o que, neste caso, é diretamente incompatível com a exigência do art. 117 da LEP, em que o beneficiário deve ser condenado em regime aberto, é impossível o acolhimento da pretensão.

Repita-se, a prisão domiciliar é peculiar ao regime aberto e pressupõe, pois, o trânsito em julgado da sentença condenatória. Além disso, o narcotráfico, dada a equiparação a crime hediondo, só tolera a progressão de regime depois da ultrapassagem do interstício do livramento condicional, não cabendo, por conseguinte, antes do resgate de 2/3 da pena, cogitar-se do albergamento, sob a modalidade domiciliar.

Sobre a impossibilidade de concessão de prisão domiciliar, aos condenados por crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, *mutatis mutandis*, já decidiu esta Casa:

“Estando a lactante presa em razão de sentença condenatória por crime considerado hediondo, cujo regime de cumprimento da pena é integralmente fechado, não faz jus à prisão domiciliar, ainda que possua filho menor, este que, por falta de instalações adequadas, não pôde ficar em sua companhia; a modalidade prisional só é admitida para os casos em que o agente é beneficiário de regime aberto, nas hipóteses previstas no art. 117 da LEP” (HC n. 97.011134-7, de Imituba, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. 7/10/97).

Assim, impossível a concessão da ordem para transformar pedido de liberdade provisória, expressamente proibido aos crimes apresentados na Lei n. 8.072/90, em pedido de prisão

domiciliar, incompatível com a prisão provisória.

Ademais, não se tem notícia nos autos de que houve pedido idêntico na origem, onde poderia ser apreciado com melhor consideração da situação da paciente.

III — Decisão

Diante do exposto, denega-se a ordem.

Participou do julgamento, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Cesar Abreu. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Robison Westphal.

Florianópolis, 31 de janeiro de 2000.

João José Ramos Schaefer,
Presidente com voto;
Torres Marques,
Relator designado.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Cesar Abreu:

Ementa aditiva:

Habeas corpus. Prisão em flagrante. Crime hediondo. Tráfico de entorpecentes. Liberdade provisória. Viabilidade na hipótese de excesso de acusação ou quando ausentes os motivos ensejadores da segregação preventiva. Precedentes do STJ atenuando o rigor da Lei n. 8.072/90. Concessão da ordem para o restabelecimento do status libertatis.

“Não devemos somente obedecer às leis, mas também vivificá-las e cooperar para que se renovem. O respeito da legalidade representa só um aspecto, e não o mais elevado, de

nossa missão humana: visto que mediante a legalidade de hoje compete-nos preparar a de amanhã, realizando com 'perpétuo trabalho' aquela idéia de justiça que, imanente e sempre renascente em nosso espírito, se encontra em todas as leis, sem se esgotar em nenhuma" (Giorgio Del Vecchio, *A Justiça*, SP, Saraiva, 1960, pág. 160).

"A simples invocação da Lei n. 8.072/90, mesmo em se tratando de infração ao art. 12 da Lei n. 6.368/76, de acordo com o entendimento pretoriano, não autoriza a negativa de liberdade provisória, se reunidos os requisitos à obtenção do benefício legal. É mister a demonstração da necessidade concreta da medida restritiva" (STJ — 6ª Turma, rel. Min. Fernando Gonçalves, RHC n. 8.644 — Paraná, j. 3/8/99, DJU 23/8/99).

Divergi da douta maioria, por entender inexistir óbice, no caso concreto, à concessão da liberdade provisória, a despeito de reconhecer a constitucionalidade da Lei n. 8.072/90.

A denúncia oferecida, embora tenha capitulado o delito como tráfico de entorpecentes, não é impeditiva à libertação da paciente, quando se mostre razoável ao Magistrado um antecipado reconhecimento do excesso de acusação, ou mesmo quando ausentes os motivos para a segregação cautelar.

Frederico Marques (Elementos, II/163, n. 345) acentua que "A acusação penal causa transtornos de tal ordem na vida das pessoas que não é possível aceitar-se a afirmação, que aparentemente o sistema permite, de que a imputação é só uma proposta,

apenas a abertura da via judicial para a devida e definitiva investigação dos fatos, que o princípio da presunção de inocência basta para resguardar o acusado etc. Na verdade, a imputação é em si um grave gravame".

Há, portanto, necessidade de que se exerça algum controle na opinião delicti que o Ministério Público espelha na denúncia, principalmente quando há reflexos no status libertatis das pessoas.

Examinando-se o inquérito, base da denúncia, não se pode negar a existência de elementos para o seu oferecimento. Há indicativo, pelo testemunho policial, da cooperação emprestada pela paciente. Houve, ainda, a apreensão de um "papelote" de cocaína no interior de sua bolsa.

Evidente que, de plano, não há que se falar em excesso de acusação, embora não esteja descartada a possibilidade de desclassificação ou mesmo absolvição da paciente.

Nesse contexto não há dúvida que a Lei n. 8.072/90, ao prever restrições ao status libertatis aos autores dos delitos que enumera, acabou estabelecendo tratamento isonômico a situações desiguais, cujas peculiaridades mereceriam tratamento diverso.

Entre outras situações que geram perplexidade, dispensou igual rigor ao traficante de alto escalão, o abjeto comerciante de drogas, ao eventual fornecedor de um cigarro de maconha ao amigo usuário.

A todos recusou, indistintamente, o direito à liberdade provisória.

Essa igualdade de tratamento para situações amplamente desiguais

é que tem angustiado os aplicadores do direito, principalmente aos positivistas que, guiados pela lei, no caso ditada mais por impulsos emocionais ou passionais de uma época de crescente criminalidade, acabam por lhe conferir aplicação cega, embora reconheçam que a severidade no trato da questão não se faz necessária em todos os casos, nem se mostra sensato que assim o seja. É que não se pode igualar o criminoso contumaz com aquele que ocasionalmente violou a norma ou infringiu o seu preceito.

Daí a necessidade, sem arrotar a lei, de se prestigiar o poder criador do juiz. O juiz, levando em conta a lei, mas indagando ao mesmo tempo sua consciência e sopesando as circunstâncias do caso concreto, dá continuidade ao trabalho do legislador dirigindo a norma à sua finalidade, que não pode ser outra que não a justiça.

Giorgio Del Vecchio ensina que "Não devemos somente obedecer às leis, mas também vivificá-las e cooperar para que se renovem. O respeito da legalidade representa só um aspecto, e não o mais elevado, de nossa missão humana: visto que mediante a legalidade de hoje compete-nos preparar a de amanhã, realizando com 'perpétuo trabalho' aquela idéia de justiça que, imanente e sempre renascente em nosso espírito, se encontra em todas as leis, sem se esgotar em nenhuma"(in *A Justiça*, SP, Saraiva, 1960, pág. 160).

Ora, no Estado de Direito a liberdade é prerrogativa fundamental do cidadão, portanto, vigora o princípio de que o réu tem direito de livre aguardar o seu veredicto. Excepcionalmente cabe a custódia, sempre

inspirada e tendo por base o juízo da necessidade.

Pois bem, o Superior Tribunal de Justiça, atento às peculiaridades de cada caso, vem atenuando o rigor da Lei n. 8.072/90, considerados os princípios constitucionais que regem a matéria, quais sejam, liberdade provisória, presunção de inocência e obrigatoriedade de fundamentação das decisões. Assim, a liberdade tem sido reiteradamente restaurada nas hipóteses em que a custódia estiver justificada exclusivamente pela configuração do crime hediondo, sem outra demonstração de sua real necessidade.

Nesse sentido:

"O fato de tratar-se de crime hediondo, isoladamente, não é impeditivo da liberdade provisória, haja vista os princípios regentes da matéria (liberdade provisória, presunção de inocência e obrigatoriedade de fundamentação das decisões). Faz-se mister, então, que, ao lado da configuração idealizada pela Lei n. 8.072/90, seja demonstrada também a necessidade da prisão, in casu evidenciada para assegurar a aplicação da lei penal" (STJ — 6ª Turma, rel. Min. Fernando Gonçalves, HC n. 9.138 — Minas Gerais, j. 30/6/99, DJU de 16/8/99).

Ou ainda:

"Se há séria dúvida quanto ao acerto da classificação jurídica dos fatos, se é caso de 'trazer consigo' para tráfico, ou para mero uso da droga, tem-se que tal situação favorece ao réu, sem antecedentes criminais, justificando-se possa acompanhar a ação penal em liberdade" (STJ — 6ª Turma, rel. Min. Anselmo Santiago, RHC n.

7.655 — Rio de Janeiro, j. 13/10/98, DJU 16/11/98).

“A simples invocação da Lei n. 8.072/90, mesmo em se tratando de infração ao art. 12 da Lei n. 6.368/76, de acordo com o entendimento pretoriano, não autoriza a negativa de liberdade provisória, se reunidos os requisitos à obtenção do benefício legal. É mister a demonstração da necessidade concreta da medida restritiva” (STJ — 6ª Turma, rel. Min. Fernando Gonçalves, RHC n. 8.644 — Paraná, j. 3/8/99, DJU 23/8/99).

E finalmente:

“Segundo o comando expresso no parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal, o Juiz concederá liberdade provisória ao réu preso em flagrante se constar a inoccorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva.

“A decisão que nega a liberdade provisória ao preso em flagrante deve ser fundamentada, com indicação objetiva de fatos concretos susceptíveis de causar prejuízo à ordem pública ou à instrução criminal, bem como pôr em risco a aplicação da lei penal, situando-se na mesma linha daquela que decreta a prisão preventiva.

“A circunstância única de ter sido o réu preso em flagrante por tráfico de droga não impede a concessão de liberdade provisória, em face do princípio Constitucional da presunção de inocência” (STJ — 6ª Turma, rel. Min. Vicente Leal, RHC n. 7.834 — Rio Grande do Sul, j. 17/9/98, DJU 26/10/98).

Ora, esse posicionamento do STJ impõe a compreensão de que corolário dos princípios do devido pro-

cesso legal, da presunção de inocência e da liberdade provisória, consagrados na Constituição da República, a regra geral é responder o processo em liberdade, a exceção, responder preso.

O eminente Magistrado, ao examinar e homologar o flagrante, descartou, de plano, a viabilidade da concessão da liberdade provisória, sob o fundamento único de tratar-se de crime hediondo.

Essa circunstância, isoladamente, me fez divergir da douta maioria, uma vez que ausente qualquer fundamentação objetiva quanto à necessidade da permanência da custódia carcerária.

Invoquei, apenas a título de argumentação, a possibilidade, em alguns casos, quando indicado o regime aberto de pena, do cumprimento da prisão provisória em regime domiciliar, invocando precedente do STJ, da lavra do Min. Luiz Vicente Cernicchiaro (HC n. 4848/RJ, DJU 16/12/96, pág. 50.952) e a orientação doutrinária de Julio Fabbrini Mirabette (Execução Penal, Comentários ao art. 117 da Lei n. 7.210/84). Ressaltei a situação de angústia retratada pelos pareceres médicos, que assinalavam que o único filho da paciente, com apenas 2 (dois) anos, está a sofrer, fruto do afastamento do seu convívio, “distúrbio emocional”, apresentando sintomas de “insônia”, “agitação”, “anorexia” e “perda de peso”, apontando as soluções alternativas, objetivando compatibilizar o interesse do menor, que se sobrepõe a qualquer outro interesse juridicamente tutelado, com o da justiça. A minha manifestação de voto, entretanto, foi no sentido da con-

cessão da ordem para soltura da paciente, até porque este o objetivo perseguido no writ, já que reunidos os requisitos para concessão da liberdade provisória.

Por esses fundamentos, votei pela concessão da ordem.

Cesar Abreu.

APELAÇÕES CRIMINAIS

APELAÇÃO CRIMINAL N. 98.009146-2, DE ITAJAÍ

Relator: Des. Alberto Costa

Crime contra o patrimônio — Roubo triplamente qualificado e formação de quadrilha ou bando — Recursos, acusatório visando à condenação dos réus no crime praticado contra uma das vítimas e o acréscimo da pena cominada pelo reconhecimento de três qualificadoras do delito; da defesa de dois apelantes pretendendo a absolvição dos crimes de roubo e formação de quadrilha ou bando; e de outro apelante visando à absolvição quanto ao crime de formação de quadrilha ou bando — Delitos devidamente configurados à vista da confissão dos meliantes, tomada com as cautelas legais, e demais elementos probatórios — Teses defensivas rechaçadas — Recursos defensivos desprovidos — Pena-base fixada com critério — Presença, no entanto, de três qualificadoras do roubo — Circunstância que justifica o aumento da pena no quantum máximo cominado, 1/2 (metade) — Agravante da reincidência que não interfere na dosagem da pena de multa — Recurso ministerial parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 98.009146-2, da comarca de Itajaí (2ª Vara), em que é apelante e apelada a Justiça, por seu Promotor, sendo apelados e apelantes Júnior Eurípedes dos Santos e outros:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, negar provimento aos recursos defensivos e, no tocante ao recurso ministerial, dar-lhe provimento parcial para majorar as reprimendas irrogadas.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Itajaí, 2ª Vara Criminal, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Júnior Eurípedes dos Santos, vulgo "Júnior", Newton Ribeiro Alves ou Newton Alves, Waldomiro Freitas de Carvalho, vulgo "Santista" ou "Miro", Alexandre Gofferman, vulgo "Carioca", Ricardo, vulgo "Gaúcho", Pedro Oliveira, vulgo "Bichinha", e Erli Régis, dando-os como incurso, os cinco primeiros, nas sanções do artigo 157, § 2º, incisos I, II e V (duas vezes), c/c o artigo 288, parágrafo único, e art. 69, todos do Código Penal; Pedro Oliveira nas sanções do artigo 157, § 2º, incisos I, II e V, c/c os artigos 288, parágrafo único, 29 e 69, todos do Digesto Penal; e Erli Régis nas sanções do artigo 180, caput, do Codex Poenales, porque, segundo narra a exordial acusatória: "(...) que os denunciados Júnior Eurípedes dos Santos, Newton Alves, Waldomiro Freitas de Carvalho, Alexandre Gofferman e Ricardo, após prévios contatos, em conluio, fortemente armados com revólveres e pistolas e associados com o intuito de praticarem assaltos, dirigiram-se, no dia 28 de setembro do corrente ano (1997), por volta das 23h30min, à residência da primeira vítima, Ivanor Colpo, residente na Rua 240, apto. 701, Meia Praia, cidade de Itapema/SC, onde, este, após descer de seu automóvel, foi abordado pelos denunciados, conduzido ao seu apartamento, local onde foi rendido junto com toda a sua família.

"Nessa ocasião, a vítima, sob ameaça de morte, forneceu a senha de seu cartão magnético do Banco Bradesco a dois dos denunciados que dirigiram-se, no carro da vítima, ao estabelecimento bancário para sacar

certo valor em dinheiro no posto eletrônico.

"Após sacarem a quantia limite de R\$ 600,00 (seiscentos reais), retornaram ao apartamento da vítima, onde lá haviam permanecido os outros denunciados.

"No local, descobrindo que a vítima Ivanor Colpo era gerente do Banco Bradesco, forçaram-no, ainda sob ameaça de morte, a irem ao referido estabelecimento bancário para que ele abrisse o cofre da agência, de onde foi subtraída a quantia de R\$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos reais) e o revólver, calibre 38, pertencente ao segurança do banco que estava guardado também no cofre.

"Na seqüência, os denunciados retornaram ao apartamento da vítima, onde, após amordaçarem todos, fugiram com o veículo dessa, um GM/Vectra, cor branca, com placa LXY 2892, levando, ainda, o aparelho celular com número 047-9856371 de propriedade da vítima, a bolsa de sua esposa, bem como diversas chaves.

"De lá, os denunciados Júnior Eurípedes dos Santos, Newton Alves, Waldomiro Freitas de Carvalho, Alexandre Gofferman e Ricardo retornaram ao apartamento do também denunciado Pedro Oliveira, situado em Balneário Camboriú/SC, local onde estavam hospedados e onde planejavam e discutiam sobre o assalto que seria efetuado no Hipermercado Vitória da cidade de Itajaí, tudo com o conhecimento e proteção do último.

"No dia seguinte, 29/9/97, às 7 horas, após trocarem as placas do veículo subtraído no dia anterior, e de posse do automóvel emprestado por Pedro Oliveira, um veículo Fiat/Elba,

placa LWR 9002, os denunciados Júnior Eurípedes dos Santos, Newton Ribeiro Alves ou Newton Alves, Waldomiro Freitas de Carvalho, Alexandre Gofferman e Ricardo, ainda em conluio e fortemente armados com revólveres e pistolas, dirigiram-se à matriz do Hipermercado Vitória, situada na Av. Marcos Konder, 227, nesta cidade de Itajaí, para darem início ao planejado assalto.

“Foi usado, também, para a empreitada criminosa, um veículo Fiat/Palio-ED, placa LZA 8849, locado por Alexandre Gofferman, usando de identidade falsa com o nome de Ronaldo Vasconcelos, junto à locadora de automóveis ‘Lides’. Para tanto, contou com o respaldo do denunciado Pedro Oliveira, conforme Contrato de Locação de fls. 76.

“Cumpre-se aqui ressaltar que os denunciados já conheciam toda a rotina do Hipermercado (horários, pessoas que lá adentravam etc.), pois ficaram algumas semanas espreitando o movimento no local e sabiam que nesse dia um carro-forte iria apanhar o dinheiro arrecadado pelo estabelecimento durante a semana.

“Chegando ao Hipermercado Vitória, às 7h45min, os denunciados renderam os funcionários que lá chegavam, os quais eram colocados em uma sala sob grave ameaça.

“Na ocasião, forçaram a chefe do setor financeiro, Tânia Rosângela Martins, a abrir o cofre do estabelecimento, onde de lá subtraíram diversos malotes, que continham em seu interior a quantia de R\$ 695.791,00 (seiscientos e noventa e cinco mil e setecentos e noventa e um reais), computados cheques, dinheiro em espécie (incluí-

do moeda nacional e estrangeira — dólares) e tickets (vales alimentação), montante este arrecadado pelas filiais e matriz do Hipermercado e que lá se encontrava armazenado, aguardando a chegada do carro-forte para ser transportado ao Banco.

“No interior dos malotes havia, ainda, notas fiscais, papéis e documentos do Hipermercado.

“Subtraíram, ainda, do interior do cofre, diversas armas pertencentes aos seguranças do estabelecimento, consistentes de revólveres, calibres 32 e 38, bem como diversas munições.

“No decorrer do assalto, lesionaram, com uma coronhada, o assessor financeiro do Hipermercado Vitória, Mário César Sandri, conforme faz prova o ‘Auto de Exame de Corpo-delito’ de fls. 165.

“Após o assalto, os denunciados Júnior Eurípedes dos Santos, Newton Ribeiro Alves ou Newton Alves, Waldomiro Freitas de Carvalho, Alexandre Gofferman e Ricardo evadiram-se do local, dirigindo-se ao apartamento de Pedro Oliveira onde, sob sua proteção e conhecimento, repartiram o produto do roubo.

“Na seqüência, cada um dos denunciados tomou rumo diverso, ficando Pedro Oliveira e Ricardo incumbidos de queimar e pôr fim aos papéis, notas fiscais e documentos subtraídos, o que efetivamente ocorreu, conforme faz prova o ‘Laudo Pericial’ de fls. 167/174.

“O veículo GM/Vectra, de propriedade de Ivanor Colpo, tomado em assalto, em Itapema/SC, no dia anterior, foi abandonado no estacionamento dos fundos da Empresa de Materiais

de Construção Antônio Bittencourt, situada na Rua Brusque, nesta cidade de Itajaí, e continha placas frias — LYL 3222.

“Vários tickets (vales alimentação) ficaram em poder do denunciado Júnior Eurípedes dos Santos, conforme ‘Auto de Exibição e Apreensão’ de fls. 108/110.

“As armas subtraídas do Hipermercado foram comercializadas pelos primeiros denunciados com Erli Régis, o qual adquiriu-as sabendo serem produto de crime, conforme faz prova o ‘Termo de Apreensão’ de fls. 70/71” (fls. 3/6).

Durante a instrução, a Dra. Juíza a quo, a fls. 417/v., decretou a revelia dos acusados Alexandre Gofferman, Ricardo e Erli Régis, pois, embora citados por edital, não compareceram para o interrogatório, sendo, posteriormente (fls. 560), suspensos o processo e o prazo prescricional, de conformidade com o disposto no artigo 366 do Código de Processo Penal, com a nova redação dada pela Lei n. 9.271/96.

Concluída a instrução criminal, a Dra. Juíza sentenciou, condenando Júnior Eurípedes dos Santos, Newton Alves e Waldomiro Freitas de Carvalho às penas de 7 (sete) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, e 20 (vinte) dias-multa, por infringirem o disposto no artigo 157, § 2º, incisos I, II e V, c/c os artigos 288, parágrafo único, 29 e 69, 61, inciso I, e 65, inciso III, letra d, todos do Código Penal (em relação ao Hipermercado Vitória), e absolvendo-os das imputações do artigo 157, § 2º, incisos I, II e V (em relação à vítima Ivanor Colpo), com fundamento no artigo

386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

O acusado Pedro Oliveira foi absolvido das imputações que lhe foram feitas, com fulcro no artigo 386, inciso VI, do Pergaminho Instrumental Penal.

Irresignados, o representante do Ministério Público e os acusados Júnior Eurípedes dos Santos, Waldomiro Freitas de Carvalho e Newton Alves apelaram.

O Órgão Ministerial pugna pela condenação dos réus apelantes pelo roubo praticado contra a vítima Ivanor Colpo, em virtude de restar comprovado, nos autos, terem participado da empreitada criminosa.

Requer, também, a aplicação da pena-base acima do mínimo legal, por serem desfavoráveis aos réus as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, e o aumento definitivo da reprimenda de metade ou entre 1/3 (uma terça) parte e 1/2 (metade) em face do reconhecimento de três qualificadoras do delito.

O acusado Newton Alves requer seja absolvido da prática do delito previsto no artigo 288 do Código Penal, pois não restou caracterizado no caso sub judice, à falta de estabilidade e permanência dos réus para a prática reiterada de crimes.

Os acusados Júnior Eurípedes dos Santos e Waldomiro Freitas de Carvalho objetivam a absolvição, alegando não restar comprovado terem praticado o roubo no Hipermercado Vitória e, tampouco, o delito previsto no artigo 288 do Código Penal.

Oferecidas as contra-razões, os autos ascenderam a esta Superior

Instância e foram com vista à douta Procuradoria-Geral de Justiça que, em parecer subscrito pelo Dr. Gilberto Callado de Oliveira, opinou pelo desprovimento dos recursos interpostos pelos réus e provimento parcial do recurso ministerial, para adequar as reprimendas irrogadas.

Os recursos defensivos não merecem provimento.

Como muito bem ressaltado no parecer de fls. 673/674, que se adota como razão de decidir, “a respeitável sentença recorrida não merece qualquer reparo, eis que bem analisada a prova para concluir:

‘I) Pela condenação do segundo roubo descrito na peça vestibular e do crime de quadrilha. Deles fizeram a confissão os três apelantes, relatando que alugaram um apartamento para o fim de cometer os assaltos (‘havia alguma coisa para fazer nesta cidade’ — fls. 379; vide também fls. 155, 193, 210, 145/147, 157/161, 375/380), e, dentre tantas particularidades: — o prévio ajuste, entre eles, do roubo, ‘no apartamento alugado’ (fls. 375v.); — o fato de irem ‘para o assalto vestidos de terno e gravata’ (fls. 377v.); — os malotes trazidos pelos ‘acusados Júnior e Newton’ (fls. 379v.); — o dinheiro contado (‘e tinha 85 mil reais’ — fls. 379v.). Essas confissões valem pela riqueza de detalhes nelas contidas e porque corroboradas por outros elementos de provas, tais como os autos de reconhecimento (fls. 26, 29, 32 e 35) e as declarações dos empregados do hipermercado (fls. e fls.).

‘II) Pela absolvição do primeiro roubo descrito na denúncia. Nada há na instrução probatória que revele, ainda por indícios, a autoria. Quando

muito se tem prova dubitativa estereotipada no depoimento da própria vítima Ivanor Colpo, verbis: ‘Que não tem condições de descrever qualquer traço físico dos elementos (...) o informante não sabe apontar com exatidão os assaltantes’ (fls. 554/555).”

Com efeito, a prova coligida, emanada da confissão dos apelantes, autos de reconhecimento constantes do processo e declarações dos empregados do hipermercado vítima, confirma a participação dos apelantes e seus asseclas no assalto descrito na denúncia, a configurar o crime de roubo triplamente qualificado.

Por isso, não há como atender o pleito absolutório.

De outra parte, no que tange ao recurso do Órgão Ministerial, merece ele ser provido, mas apenas em parte, e isto porque, embora se reconheça, bem ao contrário do pretendido pela nobre acusação, que a pena-base individualizada a cada um dos apelantes pela prática do crime de roubo ao Hipermercado Vitória, tenha sido fixada criteriosamente, o mesmo já não se pode afirmar relativamente à quantificação decorrente da comparação das três qualificadoras do roubo.

É que a ilustre Magistrada, na terceira fase da dosimetria, ainda que reconhecendo a presença de três qualificadoras do roubo, optou pela fixação do aumento mínimo, de 1/3 (um terço), máxime quando se reconhece que, em sede de delitos de roubo, a presença de três qualificadoras já justifica o aumento da pena, no máximo, isto é, na metade.

Nessa diretiva, já decidiu o Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, in verbis:

“— Em delitos de roubo, ocorrendo a presença de uma só qualificadora, o aumento da pena deverá ser o mínimo (1/3); já quando se apresentarem duas, será defeso permanecer no mínimo, por igualar situações desiguais, e deve ser reservada para a hipótese de estarem presentes três qualificadoras, ou para casos especiais, tais como o número elevado de agentes, organização de profissionalidade delinqüencial, entre outros” (RJDTACrim 24/314).

Na espécie dos presentes autos, uma vez presentes três qualificadoras do roubo, o aumento da reprimenda na terceira fase da dosimetria da pena impõe-se fixado na metade.

Nessa conformidade, mantendo a pena-base fixada no decimum objugado, individualmente no mínimo legal, isto é, em 4 (quatro) anos de reclusão, porque bem estabelecida; aumentada na segunda fase em 1 (um) ano, somando 5 (cinco) anos, em face da presença da agravante da reincidência (art. 61, I, CP), e diminuída, ainda, nessa segunda fase de 6 (seis) meses, totalizando 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses ante a comparência da atenuante da confissão espontânea (CP, art. 65, III, d); finalmente, na terceira fase da fixação da pena, em virtude de estarem presentes três qualificadoras do roubo (art. 157, § 2º, I, II e V, do CP), aumenta-se a pena acima já quantificada, de metade, ou seja,

de 2 (dois) anos e 3 (três) meses, totalizando a pena individualmente imposta aos apelantes em 6 (seis) anos e 9 (nove) meses de reclusão.

No tocante à pena pecuniária, fica fixada básica e individualmente em 10 (dez) dias-multa, conforme posto na decisão recorrida, aumentada, no entanto, de metade, isto é, de 5 (cinco) dias-multa, em face da presença das causas de especial aumento consignadas nos incisos I, II e V do § 2º do artigo 157 do CP, totalizando 15 (quinze) dias-multa, cada dia no valor mínimo legal, impendendo enfatizar, à guisa de instrução, que a agravante da reincidência não interfere na pena de multa.

Por todo o exposto, à unanimidade, decidiu a Câmara negar provimento aos recursos defensivos e, no tocante ao recurso Ministerial, dar-lhe provimento parcial, apenas para majorar as reprimendas irrogadas.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Jorge Mussi e Maurílio Moreira Leite. Lavrou o parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Gilberto Callado de Oliveira.

Florianópolis, 23 de novembro de 1999.

Alberto Costa,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 98.017734-0, DE CRICIÚMA**Relator: Des. Alberto Costa**

Crimes contra a saúde pública e porte ilegal de arma — Tráfico de entorpecentes e associação — Cocaína — Infração aos artigos 12 e 14 da Lei n. 6.368/76, e artigo 10 da Lei n. 9.437/97 — Recurso defensivo — Preliminares de nulidade do processo, por vulneração ao disposto no artigo 22 da Lei de Tóxicos, e não ter a defesa sido intimada para participar e fazer perguntas no interrogatório do co-réu — Mérito objetivando a absolvição, sob os seguintes argumentos: a droga apreendida com a ré, em pequena quantidade, pertencia ao réu varão e se destinava a uso próprio; não importar confissão tácita, o fato de o acusado não prestar depoimento na polícia; inconfiguração dos delitos previstos nos artigos 14 da Lei Antitóxicos, e 10 da Lei n. 9.437/97 — Pleito alternativo de desclassificação do delito previsto no artigo 12 para o 16 da Lei n. 6.368/76 — Preliminares de nulidade rechaçadas — Teses absolutórias em relação aos delitos previstos nos artigos 12 da Lei de Tóxicos, e 10 da Lei n. 9.437/97 improcedentes, sendo inviável a desclassificação pretendida — Prova autuada, emanada não só nas palavras do co-réu, mas, também, nos depoimentos prestados pelos policiais e testemunhas, demonstratória de que o material tóxico apreendido pertencia aos acusados e se destinava ao comércio — Réu varão portador de dependência toxicológica ao uso de cocaína — Circunstância que não afasta a sua condição de traficante — Inconfiguração do delito previsto no artigo 14 da Lei Antitóxicos, ante a falta de prova da existência de um vínculo associativo permanente entre os acusados para a prática da narcotraficância — Absolvição quanto a este delito decretada — Recurso defensivo parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 98.017734-0, da comarca de Criciúma (2ª Vara), em que são apelantes Alzira Souza da Silva e Sérgio Martinello, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime,

afastar as preliminares e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso para absolver os apelantes do artigo 14 da Lei n. 6.368/76, mantidas as demais cominações da sentença.

Custas legais.

Na comarca de Criciúma, 2ª Vara Criminal, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia

contra Paulo Roberto da Rosa Góes, vulgo "Beto", Alzira Souza da Silva e Sérgio Martinello, dando-os como incurso, o primeiro, nas sanções do artigo 16 da Lei de Tóxicos, a segunda, nas penas dos artigos 12, c/c o 14, ambos da Lei n. 6.368/76, e o último, nas reprimendas dos artigos 12, c/c o 14, ambos da Lei Antitóxicos, e artigo 10 da Lei n. 9.437/97, porque, segundo narra a exordial acusatória: "No dia 8 de abril de 1998, por volta das 18h45min, policiais civis lotados na 1ª Delegacia de Polícia de Criciúma, comandados pelo Delegado Clóvis de Oliveira Nosse, dirigiram-se até a Vila Olímpica, nesta Cidade, a fim de efetivar uma operação 'antidrogas' e averiguar a notícia de que o bar de propriedade de Sérgio Martinello, sito em tal localidade, era ponto ilegal de comercialização de substâncias entorpecentes.

"Lá chegando, o policial civil José Carlos Hawerth surpreendeu o denunciado Paulo Roberto da Rosa Góes quando o mesmo se encontrava no interior do banheiro do referido estabelecimento comercial, trazendo consigo, sem autorização e em desacordo com as disposições legais e regulamentares, além de um canudo de papel, 0,37g (trinta e sete centigramas) de cocaína, substância entorpecente capaz de causar dependência física e/ou psíquica e que Paulo Roberto se preparava para consumir naquele instante pois a havia adquirido momentos antes da denunciada Alzira pelo preço de R\$ 10,00 (dez reais).

"Na mesma oportunidade, os policiais civis que efetuavam a busca apreenderam em poder da denunciada Alzira Souza da Silva, acondicionados em invólucros plásticos da cor

verde e transparente e guardados dentro da bolsa de propriedade da mesma 3 (três) papéletes contendo em seu interior 3,2g (três gramas e dois decigramas) de cocaína, substância entorpecente da natureza antes mencionada e que tem uso proibido em todo o território nacional de acordo com a Portaria n. 28 de 13 de novembro de 1986 da Dimed/MS e que Alzira e Sérgio se associavam para comercializar.

"Entretanto, na divisão de tarefas entre os denunciados Alzira de Souza da Silva e Sérgio Martinello, ficara combinado que na ausência deste àquela incumbia efetivar a venda de droga aos que iam até o local adquiri-la.

"Prosseguindo, a partir das investigações empreendidas os policiais civis encontraram em poder do denunciado Sérgio Martinello diversas outras mercadorias utilizadas no comércio de substância entorpecente, assim como 1 (uma) bobina de plástico cor bege contendo plásticos transparentes, 2 (dois) pedaços de plástico na cor verde de tamanho grande, 2 (dois) pedaços de plásticos na cor verde cortados em tamanho aproximado de 7cm x 5cm e 1 (um) rolo de fita adesiva de cor azul, materiais estes semelhantes aos utilizados para acondicionar as substâncias entorpecentes apreendidas na ocasião. Além disso, ao ser abordado quando estava no interior de um dos cômodos anexo ao bar de sua propriedade, Sérgio Martinello tinha consigo uma colher de chá inox da marca Hércules contendo vestígios de cocaína.

"Na mesma circunstância foram apreendidas no interior do cômodo

que Sérgio se encontrava e que fica anexo ao bar de sua propriedade, 5 (cinco) folhas de cheque preenchidas e assinadas de diversas agências e Titulares (cheque n. 143090, HSBC Bamerindus, c/c n. 132 07800-6, correntista Cláudio Sérgio Furioni, preenchido no valor de R\$ 10,00; cheque n. 616, Banco do Brasil, c/c n. 33.464-2, correntista Edson Crestani, preenchido no valor de R\$ 30,00; cheque n. 248827, Banco Itaú, c/c 31.355-3, correntista Aguinaldo de Souza, preenchido no valor de R\$ 50,00; cheque n. 011032, Banco Real, c/c n. 0708245-2, correntista Cláudia Márcia Serafim, preenchido no valor de R\$ 50,00; cheque n. 100440, Banco Unibanco, c/c n. 720064-6, correntista Dilson Motta e/ou Ernani Motta, preenchido no valor de R\$ 20,00), além de 3 (três) carteiras de identidade pertencentes a Rafael Berti Zytkeuwisz, Gian Costa Garcia e Luciano Domingos Siqueira, as 2 (duas) últimas pessoas que não se encontravam no local, bem como a carteira funcional n. 3993-4, pertencente a Luciano Domingos Siqueira (termo de apreensão de fls. 16).

“Na ocasião foi apreendido ainda, desta feita em poder do denunciado Sérgio Martinello, um revólver calibre 22, marca Rossi, capacidade para 7 (sete) tiros, a arma de fogo de uso permitido que Sérgio mantinha sob sua guarda sem autorização, em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, sem licença da autoridade competente (termo de apreensão de fls. 16)” (fls. 2/5).

No interrogatório do acusado Paulo Roberto da Rosa Góes (fls. 146/149) o representante do Ministério Público propôs a suspensão condi-

cional do processo, nos termos do art. 89 da Lei n. 9.099/95, a qual foi aceita pelo acusado e seu defensor.

Concluída a instrução criminal, o Dr. Juiz sentenciou, condenando Alzira Souza da Silva às penas de 6 (seis) anos de reclusão, em regime fechado, e 100 (cem) dias-multa, por infração ao disposto nos artigos 12 c/c o 14, ambos da Lei n. 6.368/76, e Sérgio Martinello às penas de 6 (seis) anos de reclusão, em regime fechado, e 100 (cem) dias-multa, por infração ao disposto nos artigos 12 c/c o 14, ambos da Lei Antitóxicos, e 1 (um) ano de detenção, em regime aberto, e 10 (dez) dias-multa, por violação ao disposto no artigo 10 da Lei n. 9.437/97.

Inconformados, os acusados apelaram objetivando a absolvição, alegando, em preliminar, a nulidade do processo por ofensa aos princípios constitucionais do contraditório, da isonomia processual, do devido processo legal e da ampla defesa, além de ser desrespeitado o disposto no artigo 22, caput, da Lei de Tóxicos, pois foi deferido ao Órgão Ministerial inquirir dez testemunhas por ele arroladas na denúncia, sendo este número superior ao determinado em lei, e porque o decisum condenatório está embasado na declaração prestada pelo co-réu, sem que, no entanto, fossem os acusados e a defesa intimados para participarem e fazerem-lhe perguntas.

No mérito, afirmam não estar comprovada a prática da narcotraficância, em virtude da ínfima quantidade de droga apreendida com a ré Alzira, sendo que esta pertencia ao co-réu Sérgio para uso próprio, pois dependente no uso de cocaína, sendo este

fato confirmado pelo exame de dependência toxicológica apensado aos autos.

Ademais, acrescentam que o fato de o réu não prestar depoimento na polícia, não importa em confissão tácita, sendo o silêncio uma garantia prevista no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal.

Por outro vértice, asseguram que o delito do artigo 14 da Lei Antitóxicos não restou configurado, ante a inexistência de ajuste prévio à formação de um vínculo associativo para a prática do delito de tráfico de drogas.

Por derradeiro, sustentam que o delito do artigo 10 da Lei n. 9.437/97 não restou tipificado, pois a perícia efetuada na arma demonstrou que esta não era utilizada, tratando-se de arma antiga.

Alternativamente, pugnam pela desclassificação do delito previsto no artigo 12 para o 16 da Lei n. 6.368/76 em relação ao acusado Sérgio Martinello, ante a sua condição de viciado.

Oferecidas as contra-razões, os autos ascenderam a esta Superior Instância, opinando a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Pedro Sérgio Steil, pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Improcedem as preliminares invocadas no apelo.

De fato, conforme muito bem anotado pelo douto parecerista, Dr. Pedro Sérgio Steil, às fls. 327/328, cuja argumentação se adota como razão de decidir, e bem por isso vai transcrita na forma como segue:

“A primeira preliminar suscita-
da, que diz respeito à superação do

número legal de testemunhas arroladas, não deve ser acolhida, tendo em vista que a oitiva de número de testemunhas de acusação superior ao número estabelecido na lei processual é mera irregularidade, insuscetível de causar qualquer nulidade no processo, mesmo porque cabe ao juiz decidir pela ouvida do número excedente de testemunhas se julgar necessário.

“Nesse sentido é a jurisprudência:

‘Constitui mera irregularidade o fato de terem arrolado na denúncia 11 testemunhas, todas elas ouvidas na instrução, quando a lei fixa, para o caso, o número máximo de oito (art. 398, caput, do CPP). Tal hipótese não está inserida no elenco das nulidades previstas no art. 564 do mesmo estatuto’ (RT 588/307).

“O Pretório Catarinense já decidiu:

‘Testemunhas. Inquirição em número superior ao fixado em lei. Nulidade inócidente.

‘Não constitui nulidade a inquirição de maior número de testemunhas do que o estatuído para determinado procedimento’ (JC 44/362).

“A reclamada irregularidade não tem, portanto, a relevância reclamada pela diligente defesa, quando sustenta o entendimento de que houve vulneração aos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da igualdade entre as partes.

“Na verdade, o princípio preponderante, em se tratando de nulidade processual, é o da verificação do prejuízo à parte, o que, no caso, incorreu, até porque à defesa foi facultada

da a participação na inquirição das questionadas testemunhas arroladas pela acusação.

“Também não constitui nulidade, contrariamente ao que pretendem os apelantes, o fato de não ter sido oportunizada à defesa a participação, através de reperguntas, ao co-réu Paulo Roberto da Rosa Góes, quando o mesmo foi interrogado em Juízo. A tese — diga-se, bem sustentada na apelação —, não encontra amparo na nossa legislação processual, por conta da consideração de que o interrogatório do réu é ato exclusivo do Juiz. Concordamos que é mais consentânea com os princípios constitucionais a inovação pretendida pela defesa, porém de lege ferenda”.

De qualquer modo, torna-se imperioso enfatizar que a condenação dos apelantes no delito de tráfico de entorpecentes não está centrada exclusivamente nas palavras do co-réu Paulo Roberto, mas em outros elementos de provas carreados para os autos apontados na sentença recorrida, tanto que se reconhece que o juiz forma seu convencimento pelo conjunto da prova recolhida.

Quanto ao mérito, melhor não é a sorte dos apelantes, pertinentemente ao réu varão às increpações relativas aos delitos previstos nos artigos 12 da Lei de Tóxicos, e 10 da Lei n. 9.437/97; e, concernentemente à acusada Alzira, à acusação insita no artigo 12 da Lei Antitóxicos.

Na verdade, embora negada pelos apelantes, a autoria respeitante ao delito de tráfico de entorpecentes desponta cumpridamente demonstrada pelo contexto probatório amealhado.

Nesse passo, é bem de ver, como aludiu o ilustre parecerista deste Segundo Grau de Jurisdição, que: “No auto de prisão em flagrante, o policial civil Luiz Carlos Machado asseverou: ‘...na data de hoje, por volta de 18h45min, o declarante participou de uma operação antidroga, comandada pelos delegados de Polícia desta DP, envolvendo, também, os policiais desta Unidade Policial; que a operação se desenvolveu no Bar Vila Olímpica, de propriedade do conduzido Sérgio Martinello, pois a tempo vem havendo denúncias de que lá o mesmo efetua venda de drogas; que as denúncias diziam que Sérgio Martinello era auxiliado pela mulher que trabalha no balcão do referido bar; que chegando no local o declarante encontrou na bolsa de Alzira Souza da Silva, funcionária do bar, três pequenas buchas de pó branco semelhante a cocaína acondicionadas em invólucros plásticos, tanto plástico de cor verde como plástico transparente; que o policial José Carlos Hawerth no banheiro do mesmo estabelecimento apreendeu um papete também com pó branco semelhante a cocaína, com Paulo Roberto da Rosa Góes, que estava prestes a ser consumida, tendo o referido cidadão alegado que acabara de adquirir aquela droga da empregada do bar, Alzira Souza da Silva, por R\$ 10,00...’. E os policiais civis José Carlos Hawerth e Mariene Inês de Guimarães, que também acompanharam a diligência policial no dia dos fatos, narraram os mesmos acontecimentos, confirmando o depoimento transcrito acima.

“O acusado Paulo Roberto da Rosa Góes, que foi surpreendido no banheiro fazendo uso da droga, confessou, tanto na fase policial como em

Juízo, que é usuário de drogas e que tinha conhecimento que no Bar Vila Olímpica se fazia a comercialização da mesma, tendo se dirigido para lá no dia do flagrante e comprado a cocaína de Alzira, e que em outras oportunidades a comprou de Sérgio.

“Além disso, a polícia local noticiou nos autos que haviam informações que o referido bar era ponto de drogas, tendo sido encontrado no mesmo papelotes contendo cocaína e outros petrechos para o acondicionamento da mesma. Como já aventado pelo MM. Juiz na sentença condenatória, para caracterização do delito de tráfico não é necessária a prova flagrante do comércio da droga, bastando elementos indiciários, ainda mais quando corroborados pelos depoimentos testemunhais.

“Nesse sentido, dentre outros precedentes dessa Corte, destacamos:

‘Para a tipificação do tráfico do artigo 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’ (Ap. Crim. n. 32.615, publicada no DJSC n. 9.212, de 10/4/95, pág. 8).

‘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’ (Ap. Crim. n. 32.516, publicada no DJSC n. 9.215, de 17/4/95, pág. 7).

‘Irrelevante se mostra a quantidade da droga apreendida, quando resultar claro e fartamente demonstrado que esta se destinava ao comércio, pois várias são as figuras típicas caracterizadoras da infração permanente, inclusive a guarda, depósito e a venda’ (Ap. Crim. n. 32.254, publicada no DJSC n. 9.227, de 5/5/95).

‘Incidem nas sanções do art. 12 da Lei n. 6.368/76, não só quem vende, expõe à venda, oferece ou fornece, ainda que gratuitamente, mas também quem traz consigo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica’ (JC 22/543).

‘O usuário pode ser também um traficante, nos termos da Lei n. 6.368/76, que pune não apenas a venda da droga, mas também o ato de oferecer ou fornecer a título gratuito.

‘A caracterização do tráfico não exige a flagrância do ato de comércio, podendo restar provada por indícios que evidenciam a ação delituosa’ (grifo nosso) (Apelação Criminal n. 97.002083-0, de Lages, rel. Des. José Roberge).

‘Os depoimentos de policiais quando coerentes, firmes e consonantes com os demais elementos carreados nos autos, são suficientes a embasar um decreto condenatório’ (Ap. Crim. n. 29.906 — Capital — rel. Des. Márcio Batista — in JC 68/397) (Apelação Criminal n. 96.003222-3, da Capital, rel. Des. José Roberge).

“Essa orientação jurisprudencial é também acolhida pelo Supremo Tribunal Federal:

‘A circunstância de ser mínima a quantidade de entorpecente em poder do réu não exclui, à vista de outros

elementos de prova, a configuração do tráfico' (HC n.71.073-5, rel. Min. Francisco Rezek, STF, publicado no DJU n. 149, de 4/8/95, pág. 22.441).

"Quanto ao delito tipificado no art. 10 da Lei n. 9.437, que é imputado ao apelante Sérgio, o mesmo restou devidamente comprovado, eis que o acusado mantinha sob sua guarda uma arma — revólver calibre 22, marca Rossi — sem a devida autorização, em desacordo com a determinação legal e sem licença da autoridade competente. Isso resultou cristalinamente comprovado nos autos através da expressa confissão do próprio acusado, conforme se vê a fls. 109".

Nessa conformidade, não há como acolher a pretensão absolutória do apelante Sérgio Martinello quanto aos delitos dos artigos 12 da Lei n. 6.368/76, e 10 da Lei n. 9.437/97, quedando-se inviável o pleito desclassificatório para a infração do artigo 16 da Lei Anti-tóxicos, eis que a sua condição de viciado não exclui a de traficante.

Da mesma forma, não há como acolher o pleito absolutório do apelante Alzira Souza da Silva.

Por outro vértice, os apelos têm pertinência na parte em que almejam a absolvição quanto à imputação descrita no artigo 14 da Lei n. 6.368/76.

É que dos elementos de credibilidade que integram o bojo dos presentes autos, não exsurge cristalinamente demonstrada a circunstância de que os apelantes mantivessem e estivessem ligados por um vínculo associativo estável, indispensável à configuração do delito previsto no artigo 14 da Lei Anti-tóxicos.

Quando muito, poder-se-ia estar na presença de uma associação eventual caracterizadora da causa de especial aumento consignada no artigo 18, inciso III, da Lei de Tóxicos, cuja presença, em nenhum momento, foi ventilada na espécie versada nos presentes autos.

Por isso, a absolvição de ambos os apelantes relativamente à increpação contida na exordial acusatória, tangente ao delito previsto no artigo 14 da Lei de Tóxicos, merece ser decretada com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Pelo exposto, a Câmara, à unanimidade, afasta as preliminares e, no mérito, dá provimento parcial ao recurso para absolver os apelantes do artigo 14 da Lei n. 6.368/76, mantidas as demais cominações da sentença. Vencido, em parte, o Exmo. Sr. Des. Jorge Mussi que absolvía também o apelante Sérgio Martinello do delito previsto no artigo 10 da Lei n. 9.437/97.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Jorge Mussi e Maurílio Moreira Leite. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Pedro Sérgio Steil.

Florianópolis, 26 de outubro de 1999.

Alberto Costa,
Presidente e Relator.

Voto vencido do Exmo. Sr. Des. Jorge Mussi:

1 — Não obstante as argumentações vencedoras esposadas, dissenti da douta maioria, votando pela

absolvição do apelante Sérgio Martiello do delito previsto no art. 10 da Lei n. 9.437/98, forte no art. 386, VI, do Código de Processo Penal, porquanto do laudo pericial de fls. 128/129 emergem dúvidas quanto à potencialidade ofensiva da arma de

fogo encontrada em seu poder, requisito que entendo indispensável à tipificação do delito em análise.

Florianópolis, 11 de abril de 2000.

Jorge Mussi.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.012764-8, DE ITAJAÍ

Relator: Des. Alberto Costa

Apelação criminal — Crime de falsa identidade — Descaracterização — Indiciada que ao ser presa em flagrante declina nome fictício — Expediente usado visando autodefesa — Inexistência da intenção de obter vantagem ilícita — Inteligência do artigo 307 do Código Penal — Recurso ministerial desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.012764-8, da comarca de Itajaí (2ª Vara), em que é apelante a Justiça por seu Promotor, sendo apelada Cintia Guapiano Corrêa:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso ministerial.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Itajaí, 2ª Vara Criminal, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Cintia Guapiano Corrêa e Janete Patrício Corrêa, dando-as como incursoas, a primeira, nas sanções dos artigos 155, § 4, inciso IV, c/c o 14, inciso II, e 307, c/c o 61, inciso I, todos do Código Penal, e a segunda pela prática do delito previsto nos artigos 155, § 4º, inciso IV, c/c o 14, inciso II, ambos do Digesto Penal, porque, segundo narra a exordial acusatória: “Em data de 31

de março de 1999, por volta das 17 horas, as denunciadas Cintia Guapiano Corrêa e Janete Patrício Corrêa, em comum acordo de vontades para a prática de crimes de furto, dirigiram-se até a loja Macrobiótica, localizada na Av. Sete de Setembro, n. 49, nesta cidade e comarca de Itajaí, propriedade de Evandro César Malburg, e, do seu interior, subtraíram para suas pessoas os seguintes objetos: 1) 2 (dois) vidros de mel de abelha natural, de 750g (setecentos e cinquenta gramas), com preço unitário de R\$ 5,25 (cinco reais e vinte e cinco centavos) e 2) 18 (dezoito) incensos indianos, intactos, com preço unitário de R\$ 1,00 (um real), perfazendo um total de R\$ 28,50 (vinte e oito reais e cinquenta centavos), conforme termos de apreensão e auto de avaliação às fls. 8 e 18.

“Ainda no local, as denunciadas foram surpreendidas por funcionários, momento em que Janete se evadiu dali, sendo perseguida e detida quan-

do ia em direção à Prefeitura Municipal, já na Rua Cônego Tomaz Fontes, motivo pelo qual o delito deixou de se consumir por circunstâncias alheias às vontades das mesmas.

“A denunciada Cintia quando da prisão e lavratura da prisão em flagrante atribuiu-se falsa identidade, visto que passou-se como Adriana dos Santos, conforme se verifica às fls. 5, para elidir seus antecedentes criminais, visto que reincidente em crime doloso, conforme certidão de fls. 29/31.

“Inclusive em razão da reincidência, deixamos de formular proposta de transação penal para a denunciada Cintia quanto ao crime de menor potencial ofensivo” (fls. 3).

Durante a instrução, o Órgão Ministerial propôs à acusada Janete Patrício Corrêa a suspensão do processo prevista no artigo 89 da Lei n. 9.099/95, a qual foi aceita por ela e seu defensor.

Concluída a instrução criminal, a Dra. Juíza sentenciou, condenando Cintia Guapiano Corrêa às penas de 1 (um) ano, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime fechado, e 7 (sete) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à data do fato, por infringir o disposto no artigo 155, § 4, inciso IV, c/c os artigos 14, inciso II, 61, inciso I, e 65, inciso III, letra d, todos do Código Penal, e absolvendo-a da prática do delito previsto no artigo 307 do Digesto Penal, com fulcro no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Inconformado, o Órgão Ministerial apelou objetivando a reforma do r. decismum, a fim de ser a ré Cintia Guapiano Corrêa condenada, também,

nas penas do artigo 307 do Código Penal, haja vista restar comprovado, nos autos, ter ela praticado o delito de falsa identidade.

Oferecidas as contra-razões, os autos ascenderam a esta Superior Instância e foram com vista à douta Procuradoria-Geral de Justiça que, em parecer da lavra do Dr. Anselmo Agostinho da Silva, opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Em que pesem os argumentos expostos pelo douto parecerista, o recurso merece ser provido.

O artigo 307 do Código Penal dispõe que:

“Art. 307. Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem”.

Ora, no caso sub judice, o fato de ter a acusada Cintia Guapiano Corrêa, no auto de prisão em flagrante, declinado identidade que não era verdadeira, para ocultar seu passado, em autodefesa, não infringiu os essenciais do artigo acima citado, pois, consoante entendimento doutrinário e jurisprudencial, é necessário à sua configuração o dolo específico do tipo penal, ou seja, a obtenção de vantagem processual.

Nesse sentido, a jurisprudência:

“Incorre o crime do art. 307 do CP na conduta do agente que, ao ser preso, atribui-se falsa identidade com intuito de autodefesa, uma vez que este afasta o dolo específico exigido pelo tipo penal” (RJDTACrim 35/136).

E, ainda:

"Falsa identidade — Delito não tipificado — Indiciado que, no auto de prisão em flagrante, deu nome fictício — Autodefesa — Absolvição decretada — Inteligência do art. 307 do Código Penal.

"Comum é a troca de nomes de acusados com passagens pela Polícia e Justiça, constituindo uma espécie de autodefesa, sem que o fato constitua crime" (RT 511/402).

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso ministerial.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Jorge Mussi e Maurílio Moreira Leite. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 14 de dezembro de 1999.

Alberto Costa,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.015705-9, DE ITAJAÍ

Relator: Des. Alberto Costa

Apelação criminal — Artigo 10, caput, da Lei n. 9.437/97 (posse de arma de fogo) — Condenação — Recurso defensivo objetivando a absolvição, alegando não estar caracterizado o delito, pois a arma não lhe pertencia, mas, sim, a terceiro que a deixou em sua residência — Pedido alternativo de cumprimento da pena no regime semi-aberto, consoante determinado no r. decisum condenatório, por encontrar-se em regime fechado ante a falta de condições da cadeia pública para tal desiderato — Alegações improcedentes — Acusado que adquire e detém a posse de arma de fogo, em sua residência, sem qualquer documentação ou determinação legal — Confissão extrajudicial corroborada pelas palavras de testemunhas — Caracterização do delito previsto no artigo 10, caput, da Lei n. 9.437/97 — Réu reincidente, reconhecido como tal na r. sentença, além de ostentar péssimos antecedentes, pois denunciado, novamente, na prática do crime de roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo, tendo, como consequência, negado o direito de recorrer em liberdade — Prisão decorrente do disposto no artigo 594 do Código de Processo Penal, e não do regime imposto para o resgate da reprimenda — Recurso defensivo desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.015705-9, da comarca de Itajaí (2ª Vara), em que é apelante Valdemar Faustino, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Itajaí, 2ª Vara Criminal, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Valdemar Faustino, vulgo "Nego", dando-o como incurso nas sanções do artigo 10, § 2º, da Lei n. 9.437/97, c/c o artigo 61, inciso I, do Código Penal, porque, segundo narra a exordial acusatória: "Em data de 19 de fevereiro de 1999, em horário não devidamente esclarecido, policiais civis munidos de mandado de busca e apreensão dirigiram-se até a residência do denunciado Valdemar Faustino, localizada na Rua Rui Vieira, n. 280, Bairro São Vicente, nesta cidade e comarca de Itajaí, onde sobre a cama de um dos cômodos restou apreendida 1 (uma) escopeta calibre 12, sem marca, número de série L2501086, cor preta, cabo plástico, municiada com 4 (quatro) cartuchos intactos, arma esta de uso proibido, que o denunciado mantinha sob sua guarda em desacordo com a norma legal, conforme termo de apreensão de fls. 3.

"Consta das certidões de fls. que o denunciado é reincidente" (fls. 2/3).

Em alegações finais, o Órgão Ministerial pugnou pela desclassifica-

ção do delito para o previsto no caput do artigo 10 da Lei n. 9.437/97, haja vista o laudo pericial acostado às fls. 36/37 não ter esclarecido se a arma apreendida era ou não de uso proibido.

Concluída a instrução criminal, a Dra. Juíza sentenciou condenando Valdemar Faustino às penas de 1 (um) ano e 1 (um) mês de detenção, em regime semi-aberto, e 10 (dez) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à data do fato, por infringir o disposto no artigo 10, caput, da Lei n. 9.437/97, c/c os artigos 61, inciso I, e 65, inciso III, letra d, ambos do Código Penal.

Inconformado, o acusado apelou requerendo o prazo previsto no § 4º do artigo 600 do Código de Processo Penal, para apresentar as razões de seu inconformismo.

No entanto, às fls. 56, o defensor do réu apresentou no Juízo a quo suas razões recursais, nas quais objetiva a absolvição, alegando que não sabia da existência da arma em sua residência, tendo assumido a sua propriedade, apenas para eximir a sua companheira e filho do constrangimento a que estavam sendo submetidos, pois detidos pelos policiais participantes da diligência.

Por outro lado, afirma restar comprovado ter a arma sido deixada por um rapaz, seu conhecido, contra o qual surgem sérias dúvidas de estar envolvido com a polícia, a fim de preparar o flagrante, com a nítida intenção de incriminá-lo.

Por derradeiro, requer seja determinado à autoridade policial responsável pelo presídio de Itajaí, para que o réu cumpra a pena no regime

semi-aberto, consoante consta da r. sentença, pois encontra-se no regime fechado, por não dispor o estabelecimento prisional de condições para o cumprimento daquele regime.

Oferecidas as contra-razões, os autos ascenderam a esta Superior Instância, opinando a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Paulo Antônio Günther, pelo desprovimento do recurso.

Em que pesem os argumentos expendidos pela douta defesa, o recurso merece ser desprovido.

Conforme ressumbra das peças que compõem os presentes autos, a materialidade do crime restou comprovada no termo de apreensão de fls. 6, e a eficácia da arma pelo laudo pericial acostado às fls. 36/37, no qual ficou consignado pelos senhores experts que “Submetida a referida espingarda à prova de tiros, constatou-se o perfeito funcionamento dos seus mecanismos, deflagrando das cargas dos cartuchos utilizados com uma única percussão das respectivas cápsulas de espoletamento, comprovando-se a eficiência da mesma para o fim a que se destinava”.

Por outro vértice, a autoria está comprovada pelas declarações do réu, tanto na polícia (fls. 9) quanto em Juízo, em seu interrogatório (fls. 21v.), nas prestadas por sua companheira Elisa Pedroso Pinto (fls. 8), e por uma das testemunhas arroladas pela defesa (fls. 31).

Na verdade, o acusado, quando prestou suas declarações na polícia, perante defensor, sendo este o mesmo que foi constituído para defendê-lo no presente processo crime, sem, portanto, qualquer tipo de coa-

ção, declarou “Que, quanto à arma de fogo apreendida em sua residência, uma escopeta, afirma que a mesma lhe pertence, alegando que a adquiriu de um desconhecido, aquisição esta acontecida há umas duas semanas; que, diz ter encontrado o tal desconhecido quando o pegou para fazer uma corrida, pois o declarante trabalha como mototaxista, dizendo que o encontrou na Rua Silva, nesta Cidade, após acertarem detalhes sobre a compra, acabaram fechando o negócio em torno de R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais), então combinaram que o dinheiro seria entregue na casa do declarante, onde receberia a arma, o que efetivamente aconteceu”.

E, mais adiante, afirma: “(...) desde o pagamento e recebimento da arma, não mais viu o desconhecido; que, sua intenção era revendê-la, desta forma, conseguiria auferir lucro”.

Em Juízo, quando interrogado, modificou suas declarações prestadas na polícia, afirmando que, por trabalhar como mototaxista, fez uma corrida para um rapaz e este ofereceu à venda uma escopeta. Muito embora tenha salientado não ter interesse na compra, referido rapaz compareceu, à noite, em sua residência e entregou referida arma à sua esposa, dizendo que era para o acusado vê-la. No entanto, após ver a arma em casa, não a utilizou e deixou de devolvê-la àquele rapaz por não tê-lo encontrado.

Já a companheira do réu, Elisa Pedroso Pinto, na polícia (fls. 8), declarou: “Que no dia de hoje, policiais civis, de posse de um mandado de busca e apreensão estiveram na residência da declarante e encontraram em cima da cama do casal, uma arma

tipo escopeta, carregada com quatro cartuchos intactos; que a referida arma estava em poder de seu marido há aproximadamente duas semanas, sendo que foi deixada na casa por um elemento que a declarante não conhece e que o mesmo é colega de seu marido”.

No entanto, muito embora Elisa tenha modificado sua declaração policial ao prestar depoimento em Juízo, numa tentativa de livrar seu companheiro da responsabilidade penal, este fato não foi suficiente para elidir a prova contrária à sua versão, impendendo enfatizar, inclusive, que uma das testemunhas de defesa, Juliano Policarpo, ao ser inquirido às fls. 31, afirmou ter o acusado lhe contado, no local de trabalho, que “um rapaz estava devendo para ele e deu uma arma como garantia de dívida”.

Ora, in casu, restou comprovado ter o réu praticado o delito previsto no artigo 10, caput, da Lei n. 9.437/97, consistente na transgressão da conduta de adquirir e manter sob sua guarda “arma de fogo, de uso permitido, sem a autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar”, devendo, ainda, salientar-se o cediço conhecimento de que se o acusado, quando ouvido, apresenta duas versões para o mesmo fato, é porque, na verdade, não possui nenhuma verossímil para respaldar sua não participação na prática do ilícito penal imputado.

Ademais, se realmente não fosse a arma de sua propriedade, mas, sim, do rapaz que a deixou em sua residência para buscá-la mais tarde, conforme alegado em sua defesa, porque, então, não trouxe referido ci-

dadão aos autos para comprovar tal assertiva? Não o fez, para não comprometer-se ainda mais e cair por terra a versão apresentada em Juízo.

É bem verdade, não se desconhece, existir corrente doutrinária que argumenta ser aplicável ao delito de posse de arma de fogo em casa, sem registro, o princípio da insignificância, ante a mínima lesividade que representa contra a coletividade.

No entanto, se levarmos em consideração a pessoa do réu, constata-se ser possuidor de péssimos antecedentes, pois, além de reincidente na prática do crime de roubo qualificado pelo emprego de arma (certidão de fls. 15), está sendo novamente processado pela prática daquele delito na 1ª Vara Criminal da Comarca (doc. de fls. 25/27), pendendo contra ele neste último processo prisão preventiva.

In casu, o delito restou comprovado, pois, para a sua configuração, basta a mera detenção material da arma, sem a devida autorização.

Por outro lado, a súplica defensiva no sentido de que embora tenha sido condenado no regime semi-aberto nos presentes autos, cumpre a pena no regime fechado, carece de fundamento, eis que o recolhimento do apelante à prisão deu-se em virtude de ter sido decretada contra ele prisão preventiva, e negado-lhe o benefício de recorrer em liberdade, em face de sua reincidência apurada em outro processo, pela prática do crime de roubo qualificado pelo emprego de arma e concurso de agentes.

Destarte, o apelante encontra-se recolhido à cadeia pública da Comarca por força do disposto no artigo 594 do Código de Processo Penal

e não pelo regime imposto no decurso ora objurgado.

Finalmente, embora não pleiteado pelo apelante, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos prevista na Lei n. 9.714/98, por não atender as exigências do artigo 44, inciso III, do Código Penal, com a redação dada pela lei antes citada.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Jorge Mussi e Maurílio Moreira Leite. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 14 de dezembro de 1999.

Alberto Costa,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.012837-7, DE ITAJAÍ

Relator: Des. Amaral e Silva

Penal — Acidente de trânsito — Disputa entre dois veículos em excesso de velocidade em local inadequado — Atropelamento de transeunte — Dolo eventual.

Processual — Prova — Princípio do livre convencimento — Precedentes jurisprudenciais — Recurso desprovido.

Relativamente à análise e avaliação da prova, nosso Direito adotou o princípio do livre convencimento baseado na fundamentação lastreada nos autos do processo.

Havendo crítica sã, raciocínio lógico, em forma de silogismo, demonstrando o Magistrado os motivos do convencimento, é o que basta.

Assim, pode o julgador optar por declarações no inquérito desde que corroboradas por elementos produzidos ao crivo do contraditório.

Age com dolo eventual o condutor de veículo que disputa corrida com outro, em local inadequado, nas proximidades de região habitada, onde haja restaurantes, porquanto, conscientemente, assume o risco de danos pessoais a terceiros, principalmente transeuntes.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.012837-7, da comarca de Itajaí, em que é apelante Michele Rocha, sendo apelados a Justiça, por seu Promotor, e o Assistente do Ministério Público:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Michele Rocha foi condenada à pena de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, em regime aberto, por infração ao art. 129, § 1º, I e II, c/c o art. 65, I, ambos do Código Penal.

Foi concedido sursis pelo prazo de 2 (dois) anos.

Inconformada apelou, alegando, preliminarmente, que houve cerceamento de defesa, vez que a Dra. Juíza indeferiu os pedidos de reconhecimento de Christian Roberto Rocha e perícia no automóvel BMW; que a carta precatória para oitiva de Christian não foi devolvida em tempo.

Requer nulidade do feito a partir do indeferimento da produção da prova.

No mérito, sustenta, em síntese, que a apelante não participou de "racha", tanto que imprimia baixa velocidade no momento do acidente. Acrescenta que não atropelou a vítima, tendo sido o condutor da BMW o verdadeiro autor do crime.

Pleiteia a absolvição.

Também, em resumo, diz o Dr. Promotor que não houve nulidade, porquanto a falta de retorno da pre-

tória não impedia a prolação da sentença e que o indeferimento das perícias não trouxe prejuízo à defesa.

Insiste na condenação, sustentando que restaram comprovados a autoria, materialidade e dolo eventual.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça é pelo desprovimento.

O recurso seguiu os trâmites legais.

II — Voto

1 — Rejeito as preliminares, por isso que não houve cerceamento de defesa.

A precatória para oitiva de Christian Roberto Rocha foi expedida em 7/4/98, retornando após o decurso do prazo, 2/12/98, sem que a testemunha tivesse sido encontrada.

Diante da demora a Dra. Juíza aplicou o disposto no art. 222, § 2º, do CPP, sentenciando o feito.

Julio Fabbrini Mirabete ensina:

"A precatória deve ser expedida com prazo para seu cumprimento no juízo deprecado, mas não suspenderá o andamento do processo. Assim, ainda que não devolvida, se escoado o referido prazo, o feito pode ser sentenciado" (in Código de Processo Penal Interpretado, 4ª ed., São Paulo, Atlas, 1996, pág. 274).

Em que pese a defesa ter apresentado novo endereço para localização da testemunha, a Magistrada entendeu que não poderia aguardar indefinidamente o retorno da precatória (fls. 316).

No tocante à produção de prova pericial, a Dra. Juíza, fundamentadamente, considerou desnecessária:

“Também a defesa requer o reconhecimento do Sr. Christian e o veículo BMW pela denunciada Michelle.

“Entendemos não caber o pedido, pois que a denunciada, desde a fase Policial, não colocou dúvida tanto no veículo como na pessoa do motorista, e eventual acareação é desnecessária diante da prova já produzida.

“Ainda a defesa requer a fls. 257 que seja deferida perícia técnica no veículo BMW.

“Ora, tal pedido é despiciendo.

“O acidente de trânsito que segundo a defesa teria envolvido o veículo BMW ocorreu em 17/6/97, e assim faz 2 (dois) anos, e nesse espaço de tempo o veículo deve ter sido consertado várias vezes e uma perícia não teria qualquer validade em termos práticos.

“Conquanto, o requerimento não procede” (fls. 316/317).

Vige no direito brasileiro o princípio da livre apreciação da prova, cabendo à autoridade judiciária avaliar conveniência e oportunidade da realização de perícias.

Nesse sentido a lição de Julio Fabbrini Mirabete:

“O exame de corpo de delito é obrigatório, mas quanto às demais perícias há uma faculdade da autoridade policial ou judiciária na sua realização. Requerida pela parte, cabe à autoridade deferi-la ou não, conforme a considera ou não necessária para a elucidação dos fatos ou de suas circunstâncias. Evitando-se a realização de perícias desnecessárias, impertinentes e procrastinatórias, a lei deixa ao prudente arbítrio do juiz sua realização, devendo a parte que a deseje

convencê-lo fundamentadamente da sua conveniência. O indeferimento de exame pericial ou sua renovação não é constrangimento ilegal e não comporta recurso” (op. cit., pág. 238).

2 — No mérito, melhor sorte não assiste à apelante.

A materialidade restou comprovada pelo auto de exame de corpo de delito (fls. 61 e 69).

Muito embora a perícia no veículo Ford Fiesta tenha sido inconclusiva quanto ao atropelamento, as declarações firmes e coerentes de Angelita Poffo Medeiros Dias, que presenciou o acidente, convencem da autoria:

“O Fiesta foi em direção ao barranco, subindo literalmente e lateralmente no barranco, com o impulso ficou em duas rodas e uma pessoa caiu entre a poeira que o veículo Fiesta levantou. (...) Que afirma categoricamente ter sido o veículo Fiesta que atropelou aquela vítima, sendo impossível que o veículo na cor prata o tenha feito, porquanto o veículo prata não deslocou-se para a direita da via, pois se assim ocorresse, teria se chocado com o veículo da declarante que seguia logo atrás e à direita, enquanto os outros dois veículos ocupavam o lado direito da pista, porém o veículo prata passando pela esquerda” (fls. 21/22).

Em Juízo, ratificou a declaração, afirmando que “o veículo Fiesta é que atropelou a vítima, pois na hora em que o carro subiu no barranco é que o corpo da vítima foi lançado pelo carro” (fls. 114).

Além disso, a Concessionária “Top Car” comunicou que o veículo BMW foi submetido a alguns reparos,

entretanto, em data anterior ao acidente.

O atual proprietário, Sr. Rubens Carlos Bittencourt Junior, que adquiriu o automóvel 6 (seis) meses após o fato, informou que efetuou consertos na parte dianteira, devido a pequenos danos “decorrentes de pedriscos, via de regra, em viagens” (fls. 212).

3 — Não resta dúvida, a apelante participava de “racha” no momento do acidente.

Testemunhas foram unânimes em afirmar, na Delegacia de Polícia, que a ré disputava corrida com o condutor da BMW:

Angelita declarou que “na subida do denominado Morro Cortado foi ultrapassada por dois veículos, os quais empreendendo alta velocidade procuravam emparelhar-se; que, a declarante saiu mais para a direita, permitindo, assim, que os veículos seguissem a sua trajetória; que, constatou tratar-se de um veículo Fiesta, cor escura e outro veículo, cor prata claro, conversível parecendo-lhe ser uma BMW” (fls. 21).

No Boletim de Ocorrência consta:

“A testemunha Angelita informou que transitava na rodovia quando passou, em excesso de velocidade caracterizando racha, um conversível prata e o Fiesta LXW 0236, de Itajaí. O conversível evadiu-se do local, já o Fiesta perdeu o controle, colidiu contra o morro e arremessou a vítima para o alto” (fls. 25/26).

No mesmo sentido, o depoimento de Eduardo Renato Gomes (fls. 45):

“O declarante transitava em seu veículo Escort em companhia de seu colega Alexandre; Que em frente do Posto Bandeirantes, na Rodovia Osvaldo Reis, no mesmo sentido em que seguiam, de Balneário para Itajaí, o declarante foi ultrapassado por dois veículos, sendo uma BMW, prata conversível e um Fiesta, na cor escura; que, BMW era dirigida por um rapaz, na faixa de 25 anos e o Fiesta por uma moça loira, acompanhada de uma morena, mais baixa do que a motorista; que, os dois veículos procuravam emparelhar-se percebendo-se inequivocamente que estavam os dois motoristas ‘brincando um com outro’; que, somente reduziram um pouco a velocidade em razão das lombadas; que, entre uma lombada e outra o declarante considera que os dois veículos tenham atingido cerca de 100km horários e após ultrapassarem a última lombada, depois do cemitério, os dois motoristas continuaram na brincadeira, acelerando mais rápido ainda na subida do morro”.

Márcio Rangel da Rosa não discrepa:

“Que quase na divisa dos dois municípios foram ultrapassados por uma BMW, na cor prata escuro, conversível e um veículo Fiesta, cor escura; que, passaram em alta velocidade, um tentando ultrapassar o outro, sendo que o Fiesta seguia na frente, a BMW ultrapassava, o Fiesta novamente tomava a frente e assim foram por um percurso até que sumiram da visão do depoente na subida do Morro Cortado, momento em que o colega do depoente de nome Richard comentou ‘lá em cima vai dar m...’, referindo-se que com aquela velocidade os

dois veículos não conseguiriam transpor a curva acentuada" (fls. 47).

Richard Anderson de Jesus confirma a versão, declarando que "os dois procuravam emparelhar-se, sendo que um passava na frente do outro como se estivessem disputando velocidade" (fls. 48).

Estranhamente, a respeito do "racha" testemunhas em Juízo mudaram suas versões.

Questionados pela Dra. Juíza, responderam que prestaram as declarações à autoridade policial livres de qualquer pressão.

Ora, se confirmaram os depoimentos, é por que, à época, relataram o que efetivamente viram.

No sistema do livre convencimento, pode o juiz, na busca da verdade real, escolher e valorar livremente a prova.

E. Magalhães Noronha ensina:

"O Magistrado não fica adstrito a critérios valorativos e apriorísticos da prova, mas é livre na sua escolha e aceitação. Não há regras predeterminadas a sua crítica. Assim, v. g., pode ele aceitar o testemunho de um homem de bem contra o de dois de má fama, de vida escusa e condenável.

"Concomitantemente, vê-se que, não obstante gozar de livre convencimento, está ele jungido aos autos; não se pode socorrer de elementos estranhos — quod non est in actis non est in mundo. Seus domínios são exclusivamente os das provas do processo, porém, na eleição ou avaliação delas, ele é livre, guiando-se pela crítica sã e racional: a lógica, o raciocínio, a experiência etc., o conduzirão nesse exame e apreciação.

"É o que constitui o livre convencimento, ou a livre convicção, nos termos do art. 157" (in Curso de Direito Processual Penal, 26ª ed., São Paulo, Saraiva, 1998, pág. 118).

Entre a prova obtida ao "calor dos fatos", e retratações injustificadas um ano após o acidente, tenho como verdadeiras as primeiras.

José Carlos X. de Aquino explica:

"Estamos com a opinião generalizada no sentido de que, quanto mais recente for colhido o depoimento, mais semelhança guardará com a realidade (...). Portanto, reputamos que os depoimentos prestados no inquérito policial, devido ao curto lapso temporal decorrido entre o fato e o relato, são sempre mais completos do que aqueles coligidos no âmbito do Judiciário" (in A Prova Testemunhal do Processo Penal Brasileiro, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1994, pág. 39).

Ademais, a versão do inquérito foi corroborada pela ré no interrogatório, que não obstante negar o racha, descreve em detalhes a perigosa prática:

"Que no dia dos fatos narrados na denúncia a interroganda estava conduzindo o veículo Fiesta descrito na denúncia, no sentido Balneário Camboriú para Itajaí pela rodovia Osvaldo Reis que liga as duas cidades; que passando defronte ao Hospital Santa Inês a interroganda avistou uma BMW conduzida por um rapaz, que se deslocava no mesmo sentido do veículo da interroganda; que a interroganda ultrapassou a referida BMW e após esta ultrapassou o veículo da interroganda; que já próximo ao local chamado Morro Cortado, na

mencionada rodovia a interroganda tentou ultrapassar a citada BMW, foi quando o condutor do mencionado veículo imprimiu maior velocidade, o que impediu que a depoente completasse a manobra de ultrapassagem; que a interroganda diante disso impeliu maior velocidade ao seu veículo na tentativa de ultrapassar a BMW e já quando estava em aclave o condutor da BMW tentou obstruir a trajetória do veículo da interroganda" (fls. 78v.).

Não há dúvida, a apelante, movida pelo espírito de emulação, disputava corrida com o condutor da BMW. Embora se trate de rodovia, o local do evento, próximo a um restaurante, recomenda redobrada cautela, tanto que a velocidade permitida era de sessenta quilômetros por hora. Ao apostar corrida em local tão perigoso, trafegando em excesso de velocidade, a apelante, a toda evidência, assumiu o risco de atropelar transeuntes, obrando com dolo eventual.

Observou, com acerto, o digno Procurador de Justiça Dr. Anselmo Agostinho da Silva:

"Ora, diante de tudo que consta dos autos, inegável que a ré conduzia irregularmente seu veículo, em alta velocidade, ultrapassando e sendo ultrapassada por um veículo BMW, de potência e estabilidade bem superior a seu frágil veículo Ford/Fiesta 16v, e isto já a uma distância relativamente longa, posto que ambos veículos iniciaram sua imprudente disputa já nas proximidades do Hospital Santa Inês, vários quilômetros antes do local do atropelamento.

"Ante estes fatos, caracterizado está que a acusada ao agir daquela forma, o fez consciente dos riscos,

queira ou não, é de sua responsabilidade o resultado danoso de sua conduta. Com tal procedimento, assumiu a acusada o risco de produzir o resultado e assim caracterizado está o dolo eventual.

"O caso sub judice é apenas mais um, nos incontáveis casos que a história forense registra e julga, e que por conseguinte aprendeu a considerar como 'um novo mal do século', cujas características indicam matar mais que o câncer e as doenças do coração. Entretanto, pelas condições especiais em que se houve, trouxe consigo um tipo incomum nos atos ilícitos de trânsito: o fato de ter o seu autor obrado, quando da ocorrência do evento não com culpa, mas com dolo, e dolo eventual. Nesse aspecto, as provas carreadas ao processo são incapazes de receber censura: a ré dirigia em excesso de velocidade e em plena rodovia, à noite e em local passível ao movimento intenso de veículos e pedestres.

"In casu, conquanto não pretendesse a morte da vítima, não há de se duvidar que contribuiu conscientemente para a consecução do evento, ou, em outras palavras, assumiu o risco. Dirigindo naquelas condições mostrou, isso sim, com sua conduta, total indiferença ao resultado que poderia advir de seu comportamento tresloucado, numa demonstração inequívoca de um total desprezo pela sorte de seus semelhantes.

"Ademais, a acusada sabia que seu veículo não apresentava condições normais para disputar velocidade com nenhum veículo BMW, até porque enquanto seu veículo tem somente 89cv (segundo especificações

do fabricante), o veículo BMW 325 AI, possui mais de 170cv de potência.

“Exsurge do processado que in casu não se tratou de um acidente de trânsito qualquer, mas uma conduta que configura dolo eventual”.

Dolo eventual, na lição de Damásio de Jesus, ocorre “quando o sujeito assume o risco de produzir o resultado, isto é, admite e aceita o risco de produzi-lo. Ele não quer o resultado, pois se assim fosse haveria dolo direto. Ele antevê o resultado e age. A vontade não se dirige ao resultado (o agente não quer o evento), mas sim à conduta, prevendo que esta pode produzir aquele. Percebe que é possível causar o resultado e, não obstante, prefere que este se produza” (in *Direito Penal*, vol. 1, 22ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999, pág. 287).

Alberto Silva Franco e outros anotaram:

“A maneira de agir do acusado, exteriorizada em atos, e que projeta o elemento moral do fato típico, de sorte a dar-lhe ou não a indispensável dolosidade. Responde pelas conseqüências quem age tendo necessariamente presente ao espírito a probabilidade de um resultado lesivo e a aceitação dessa conseqüência” (TACrimSP — AC — rel. Ralpo Wald — JUTACrim. 81/258) (in *Código Penal e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial*, vol. 1, t.1, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, pág. 284).

“O momento volitivo se manifesta na esfera do subjetivo, no íntimo do agente e, deste modo, não é um dado da realidade que possa ser diretamente apreendido. Mas isto não significa que não possa ser extraído do caráter do agente e de todo o comple-

xo de circunstâncias que cercaram seu atuar” (TACrimSP — AC 285.215 — rel. Silva Franco) (op. cit., pág. 284).

“Quem por vontade própria cria o perigo de lesão pode ter previsto o resultado, respondendo em conseqüência por dolo. Arriscar-se a produzir um evento conscientemente equivale tanto como a querê-lo” (TARJ — AC — rel. Adolpho Pereira — ADV 6.905/695) (op. cit., pág. 284).

4 — Em síntese:

A apelante, em local perigoso, nas proximidades de um restaurante, em excesso de velocidade, disputava corrida com outro automóvel, um BMW, quando, perdendo o controle do veículo, atropelou Arnaldo Willain Filho no acostamento. Ao disputar corrida com outro automóvel em local completamente inadequado, a apelante, conscientemente, assumiu o risco de atropelar, como atropelou o infeliz transeunte.

A vítima sofreu lesões corporais de natureza grave.

Diante desse quadro, a condenação era, mesmo, medida que se impunha.

5 — Pelo exposto, afasto a preliminar e nego provimento ao recurso.

III — Decisão

Acompanharam o relator. Afastaram a preliminar e negaram provimento.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Genésio Nolli e Francisco Borges. Lavrou parecer, pela douda

Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

*Amaral e Silva,
Presidente e Relator.*

Florianópolis, 29 de fevereiro de 2000.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.003308-1, DE VIDEIRA

Relator: Des. Amaral e Silva

Processual penal — Prova — Tráfico de entorpecentes — Porte de arma — Recurso de usuário provido parcialmente.

Tratando-se de usuário dependente, surpreendido com pequena quantidade de cocaína que acabara de adquirir de conhecido traficante, embora envolvido em outros processos de narcotráfico, é de se desclassificar o tráfico para a posse para o uso próprio.

A sentença condenatória não pode basear-se em meras ilações, e até em alta probabilidade. Exige certeza moral, porquanto, mesmo na alta probabilidade, há incerteza e, havendo dúvida, a regra é a absolvição.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.003308-1, da comarca de Videira, em que são apelantes Ademir dos Santos e Odenir José Dal Pizzol, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso de Odenir Dal Pizzol e dar provimento parcial ao recurso de Ademir dos Santos para desclassificar o delito para o previsto no art. 16 da Lei n. 6.368/76.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Ademir dos Santos e Odenir José Dal Pizzol foram condenados, o

primeiro à pena de 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão, em regime integralmente fechado, e ao pagamento de 55 (cinquenta e cinco) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, por infração ao art. 12 da Lei n. 6.368/76; e o segundo à pena de 5 (cinco) anos e 7 (sete) meses de reclusão, sendo os primeiros 3 (três) anos e 6 (seis) meses em regime integralmente fechado, e ao pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, também no valor mínimo, além de 10 (dez) dias-multa, com valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, por infração aos arts. 10, § 2º, da Lei n. 9.437/97 e 12 da Lei n. 6.368/76, c/c o art. 69 do Código Repressivo.

Inconformados, apelaram.

Ademir pleiteia, em síntese, absolvição, ao argumento de que a condenação baseou-se tão-somente em provas incipientes, quais sejam, as declarações evasivas dos policiais, os testemunhos suspeitos de seus desafetos e suas próprias declarações prestadas em inquéritos e processos antigos. Invoca o princípio da insignificância pela pouca quantidade da droga. Alternativamente, requer desclassificação para o delito de posse para uso próprio. Pugna, ainda, no caso de prevalecer a condenação, a convalidação da pena em multa, ou a substituição da pena pela prestação de serviços à comunidade, bem como a redução da reprimenda para o mínimo legal. Ao final, pleiteia a transformação do regime de cumprimento da pena para inicialmente fechado.

Odenir, por seu turno, também, em resumo, requer absolvição. No tocante ao porte ilegal das armas de fogo, afirma que são muito antigas, “estando em péssimas condições de uso, abandonadas no interior de um galpão, enferrujadas e sem nenhuma munição”. Quanto ao tráfico, alega que não tinha nada a ver com a droga apreendida, não havendo provas suficientes para sustentar o decreto condenatório. Diz que foi vítima de uma armação por parte dos policiais.

Em contra-razões, alega a Dra. Promotora, também, em suma, que a sentença deve ser mantida, porquanto os delitos restaram suficientemente comprovados nos autos.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça é pelo conhecimento e desprovimento.

Os recursos seguiram os trâmites legais.

II — Voto

Colhe-se dos autos que, em virtude de denúncias anônimas dando conta de que o apelante Odenir Dal Pizzol, em sua residência, vinha realizando tráfico de entorpecentes, policiais civis de Videira realizaram “campana” em frente ao local.

Durante a operação, surpreenderam Ademir dos Santos, também apelante, deixando a residência de posse de um envelope. Após perseguirem o suspeito, lograram prendê-lo, constatando que no interior do dito envelope havia um Contrato Social da empresa “Bar e Lanchonete Vadico Ltda.” e respectivos documentos para registro no órgão responsável e, aproximadamente, 7 (sete) gramas de cocaína, acondicionada em invólucro plástico.

Indagado pelos agentes, Ademir disse que acabara de adquirir a droga de Odenir. Ato contínuo, realizada busca na referida casa, apenas encontraram duas armas, sendo um revólver da marca Amadeu Rossi S/A, calibre 357 Magnum, de uso restrito das Forças Armadas, e uma espingarda Winchester da marca Urko, calibre 38, com luneta de precisão e cano adaptado para uso de silenciador, ambas não registradas, em relação as quais o apelante não possuía autorização.

Efetuada a prisão em flagrante, os policiais, certos de que Odenir possuía droga escondida, continuaram em “campana” a fim de monitorar a movimentação subsequente no local.

Na mesma tarde, avistaram uma pessoa suspeita, após identificada como sendo Olívio Pedro Dal Piz-

zol, dirigindo-se para o interior do mata-gal vizinho à casa (foto fls. 30). Tal suspeito, irmão de Odenir, não foi interceptado imediatamente devido à constante movimentação de pessoas no local.

Dias após, solicitado a prestar esclarecimentos à autoridade policial (fls. 23), Olívio relatou que depois da prisão dos apelantes foi até a Delegacia e conversou com o irmão, tendo este lhe contado que a droga procurada estava dentro do paiol nos fundos da casa, embaixo de uns nós de pinho (fotos fls. 28 e 29). Em seguida, foi até o paiol, pegou a droga e escondeu em um buraco na base de uma árvore localizada no terreno vizinho à casa (fotos fls. 31 e 32).

Realizada busca, no local indicado foram encontrados cerca de 57 (cinquenta e sete) gramas de cocaína divididos em 7 (sete) pacotes, além de aproximadamente 18 (dezoito) gramas de crack divididos em 10 (dez) pacotes.

Passo a analisar os recursos separadamente:

1 — Recurso de Ademir dos Santos.

O apelante foi condenado pela prática do delito de tráfico de entorpecentes com base nos depoimentos das testemunhas de acusação, em declarações pretéritas dadas por ele próprio em outros inquéritos e processos criminais e nas informações prestadas pelos policiais, dando conta que receberam denúncias acerca do tráfico e já o vinham acompanhando a algum tempo.

A materialidade delitativa ficou consubstanciada pelo auto de apre-

ensão de fls. 19, laudo de constatação de fls. 20 e laudo pericial de fls. 93/95.

No tocante ao narcotráfico, com a devida venia do douto Magistrado a quo, não vislumbro prova capaz de convencer a respeito da destinação que o apelante pretendia imprimir à droga encontrada em seu poder.

Com efeito, os depoimentos das testemunhas Dilma Borges Vieira (fls. 115), Valmir Perez Borges Vieira (fls. 173) e Katiane Ribeiro dos Santos (fls. 177) imputando a qualidade de traficante ao apelado, apesar de não terem sido contraditados no momento oportuno, devem ser analisados com cautela, porquanto Valmir foi condenado por latrocínio em processo no qual o ora apelante restou absolvido, fato que gerou animosidade entre eles. Note-se que Dilma é mãe de Valmir. Katiane, ex-amásia e mãe de um filho dele, portanto, também suspeitas.

A insatisfação de Valmir, inclusive, ficou caracterizada pelo teor de seu depoimento, no qual afirmou que “foi injustiçado na condenação por latrocínio” e que “não tem inimizade contra Ademir dos Santos, mas ficou um pouco desgostoso” (grifei) (fls. 173).

Mister ressaltar que, não obstante a maior ou menor credibilidade de tais depoimentos, todos dão conta de que o apelante traficava entorpecentes em parceria com Valmir (atualmente recolhido ao Presídio de Joaçaba), fato que pode atestar o envolvimento pretérito de Ademir com o nefasto comércio, mas que, por si só, não autoriza um juízo seguro acerca da destinação do entorpecente apreendido com ele neste processo.

Da mesma forma relativamente aos depoimentos dos policiais, pois a despeito das informações de que Ademir era envolvido com drogas, em nenhum momento aludiram a fatos capazes de ensejar certeza necessária à condenação.

Elizeu Lazarotto:

“Como policial civil já ouvi comentários de colegas sobre envolvimento de Odenir com drogas. Também ouvi comentários de que Ademir tem envolvimento com drogas, sendo usuário. (...). Tenho conhecimento de que Ademir possui um bar nesta cidade. O pessoal da delegacia suspeitava que o bar servisse como um ponto de venda, mas não foi comprovada a suspeita” (grifei) (fls. 99).

Edmilson Guedes Ribeiro:

“Havia suspeita de que Odenir exercia o tráfico de drogas nesta cidade e que Ademir adquiria substâncias entorpecentes do mesmo. (...). A polícia tem informações de que o acusado Ademir também praticava o narcotráfico. Não sei se o mesmo é usuário. Pela quantidade de droga apreendida com Ademir, segundo minha experiência, é mais apropriada para seu uso e não para venda. (...). É de meu conhecimento que Ademir possuía um bar nesta cidade e havia informações de que naquele local era praticado o comércio de drogas. (...). Eu e o delegado Flares fizemos uma diligência policial no bar do Ademir e nada foi encontrado” (grifei) (fls. 117/119).

Osmar Rodrigues da Costa:

“Em relação a Ademir já há bastante tempo a polícia sabe do seu envolvimento com drogas, parece que com tráfico, porém o mesmo alegou ser de uso próprio a droga que estava

consigo. O acusado Ademir possuía um bar nesta cidade acima da Perdigoão no sentido do Bairro Floresta. Não tenho informações de que havia drogas nesse bar” (fls. 125).

Por derradeiro, destaco que as declarações prestadas por Ademir em inquéritos e processos nos quais se viu envolvido, ora como partícipe, ora como informante, referem-se a fatos e situações pretéritas, devendo ser objeto de julgamento e eventual condenação nos respectivos autos, não servindo como elemento de certeza da autoria de tráfico no presente caso.

Ademais, o apelante afirmou, tanto na fase policial quanto na judicial, que a droga que portava era para uso próprio, dizendo-se viciado no entorpecente, condição confirmada pelo laudo de dependência toxicológica de fls. 238/240.

Como é sabido, o art. 37 da Lei de Tóxicos estabelece como critérios para a distinção entre traficante e o mero usuário, a natureza e a quantidade de substância apreendida, o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão e a conduta e antecedentes do agente, devendo tais aspectos ser apreciados conjuntamente, sem qualquer ordem hierárquica de preferência.

Por outro lado, o fato de ter sido encontrada pequena quantidade de tóxicos (cinco gramas), por si só, não afastaria o tráfico, pois o que importa é a destinação que lhe confere o agente e sua vontade livre e consciente de praticar uma das ações previstas no tipo.

Saliente-se, por oportuno, que para o reconhecimento do narcotráfi-

co não é necessária prova da comercialização do entorpecente, posto que o tipo penal do art. 12 da Lei n. 6.368/76 apresenta vários núcleos e a prática de qualquer deles caracteriza o delito. Contudo, não se pode prescindir de prova segura de que o fim visado pelo agente seja o comércio e não o consumo próprio. Subsistindo qualquer dúvida, a condenação há de ser ditada pela espécie que mais beneficia o acusado.

Da jurisprudência:

“Não comprovada a destinação ao comércio da razoável quantidade da substância entorpecente apreendida com o agente, não resta caracterizada a narcotraficância (art. 12 da Lei n. 6.368/76), resultando cabível a desclassificação de posse para uso próprio” (Ap. Crim. n. 98.017960-2, de Criciúma, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

“Na ausência de elementos suficientes de que o material tóxico apreendido destinava-se ao comércio ilícito, impõe-se a desclassificação. É cediço que não se condena por presunção, e, uma vez aceita a autoria e a materialidade, e sendo duvidosa a finalidade da maconha apreendida, ‘é de se adotar o critério mais benéfico, do uso próprio’ (RT 533/366)” (Ap. Crim. n. 97.007972-9, de Curitiba, rel. Des. José Roberge).

“Para que se reconheça como caracterizado o crime denominado ‘tráfico de entorpecentes’ (art. 12, Lei Antitóxicos), é mister prova suficiente, convincente e segura; em caso de dúvida em se saber se o réu é traficante ou mero usuário (possuía a droga para uso próprio), aliada à sua dependência, deve prevalecer a se-

gunda hipótese, mais favorável ao agente” (Ap. Crim. n. 99.000574-7, de Itajaí, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

Do voto:

“Adalberto José Q. T. de Carmo Aranha leciona:

‘Consoante pacífico entendimento doutrinário e jurisprudencial, uma decisão condenatória somente é possível diante de um juízo de certeza.

‘O festejado criminalista Heleno Cláudio Fragoso nos remete seu pensamento: 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 e interesses materiais.

‘E Eberhardt Schmidt completa: Constitui princípio fundamental do Processo Penal o 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.

‘A sentença condenatória criminal somente pode vir fundada em provas que conduzam a uma certeza. Até mesmo a alta probabilidade servirá como fundamento absolutório, pois teríamos tão-só um juízo de incerteza que nada mais representa que não a dúvida quanto à realidade’ (Da Prova no Processo Penal, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1994, pág. 64).

"Havendo dúvida, portanto, o delito deve ser desclassificado para aquele descrito no art. 16 da Lei n. 6.368/76, já que sua consumação verifica-se com a realização das condutas de adquirir, guardar ou trazer consigo o objeto material, restando plenamente evidenciado pelas provas constantes dos autos".

In casu, embora reconheça presentes alguns indícios de que o apelante é ou foi envolvido com o comércio clandestino de entorpecentes, tenho que, na dúvida, diante da insuficiência da prova quanto à traficância, a solução mais correta é a de se admitir que a pequena quantidade da droga se destinava, mesmo, ao consumo próprio.

Relativamente ao pedido de absolvição com fundamento no princípio da insignificância ou da "bagatela", não assiste razão ao recorrente.

Anoto que o delito do art. 16 é de perigo abstrato. Não interessa a quantidade de droga, basta que esteja presente o princípio ativo da substância proibida para que o crime se configure.

Esta Corte já decidiu:

"Crime contra a saúde pública. Ínfima quantidade. Crime de bagatela. Circunstância que não exclui a ilicitude.

"A pequena quantidade da droga apreendida em poder do réu, para seu uso, não exclui, só por si, a ilicitude penal, porque pune-se pela previsão do art. 16, o fato de portar material entorpecente, qualquer que seja a sua quantidade sem se indagar se contém ou não capacidade de gerar dependência" (Ap. Crim. n. 30.625, de Imbituba, rel. Des. José Roberge).

Finalmente, demonstrada a responsabilidade penal do recorrido por infração ao art. 16 da Lei n. 6.368/76, passo à dosimetria da pena.

As circunstâncias judiciais, conforme análise do ilustre Magistrado a quo, não são inteiramente favoráveis ao apelante, visto apresentar péssimos antecedentes (certidão de fls. 49) e possuir má conduta social. Dessa forma, fixo a pena-base em 9 (nove) meses de detenção e 24 (vinte e quatro) dias-multa, no valor mínimo previsto no art. 38 da Lei de Tóxicos.

Na segunda fase, presentes a agravante da reincidência (fls. 49) e a atenuante da confissão espontânea (fls. 74), opero a compensação entre elas, mantendo a reprimenda em 9 (nove) meses de detenção.

Ausente qualquer causa de especial aumento da pena.

Incide, porém, a causa especial de diminuição prevista pelo art. 19, parágrafo único, da Lei n. 6.368/76, razão pela qual minoro a reprimenda em 1/3 (um terço), restando definitiva em 6 (seis) meses de detenção e 16 (dezesseis) dias-multa.

A pena privativa de liberdade deverá ser cumprida inicialmente em regime semi-aberto, com o pagamento da sanção pecuniária no prazo estabelecido no art. 50 do CP.

O apelante não tem direito à substituição da sanção corporal por pena restritiva de direitos, nem ao benefício do sursis, por se tratar de reincidente.

Operada a desclassificação do delito, restou prejudicada a análise do pedido de fixação de regime inicialmente fechado.

3 — Recurso de Odenir José Dal Pizzol.

3.1 — O delito de porte ilegal de arma de fogo restou plenamente comprovado.

A materialidade veio consubstanciada pelo termo de apreensão (fls. 18), laudo pericial atestando que as armas estavam em perfeitas condições de funcionamento (fls. 22) e ofício da 25ª Delegacia Regional de Polícia Civil informando que as armas são de uso proibido para agentes civis (fls. 151).

A autoria é inconteste.

O apelante, em ambas as fases processuais, confessou a propriedade das armas.

Na delegacia:

“Que, o revólver 357 Magnum, é de sua propriedade, porém não possui registro nem porte, e que comprou há aproximadamente quatro ou cinco anos, mas não lembra o nome do vendedor; Que, é de sua propriedade a espingarda Winchester, calibre 38, com luneta de precisão e silenciador o que foi adquirida há dez anos atrás, com todos os acessórios, de um viajante o qual não lembra o nome” (fls. 9).

Em Juízo:

“As armas descritas na denúncia são de minha propriedade, sendo as mesmas antigas e sem condições de uso, por faltar o pente. O revólver não funciona” (fls. 72).

As armas não estavam registradas, eram de uso restrito das Forças Armadas, bem como o apelante não estava autorizado a possuí-las, infringindo, assim, o disposto no art. 10, § 2º, da Lei n. 9.437/97, verbis:

“Art. 10. Possuir, deter, portar, fabricar, adquirir, vender, alugar, expor à venda ou fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda e ocultar arma de fogo, de uso permitido, sem a autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

“§ 2º. A pena é de reclusão de dois anos a quatro anos e multa na hipótese deste artigo, sem prejuízo da pena por eventual crime de contrabando ou descaminho, se a arma de fogo ou acessórios forem de uso proibido ou restrito”.

Corroborando a confissão, tem-se os depoimentos dos policiais civis que confirmaram a apreensão das armas na residência do apelante.

Como se vê, não há como falar em insuficiência de prova.

A confissão do apelante, na polícia e em Juízo, aliada aos depoimentos dos policiais, e a apreensão da arma constituem elementos mais que suficientes.

Luiz Flávio Gomes e William Terra de Oliveira explicam:

“O registro da arma de fogo é ‘o documento expedido pelo poder público através da autoridade competente, que autoriza a pessoa a possuir uma arma, exclusivamente no interior de sua residência, ou no seu local de trabalho, desde que seja ela a responsável legal ou titular do estabelecimento’” (in Lei das Armas de Fogo, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, pág. 26).

E, adiante:

“Portar uma arma de fogo significa trazê-la consigo, em condições de pronta utilização, mantendo-a sob sua disponibilidade imediata. Portar é levar a arma, circular com ela. Além disso, o verbo não abrange apenas o contato físico com a arma, mas também significa que o agente tem o objeto ao seu alcance, em condições de fazer rápido uso do mesmo.

“A idéia de portar não significa exatamente trazer a arma nas mãos, mas sim em qualquer lugar de fácil apossamento, sem obstáculos (como na cintura, no bolso, no porta-luvas do veículo etc.), e fora dos casos de guarda autorizada (interior da residência ou local de trabalho, por força do art. 4º da lei).

“Portanto, o porte supõe a exigência de uma autorização especial, emitida pelo poder público” (op. cit., pág. 115).

Da jurisprudência:

“Porte ilegal de arma. Artigo 10 da Lei n. 9.437/97. Réu que admitiu a posse da arma apreendida, confirmando a inexistência de autorização legal” (Ap. Crim. n. 98.017965-3, de Criciúma, rel. Des. Genésio Noll).

“Para a caracterização do crime de porte ilegal de arma de fogo, basta a simples posse, sem a devida licença da autoridade competente, sendo irrelevante a intenção dos agentes, posto que se trata de delito de mera conduta” (Ap. Crim. n. 98.010035-6, da Capital, rel. Des. José Roberge).

Quanto à alegação de que o laudo de fls. 22 não teria validade por ter sido elaborado por dois peritos designados pelo próprio delegado, anoto que, não obstante o documento tenha

valor legal, nos crimes dessa natureza a potencialidade lesiva da arma é presumida, independentemente de qualquer perícia.

Ao questionar a capacidade ofensiva, deveria a defesa comprová-la.

Incide o art. 156 do Código de Processo, dispondo que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”.

Quedando-se o apelante inerte, tem-se que as armas eram, mesmo, eficientes.

“Contravenção — Porte de arma. Configuração. Agente que é preso em flagrante portando arma de fogo não pode alegar que não sabia que era necessário ter licença para portar arma. É despicienda a alegação de que não foi a arma periciada, pois a capacidade ofensiva de um revólver ou pistola emerge de sua própria natureza. Decisão unânime” (TARJ — Ap. Crim. n. 59.163/96 — rel. Des. Erié Sales da Cunha — j. 17/9/96, Ajuris — Banco de Dados Jurisprudenciais da Associação dos Juízes do RS).

“Porte de arma — Perícia — Ausência — Prescindibilidade — Prova a cargo da defesa — CPP, art. 156 — Recurso desprovido.

“(…)

“Não é imprescindível que o revólver, para ser objeto do delito da posse ilegal, seja submetido à perícia, porquanto a potencialidade lesiva da arma é presumida” (Ap. Crim. n. 98.012135-3, de Araranguá, relatada pelo subscritor).

3.2 — Da mesma forma, a narco traficância restou configurada.

A materialidade delitiva veio consubstanciada pelos termos de

apreensão (fls. 19 e 24), laudo de constatação provisória (fls. 20) e laudos periciais (fls. 92/95 e 103/106) que concluíram tratar-se de cocaína e crack as substâncias apreendidas.

A autoria também restou evidenciada, mormente pela confissão extrajudicial do co-denunciado Ademir e pelas declarações do irmão do apelante. Tendo sido tomadas com as cautelas legais e na presença de advogado, sendo harmônicas e coerentes com os demais elementos probatórios, tais declarações bastariam ao decreto condenatório.

Os fatos narrados na denúncia dão conta da prática do tráfico de entorpecentes por parte de Odenir em duas modalidades distintas previstas no tipo penal, quais sejam, a de vender a droga ao co-denunciado Ademir e a de guardar ou manter em depósito substância entorpecente.

A venda da droga ficou comprovada pelas declarações de Ademir ao ser preso em flagrante quando saía da residência do recorrente portando um envelope contendo cerca de 7 (sete) gramas de cocaína:

“Que, por volta das 13 horas foi até à casa de Odenir José Dal Pizzol pediu 5 (cinco) gramas de cocaína; Que, pagou o valor de R\$ 75,00 (setenta e cinco reais); Que, na semana passada foi à casa de Odenir e comprou dois gramas de cocaína; (...); Que, nas duas compras efetuou o pagamento em dinheiro; Que, conhece Odenir há aproximadamente um ano e meio” (fls. 8/9).

Como era de se esperar, em Juízo mudou a versão, dizendo que havia comprado a droga de “um tal de Ribeiro”, e que nunca esteve na casa

de Odenir, não sabendo nem mesmo onde esta se localizava.

Destaco que nem mesmo o próprio Ademir conseguiu explicar o motivo da alteração do depoimento. Em um primeiro momento alegou que teria sido espancado pelos policiais para incriminar Odenir, fato que não restou comprovado. Depois, afirmou ter feito tais declarações porque o delegado teria prometido que, se assim agisse, não seria preso.

Do contexto da prova resta claro que o objetivo do co-denunciado ao se retratar em Juízo era única e exclusivamente livrar Odenir da condenação. Ademais, é cediço que a retratação, corriqueira nesse tipo de delito, deriva, na maioria das vezes, de ameaças por parte dos envolvidos na narco-trafficância.

Os depoimentos dos policiais foram uníssonos e convergentes no sentido de que Ademir esteve na casa do apelante, tendo saído de lá com o envelope na mão, contendo o papelo-te da droga, o que desacredita sobremaneira tal versão.

Osmar Rodrigues da Costa:

“Na data do flagrante recebi um telefonema na delegacia informando que o acusado Odenir estava comercializando drogas. Me dirigi até o local em que avistava a casa do mesmo, sendo que, logo após o meio-dia, lá chegou o acusado Ademir. Ambos conversaram alguma coisa tendo Odenir descido até os fundos da casa e retornando, em seguida Ademir se retirou. (...). Ademir saiu da casa de Odenir levando nas mãos um envelope pardo” (fls. 124/125).

Elizeu Lazarotto:

“Como policial civil, na data da prisão dos denunciados, estava de plantão na delegacia quando recebi um telefonema do policial Osmar que fazia campana na casa do acusado Odenir, informando que o acusado Ademir havia estado naquela casa e que o mesmo havia adquirido alguma coisa de Odenir. (...). Não presenciei os depoimentos prestados pelos acusados. Posteriormente tomei conhecimento de que Ademir admitiu ter adquirido a droga de Odenir. Entrei numa sala da delegacia quando o mesmo conversava com o delegado, momento em que disse ter adquirido a substância de Odenir. (...). Já em outra oportunidade policiais haviam feito campana e teriam visto Ademir ter estado na casa de Odenir. (...). Não houve qualquer tipo de agressão aos acusados na delegacia” (fls. 98/99).

Some-se a isso o fato de que Odenir era conhecido como traficante pela polícia, já tendo inclusive sido condenado no Estado do Mato Grosso do Sul pelo mesmo delito.

Edmilson Guedes Ribeiro:

“A polícia recebeu diversas informações que na casa de Odenir era praticado o comércio de entorpecentes, tendo eu várias vezes observado aquela residência através de ruas mais acima. Cheguei a observar movimento de pessoas, veículos, sendo que estes ali paravam e após breve conversa se retiravam” (fls. 117).

Osmar Rodrigues da Costa:

“Odenir é conhecido pela polícia por já ter se envolvido com droga no Estado de Mato Grosso. (...). A polícia tinha informações de que um ex-colega de cela de Odenir oriundo

do Mato Grosso estava trazendo entorpecentes a este” (fls. 125).

Corroboram as suspeitas os relatórios de ocorrências telefônicas juntados às fls. 263/295 e 311/365, dando conta de vários contatos feitos pelo apelante, possivelmente com traficantes, nos Estados do Mato Grosso e Mato Grosso do Sul.

A jurisprudência é praticamente uníssona no sentido de que os depoimentos dos policiais têm valor probante como o de qualquer outra testemunha:

“A prova testemunhal obtida por depoimento de agente policial não se desclassifica tão-só pela sua condição profissional na suposição de que tende a demonstrar a validade do trabalho realizado; é preciso evidenciar que ele tenha interesse particular na investigação ou, tal como ocorre com as demais testemunhas, que suas declarações não se harmonizem com outras provas idôneas. Precedente” (STF — HC n. 74.522—AC — rel. Min. Maurício Correa — j. 19/11/96 — DJU 13/12/96).

“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 condição 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, expressiva quantidade de cocaína e crack encontrada escondida na base de uma árvore nas proximidades da casa de Odenir também evidencia a narcotraficância.

A maneira como a droga foi parar naquele local descrita pelo irmão de Odenir convence da propriedade do tóxico.

Com efeito, disse ter sido o próprio apelante quem pediu para retirar a droga do paiol nos fundos da casa e escondê-la no interior da árvore, fato presenciado pelos policiais em “campana”.

Em Juízo, sem qualquer justificativa plausível, mudou a versão, dizendo que a droga teria sido entregue por um desconhecido a seu filho Marcos, de 15 (quinze) anos, para que en-

tregasse ao tio, sendo que o menor constatando tratar-se de substâncias tóxicas, com medo da polícia, teria escondido o pacote.

A estória foi confirmada pelo adolescente, porém há de se ter em conta o grau de parentesco entre as testemunhas e o apelante, sendo óbvia a intenção de livrar Odenir das imputações.

Ademais, esta última versão apresentando-se completamente divorciada das demais evidências, não merece a menor credibilidade.

Com acerto analisou a matéria o Dr. Juiz a quo:

“Além do mais, nos causa estranheza o fato de que uma pessoa desconhecida viesse a entregar ao sobrinho do acusado Odenir um pacote contendo 65,3 gramas de cocaína, cujo preço de mercado, segundo depoimentos colhidos nestes autos, varia de R\$ 13,00 a 15,00 o grama. Outro fato a ser considerado é que o adolescente, segundo disse (fls. 127), abriu o pacote e em face de ter visto alguns papelotinhos, o escondeu num buraco junto à árvore. Então pergunta-se. Como sabia desse buraco junto à árvore, eis que não reside naquela casa? O procedimento normal de um adolescente de 15 anos seria este narrado por Marcos, ou levar o referido pacote ao seu pai ou avó, eis que estava com medo da polícia? Por fim: O Sr. Olívio iria inventar os fatos narrados na declaração de fls. 23 tão-somente porque estava com medo de ser preso, sem que devesse nada para com a justiça?

“Diante de tais indagações, às quais não vejo respostas plausíveis, e considerando-se ainda que já restou

efetivamente comprovado nestes autos que, no dia da sua prisão, o denunciado Odenir vendeu droga ao co-denunciado Ademir, entendendo que as declarações prestadas na fase indiciária pelo Sr. Olívio Pedro Dal Pizzol, apesar de retratadas em Juízo, se coadunam mais com o restante da prova carreada aos autos, de modo que tenho plena convicção que após a sua prisão, o acusado Odenir pediu ao seu irmão Olívio para que este pegasse a droga escondida no paiol e a escondesse junto ao tronco da árvore, onde a droga foi encontrada pelo próprio irmão do acusado Odenir.

"(...).

"Registra-se, por oportuno, que o fato da droga ter sido encontrada quando o acusado encontrava-se preso não o isenta desse crime, pois a prova carreada aos autos é segura no sentido de que aquela droga encontrada junto ao tronco da árvore, próximo à casa do acusado Odenir, era realmente sua, e somente foi levada até aquele local pelo seu irmão Olívio, a pedido seu, quando este foi lhe visitar na cadeia.

"(...).

"Sendo assim, restou também caracterizado crime de tráfico ilícito de drogas, previsto no art. 12 da Lei n. 6.368/76, na modalidade 'guardar' substância entorpecente, uma vez que a droga apreendida na árvore, com certeza, pertencia ao acusado Odenir".

Vale ressaltar que para a configuração do tráfico de entorpecentes é prescindível que o agente seja flagrado no momento da comercialização, bastando que pratique uma das várias ações previstas no art. 12 da Lei n.

6.368/76, dentre elas, a de "ter em depósito" substância entorpecente.

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 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 172.503-3/8 — rel. Jarbas Mazzoni — RT 714/357 e JTJ 170/288)".

"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 10/94 — rel. Enéas Machado Cotta — RDTJRJ 24/307)" (op. cit., págs. 979/980).

4 — Pelo exposto, nego provimento ao recurso de Odenir Dal Pizzol e dou provimento parcial ao recurso de Ademir dos Santos, para desclassificar o delito para o previsto no art. 16 da Lei n. 6.368/76, condenando-o à pena de 6 (seis) meses de detenção e 16 (dezesesseis) dias-multa, em regime semi-aberto.

III — Decisão

Acompanharam o voto do Relator. Negaram provimento ao recurso de Odenir Dal Pizzol e deram provimento parcial ao recurso de Ademir dos Santos para desclassificar o delito para o previsto no art. 16 da Lei n.

6.368/76, condenando-o à pena de 6 (seis) meses de detenção e 16 (dezesesseis) dias-multa, em regime semi-aberto.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Genésio Nollí e Francisco Borges. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho.

Florianópolis, 18 de abril de 2000.

Amaral e Silva,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.007874-3, DE ITAJAÍ

Relator: Des. Amaral e Silva

Penal — Apropriação indébita — Advogado — Prestação de contas — Ressarcimento após a denúncia — Recurso desprovido — Precedentes jurisprudenciais.

O advogado tem o dever legal e moral, logo que possível, de prestar contas, entregando ao cliente as quantias que em nome dele recebeu.

A apropriação indébita se consuma quando o causídico, conscientemente, passando a dispor do dinheiro, se recusa a prestar contas.

Pagamento após a denúncia não elide o delito, consumado ante a omissão de restituir.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.007874-3, da comarca de Itajaí, em

que é apelante Valdir Nahrung, 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

Valdir Nahring, advogado, foi condenado à pena de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, no valor mínimo, como incurso nas sanções do art. 168, § 1º, III, do Código Penal.

A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos — prestação pecuniária e prestação de serviços à comunidade.

Inconformado, apelou, alegando, em síntese, que não houve apropriação indébita; que a suposta vítima requereu a desistência da ação penal; que os valores já foram devolvidos e que os documentos juntados pela defesa não foram analisados.

Sustenta, ainda, que para haver condenação, exige-se certeza, devendo a conclusão ser “clara, firme e livre de dúvidas razoáveis”.

Pleiteia a absolvição ou, alternativamente, a “aplicação da pena mínima prevista na legislação, em especial a privativa de liberdade que foi substituída pela restritiva de direitos, arbitrando-se o valor substitutivo em 1 (um) salário mínimo, dentro das possibilidades do apenado ora recorrente”.

O Dr. Promotor, também em sumo, diz que “o crime está amplamente caracterizado bem como sua forma dolosa, não havendo o que mais discutir”.

Acrescenta que o acerto de contas posterior não exime a responsabilidade penal. Requer a manutenção da sentença.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo desprovimento do apelo.

O recurso seguiu os trâmites legais.

II — Voto

1 — Mantenho a bem-lançada sentença da lavra do culto Juiz Dr. Irineu João da Silva, aduzindo mais os seguintes fundamentos:

Valdir Nahring foi contratado por Felício Bieleski para propor ação de cobrança contra a empresa Amauri Administradora de Consórcios S/C Ltda. com objetivo de reaver 39 (trinta e nove) parcelas pagas de um consórcio.

Vencedor da demanda, o apelante recebeu o cheque de R\$ 3.381,78 (três mil, trezentos e oitenta e um reais e setenta e oito centavos) que depositou na própria conta bancária.

Passado algum tempo, questionado acerca do numerário, informou que o cheque fora recebido sem suficiente provisão de fundos.

A vítima, telefonando à empresa, foi informada que o cheque não tinha nenhum problema e já havia sido descontado.

Como se vê, o dolo de se apropriar restou plenamente configurado.

O apelante, que detinha a posse lícita daqueles valores, interpelado para acertar contas, deixou de fazê-lo,

exsurgindo clara a intenção de não restituí-los.

Ocorreu o que a doutrina chama de inversão da posse em domínio, suficiente à consumação do delito.

Explica Néelson Hungria:

“No furto e no roubo, há uma *contractatio*, uma subtração; no estelionato, uma captação fraudulenta; na apropriação indébita, uma arbitrária inversão da posse *nomine alieno* em propriedade de fato, prevalecendo-se o agente da conferida disponibilidade física da coisa” (in Comentários ao Código Penal, vol. VII, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1967, págs. 129/130).

E ainda:

“Apropriar-se é fazer sua a coisa alheia. (...) não há de início o *animus delinquendi*: o agente recebe a coisa por vontade válida de quem de direito, entrando a possuí-la ou detê-la licitamente, a título precário ou temporário; mas, num momento sucessivo, vem a mudar, arbitrariamente, o título da posse ou detenção, passando a dispor da coisa *ut dominus*. Cessa de possuir *alieno nomine* e faz entrar a coisa no seu patrimônio, ou dispõe dela como se fora o dono, isto é, com o propósito de não restituí-la, ou de não lhe dar o destino a que estava obrigado, ou sabendo que não mais poderia fazê-lo.

“(…)”

“Vários são os atos que podem evidenciar ou indiciar a apropriação indébita: venda, doação, consumo, dissipação, cessão, penhor, caução, ocultação (naturalmente para servir pretexto de não ter recebido a coisa ou de tê-la perdido), retenção sem cau-

sa legítima ou motivo razoável etc.” (op. cit., págs. 135/137).

Julio Fabbrini Mirabete anotou:

“Caracterização com a recusa em devolver a coisa — TAMG: ‘A consumação do delito de apropriação indébita surge quando se dá a inversão do título de posse, configurada com a recusa em devolver a coisa de que se tem posse e detenção, firmando, por consequência, a competência do juiz do local onde ocorra referida recusa’ (RT 586-365/6). TACrimSP, ‘Apropriação indébita. (...) Consuma-se o delito no momento da negativa da entrega ou restituição, e no local onde deve o agente prestar contas ao lesado’ (JTACrim. 65/203). No mesmo sentido TACrimSP, JTACrim. 33/41, 55/173, 60/187, 88/263” (in Código Penal Interpretado, São Paulo, Atlas, 1999, pág. 1.074).

A jurisprudência da Corte segue idêntico norte:

“Apropriação indébita. Dolo específico. Consumação — Causa especial de aumento do inciso III do § 1º do art. 168 do Código Penal. Caracterização.

“O crime de apropriação indébita consuma-se quando o agente, por ato voluntário e querido, inverte o título da posse exercida sobre a coisa, passando dela a dispor como proprietário (ex.: com o dinheiro apropriado o agente adquire veículo, para si); uma vez operada a inversão, o crime está consumado” (Ap. Crim. n. 98.017487-2, de Joinville, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

“Estelionato e apropriação indébita. Distinção. Agente que, ao levar motocicleta de um conhecido para consertar, resolve vendê-la ao mecâ-

nico. Dolo posterior à posse lícita. Hipótese do delito do art. 168 do CP. Autoria e materialidade comprovadas nos autos. Pena-base acima da mínima. Circunstâncias desfavoráveis inerentes a crimes praticados após o delito em questão. Inviabilidade de utilização em desfavor do réu. Condenação mantida, com a adequação, de ofício, da capitulação do crime e redução da pena ao patamar mínimo.

“A distinção entre o estelionato e a apropriação indébita se dá no momento em que o dolo surge. Nesta, ele é subsequente à posse, que foi obtida de forma lícita; naquele, a intenção criminosa antecede a posse” (Ap. Crim. n. 97.009045-5, de Imaruí, rel. Des. José Roberge).

Não convence o argumento de que houve apenas mora ou desídia do advogado no fazer o repasse, por isso que se locupletou, retendo os valores, efetuando o pagamento muito após a consumação do delito e o oferecimento da denúncia (fls. 82/83).

João Roberto Parizatto ensina:

“O advogado possui poderes para levantar eventuais quantias que forem depositadas em juízo e que pertencem ao seu cliente. Sem dúvida, e de acordo com as normas éticas, deve aquele prestar contas a seu cliente daquilo que recebeu, não se justificando a retenção por parte de tais valores” (in *Dos Crimes Contra o Patrimônio*, São Paulo, Saraiva, 1995, pág. 124).

2 — O pagamento após a denúncia não elide o crime, vez que a apropriação há muito se consumara.

Nesse sentido a lição de Bento de Faria:

“A restituição posterior da coisa não altera a situação jurídica criada pela ação criminosa e poderá ser considerada, quando muito, na aplicação da pena” (in *Código Penal Brasileiro Comentado*, vol. V, 2ª ed., Rio de Janeiro, Record, 1959, pág. 115).

E. de Magalhães Noronha tem o mesmo entendimento:

“A não-restituição, no devido tempo, pode ser prova do crime, uma vez que se apresentem os outros requisitos. A devolução tardia, quando já consumado o delito, não o pode fazer desaparecer, sendo apenas circunstância que o juiz deve ter em conta na aplicação da pena. Um simples exemplo bastará para ilustrar a afirmação. Suponhamos o caso do cobrador de firma comercial, obrigado a, todas as tardes, prestar contas das quantias recebidas e que o deixa de fazer certo dia. Convidado a entregar as quantias havidas, apresenta desculpas, engendra expedientes, até que é despedido da casa, que, a seguir, recorre à justiça. Denunciado, faz-se o processo, e, quando prestes a ser proferida a sentença e aquilatado o valor das provas colhidas, ele restitui o dinheiro recebido. Claro é que a restituição operou-se depois de consumado o delito. Diversos são os acórdãos nesse sentido” (in *Direito Penal*, vol. 2, 21ª ed., São Paulo, Saraiva, 1986, págs. 332/333).

“O ressarcimento do dano poderá repercutir na dosimetria da pena, mas não tem efeito de elidir a ação penal” (STF — rel. Min. Célio Borja — RTJ 122/1.024)” (Ap. Crim. n. 97.012866-5, de Itajaí, rel. Des. Genésio Nolli).

“O ressarcimento do dano não tem efeito de elidir a ação penal, sendo considerado apenas como causa especial de diminuição de pena prevista no art. 16 do Código Penal” (Ap. Crim. n. 99.000955-6, de Blumenau, que relatei).

No caso, a infortunada vítima teve grande dificuldade para reaver o dinheiro — conseguindo apenas parte dele.

A empresa entregou o cheque no dia 8/7/97 (fls. 35). Intentada ação no Juizado Especial Cível, celebraram acordo em meados do ano de 1998 (fls. 48), tendo o apelante pago somente R\$ 700,00 (setecentos reais).

Irresignada, a vítima o representou na Ordem dos Advogados do Brasil, onde, mediante acordo, recebeu a quantia de R\$ 1.800,00 (um mil e oitocentos reais), somente em 17/9/99 (fls. 82/83).

Como se vê, o pagamento ocorreu muito depois do oferecimento da denúncia (14/5/98) sem que ao menos houvesse completo ressarcimento.

A desistência requerida pela vítima após o acordo no Juizado Especial (fls. 48) nada interfere com o andamento do processo. A ação penal prevista para o crime de apropriação indébita é pública incondicionada. É proposta pelo Ministério Público, de forma indisponível, independentemente de representação do ofendido.

3 — Não houve omissão por parte do Juiz na análise das provas.

Observou, com o costureiro acerto, o ilustre Procurador de Justiça Dr. Paulo Antônio Günther:

“Em se lendo a sentença guereada percebe-se facilmente que o Magistrado analisou o contido na documentação entranhada nos autos e rebateu as alegações que o acusado apresentou no decorrer do processo criminal.

“O Dr. Juiz reconheceu a materialidade do delito (fls. 86) com base no recibo de quitação firmado pelo acusado (fls. 35), no cheque emitido nominalmente em seu favor (fls. 36), e nas demais provas. Os referidos documentos foram efetivamente analisados pelo sentenciante, servindo como elementos para o seu convencimento e como fundamento para a decisão condenatória.

“O recibo de quitação subscrito pelo réu (fls. 35), bem como suas declarações de que depositou dita quantia em conta conjunta que possuía com sua esposa são suficientes para confirmar a autoria e materialidade do delito.

“As alegações da defesa foram, outrossim, analisadas pelo Magistrado por ocasião do julgamento da lide. O argumento defensivo de que a penhora da conta conjunta, na qual foi depositado o dinheiro da vítima, descharacterizaria a apropriação indébita, por exemplo, foi rechaçado veementemente às fls. 88 da sentença, nos seguintes termos: ‘Na órbita dos argumentos defensivos, não merece guarida o argumento de que houve penhora do saldo disponível em conta do réu e sua esposa, subtraindo a disponibilidade do dinheiro da esfera de gerenciamento do denunciado. Não lhe era permitido usar o numerário para fim diverso da imediata entrega ao cliente’.”

Como se vê, o digno Magistrado concluiu pela condenação de forma segura, amparado nas provas dos autos.

4 — O pedido alternativo de diminuição da pena também não pode prosperar.

Oportuno, mais uma vez, colacionar os fundamentos expendidos pelo douto Procurador de Justiça:

“Os pedidos alternativos de aplicação da pena no mínimo legal e de diminuição da prestação pecuniária para um salário mínimo, também não podem prosperar. A pena-base já foi aplicada no mínimo legal de um ano de reclusão e pagamento de 10 dias-multa, após, acrescidas de um terço, em virtude da qualificadora. A prestação pecuniária de 10 salários mínimos, por sua vez, foi estabelecida dentro dos limites previstos no artigo 45, § 1º, do Código Penal, não haven-

do motivos para sua diminuição, devendo ser considerada a gravidade do delito perpetrado pelo réu e sua situação de advogado, profissional universitário”.

5 — Pelo exposto, nego provimento.

III — Decisão

Acompanharam o voto do relator. Negaram provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Genésio Nollí e Souza Varella. Lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 6 de junho de 2000.

Amaral e Silva,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 97.010305-0, DE SÃO BENTO DO SUL

Relator: Des. Álvaro Wandelli

Apelação criminal. Estelionato. Condenação em Primeira Instância. Estabelecimento de ensino que funcionou normalmente durante seis meses para depois fechar sem ressarcir seus alunos. Não-comprovação da prévia intenção de fraudar. Absolvição decretada. Recurso provido.

Inexistindo prévia intenção de fraudar os clientes e obter lucro ilícito, o descumprimento de contrato é mero ilícito civil, ainda que provocado dolosamente e com prejuízo patrimonial às vítimas.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 97.010305-0, da comarca de São Bento do Sul, em que é apelante Airton

Celeste Alchini, sendo apelada a Justiça Pública, por seu promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para absolver o apelante, com fundamento no inciso VI do art. 386 do Código de Processo Penal.

Custas na forma da lei.

Na comarca de São Bento do Sul, o representante do Ministério Público denunciou Airton Celeste Alchini como incurso nas sanções do artigo 171, caput, c/c 71, todos do Código Penal, em razão dos fatos delituosos assim narrados na vestibular acusatória:

“O ora denunciado Airton Celeste Alchini, na qualidade de sócio-gerente da empresa Dynamic Centro Educacional de Joinville, possuía uma filial da referida empresa nesta cidade, com o objetivo de serem ministrados cursos de inglês e informática.

“Ocorre que diversas pessoas, como as vítimas Antonio Fernando Nojekovski, Maria Lourdes Salataka Buscoski, Valdir Maes e Maurita Evangelina Bardino efetuaram a matrícula de seus filhos no referido curso no mês de abril do ano próximo passado, sendo que algumas vítimas quitaram em uma só parcela o valor total do curso e outras optaram pelo pagamento parcelado, como provam o certificado de matrícula e recibos de pagamento no valor de Cr\$ 1.900.000,00 à época, referentes à vítima Antonio (fls. 7 a 9), certificado de matrícula e recibo no valor de Cr\$ 2.800,00 à época, referente à vítima Maria Lourdes (fls.11 e 12), bem como certificados de matrícula e recibos de pagamento do curso das vítimas Valdir (fls. 14 e 16) e Maurita (fls. 22 a 24).

“O curso que teoricamente teria a duração de 6 meses se resumiu a apenas algumas aulas, sem professores e equipamentos adequados, e sem qualquer satisfação às vítimas por parte do denunciado Airton, o qual, desta forma, usando de meio fraudulento, mantendo as vítimas na esperança de serem ministradas as aulas, obteve vantagem patrimonial de forma ilícita, com prejuízo a inúmeras pessoas, algumas inclusive desconhecidas” (fls. 2/3).

A instrução processual foi encerrada, restando, ao final, condenado Airton Celeste Alchini, por infração ao art. 171, caput, do Código Penal, à pena de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 15 (quinze) dias-multa, tendo-lhe sido concedido o benefício da suspensão condicional da pena pelo prazo de 2 (dois) anos.

Inconformado com o teor da decisão prolatada, o acusado, por intermédio de seu defensor, apelou, requerendo a absolvição e, alternativamente, a desclassificação para a forma privilegiada, sob o fundamento de que os pagamentos realizados pelas vítimas foram de pequeno valor e referiam-se às apostilas, e não aos cursos. Afirmou, também, que não existem provas de que era o responsável pela empresa Dynamic Centro Educacional e que tenha obtido lucro. Por fim, aduz que o fato ocorrido configura ilícito civil e não penal.

Contra-arrazoado o apelo, os autos subiram a esta Corte onde, em decisão de 14 de maio de 1996 (fls. 117/118), esta egrégia Câmara, por decisão unânime, determinou o retorno dos autos à Comarca de origem pa-

ra manifestação do representante do Ministério acerca da suspensão condicional do processo, tendo em vista a entrada em vigor da Lei n. 9.099/95.

Em Primeiro Grau, o doutor Promotor de Justiça opinou pela não concessão da medida despenalizada, porquanto o apelante foi denunciado pela prática de vários crimes de estelionato (continuidade delitiva).

Por fim, ascenderam os autos a esta Instância, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra da Dra. Walkyria Ruicir Danielski, opinou pelo conhecimento e provimento do recurso, para absolver o apelante, aduzindo a inexistência de fraude destinada à obtenção de vantagem ilícita.

É o relatório.

Tem razão a ilustre parecerista.

O pedido recursal merece acolhida desta Corte, pois o acervo probatório acostado aos autos demonstra que o prejuízo sofrido pelas vítimas foi ocasionado pela má administração empresarial do acusado e não por fraude ou ardid com intenção de obter vantagem ilícita.

Muito embora o acusado tenha recebido dinheiro para prestar o curso desejado pelas vítimas, e se esquivado de ressarcir os valores pagos quando não pôde cumprir o contratado, não se pode afirmar que ele tenha agido com má-fé, induzindo os ofendidos em erro no intuito de obter vantagem ilícita.

Ocorre que o referido estabelecimento comercial, até um determinado momento, efetivamente lecionava os cursos contratados, somente vindo a quebrar a confiança depositada pe-

los ofendidos quando, mudando de endereço, ampliou sua área física.

Extrai-se do depoimento prestado por Deise Cristiane Stiegler, secretária do estabelecimento:

“Nos primeiros meses o acusado veio algumas vezes a esta cidade para observar o andamento do referido curso; que confirma que todas as aulas foram dadas; que posteriormente a empresa mudou de endereço, pegando uma sala maior e implantou também um curso de informática, implementando também um curso de inglês avançado; quando os negócios começaram a desandar, pois o acusado não mais entrou em contato, deixando todos os encargos sociais e demais despesas por conta da depoente, (...) que enquanto havia pagamentos era possível quitar as dívidas, como água, luz etc.” (fls. 65).

Corroborando essas assertivas, o depoimento da testemunha Arlete Baum:

“Ministrou aulas de inglês no curso Dinamic Centro Educacional, estabelecido nesta cidade, no período compreendido entre setembro de 1992 e fevereiro de 1993”, e, mais adiante, “que o curso iniciado no mês de setembro teve seu término em fevereiro” (fls. 22).

Ora, resta claro, portanto, que a escola instituída em meados de 1992 funcionou, mesmo precariamente, até maio de 1993, quando então os professores, por falta de pagamento, deixaram de lecionar na escola.

Na verdade, como bem realçou a doutora Procuradora de Justiça, em seu parecer, não é crível que o acusado montasse o curso e cumprisse seus compromissos durante seis meses se

tivesse o objetivo de fraudar seus alunos, pois, caso esta fosse sua real motivação inicial, poderia ter fugido com o todo o dinheiro coletado assim que os contratantes pagaram pelo serviço.

Assim, não se pode dizer que o réu montou a escola com o intuito de enganar seus clientes e obter vantagem pecuniária de forma ilícita, mas sim que sua intenção inicial era realmente de oferecer os serviços.

Diante disso, o descumprimento do contrato com seus alunos é mero ilícito civil, ainda que diversas pessoas tenham sido prejudicadas e não ressarcidas.

Dos escritos doutrinários de Julio Fabbrini Mirabete, embasados em diversos entendimentos jurisprudenciais, colhe-se:

“Tem-se entendido que há fraude penal quando o escopo é o lucro ilícito e não o do negócio (RT 423/344) (...). Não há crime na ausência de fraude e o mero descumprimento do contrato, mesmo doloso, é mero ilícito civil (JTACrSP 49/173, 50/79, 51/405; RT 423/394; RTJ 93/978” (in Manual de Direito Penal, 12ª ed., Atlas, São Paulo, 1997, pág. 296) (grifei).

Dessarte, verifica-se que o intuito inicial do apelante era lícito e que, tragado pelos problemas financeiros decorrentes da má administração do negócio, não pôde adimplir com o contratado.

Acrescente-se, ainda, que a intenção de fraudar para caracterizar o ilícito penal deve anteceder à conduta realizada e “deve ser anterior à obtenção da vantagem ilícita” (Damásio E. de Jesus, Código Penal Anotado, 4ª

ed. ampl. e atual., São Paulo, Saraiva, 1994, pág. 530).

Com efeito, colhe-se dos julgados desta Corte :

“Estelionato na sua forma fundamental. Inexistência de prova cabal da intenção prévia da fraude de parte do agente no sentido de não cumprir o avençado. Dúvida se na espécie ocorreu fraude penal ou civil. Absolvição que se impõe. Apelação provida” (Ap. Crim. n. 29.947, de Pomerode, rel. Des. Rogério Lemos, j. em 6 de agosto de 1993) (grifei).

No mesmo vértice:

“Apelação criminal — Estelionato — Não caracterização — Absolvição decretada. O crime de estelionato pressupõe dolo antecedente, que não ocorre quando o agente recebe cheque de desconhecido pela venda de seu relógio, e de imediato troca a cártula no bar onde se encontrava. Não provado o ardil, ou artifício, não se caracteriza o crime. Recurso provido” (Ap. Crim. n. 29.548, de Criciúma, rel. Des. Solon d’Eça Neves, j. em 12 de abril de 1993) (grifei).

Convém ressaltar que não se discute se o apelante procurou ressarcir ou não as vítimas do serviço contratado e não entregue, ou mesmo se ele buscou fugir à obrigação de pagar suas dívidas com seus funcionários, pois tais condutas, embora moralmente reprováveis, são fatos atípicos e não implicam em condenação penal.

Ademais, nunca se pode esquecer o sábio brocardo in dubio pro reo que, no caso em exame, indica a necessidade de reconhecer a existência de razoável dúvida acerca da intenção do apelante em fraudar ou não

seus clientes, o que por si só determina a absolvição.

O entendimento jurisprudencial desta Corte navega neste rumo:

“Estelionato — Disposição de coisa alheia como própria (art. 171, § 2º, inciso I, do Código Penal — Dúvida acerca da natureza da fraude — Absolvição decretada. Não restando nítido nos autos que o propósito do acusado era premeditadamente frustrar o pagamento da máquina agrícola que recebeu da vítima, efetuando a venda a terceiro de boa-fé e não ressarcindo àquela, queda-se para o reconhecimento de mera fraude civil, atípica para a caracterização do crime previsto no art. 171, § 2º, inciso I, do Código Penal. Recurso provido” (Ap. Crim. n. 97.001843-6, de Videira, deste Relator, j. em 27 de maio de 1997).

Por todo o exposto, decide a Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para absolver o apelante, com fundamento no inciso VI do art. 386 do Código de Processo Penal.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jorge Mussi. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, a Exma. Sra. Dra. Walkyria Ruicir Danielski.

Florianópolis, 25 de agosto de 1998.

José Roberge,
Presidente com voto;
Álvaro Wandelli,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 98.003473-6, DE BLUMENAU

Relator: Des. Álvaro Wandelli

Homicídio culposo. Ré que deixa arma em local de fácil acesso para seus filhos. Negligência comprovada. Condenação mantida.

Não há como afastar a previsibilidade, analisada no aspecto objetivo, se qualquer pessoa, com um mínimo de bom senso, poderia antever que crianças e adolescentes, dotados de uma curiosidade inerente à própria idade, apoderar-se-iam de armas de fogo, se tivessem fácil acesso a elas.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 98.003473-6, da comarca de Blumenau, em que é apelante Laura Lavalliere de Lira Torreão Dassen, e apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Blumenau, Laura Lavalliere de Lira Torreão Dassen

foi denunciada pela prática do delito previsto no artigo 121, § 3º, do Código Penal, porque:

“Consta, das inclusas peças, que Laura Lavalliere de Lira Torreão Dassen negligenciou na guarda de armas de fogo no interior de sua residência, localizada nesta cidade, Rua São Francisco, 43, apto. 701, mantendo, em uma gaveta do criado-mudo de seu quarto, sem qualquer segurança, um revólver marca Taurus, calibre 38, n. 673582, outro da marca Rossi, calibre 38 especial, n. W008327, ambos devidamente municados, além de grande quantidade de projéteis para armas de fogo.

“No dia 2 de abril do corrente ano, por volta das 11 horas, Eric Alexandre Torreão Dassen, filho de Laura Lavalliere, com 14 anos de idade, ao se encontrar em casa apenas em companhia da empregada doméstica, acabou por receber a visita da vítima Sérgio do Amaral de Oliveira Segundo, 13 anos de idade, com quem passou a brincar no interior do imóvel.

“Dirigindo-se ao quarto de Laura, Eric Alexandre pegou o revólver marca Rossi do interior do criado-mudo e, em meio a brincadeira com a arma de fogo, disparou-o, vindo a atingir Sérgio do Amaral na altura do olho esquerdo, causando-lhe traumatismo cranioencefálico e, conseqüentemente, a morte, conforme comprova auto de exame cadavérico de fls.

“Ao negligenciar na guarda de arma de fogo deixando-a ao alcance de menor que, em despropositada brincadeira, veio a dar causa a morte de outrem, Laura Lavalliere de Lira Torreão Dassen incidiu nas sanções do artigo 121, § 3º, do Código Penal,

pelo que contra a mesma oferece esta Promotoria de Justiça a presente denúncia, pedindo que, recebida e atuada, seja a denunciada citada para o interrogatório e defesa que tiver, intimadas as testemunhas adiante arroladas para deporem sobre os fatos, preenchidas as demais formalidades de lei e, a final, condenada aquela nas penas que lhe couberem” (fls. 2/3).

O representante do Ministério Público propôs a suspensão do processo pelo prazo de 2 (dois) anos, mediante o cumprimento do disposto no artigo 89, § 1º, inciso I, da Lei n. 9.099/95, proposta que foi aceita pela defesa, a qual requereu o prazo de 10 (dez) dias para comprovar a execução da medida (fls. 33).

Decorridos 9 (nove) meses sem a comprovação da reparação do dano causado, decidiu o Ministério Público retirar a proposta de suspensão, dando-se seguimento ao processo (fls. 49).

Processados os autos, restou a apelante condenada à pena de 1 (um) ano de detenção, substituída por prestação de serviços comunitários pelo prazo de 1 (um) ano, e pagamento de pena pecuniária de 10 (dez) dias-multa, no valor individual de 1/2 (metade) salário mínimo vigente à época do fato, por infração ao disposto no artigo 121, § 3º, do Código Penal.

Inconformada, apelou, a tempo e modo, pugnando por sua absolvição, já que não tinha como prever os acontecimentos e, portanto, não podia ser punida a título de culpa (fls. 99/107).

Contra-arrazoado o recurso, ascenderam os autos a esta Superior Instância, onde a douta Procurado-

ria-Geral de Justiça opinou pelo retorno dos autos à origem, a fim de que se procedesse à intimação do assistente de acusação a respeito do teor da sentença (fls. 123).

Sanada a irregularidade (fls. 133), retornaram os autos a este egrégio Tribunal de Justiça, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em novo parecer, subscrito pelo Dr. Paulo Huáscar Viana, manifestou-se pelo conhecimento e desprovemento do recurso (fls. 137/139).

É o relatório.

O presente recurso objetiva a absolvição da ré quanto ao crime de homicídio culposo pelo qual foi condenada, em razão de ter deixado armas de fogo ao alcance de seu filho, ocasionando a morte de uma criança de 13 (treze) anos. A defesa argúi a imprevisibilidade quanto ao lamentável acidente, já que tais armas encontravam-se guardadas no criado-mudo há muitos anos, gerando a concepção de que não representavam qualquer perigo. Além do mais, o falecimento inesperado do esposo da recorrente causou instabilidade no cotidiano familiar, fazendo com que ela nem sequer lembrasse da existência daqueles objetos.

A materialidade do delito restou provada pelo termo de apreensão de fls. 9, auto de exame cadavérico de fls. 10 e laudo pericial de fls. 12/20.

A autoria não é negada, conforme demonstra o interrogatório:

“Que as armas mencionadas na denúncia eram guardadas na gaveta do criado-mudo do quarto da interroganda há muitos anos, desde que morava na cidade de Recife; Que a gaveta onde ficavam as armas não

possuía chaves; Que uma das armas pertencia ao marido da interroganda e a outra ao pai da interroganda e como ele faleceu, ficaram com a mesma; Que o marido da interroganda faleceu no dia 16 de março deste ano; Que a interroganda não usava as armas em questão e nunca em sua vida pegou em armas; Que, além de Eric, a interroganda tem um outro filho de 15 anos, que também mora em sua companhia; Que seus filhos não costumavam mexer nas armas e, pelo que sabe, nunca as pegaram; Que não tem conhecimento de que em alguma oportunidade qualquer de seus filhos tenha brincado com as armas, com o irmão e amigos; Que seus filhos sabiam onde as armas eram guardadas e sempre tiveram orientação, dada por seu esposo, para que nelas não mexessem; Que o marido da interroganda não costumava andar armado e as armas permaneciam sempre em sua casa; Que seu filho Eric e a vítima tinham muito contato e geralmente um passava o fim de semana na casa do outro” (fls. 26).

No mesmo sentido tem-se o depoimento de Alzira Laurentino de Lima, empregada doméstica, presente no local dos fatos:

“Que a depoente tinha conhecimento da existência do revólver, que era guardado em uma gaveta na mesa de cabeceira da cama, sem que houvesse qualquer chave; não tem conhecimento de que o revólver fosse ali guardado municiado ou não; (...) que a gaveta onde o revólver era guardado tinha, além dele, um outro revólver, não contendo qualquer outro objeto; que havia projéteis soltos na mesma gaveta; que não recebeu qualquer instrução a respeito do manuseio das ar-

mas, porque ninguém com elas mexia” (fls. 53).

Diante dessas afirmativas, conclui-se que as armas eram guardadas em local de fácil acesso para os filhos da apelante, e por isso o nexo de causalidade entre a conduta negligente da ré e a morte da vítima ficou demonstrado.

Resta analisar, então, os fundamentos utilizados pela defesa, em grau de recurso, para verificar a possibilidade ou não de exclusão da responsabilidade da recorrente quanto ao crime pelo qual foi condenada.

De acordo com o recurso de apelação, a ocorrência dos resultados que culminaram no evento morte não poderia ser prevista pela apelante, pois as armas foram guardadas no criado-mudo anos atrás, e todos sabiam da existência delas, gerando a concepção de que não representavam qualquer perigo à família e a terceiros. Além do mais, a recente morte do marido da recorrente causou uma natural instabilidade no cotidiano familiar, fazendo com que ela nem sequer lembrasse da existência das referidas armas de fogo (fls. 99/107).

A questão, portanto, tange-se à verificação da previsibilidade por parte da recorrente quanto ao resultado danoso, já que “culpa é a inobservância do dever de cuidado manifestada numa conduta produtora de um resultado não querido, mas objetivamente previsível” (in Curso de Direito Penal, Parte Geral, Tomaz M. Shintati, págs. 80 e 81)” (Apelação Criminal n. 32.803, de Bom Retiro, Des. rel. Nilton Macedo Machado).

Na lição de Damásio E. de Jesus, “a previsibilidade objetiva, isto é,

a capacidade de antevisão do resultado pelo agente, consiste na possibilidade de ser antevisto o resultado, nas condições em que o agente se encontrava, e a subjetiva baseia-se nas condições pessoais do sujeito” (in Comentários ao Código Penal, Parte Geral, 1º vol., 2ª ed., Saraiva, 1988, págs. 325/326).

Ora, a previsibilidade, analisada no aspecto objetivo, não pode ser afastada, já que qualquer pessoa com um mínimo de bom senso poderia antever que crianças e adolescentes, dotados de uma curiosidade inerente à própria idade, apoderar-se-iam das referidas armas de fogo, se tivessem fácil acesso a elas. Nesse contexto, observe-se o disposto no artigo 19 do Decreto-Lei n. 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais), bem como o artigo 10, § 1º, da Lei n. 9.437/97.

Também não se pode excluir a previsibilidade subjetiva da apelante quanto aos fatos em questão, com os argumentos de que as armas estavam naquele lugar há anos e de que a perda de seu marido a fez esquecer a existência dos referidos objetos, pois a recorrente é pessoa esclarecida (segundo grau completo, fls. 26), e o fato de advertir seus filhos para que não frequentassem seu quarto já indica que tinha consciência do perigo gerado por ela própria e por seu marido. Podia e devia, durante aqueles anos todos, ter tomado o mínimo de cautela, como chavear a gaveta, ou retirar os projéteis colocando-os em outro lugar, mas não o fez, e em razão de sua negligência a vítima, de apenas 13 (treze) anos de idade, veio a falecer.

Este egrégio Tribunal de Justiça, em caso semelhante, decidiu:

“Homicídio culposo. Manuseio de arma de fogo por menor. Culpa na modalidade de negligência do proprietário da arma. Condenação mantida.

“Age com negligência quem deixa arma de fogo ao alcance de menor que, manuseando-a, causa morte acidental de outro menor.

“Recurso desprovido” (Apelação Criminal n. 25.752, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Nauro Collaço, j. em 13/2/91).

Por todos os argumentos mencionados, a condenação da apelante, nos termos do artigo 121, § 3º, do Código Penal, era mesmo de rigor.

Diante do exposto, decidiu a Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jorge Mussi. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Sr. Dr. Paulo Huáscar Viana.

Florianópolis, 8 de setembro de 1998.

José Roberge,
Presidente sem voto;
Álvaro Wandelli,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 98.003979-7, DE ITAJAÍ

Relator: Des. Álvaro Wandelli

Crime de resistência (art. 329, § 1º, do CP) — Agente que se opõe ao cumprimento de mandado de penhora, desferindo socos contra oficial de justiça, impossibilitando o cumprimento do ato legal — Caracterização — Prova baseada nas declarações da vítima, corroborada pelos depoimentos dos policiais — Condenação mantida.

Configura-se o crime de resistência na forma qualificada se o funcionário, cumprindo ordem judicial, abandona seu objetivo diante da violência física e moral perpetrada pelo agente.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 98.003979-7, da comarca de Itajaí (1ª Vara), em que é apelante Moisés da Silveira, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime,

conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Itajaí, Moisés da Silveira foi denunciado como incurso nas sanções do art. 329, § 1º, do Código Penal, porque:

“Consta que o ora denunciado foi demandado nos autos da ação de

ressarcimento de danos, causados em acidente de trânsito, em curso no Juizado Especial Cível desta comarca, na qual foi condenado a pagar a importância de R\$ 90,00 (noventa reais).

“Em vista disso e já em fase de execução de sentença, em data de 19 de dezembro de 1996, foi expedido mandado de intimação e penhora, para que o demandado, uma vez intimado, pagasse o débito em 24 horas, sob a pena de penhora, cujo cumprimento ficou ao encargo do oficial de justiça, Sr. Jaime da Veiga.

“Por isso, no dia 13 do corrente (março/97), por volta de 9 horas, referido oficial de justiça se dirigiu ao endereço comercial do denunciado (Empresa Sal da Terra, localizada no 1º Distrito Industrial, nesta cidade), sendo recebido pelo mesmo.

“Tendo o Sr. Jaime da Veiga se identificado e procedido à leitura do mandado, o denunciado exclamou que ‘na Justiça somente trabalhava uma cambada de ladrões’. Após isso e tendo se dirigido ao carro para pegar um auto de penhora, quando retornou o oficial de justiça foi impedido de entrar na empresa pelo denunciado, que lhe desferiu um soco no peito, chegando a quebrar-lhe os óculos.

“Hostilizado pelo denunciado o oficial de justiça acionou a Polícia Militar, cujos agentes compareceram ao local, conduzindo o denunciado à delegacia.

“Em virtude da resistência oposta pelo denunciado, a um ato que era absolutamente legal, o mesmo acabou não sendo cumprido pelo oficial de justiça” (fls. 2/4).

Foi realizada a proposta de suspensão condicional do processo,

nos termos do art. 89 da Lei n. 9.099/95, a qual foi recusada (fls. 26) e, uma vez concluída a instrução criminal, sobreveio a sentença que, dando procedência à denúncia, condenou o apelante à pena de 1 (um) ano de reclusão, em regime aberto, por infração ao art. 329, § 1º, do Código Penal, sendo-lhe concedido o benefício do sursis.

Inconformado, apela, buscando a absolvição, sob o argumento de não restar caracterizado o crime de resistência. Aduz, ainda, que o decreto condenatório está baseado unicamente nas palavras da vítima, que entende “passíveis de dúvidas”.

Após as contra-razões, manifestou-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Hipólito Luiz Piazza, pelo desprovemento do apelo.

É o relatório.

Com razão o douto parecerista.

Sustenta o apelante a tese da absolvição, alegando que não praticou qualquer ato de resistência e que o oficial de justiça passou a ler o documento na ocasião dos fatos sem se identificar previamente.

Contudo, o acervo probatório desmente essa versão, formando um conjunto sólido a indicar a responsabilidade do apelante.

Segundo o processado, no dia 13 de março de 1997, o oficial de justiça, Sr. Jaime Romeu, munido de mandado de intimação e penhora, pessoalmente, e sob as exigíveis formalidades, dirigiu-se ao endereço comercial do apelante (Empresa Sal da Terra Transportes e Armazenagens Ltda.), para cumprimento do referido

mandado (fls. 13), provindo do Juizado Especial Cível da comarca de Itajaí, referente à execução no valor atualizado de R\$ 91,04 (noventa e um reais e quatro centavos). Ato contínuo, após ter-se identificado, o sr. oficial de justiça procedeu à leitura do mandado, sendo que, ao tomar conhecimento do objetivo do serventuário, o apelante impediu o cumprimento do mandado mediante agressão verbal e física. A primeira, por meio da expressão: “Na Justiça só trabalha uma cambada de vagabundos”. A violência física caracterizou-se por um soco no peito da vítima, quebrando-lhe os óculos.

Diante dessa situação, o sr. oficial acionou a polícia militar, a qual compareceu e efetuou a prisão de Moisés. Em razão da resistência oposta pelo apelante, acabou não sendo cumprido o ato intimatório e de penhora.

Nesse sentido, tem-se a palavra da vítima Jaime da Veiga que, quando inquirido, nas duas oportunidades (fls. 7/8 e 44v.), narrou em detalhes a atitude rebelde do acusado, esclarecendo em Juízo:

“que o informante é oficial de justiça há vinte e cinco anos; que foi à empresa do réu para cumprir mandado judicial; (...) que o informante se apresentou como oficial de justiça e leu o mandado que iria cumprir; que o acusado reagiu dizendo que na Justiça trabalhava uma cambada de ladrões; (...) ele veio em sua direção e lhe desferiu um soco no peito quebrando-lhe os óculos; (...) que o réu agrediu o informante sabendo que lidava com um oficial de justiça; (...)

não foi possível a ordem judicial” (fls. 44v.).

O policial militar Maurílio Antônio Furtado, que efetuou a prisão, contou:

“Que não havia lesão no oficial de justiça, mas apenas os óculos amassados; que o oficial de justiça dera voz de prisão ao acusado, que se recusou a ir à delegacia; que então ele foi conduzido” (fls. 46v.).

Nesta linha também as palavras do policial Natanael João Emílio:

“Que não viu lesão no oficial de justiça, mas os óculos dele quebrados” (fls. 45v.).

De outro vértice, as declarações das testemunhas da defesa Valdecir Ferreira e Mirian Suzana Jacinto (fls. 55/54) no sentido de que não viram o apelante desferir um soco no oficial e nem mesmo proferir palavras de baixo calão devem ser afastadas. Ora, não seria diferente, em razão do vínculo empregatício com aquela empresa, não merecendo, assim, qualquer credibilidade.

Como se vê, não há admitir que o apelante não sabia que se tratava de autoridade competente, pois o oficial de justiça, no exercício de suas funções, encarregado do cumprimento do ato legal que lhe foi demandado, em momento algum ignorou essa condição quando da visita à empresa do apelante.

Aliás, é o próprio defensor do apelante que afirma que “tudo isso a denúncia afirma ter acontecido pela resistência ao pagamento de míseros R\$ 91,04. Dissemos míseros em comparação a aviltante atitude do oficial de justiça em querer penhorar um veí-

culo caminhonete de propriedade do então denunciado. Ora, Excelências, a inegável experiência que a vítima possui deveria impedi-lo de cometer tamanha estupidez tentando penhorar um bem muitíssimo superior ao valor discutido. Não seria difícil encontrar outros bens na empresa do apelante que fossem compatíveis com o valor objeto da constrição" (fls. 87).

E nem se argumente que houve excesso do sr. oficial de justiça, esquecendo-se o nobre causídico de que a penhora poderia ser elidida posteriormente, mediante embargos, substituindo-se o bem constringido por outro de menor valor, ou, melhor ainda, efetuando-se o pronto pagamento da dívida, o que, aliás, o apelante realizou no dia seguinte ao delito (fls. 22).

Só para argumentar, a ilegalidade do ato, na esteira do entendimento de Hungria, para quem essa não deve se confundir com a injustiça da decisão de que aquele deriva (Comentários ao Código Penal, vol. IX, Forense, 1958, pág. 415), ainda se manifesta nos meios de execução, quando há excesso por parte do funcionário, sendo que, até mesmo para a corrente moderadora, para a qual a resistência se legitima pela ilegitimidade evidente do ato, "somente quando a ação da autoridade for manifestamente abusiva e ilícita é que o cidadão pode se opor, pois sua atitude é eminentemente social, ou seja, requerida pelos interesses não apenas seus, mas da coletividade" (Alberto Silva Franco et alii, Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, vol. 1, t. II, RT, 1997, pág. 3.677).

E, prossegue, citando Ihering:

"No meu direito, compreende-se todo o direito que é violado e contestado; é esse que é defendido, sustentado e restabelecido. Que elevada importância adquire assim na luta do indivíduo pelo seu direito! E quanto este interesse ideal, porque é geral, está acima da baixa região do puro individualismo, dos interesses, dos intentos egoístas e das paixões pessoais, nos quais o ignorante vê os únicos determinantes da luta pelo direito".

Vê-se que, comprovados, pois, os configuradores do crime de resistência: oposição violenta (desferiu socos no peito contra a pessoa do oficial de justiça, inclusive quebrando os óculos que este possuía); autoridade do meirinho contra quem foi dirigida; e legalidade da ordem a cuja execução opôs o apelante medidas para impedir (o oficial de justiça estava em atividade cumprindo a ordem demandada pelo juiz daquela comarca, ou seja, mandado de intimação e penhora).

Sobre o tema ensina Magalhães Noronha: "a resistência é militante (a simples passividade não a constitui); integrada pela violência ou grave ameaça à pessoa; e durante a execução do ato legal" (in Direito Penal, Saraiva, 20ª ed., 1995, vol. 4, pág. 299) (grifei).

Assim, restou configurado o ilícito previsto no art. 329, § 1º, do Código Penal, pois o apelante impediu o oficial de justiça do cumprimento do mandado de intimação e de penhora (fls. 9).

A jurisprudência não discrepa desse entendimento:

"Se o funcionário não consegue dominar a resistência e tem de deser-

tar ou ceder em face da violência material ou constrangimento moral, maior gravidade do fato é evidente: não só deixa de ser cumprida a lei, como é desmoralizada a autoridade e criando um incentivo a que outros imitem o exemplo de rebeldia. Configura-se, em tal caso, o disposto no § 1º do art. 329 do CP” (TACrimSP — EI — rel. Cunha Camargo — RT 416/252).

Por estas razões, decidiu a Segunda Câmara Criminal, à unanimidade de votos, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jorge Mussi. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Hipólito Luiz Piazza.

Florianópolis, 2 de maio de 1998.

José Roberge,
Presidente com voto;
Álvaro Wandelli,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 98.006576-3, DE PINHALZINHO

Relator: Des. Álvaro Wandelli

Apelação criminal.

Recurso interposto no quinquêdio legal. Tempestividade.

No caso de intimação da sentença por carta precatória, o termo inicial da contagem do prazo para interposição do recurso é a data de sua juntada aos autos.

Defesa dativa. Causídico que atuou em favor do réu em todo o processo. Ausência de rol de testemunhas. Mera faculdade processual. Alegações finais concisas, mas sustentando teses viáveis. Inexistência de prejuízo. Preliminar de deficiência de defesa afastada.

“Se o defensor dativo acompanhou todas as fases processuais, lutando em favor do acusado, não há falar em defesa deficiente. Aplicação da Súmula 523 do STF. Preliminar rejeitada” (Ap. Crim. n. 30.815, de Lages, rel. Des. Cláudio Marques, j. em 17 de fevereiro de 1994).

Depoimentos contraditórios do réu no tocante ao seu álibi. Magistrado que não requer, de ofício, oitiva de testemunhas. Inexistência de obrigação de fazê-lo, especialmente se presentes diversas

provas de autoria do crime. Preliminar de cerceamento de defesa rejeitada.

“O juiz é quem resolve se ouve ou não testemunhas indicadas após o encerramento da instrução criminal (CPP, arts. 209, 499, 500 e 502). Não há ofensa ao direito constitucional da ampla defesa quando o juiz, depois de encerrada regularmente a instrução criminal, recusa pedido das partes para ouvir testemunhas indicadas fora do prazo” (STJ, RHC n. 1.314-RJ, Reg. n. 910012576-8, ac. unânime, 5ª Turma, j. em 14/8/91, in DJU I, pág. 12.212, rel. Min. Edson Vidigal).

Réu menor de 21 anos. Ausência de curador durante o interrogatório. Defensor dativo que acompanhou o ato processual. Inteligência da Súmula 352 do Supremo Tribunal Federal.

“Não é nulo o processo penal por falta de nomeação de curador ao réu menor que teve assistência de defensor dativo” (Súmula 352 do STF).

Roubo com emprego de arma. Palavras firmes e coerentes da vítima. Reconhecimento do agente. Apreensão da arma. Condenação mantida.

“Em crime de roubo, geralmente perpetrado face a face, o reconhecimento do assaltante, formalizado na fase policial e ratificado, sem titubeio, perante autoridade judiciária, constitui a peça basilar do elenco probatório, e é suficiente para a prolação do veredicto condenatório” (JC 43/433).

Condenação mantida.

Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 98.006576-3, da comarca de Pinhalzinho, em que é apelante Ozeia Camargo, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime,

conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Pinhalzinho, o representante do Ministério Público denunciou Ozeia Camargo como incurso nas sanções do artigo 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, em razão

dos fatos delituosos assim narrados na exordial acusatória:

"No período da manhã do dia 8 de dezembro de 1996, próximo a Linha Machado, neste município, o denunciado, a tapas e utilizando-se de um canivete, subtraiu para si da vítima Ângela Marcell Malmann Hoflls, de 15 anos de idade, um relógio de pulso. O fato ocorreu quando a vítima aguardava na parada a chegada de seu ônibus. O denunciado, depois de conversar normalmente com a vítima por algum tempo, em dado momento encostou a lâmina do canivete em suas costas, levando-a até um barranco. Sempre mantendo a vítima segura, subtraiu-lhe o relógio e uma fotografia. Em seguida determinou que a vítima tirasse a roupa. Diante dos apelos desta, afastou-se dizendo que a mataria caso fosse denunciado" (fls. 2/3).

A instrução processual foi encerrada, restando, ao final, condenação Ozeia Camargo, por infração ao art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, à pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semi-aberto, e pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Inconformado com a reprimenda aplicada, o acusado, por intermédio de seu defensor, apelou, alegando, preliminarmente, a nulidade do processo desde a defesa prévia, por cerceamento e deficiência de defesa, e, no mérito, a falta de provas. No mérito, pugnou pela absolvição ou, alternativamente, a conversão do julgamento em diligência para inquirição das testemunhas. Requer, ainda, o afastamento da qualificadora do emprego de arma.

Em contra-razões, o douto Promotor de Justiça argüiu, preliminarmente, a intempestividade do apelo e, no mérito, que a alegada deficiência da defesa não modificaria o contexto probatório, não causando, porquanto não causou, prejuízo ao acusado. Aduziu, também, que inexistiu cerceamento de defesa e que o acervo de provas constante nos autos justifica o decreto condenatório na forma em que foi prolatado.

Por fim, ascenderam os autos a esta Instância, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Maurílio Moreira Leite, opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso.

É o relatório.

I — Preliminares

1. Tempestividade do apelo

No tocante à tempestividade do recurso, a preliminar argüida pelo Ministério Público não merece acolhida pois, como esta Corte tem reiteradamente decidido, o prazo para interposição do recurso é contado a partir da juntada aos autos da carta precatória devidamente cumprida.

E nem poderia ser diferente, pois se na seara do direito privado o termo inicial da contagem de prazo é, como o Dr. Promotor de Justiça ressaltou, a data da juntada aos autos da carta precatória devidamente cumprida (art. 241, IV, do CPC), então o entendimento na esfera do direito penal não pode ser diferente.

É que, nesses casos, está em discussão a liberdade de um cidadão, sendo que o direito de recorrer ao duplo grau de jurisdição faz-se ainda ma-

is necessário, não podendo, portanto, ser adotado um critério mais rígido do que o existente no trato das questões meramente cíveis.

Os julgados desta Corte rumam para este entendimento:

“Crime contra a saúde pública. Tóxicos. (...) Preliminar de intempestividade do recurso de um dos réus suscitada no parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça. Apelante intimado por precatória. Início da contagem do prazo recursal que se conta da juntada da precatória aos autos. Tempestividade do recurso aforado. Preliminar argüida pelo órgão ministerial rejeitada (...)” (Ap. Crim. n. 34.504, de Concórdia, rel. Des. Alberto Costa, j. em 10 de dezembro de 1996) (grifei).

E, ainda:

“Apelação criminal — Intempestividade — Não conhecimento. Quando a intimação da sentença é feita por precatória, a contagem do prazo recursal se inicia a partir da devolução, que se concretiza com a juntada desse documento aos autos” (Ap. Crim. n. 19.759, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Thereza Tang, j. em 25 de setembro de 1984) (grifei).

Por esses motivos, conhece-se do recurso interposto no quinquídio posterior à juntada aos autos da carta precatória devidamente cumprida.

2. Deficiência de defesa

A alegação recursal de nulidade do processo por deficiência de defesa não tem como prosperar.

A detida análise dos autos revela que a defesa realizada pela defensora dativa não foi omissa, pois atuou em favor do réu em todos os

momentos processuais, tendo, inclusive, requerido e alcançado a revogação da prisão preventiva, logrando êxito em libertar o réu para que respondesse ao processo em liberdade.

O nobre defensor aponta como deficiência de defesa a ausência de testemunhas de defesa, mas, como é consabido, não há obrigatoriedade de apresentação dessas, sendo que a oitiva de testemunhas é mera faculdade processual.

Ressalte-se, ainda, que a própria defesa prévia é ato processual dispensável, pois “por vezes o silêncio é mais interessante para a defesa, que poderá manifestar-se sobre o mérito da causa após a produção da prova. Assim, a apresentação da defesa prévia não é obrigatória, mas mera faculdade do princípio da ampla defesa. Sendo peça dispensável, a critério do defensor, a omissão da defesa prévia, ou a ausência do rol de testemunhas, não constitui nulidade por ausência de defesa” (Julio Fabbrini Mirabete, Código de Processo Penal Interpretado, 5ª ed., São Paulo, Atlas, 1997, pág. 516).

Afirma o douto causídico que a sentença de Primeiro Grau teria reconhecido que testemunhas poderiam ter corroborado o alibi do apelante, contudo o exame do decisum revela que tal argumento não procede.

Extrai-se da sentença combatida:

“A autoria, por sua vez, além de ratificada pela prova testemunhal colhida, bem como pelo reconhecimento efetuado pela vítima, no decorrer do inquérito policial (fls. 15) e em Juízo.

“Na audiência, aliás, forneceu segura descrição do réu, reconhecen-

do-o. Detalhou, ainda, como seria a arma utilizada, justamente aquela apreendida em poder do réu (fls. 14) e cuja descrição (termo de fls. 55) confere perfeitamente com a que foi efetuada em audiência” (fls. 60).

E, mais adiante, comentando os depoimentos do acusado:

“Na delegacia, disse que nos finais de semana fica em companhia da namorada. Em juízo, que na data dos fatos estava em casa de sua irmã. Nenhuma das duas, porém, compareceu aos autos para atestar como verdadeiras tais alegações” (fls. 61).

Assim, muito embora o Magistrado tenha afirmado que o réu não logrou êxito em provar sua inocência por ausência de confirmação, apontou as contradições existentes nas versões apresentadas, indicou os pontos frágeis diante dos demais elementos de prova existentes nos autos.

Assim, tendo o nobre Juiz de Primeira Instância atribuído relevante força probatória às palavras da vítima e verificado que o réu apresentou alibis contraditórios, trazer ao processo declarações de testemunhas informantes em nada modificaria o teor do decreto condenatório, e, por consequência, a falta de tais testigos não configurou prejuízo concreto ao réu.

Tentando ainda demonstrar que a defesa dativa foi deficiente, o nobre defensor aduziu, em razões de apelação, que nenhuma pergunta foi feita às testemunhas de acusação.

Todavia, tal argumento não subsiste diante do exame de tais testigos, pois estes revelam que a defensora dativa efetivamente atuou em tais momentos processuais, tendo sido, inclusive, extenso o rol de perguntas

efetuadas e reduzidas a termo às fls. 46, bem como as de fls. 47.

E, apesar de concisas, as derradeiras alegações sustentaram teses defensivas viáveis, afirmando que não existiam provas concretas da participação do acusado e que somente as palavras da vítima não poderiam determinar a condenação do réu.

Esta Corte já se pronunciou acerca deste tema:

“Processo crime — Nulidade — Inocorrência — Alegações finais concisas — Ausência de prejuízo — Revisão criminal indeferida. ‘No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu’ (Súmula do STF, verbete 523). Alegações finais concisas, mas sérias e objetivas, não são causa de nulidade, salvo quando resulte, provado, prejuízo para o réu” (Rev. Crim. n. 2.745, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Nilton Macedo Machado, Câmaras Criminais Reunidas, j. em 27 de setembro 1995) (grifei).

Por fim, a manifestação da defesa acerca do auto de descrição da arma, onde se usaram termos coloquiais, não configura deficiência, pois foi defendido pela advogada que, apesar da semelhança, a arma apreendida não era a mesma utilizada na conduta criminosa.

Além disso, tal diligência visava unicamente a descrever a arma apreendida, e em nada adiantaria tentar impugnar o auto de descrição quando este está fielmente relatando as características físicas do objeto.

Por todos esses motivos, “se o defensor dativo acompanhou todas as fases processuais, lutando em favor

do acusado, não há falar em defesa deficiente. Aplicação da Súmula 523 do STF. Preliminar rejeitada" (Ap. Crim. n. 30.815, de Lages, rel. Des. Cláudio Marques, j. em 17 de fevereiro de 1994), deve ser afastada a preliminar.

3. Cerceamento de defesa por ausência de inquirição de testemunhas da defesa

Aduz o nobre defensor que o Juiz determinou a lavratura do auto de descrição e que, portanto, poderia ter determinado inquirição de testemunhas de defesa, e, não o fazendo, cerceou a defesa do acusado.

Tal argumento não procede.

O princípio da verdade real permite ao magistrado, quando estiver em dúvida, que realize certas diligências para formar seu convencimento, não precisando, assim, permanecer como figura passiva diante dos acontecimentos.

Contudo, não se pode esperar que o juiz tome o lugar de alguma das partes, sendo-lhe vedado desfazer o equilíbrio necessário de forças entre os litigantes.

Os escritos doutrinários não divergem:

"Embora o juiz não deva assumir o papel da parte acusadora ou da defesa, permite a lei que, em casos de dúvida, procure esclarecê-la determinando a realização de diligências. Essa possibilidade de o juiz, de ofício, perquirir sobre a verdade reduz consideravelmente o campo das incertezas no processo penal e facilita a busca da verdade real. O processo penal, ao contrário do civil, não transige com essa busca da verdade real. O juiz pode

assim determinar, à revelia das partes, a reprodução de provas e colher as que sejam úteis à instrução. Trata-se, porém, de atividade meramente supletiva do juiz, não tendo ele o dever de determinar tal ou qual diligência" (Julio Fabbrini Mirabete, Processo Penal, 4ª ed., São Paulo, Atlas, 1995, pág. 262).

Dessarte, verifica-se que é permitida, a critério do juiz, a realização de diligências e ouvida de testemunhas, não sendo, portanto, obrigação ou dever, mas tão-somente uma faculdade emprestada ao magistrado quando este não puder formar o seu livre convencimento.

Não é outro o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"O juiz é quem resolve se ouve ou não testemunhas indicadas após o encerramento da instrução criminal (CPP, arts. 209, 499, 500 e 502). Não há ofensa ao direito constitucional da ampla defesa quando o juiz, depois de encerrada regularmente a instrução criminal, recusa pedido das partes para ouvir testemunhas indicadas fora do prazo. Admitir que o juiz, depois de encerrada a instrução, tenha que mandar ouvir testemunhas não arroladas antes significa admitir também o adiamento sine die da sentença, atirar os autos ao leito remansoso da prescrição ou do excesso de prazo — Recurso conhecido e não provido" (STJ, RHC n. 1.314-RJ, Reg. n. 910012576-8, ac. unânime, 5ª Turma, j. em 14/8/91, in DJU I, pág. 12.212, rel. Min. Edson Vidigal).

Seguindo essa linha de raciocínio, caso o magistrado já esteja munido com a certeza necessária para prolatar sua decisão, despicie

torna-se a determinação de novas diligências, pois estas teriam, unicamente, efeitos protelatórios, retardando a marcha processual e postergando a decisão final.

Extrai-se da sentença combatida:

“Nestes autos a prova se faz presente, como já consignado, pelos seguros depoimentos e reconhecimento efetuados pela vítima, prova testemunhal e apreensão de arma que, indubitavelmente, foi a utilizada na prática do crime” (fls. 61).

Ora, tais palavras, além das demais já transcritas, demonstram que, no caso em tela, o nobre Juiz de Primeiro Grau não tinha dúvidas quanto à autoria do crime.

Dessa forma, inexistindo obrigação ao magistrado de realizar diligências, mormente quando o sentenciante já formou sólido convencimento, lastreado nos elementos de convicção presentes nos autos, não há como prosperar o pedido recursal de anulação do feito ou realização de novas diligências.

4. Ausência de nomeação de curador ao réu menor no interrogatório em Juízo

Apesar de não fazer parte das preliminares aventadas, necessário tecer algumas considerações sobre o fato.

Com efeito, verifica-se que ao réu, menor de 21 anos, não foi dado curador quando interrogado na fase judicial, na qual estava presente sua defensora dativa (fls. 33).

No entanto, tal ausência não resultou em nulidade do processo no caso em exame, porquanto no mesmo

ato foi-lhe nomeada defensora dativa, que, inclusive, estava presente, inexistindo, portanto, prejuízo ao menor.

É importante ressaltar que foi a atuação desta defensora, durante a tomada do depoimento do réu, que propiciou a revogação da sua prisão preventiva.

Ademais, espancando a questão, o entendimento da Suprema Corte acerca dessa questão restou evidente com a Súmula 352, in verbis:

“Não é nulo o processo penal por falta de nomeação de curador ao réu menor que teve assistência de defensor dativo”.

Não é outro o entendimento da doutrina:

“O defensor dativo, aliás, tem as mesmas ou até melhores condições de zelar pelos interesses do interrogado que o curador nomeado” (Julio Fabbrini Mirabete, Código de Processo Penal Interpretado, 5ª ed., São Paulo, Atlas, 1997, pág. 272).

Assim, a despeito da falta de nomeação de curador, o interrogatório do réu não deve ser anulado, já que, presente no ato o seu defensor, inexistiu prejuízo ao réu.

Ademais, tratando-se de nulidade relativa, que não influiu na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa (art. 566 CPP), não alegada no prazo do art. 500 do Código de Processo Penal, importou na perda da faculdade de argüir a referida nulidade, ocorrendo a preclusão, nos termos do art. 571, inc. II, do Código de Processo Penal.

II — Mérito

No mérito, aduz o combativo defensor que a condenação baseou-se unicamente nas palavras da vítima e que tais depoimentos seriam contraditórios. Assevera, ainda, que as declarações prestadas na fase policial não foram detalhadas.

Contudo, aqui também não lhe cabe razão.

A vítima reconheceu o acusado como o autor do crime, afirmando, em Juízo, que, alguns dias após os fatos, “encontrava-se ela em companhia de seus avós maternos na Praça desta cidade fazendo feira, quando o acusado passou pelo outro lado da rua, em frente ao banco Besc; a autora indicou o acusado como sendo o autor do delito e o avô acionou a Polícia que levou o acusado detido; a informante diz ter reconhecido o acusado por vê-lo junto a DP, não tendo qualquer dúvida ao indicá-lo como autor do delito”; e, mais adiante, que “o delito ocorreu às 7 horas; a informante ficou de frente para o acusado e muito próximo de seu rosto” (fls. 46) (grifei).

É certo que as palavras da ofendida têm alto valor probatório, especialmente quando visam unicamente à obtenção da verdade.

No caso em análise, a depoente não tinha motivo algum para querer incriminar o acusado, sendo que na verdade o apelante é quem figura como verdadeiro interessado em dar uma versão diferente dos fatos, tentando, com isso, abonar sua conduta ilícita.

Ora, como é sabido e consabido, as declarações das vítimas merecem crédito, mormente porque “são

também sumamente valiosas quando incidem sobre o proceder de desconhecidos, em que o único interesse do lesado é apontar os verdadeiros culpados e narrar-lhes a atuação e não acusar pessoas inocentes. É o que ocorre, por exemplo, nos crimes de roubo, extorsão mediante seqüestro etc.” (Julio Fabbrini Mirabete, ob. cit., pág. 288).

Nesse diapasão esta Corte já decidiu:

“Roubo qualificado — Emprego de arma e concurso de agentes — Distinção do furto — Palavra da vítima — Condenação mantida” (Ap. Crim. n. 28.853, de Rio do Sul, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. em 9 de outubro de 1992).

No mesmo sentido:

“Em crime de roubo, geralmente perpetrado face a face, o reconhecimento do assaltante, formalizado na fase policial e ratificado, sem titubeio, perante autoridade judiciária, constitui a peça basilar do elenco probatório, e é suficiente para a prolação do veredicto condenatório” (JC 43/433).

Ressalte-se, ainda, que durante a fase extrajudicial foi efetuado, com respeito a todas as formalidades exigidas por lei, o reconhecimento do acusado como o autor da infração penal, e lavrado o termo de reconhecimento de pessoa às fls. 15.

Cabe realçar, também, que durante o interrogatório judicial a vítima ratificou este ato, apontando o acusado como o autor do roubo (fls. 46, verso).

Não bastasse tudo isso, foi apreendida com o réu uma arma similar à do crime, tendo o acusado decla-

rado que “o canivete encontrado em seu poder é de propriedade de seu tio” (fls. 11).

E muito embora negue ser o proprietário, o apelante afirmou claramente que portava a arma quando foi abordado pela autoridade policial, sendo que a retratação dessas palavras em Juízo constituiu tão-somente manobra defensiva no intuito de evitar a reprimenda iminente, já que o Termo de Apreensão de fls. 14 confirma que o réu detinha a arma no momento de sua prisão.

A tese defensiva de que o canivete apreendido não é o mesmo utilizado no crime e, portanto, descaracterizada estaria a qualificadora do emprego de arma, não tem como ser acolhida.

A um, porque tal objeto tem o condão de oferecer perigo à vítima, sendo que “o canivete, porque é arma imprópria, qualifica o roubo, pois aumenta o poder vulnerante do agente de delito, e, por isso, desimporta a falta de apreensão e exame deste instrumento ocasional de ataque, não estando em jogo a sua eficácia” (TACrimSP — AC — rel. Haroldo Luz — BMJ 88/14).

No caso em epígrafe, a arma foi apreendida em poder do agente e sua descrição contida no auto de descrição de arma corresponde à fornecida pela ofendida.

A dois, porque, mesmo que a arma não fosse apreendida com o agente, a majorante decorrente do emprego de arma pode ser aplicada em virtude de provas testemunhais ou de declarações da vítima.

Com efeito, colhe-se dos escritos doutrinários:

“Para a caracterização do roubo qualificado pelo emprego de arma é dispensável a apreensão e a realização de perícia nesta (JTACrimSP 48/33, 84/292 e 100/284), podendo tal prova fazer-se através de testemunhas (JTACrimSP 89/443). Na realidade, quase todas as vezes a arma desaparece do local por ser escondida ou jogada fora pelo agente, com o escopo de safar-se à punição do crime realizado, de modo que, desde que se tenha apurado que o roubo foi perpetrado com o emprego de arma, haverá lugar para a qualificadora em apreço (JTACrimSP 93/378)” (João Roberto Parizatto, *Dos Crimes contra o Patrimônio*, São Paulo, Saraiva, 1995, pág. 59).

Não é outra a posição desta Corte:

“Roubo — Concurso de agentes e uso de arma — Prova — Reconhecimento e confissão — Condenação mantida.

“Em crime de roubo praticado face a face, o reconhecimento de um dos assaltantes, formalizado na fase policial e ratificado em juízo, constitui peça básica do elenco probatório que, aliada à confissão reiterada, formam forte lastro à condenação.

“Ainda que tenha sido um só dos assaltantes quem utilizou da arma, e mesmo que não tenha sido apreendida, desde que comprovada sua exibição por referência da vítima, a causa de aumento de pena (inciso I) não pode ser afastada, alcançando o co-réu que agiu no mesmo lugar e com conhecimento” (Ap. Crim. n. 96.003543-5, de Balneário Camboriú, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. em 20 de agosto de 1996) (grifei).

Ora, se é dispensável a própria apreensão da arma para o reconhecimento da qualificadora, inaceitável o pedido de não-aplicação dessa majorante quando o agente é preso com a arma e esta corresponde à descrição fornecida pela vítima.

Diante desse contexto, reconhecido o agente pela vítima, e com ele apreendida a arma do crime, não há como ser alterado o veredicto condenatório prolatado em Primeira Instância.

Por todo o exposto, decide a Segunda Câmara Criminal, por vota-

ção unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jorge Mussi. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Maurílio Moreira Leite.

Florianópolis, 8 de setembro de 1998.

José Roberge,
Presidente com voto;
Álvaro Wandelli,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 98.007153-4, DA CAPITAL

Relator: Des. Álvaro Wandelli

Apelação criminal. Crime contra a ordem econômica e relações de consumo. Agente que expõe a venda produtos sem etiqueta com data de fabricação, prazo de validade e ingredientes. Absolvição em Primeira Instância. Recurso exclusivo da acusação visando à condenação pelo crime tipificado no artigo 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/90. Conduta caracterizadora da infração prevista no artigo 66 do Código de Defesa do Consumidor.

“Incorre nas penas do art. 66 do CDC o comerciante que mantém expostos a venda e consumo produtos em embalagens e recipientes não etiquetados, sem as informações técnicas destinadas ao esclarecimento do consumidor” (TACrimSP, AC 945.455, rel. Soares de Mello, j. 1º/6/1995).

Impossibilidade de ampliação dos limites da apelação. Absolvição mantida.

“Sem o requerimento ministerial é vedada a majoração da reprimenda aplicada no caso em análise, sob pena de surpreender o réu, condenando-o fora do pedido que, a essa altura, se defendia”

(Apelação Criminal n. 98.000339-3, de São José, deste relator, j. 12/5/98).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 98.007153-4, da comarca da Capital, em que é apelante a Justiça Pública, por seu Promotor, sendo apelada Olga Iria Jerczewski:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Custas na forma da lei.

Na comarca da Capital, o representante do Ministério Público denunciou Olga Iria Jerczewski como incurso nas sanções do artigo 7º, IX, da Lei n. 8.137/90, em razão dos fatos delituosos, assim narrados na vestibular acusatória:

"No dia 12 de abril de 1995, às 12 horas, no estabelecimento Pães e Doces, de propriedade da denunciada, localizado na Av. Madre Maria Villac, n. 1.378, em Canasvieiras, nesta cidade, agentes do ProconSC apreenderam 21 pacotes de broa de milho, 23 pacotes de biscoito amanteigado, 6 de biscoitos de maizena, e demais mercadorias constantes do Termo de Apreensão às fls. 7 e do termo de Apreensão e depósito às fls. 8, por estarem expostos a venda sem especificação de data de validade, fabricação e composição, ou seja, todos em condições impróprias para o consumo, de acordo com as disposições do artigo 18, § 6º, II, c/c 31, do Código de Defesa do Consumidor" (fls. 2/3).

O processo seguiu os seus trâmites legais, restando ao final absolvi-

da a ré, com fulcro no artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal.

Não satisfeito com o teor da decisão desfavorável, o Ministério Público apelou, requerendo a condenação da acusada nas sanções do artigo 7º, IX, da Lei n. 8.137/90, sob o fundamento de que a impropriedade do produto para consumo decorre da lei, independentemente de prova técnica.

Devidamente contra-arrazoado o apelo, ascenderam os autos a esta Instância, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Paulo Antonio Günther, opinou pelo conhecimento e provimento do recurso para condenação da apelada.

É o relatório.

Em que pesem as bem-lançadas palavras do nobre representante do Ministério Público, suas razões de recurso não merecem prosperar, porquanto a conduta realizada pela apelada não configura o delito tipificado pelo artigo 7º, IX, da Lei n. 8.137/90.

Extrai-se dos autos que a apelada tinha, efetivamente, produtos expostos a venda que não continham indicação da data de fabricação, prazo de validade e ingredientes.

Tais bens de consumo foram apreendidos e recolhidos, conforme demonstram os autos de apreensão e termo de depósito às fls. 7/8 e 27/28.

A apelada afirmou em Juízo que as mercadorias realmente estavam no balcão, alegando, no entanto, que os produtos eram empacotados e

etiquetados no momento da venda, utilizando a balança etiquetadora para essa tarefa.

De outra parte, todavia, a testemunha Jadna Seara Polidoro, funcionária pública estadual que na época dos fatos atuava a serviço do Procon, asseverou que os produtos estavam dispostos no balcão e na prateleira.

Ressalte-se, por oportuno, que os referidos termos de apreensão e depósito indicam que os produtos já se encontravam empacotados.

A correta aplicação do direito ao caso em tela demanda uma análise dos dispositivos legais concernentes, e nesse sentido cumpre destacar o prescrito no artigo 66 da Lei n. 8.078/90 — Código de Defesa do Consumidor:

“Art. 66. Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços” (grifei).

Ora, tal dispositivo claramente incrimina a conduta, dolosa ou culposa, de omitir informação considerada relevante sobre o objeto comercializado, sendo que a atitude de colocar a venda produto sem as informações requeridas por força de lei assim deve ser entendida .

Com efeito, o Decreto n. 2.181, de 20 de março de 1997, que dispôs sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor — SNDC, estabelecendo as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei n. 8.078, preceitua:

“Art. 13. Serão consideradas, ainda, práticas infrativas, na forma dos dispositivos da Lei n. 8.078, de 1990:

“I — ofertar produtos ou serviços sem as informações corretas, claras, precisas e ostensivas, em língua portuguesa, sobre suas características, qualidade, quantidade, composição, preço, condições de pagamento, juros, encargos, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados relevantes”.

Apesar disso, a apelação limitou-se ao pedido de condenação nas penas da Lei n. 8.137/90 que, por sua vez, incriminou a conduta de vender, ter em depósito para vender ou expor a venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria em condições impróprias ao consumo.

Muito embora o Código de Defesa do Consumidor também utilize o termo condições impróprias para o consumo no seu artigo 18, tal elemento, no que se refere à Lei n. 8.137/90, deve ser interpretado cum granu salis.

É que foge completamente aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade punir igualmente condutas tão diversas como vender produto estragado ou deteriorado e deixar de corretamente etiquetar mercadoria exposta a venda.

A norma pátria já fez tal distinção, na medida em que o Decreto n. 2.181/97 prescreve que a venda de produto sem a clara indicação de informações relevantes — tais como ingredientes, data de fabricação e prazo de validade — constitui infração ao disposto na Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), e, portanto, excluindo a caracterização dessa con-

duta como o delito previsto na Lei n. 8.137/90.

Nesse sentido, o termo impróprio para consumo, elementar do tipo descrito no inciso IX do artigo 7º da Lei n. 8.137, não pode ser interpretado como ofertar produtos sem as informações corretas, claras, precisas e ostensivas, em língua portuguesa, mas sim, como o produto nocivo à saúde.

A jurisprudência pátria já se pronunciou acerca do tema:

“Incorre nas penas do art. 66 do CDC o comerciante que mantém expostos a venda e consumo produtos em embalagens e recipientes não etiquetados, sem as informações técnicas destinadas ao esclarecimento do consumidor” (TACrimSP, AC 945.455, rel. Soares de Mello, j. 1º/6/1995).

Sobre a interpretação do conceito de mercadoria imprópria para consumo na Lei n. 8.137/90:

“Crime contra as relações de consumo — Produto avariado — Inocorrência — ‘Incorre o delito previsto no art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/90, quando o produto apreendido, mesmo que avariado, não se qualifica como impróprio para consumo ou mesmo nocivo à saúde” (TACrimSP — RO — rel. Walter Guilherme — j. 21/6/93).

Contudo, a despeito da existência de conduta delitativa, a sentença objugada não pode ser reformada, em face da inexistência de pedido recursal de condenação pela infração à norma do artigo 66 do Código do Consumidor.

Ocorre que a decisão recursal não pode ir além do pedido, sob pena de nulidade, especialmente na seara

penal quando resultar em prejuízo ao réu, e, no caso em tela, o recurso ministerial restringiu-se ao pedido de condenação pelo crime tipificado no artigo 7º da Lei n. 8.137/90.

Dessarte, absolvida a acusada em Primeira Instância, é inadmissível a sua condenação em grau de recurso, sob pena de desrespeitar o princípio da ampla defesa, eis que a apelada não teve oportunidade de defender-se.

A esse respeito, já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal:

“Julgamento em segunda instância. Nulidade — Acórdão que ampliou os limites demarcados nas razões de apelação do Ministério Público — Inadmissibilidade — Tribunal que deve se ater aos limites do recurso — Constrangimento ilegal caracterizado — Habeas corpus concedido — Novo julgamento ordenado” (RT 653/397).

Ainda:

“Apelação limitada ao Ministério Público. Impossibilidade de o Tribunal dar-lhe provimento em maior extensão, por estar adstrito aos limites fixados pelo recorrente” (RT 551/415).

Dessa maneira, “sem o requerimento ministerial é vedada a majoração da reprimenda aplicada no caso em análise, sob pena de surpreender o réu, condenando-o fora do pedido que, a essa altura, se defendia” (Apelação Criminal n. 98.000339-3, de São José, deste relator, j. 12/5/98).

Assim, não sendo provido o apelo para condenar a acusada pelo delito do artigo 7º, IX, da Lei n. 8.137/90, mantém-se a decisão absolutória de Primeiro Grau.

Por todo exposto, decide a Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jorge Mussi. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antonio Günther.

Florianópolis, 25 de agosto de 1998.

José Roberge,
Presidente com voto;
Álvaro Wandelli,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.009150-3, DE IBIRAMA

Relator: Des. Genésio Nolli

Comete o delito de coação no curso do processo (art. 344, CP) e não o de extorsão (art. 158, CP) o agente que ameaça dar um tiro na boca do advogado caso não desista de uma ação movida contra ele. Recurso provido parcialmente para desclassificar o delito e adequar a pena.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.009150-3, da comarca de Ibirama, em que é apelante Érico Mallmann, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso.

Custas legais.

Perante o Juízo de Direito da comarca de Ibirama, Érico Mallmann foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 158, caput, c/c o artigo 14, inciso II, ambos do Codex Repressivo Penal.

Narra a peça acusatória inicial:

“Consta do presente caderno indiciário que o denunciado está sendo acionado no Juízo desta Comarca,

por falta de pagamento de alimentos, por suas filhas M. e M. M.

“Após regular tramitação do feito, sem o devido pagamento dos alimentos, nem a comprovação da impossibilidade de efetuar-lo, foi, pelo meritíssimo Juiz, decretada a prisão civil do denunciado, o qual passou seis dias preso, no município de Blumenau, após conseguir a liberdade através de habeas corpus.

“Tão logo o denunciado auferiu a sua liberdade, sentiu-se no dever de ligar para a vítima, Roque Fritzen, procurador das filhas do denunciado, constrangendo-a a pagar R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), sob pena de representá-lo na OAB (Ordem dos Advogados do Brasil) e, se não parasse com a ação, daria um tiro na boca da vítima.

“Assim, como a vítima se resguardou no seu direito e não desistiu

da ação, o denunciado, por circunstâncias alheias a sua vontade, não obteve a vantagem econômica”.

Finda a fase instrutória sobreveio a sentença que julgou procedente a denúncia e condenou o acusado à pena de 3 (três) anos de reclusão, em regime aberto, e 20 (vinte) dias-multa.

A tempo e modo interpôs recurso de apelação pleiteando a sua absolvição. Para tanto sustentou que não ficou demonstrado que a vítima tenha ficado constrangida, requisito essencial para o reconhecimento do crime de extorsão.

Contra-arrazoado o apelo, nesta Superior Instância a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo seu provimento parcial.

É relatório.

O recurso deve ser provido parcialmente a fim de se desclassificar o delito.

Em primeiro lugar cumpre salientar que a conduta descrita na inicial acusatória, de que o apelante teria exigido R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) como indenização pela sua prisão e que caso não fosse paga tal quantia iria representá-lo na OAB, não configura delito algum.

É que o simples oferecimento de representação na entidade corporativa dos advogados não configura a grave ameaça prevista no art. 158 do CP, pois se não praticou irregularidade alguma não pode temer e julgar-se ameaçado.

Nesse sentido:

“A simples ameaça de um processo, em regra, não caracteriza a coação criminosa, pois, se assim fosse,

quase todos os advogados poderiam ser processados por extorsão, não havendo impedimentos, quer de ordem jurídica, quer de ordem ética, promover o causídico acordo que possibilite reparação econômica do ofendido em delito de natureza privada” (JUTACrim 64/119).

“A exigência, legítima ou não, formulada sob ameaça de recurso à Justiça, não constitui extorsão” (JUTACrim 43/91).

Dito isso passamos à análise da segunda conduta descrita na denúncia, de que o acusado teria exigido que a vítima parasse com a ação senão iria dar-lhe um tiro na boca.

Tal decisão não configura o delito de extorsão, mas sim o delito descrito no artigo 344 do Código Penal:

“Art. 344 — Usar de violência ou grave ameaça, com o fim de favorecer interesse próprio ou alheio, contra autoridade, parte, ou qualquer outra pessoa que funciona ou é chamada a intervir em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral”.

Observa-se que, in casu, o apelante utilizou-se de grave ameaça contra advogado, dizendo que iria dar um tiro na boca da vítima, com o fim de favorecer interesse próprio, parar com a ação judicial movida contra si.

Da lição de Damásio E. de Jesus:

“O crime, sob aspecto objetivo, consiste em usar de violência ou grave ameaça contra autoridade, parte ou qualquer pessoa que funciona ou é chamada a intervir em processo judicial, administrativo ou em juízo arbitral” (in Direito Penal, Parte Especial, vol. 4, São Paulo, Saraiva, 1997, pág. 280).

Mais adiante, ensina:

“O primeiro é dolo, vontade livre e consciente de exercer violência física ou moral contra as pessoas mencionadas. O tipo exige um segundo elemento subjetivo, que consiste em realizar a conduta ‘com o fim de favorecer interesse próprio ou alheio’” (ob. cit., pág. 280).

A jurisprudência sobre o tema:

“A ameaça de causar mal injusto e grave ao juiz da ação e ao advogado do autor, caso o imóvel que lhe fora penhorado fosse levado à praça e leiloado, mais do que simples delito de ameaça configura o de coação no curso do processo, por isso que, além do dolo genérico comum aos dois crimes, identifica-se o específico, consistente no fim de favorecer interesse próprio, qual seja, o de evitar o prosseguimento da execução civil, com a realização da venda do bem penhorado em hasta pública” (RT 499/329).

Destarte, passo a analisar a conduta criminosa do apelante:

Embora tenha negado a imputação, dizendo que não teria usado de grave ameaça a fim de paralisar o processo movido contra si, tanto a vítima como uma testemunha que presenciou o momento da coação confirmaram a versão acusatória.

O advogado Roque Fritzen, vítima, ao ser ouvido em Juízo (fls. 112), reeditou as palavras do seu depoimento anteriormente prestado na fase policial (fls. 5/9) e disse:

“(…) que promovia uma ação de alimentos contra o acusado, logo que este fora posto em liberdade, através de seu secretário, recebeu um telefonema onde o próprio acusado o

culpava pelo fato de ter estado preso, dizendo-se injustiçado e exigindo que até o dia seguinte fosse depositada a importância de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), bem como houvesse desistência da demanda alimentícia contra ele intentada, sob pena de representá-lo perante a OAB-SC, bem como daria um tiro na boca; que o informante sentiu-se ameaçado, pois conhecia a extensa ficha criminal do acusado...”.

A testemunha Clóvis Hasse, secretário da vítima, que desconfiou do telefonema do acusado e ficou escutando na extensão, é clara:

“(…) que na data dos fatos o acusado Érico Mallmann telefonou para o escritório da vítima, sendo que o depoente é que atendeu a ligação; que o acusado se identificou e disse que queria falar com a vítima; que o depoente perguntou do que se tratava ou se poderia resolver, sendo que o acusado respondeu que somente falaria com a vítima; que o depoente passou o telefone à vítima, dizendo à mesma que o acusado queria com ele conversar e que se mostrava bastante alterado; que conhece o acusado há cerca de oito anos e realmente foi ele quem telefonou na ocasião; que a vítima atendeu o telefone mas o depoente permaneceu na extensão, e assim procedeu diante do estado de nervosismo e alteração que se apresentava o acusado; que a ligação telefônica do acusado ocorreu antes das 12 horas, sendo que o acusado disse ‘eu quero uma indenização de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), porque você me colocou na cadeia’, acrescentando, ainda, que se a vítima assim não procedesse até as 12 horas do dia seguinte, sofreria uma representação perante a Ordem dos Advogados do Brasil; (...) que dian-

te disto, na mesma ligação, o acusado disse 'se você não parar com esta ação, te dou um tiro na boca'; que diante de tais ameaças, a vítima desligou o telefone, demonstrando ter ficado bastante assustada com as ameaças recebidas..." (fls. 95/96).

Tal depoimento, embora prestado por pessoa que trabalha com a vítima, merece crédito pois a testemunha foi devidamente compromissada e não foi em momento algum contraditada.

A vítima sentiu-se realmente ameaçada e coagida a desistir da ação, pois conforme disse, no que foi secundado pela testemunha Clóvis, tão logo desligou o telefone demonstrou todo o seu temor e procurou a polícia a fim de garantir-lhe a segurança.

A versão defensiva, negando a autoria, restou solteira nos autos, não sendo amparada por qualquer elemento de prova. Nem mesmo o álibi invocado, de que a sua secretária Emília Marlene Waltrick de Oliveira teria escutado a conversa telefônica, ficou provado, pois nem sequer foi ouvida como testemunha. Sabidamente quem alega um álibi deve comprová-lo (art. 156 do CPP).

O delito do art. 344 do CP foi consumado eis que a sua efetivação dá-se com a grave ameaça, independentemente do resultado alcançado.

Nesse sentido:

"Basta que tenha havido grave ameaça, capaz de incutir na vítima justificável receio, para que se configure o delito do art. 344 do CP. Não importa o êxito do fim visado pelo agente. O crime consuma-se no momento em que é empregada a violência ou ameaça" (TJSP — RT 616/284).

Caracterizado o delito passo à aplicação da pena:

A culpabilidade deflui de forma incontestada dos autos; os antecedentes são péssimos, conforme a certidão de fls. 63; a conduta social, desajustada; a personalidade distorcida, em face do repetido desrespeito às regras sociais e de convivência, bem como a reconhecida truculência no trato com as pessoas; as circunstâncias do delito são normais; as conseqüências são previstas no tipo, diante da grave ameaça empregada contra a vítima; a vítima em nada contribuiu para a execução do delito.

Assim, analisadas as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, fixo a pena-base em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão, mais o pagamento de 15 (quinze) dias-multa, no seu valor mínimo legal.

Inexistem circunstâncias agravantes.

Ainda na segunda fase, reconhecida a confissão espontânea (art. 65, III, d, CP), reduzo a pena de 3 (três) meses, fixando-a em 1 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão.

Na terceira fase não há causas de especial aumento ou diminuição de pena, motivo pelo qual a pena acima fixada permanece como definitiva.

O regime inicial de cumprimento da pena é o aberto (art. 33, § 2º, c, do CP).

Não faz jus à substituição do art. 44 do CP por não preencher os requisitos do seu inciso III, tampouco o sursis porquanto não preenche os requisitos previstos no inciso II do art. 77 do CP.

Ante o exposto, dá-se provimento parcial ao recurso para desclassificar o delito para o previsto no art. 344 do CP, e condenar o apelante à pena de 1 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão, em regime inicialmente aberto, mais o pagamento de 15 (quinze) dias-multa, no seu valor mínimo legal.

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

Varella. Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Hipólito Luiz Piazza.

Florianópolis, 8 de março de 2000.

Amaral e Silva,
Presidente;
Genésio Nolli,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.020466-9, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

Relator: Des. Genésio Nolli

Apelação criminal — Condenação baseada em prova produzida unicamente na fase policial — Inviabilidade — Sentença reformada — Absolvição decretada.

Não há como se valer o magistrado, exclusivamente, da prova indiciária, que não foi confirmada em juízo, para condenar o réu.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.020466-9, da comarca de Balneário Camboriú, em que é apelante Francisco José Bella Cruz, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento ao recurso para absolver o apelante com base no artigo 386, VI, do Código de Processo Penal.

Custas de lei.

Na comarca de Balneário Camboriú, Francisco José Bella Cruz foi condenado pela prática de atentado violento ao pudor, em continuidade

delitiva, à pena de 7 (sete) anos de reclusão.

Inconformado com a decisão, apelou objetivando: a absolvição por falta de provas, ou, alternativamente, a desclassificação para o delito de corrupção de menores.

Contra-arrazoado o recurso, ascenderam os autos e a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo seu conhecimento e provimento.

É o relatório.

Assiste razão ao apelante como bem observou o douto representante do Ministério Público de Segundo Grau, no seu bem-lançado parecer,

o qual adoto como razões e transcrevo:

“A absolvição do recorrente é medida que se impõe.

“Realmente, verifica-se que o Magistrado alicerçou a sentença questionada em elementos colhidos apenas e tão-somente no inquérito policial.

“A única testemunha arrolada pelo órgão acusatório e ouvida no decorrer da instrução criminal nada esclarece sobre os fatos descritos na exordial e, inclusive, não reconheceu, na audiência realizada, o apelante como sendo o autor dos mesmos.

‘que eles nunca contaram o nome da pessoa que praticava esses atos; (...) que a depoente desconhece se alguma vez os menores foram colocados frente a frente com o réu; (...) que a depoente não conhece o acusado aqui presente; (...) que jamais o viu (...)’ (fls. 45/45v.).

“As demais testemunhas inquiridas, todas de defesa, nada sabiam sobre as ocorrências descritas na preambular acusatória.

“Sobre a matéria, dizem os doutrinadores:

‘O inquérito policial, peça meramente informativa ou de instrução provisória, no dizer do saudoso jurista Francisco Campos, somente pode servir de supedâneo à denúncia e à prisão preventiva, mas, sem corroboração do contraditório judicial, não dará lugar a uma condenação’ (O Processo Constitucional em Marcha, de Ada P. Grinover, Max Limonad, 1985, pág. 27).

“Segundo Julio Fabbrini Mirabete, ‘Certamente o inquérito serve

para colheita de dados circunstanciais que podem ser comprovados ou corroborados pela prova judicial e de elementos subsidiários para reforçar o que for apurado em juízo. Não se pode, porém, fundamentar uma decisão condenatória apoiada exclusivamente no inquérito policial, o que contraria o princípio do contraditório’ (Processo Penal, Atlas, 2ª ed., 1992, pág. 79).

“Nesse sentido, manifestou-se a jurisprudência do nosso Tribunal:

‘Apelação criminal. Prova produzida exclusivamente na fase policial. Ausência total na fase judicial. Absolvição decretada. Sentença confirmada.

‘Na elucidação de fato delituoso na fase policial é de fundamental importância a produção da prova técnica pericial sobre a materialidade do delito. Já, ao contrário, a prova da autoria colhida nessa fase através da confissão e da prova testemunhal é de nenhuma valia se não encontra supedâneo na fase judicial, pela simples razão de que ninguém pode ser julgado e condenado sem ter tido a oportunidade de defender-se na produção das provas contra si apuradas’ (rel. Des. Ernani Ribeiro — JC 52/466).

“No mesmo sentido:

‘Não é admissível a condenação com base somente num inquérito policial, sem confirmação, direta ou indireta, conseguida em Juízo, de qualquer dos fatos nele relatados, pois junto à polícia não têm os acusados defesa alguma e ninguém pode ser condenado sem ter tido oportunidade de defender-se na formação das provas contra si produzidas’ (RT 175/366)”.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para absolver o apelante com fulcro no art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Francisco Borges e Souza Varella. Lavrou parecer, pela douda

Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Valdir Vieira.

Florianópolis, 14 de dezembro de 1999.

Amaral e Silva,
Presidente;
Genésio Nolli,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.003215-8, DE ITAJAÍ

Relator: Des. Genésio Nolli

Apelações criminais.

Crime contra o patrimônio — Roubo — Causas especiais de aumento pelo uso de arma de fogo e concurso de agentes plenamente demonstradas — Confissão extrajudicial de um dos co-réus retratada em Juízo — Versão apresentada que se encontra isolada nos autos — Inacolhimento — Recursos defensivos desprovidos.

“A confissão extrajudicial cercada de todas as garantias processuais e na presença do defensor constituído é elemento válido para apoiar o decreto condenatório” (Apelação Criminal n. 96.000134-4, de Içara, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

Porte ilegal de arma de fogo — Crime permanente que se consuma no momento em que o agente adquire a arma sem autorização e em desacordo com determinação legal.

Aplicação da pena — Roubo — Aumento especial pela utilização e porte ilegal de arma de fogo — Compatibilidade — Inocorrência de bis in idem — Recurso ministerial parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.003215-8, da comarca de Itajaí (2ª Vara), em que são apelantes e apelados a Justiça, por seu Promotor, Alex Sandro Furtado e Albert Luís Costa de Oliveira:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento aos recursos dos apenados e dar provimento parcial ao do Ministério Público.

Custas de lei.

Na comarca de Itajaí, Alex Sandro Furtado e Albert Luís Costa de Oliveira foram condenados à pena individual de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime semi-aberto, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa por infringirem o art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, sendo absolvidos em relação ao crime de porte ilegal de arma.

Inconformado, o representante do Parquet apelou objetivando a reforma da decisão, para que se condenem também os réus nas sanções do artigo 10, caput, da Lei n. 9.437/97.

Apelaram, também, Alex Sandro Furtado e Albert Luís Costa de Oliveira pleiteando a absolvição em virtude da ausência de provas suficientes para embasar uma decisão condenatória.

Contra-arrazoados os recursos, ascenderam os autos e a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo conhecimento dos apelos, desprovendo os interpostos pelas defesas e provendo, em parte, o interposto pelo Ministério Público.

É o relatório.

Primeiro analisarei os recursos interpostos por Alex e Albert.

Não assiste razão aos apelan-tes.

A materialidade delitiva ficou comprovada pelo auto de prisão em flagrante de fls. 7/11, termos de declaração de fls. 12/14, termos de apreensão de fls. 24 e termo de entrega de fls. 28.

A autoria também é certa. A prova amealhada durante a instrução processual não deixa dúvida de que o delito foi praticado pelos apelantes.

Albert Luís Costa de Oliveira declarou na ocasião do flagrante, com a observância das cautelas do art. 6º, V, do CPP, que "(...) conhece o Sabonete há mais de cinco anos; que hoje o Sabonete foi até sua casa pilotando uma moto, e convidou o depoente para fazerem um assalto e deu para o conduzido um revólver 38, municiado com cinco cartuchos intactos; que Sabonete também portava um revólver calibre 32; que resolveram 'dar uma banda' por Itaipava e sondar o que tivesse mais fácil de assaltar; que combinaram de o Sabonete fazer a abordagem no caixa e o conduzido ficaria na porta dando cobertura e quando ele saísse, o conduzido levaria a moto com ambos em fuga (...)" (fls. 4).

No mesmo sentido foram as declarações de Alex Sandro Furtado que afirmou que "(...) participou do roubo contra o Mercado juntamente com Albert; que a moto que utilizaram na fuga foi comprada pelo declarante e Albert por R\$ 200,00 de um cara cujo nome não sabe e nem tampouco seu paradeiro; que sabia que a moto era furtada e tinha placa falsa; que com referência ao revólver encontrado em seu poder, respondeu que o comprou há três semanas de alguém que não conhece; que não sabe a procedência do revólver calibre 38 que Albert portava, cuja arma já pertencia ao Albert; que na tarde de hoje, o declarante foi até a casa do Albert e o convidou para fazerem um roubo a fim de conseguirem dinheiro, para tanto, escolheram o Mercado São Pedro, quando passaram nas proximidades; que o declarante invadiu primeiro o Mercado e mostrou a arma na cintura para a mulher e Albert vinha atrás dando cobertura (...)" (fls. 5).

Nos depoimentos prestados na fase judicial os apelantes mudaram a versão apresentada inicialmente. Alex procurou assumir toda a responsabilidade pelo crime afirmando que Albert não tinha conhecimento prévio de sua intenção, enquanto que este, por sua vez, passou a negar veementemente sua participação na execução do delito.

A versão apresentada em Juízo não está respaldada pela prova produzida. A vítima Sidilene observou que a moto utilizada para fuga estava parada na frente do mercado com o motor funcionando e que Albert estava parado na porta, como se estivesse vigiando, enquanto Alex realizava o roubo (fls. 13 e 77).

Ademais, não foi apresentada pelos recorrentes qualquer explicação ou motivação hábil que pudesse justificar a retratação feita, principalmente se levarmos em conta que ambos foram assistidos por advogado na ocasião em que confessaram espontaneamente a prática do delito no flagrante.

Já decidiu esta Corte de Justiça:

“Furto simples — Autoria — Prova — Confissão no inquérito — Retratação isolada em Juízo — Condenação.

“A confissão prestada à autoridade policial, embora retratada em Juízo sem justificativa ou explicação plausível, desde que não esteja dissociada do contexto probatório, é elemento idôneo para sustentar a condenação” (Apelação Criminal n. 96.001098-0, de Mafra, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

E mais:

“Penal e processual — Roubo — Prova — Confissão extrajudicial na presença de advogado — Retratação em Juízo — Reconhecimento do réu pela vítima — Autoria e materialidade cristalinas — Recurso desprovido — Sentença mantida.

“A confissão no flagrante, assistida por advogado, corroborada por indícios e circunstâncias, constitui importante e decisivo elemento de convicção, principalmente em se tratando de crime contra o patrimônio, geralmente praticado sem testemunhas” (Apelação Criminal n. 99.003334-1, de Balneário Camboriú, rel. Des. Amaral e Silva).

E ainda:

“A confissão extrajudicial cerca de todas as garantias processuais e na presença do defensor constituído é elemento válido para apoiar o decreto condenatório” (Apelação Criminal n. 96.000134-4, de Içara, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

A culpabilidade dos agentes emerge da conduta perpetrada por eles de forma a vulnerar integralmente o tipo definido no art. 157, § 2º, incisos I e II, do CP, ou seja, subtraíram coisa alheia móvel, para si ou para outrem, mediante grave ameaça a pessoa, exercida pelo emprego de arma de fogo. Acrescendo-se, ainda, que o delito foi praticado mediante o concurso de pessoas.

Assim, inviável a absolvição dos apelantes, impondo-se a manutenção do decreto condenatório.

Passo a analisar o recurso do Ministério Público.

1 — Albert Luís Costa de Olivei-

ra

A materialidade do delito de porte ilegal de arma não restou demonstrada nos autos, quanto a este apelado, posto que, na ocasião do flagrante, não foi apreendida nenhuma arma com ele e a sua confissão na fase policial não é capaz de suprir tal falta.

Assim, não demonstrada a materialidade delitiva, é imperativa a manutenção da sentença nesse ponto, mantendo-se a absolvição do recorrido.

2 — Alex Sandro Furtado

A materialidade delitiva está devidamente demonstrada nos autos pelo termo de apreensão de fls. 24, recibo de apreensão de fls. 26 e laudo pericial de fls. 52/53.

A autoria também é certa. O recorrido confessou nas duas oportunidades em que foi ouvido que estava portando a arma, sem autorização legal, na ocasião em que foi preso (fls. 10 e 46 verso).

A arma não estava registrada e o apelado desautorizado a possuí-la, infringindo, assim, o disposto no art. 10, caput, da Lei n. 9.437/97, in verbis:

“Possuir, deter, portar, fabricar, adquirir, vender, alugar, expor à venda ou fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda e ocultar arma de fogo, de uso permitido, sem a autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.

Para Luiz Flávio Gomes e William Terra de Oliveira “o registro da arma de fogo é ‘o documento expedi-

do pelo poder público através da autoridade competente, que autoriza a pessoa a possuir uma arma, exclusivamente no interior de sua residência, ou no seu local de trabalho, desde que seja ela a responsável legal ou titular do estabelecimento”.

E adiante:

“Portar uma arma de fogo significa trazê-la consigo, em condições de pronta utilização, mantendo-a sob sua disponibilidade imediata. Portar é levar a arma, circular com ela. Além disso, o verbo não abrange apenas o contato físico com a arma, mas também significa que o agente tem o objeto ao seu alcance, em condições de fazer rápido uso do mesmo.

“A idéia de portar não significa exatamente trazer a arma nas mãos, mas sim em qualquer lugar de fácil apossamento, sem obstáculos (como na cintura, no bolso, no porta-luvas do veículo etc.), e fora dos casos de guarda autorizada (interior da residência ou local de trabalho, por força do art. 4º da lei)” (in Lei das Armas de Fogo, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, págs. 26 e 115).

Já se decidiu:

“Porte ilegal de arma de fogo (art. 10 da Lei n. 9.437/97) — Réu preso em flagrante — Apreensão do revólver no interior de automóvel, fora das dependências de casa — Objeto sem registro e desprovido de autorização legal — Laudo pericial atestando a eficácia do instrumento ofensivo — Crime formal devidamente caracterizado — Decreto condenatório que se impunha” (Apelação Criminal n. 98.006094-0, de Criciúma, rel. Des. Jorge Mussi).

A alegada subsidiariedade e conseqüente absorção do porte de arma pelo delito de roubo em que ela foi utilizada ostensivamente como meio de intimidar e diminuir a resistência das vítimas não prospera.

O delito de porte ilegal de arma consumou-se no momento em que o recorrido adquiriu a arma e passou a possuí-la sem autorização legal. Assim, em se tratando de crime permanente, que já se havia consumado, não há como considerá-lo absorvido pelo roubo praticado posteriormente.

Passo a aplicar a pena.

A culpabilidade do agente decorre de ser ele maior e capaz de entender o caráter ilícito do seu ato. Os antecedentes não são bons, já responde a outros processos que se encontram em fase final de instrução (certidões de fls. 38 e 40). A conduta social do agente não é boa pois faz do ilícito o seu meio de vida. A sua personalidade é deformada, incompatível com o convívio social, pois, além de usuário de drogas, é contumaz na prática de delitos contra o patrimônio. Os motivos do crime também comprometem o agente, pois portava a arma ostensivamente a fim de intimidar as pessoas e facilitar-lhe a prática de outros delitos. As conseqüências do crime não foram graves. O comportamento da vítima não contribuiu para o delito.

Assim, analisadas as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, fixo a pena-base para o delito de porte ilegal de arma em 1 (um) ano, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de detenção e 14 (quatorze) dias-multa.

Na segunda fase diminuo a pena de 2 (dois) meses pela atenuante do art. 65, III, d, do CP (confissão es-

pontânea), restando condenado à pena de 1 (um) ano, 2 (dois) meses e 15 (quinze) dias de detenção e 14 (quatorze) dias-multa, que torno definitiva ante a ausência de qualquer outra circunstância que possa aumentar ou diminuir a pena (causas especiais de aumento e diminuição).

As penas aplicadas, em face dos delitos de roubo e porte de arma, devem ser somadas aritmeticamente, uma vez que o agente os praticou em concurso material (art. 69 do CP), ou seja, mediante mais de uma ação onde foram cometidos dois crimes.

Dessa forma o recorrido restou definitivamente condenado à pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais 1 (um) ano, 2 (dois) meses e 15 (quinze) dias de detenção, e ao pagamento de 27 (vinte e sete) dias-multa, fixados no valor mínimo legal.

Ante o exposto, nega-se provimento aos recursos de Alex Sandro Furtado e Albert Luís Costa de Oliveira e dá-se provimento parcial ao recurso do Ministério Público para condenar Alex Sandro Furtado pelo crime de porte ilegal de arma em concurso material.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Francisco Borges. Lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Luiz Fernando Sirydakis.

Florianópolis, 11 de abril de 2000.

Amaral e Silva,
Presidente com voto;
Genésio Noll,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.004684-1, DA CAPITAL**Relator: Des. Genésio Nolli**

Apelações criminais.

Assaltos a banco.

I — Não possuindo o defensor poderes específicos para desistir do apelo e inexistindo sequer a aquiescência do condenado, desconsidera-se o pedido de desistência. Concessão de habeas corpus de ofício a fim de conhecer do recurso.

Ofensa à coisa julgada. Inocorrência.

Apelante que, embora tenha negado a participação, teve comprovada sua ação criminosa em um dos delitos de roubo, pela palavra das testemunhas, que, inclusive, o reconheceram.

Recurso provido parcialmente para excluir da condenação a continuidade delitiva.

II — Prefaciais de nulidade. Rejeição. Réu que foi reiteradamente reconhecido pelas vítimas e testemunhas. Não há que se reconhecer o crime continuado se o revisionando faz da atividade delituosa um modo de vida. Não se confunde continuidade delitiva com habitualidade criminosa.

Recurso desprovido.

III — Prova condenatória fundada nos depoimentos das vítimas e testemunhas e nos reconhecimentos efetuados. Testemunhas, pessoas idôneas e insuspeitas, que reconheceram o apelante, com observância das regras do art. 226 do CPP. Prova válida que autoriza a condenação.

Recurso desprovido.

sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.004684-1, da comarca da Capital (3ª Vara), em que são apelantes Stephano Martins Rupers, Walter da Silva Lacerda e Norton Couto Coelho,

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, conceder habeas corpus de ofício para conhecer do recurso interposto por Norton Couto Coelho e dar-lhe provimento

parcial, e negar provimento aos recursos de Stephano Martins Rupers e Walter da Silva Lacerda.

Custas de lei.

Perante o Juízo de Direito da comarca da Capital (3ª Vara Criminal) foi oferecida denúncia contra Walter da Silva Lacerda, Stephano Martins Rupers, Paulo César Oliveira dos Santos, Norton Couto Coelho e César Nascimento Júnior, por terem infringido o disposto no art. 288, parágrafo único, art. 157, § 2º, I e II (por duas vezes), na forma do art. 69, todos do Estatuto Repressivo Penal.

Narra a peça vestibular acusatória que, visando ao cometimento de crimes, em especial o de assalto a bancos, associaram-se Walter da Silva Lacerda, Stephano Martins Rupers, Paulo César Oliveira dos Santos, Norton Couto Coelho e César Nascimento Júnior, de forma estável e permanente, em quadrilha ou bando, armados, vindo a praticar roubos.

Assim em 20/12/95, por volta das 15 horas, armados de revólveres, os denunciados Walter e Stephano, contando com apoio moral e material de Paulo, Norton e César, adentraram na agência do Besc, no bairro Saco dos Limões, e, após renderem o vigilante, tomando-lhe o revólver e desferindo-lhe coronhadas na cabeça, anunciaram o assalto, alertando que outros companheiros os aguardavam do lado de fora e determinando que todos permanecessem quietos e deitassem no chão. Assim, enquanto Walter permanecia na entrada do banco dando cobertura, Stephano dirigiu-se até os caixas, subtraindo a quantia de aproximadamente R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) em dinheiro

e, em seguida, sob a mira de um revólver e mediante agressões físicas, obrigou os funcionários Valésio e Maria a abrir o cofre, subtraindo a quantia aproximada de R\$ 14.000,00 (quatorze mil reais). Após, os denunciados juntaram-se aos seus comparsas que esperavam do lado de fora e empreenderam fuga na posse tranqüila da res furtiva.

Posteriormente, em 26/1/96, por volta das 10 horas, ainda em comum acordo de vontades, dirigiram-se até a agência do Banco do Brasil, no Campus da Ufsc, neste Município e Comarca, armados com revólveres, sendo que um deles com uma submetralhadora, onde renderam funcionários e clientes, forçando-os a permanecer deitados no chão. Anunciaram o assalto e dois dos denunciados desarmaram os vigilantes e permaneceram na entrada do banco, enquanto Walter permaneceu no meio da agência dando cobertura aos demais, César e Stephano, que subtraíram um total de R\$ 130.000,00 (cento e trinta mil reais) em dinheiro e R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) em traveler's check, dos caixas e do cofre-forte do banco. Durante o assalto diversas vítimas foram ameaçadas gravemente e mantidas sob a mira de armas.

Ultimada a fase instrutória, sobreveio a sentença que julgou procedente a denúncia e condenou os acusados Paulo César, César, Stephano e Walter à pena individual de 11 (onze) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão e 80 (oitenta) dias-multa, por infração ao art. 157, § 2º, I e II (duas vezes), c/c o art. 69, ambos do CP; e condenou o acusado Norton à pena de 8 (oito) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 60 (sessenta) dias-multa,

por infração ao art. 157, § 2º, I e II (duas vezes), c/c o art. 71, parágrafo único, ambos também do CP.

Inconformados com o decisum, Walter, Stephano e Norton apelaram.

Norton alegou coisa julgada em virtude da decisão transitada em julgado prolatada no processo n. 016/96, negativa de autoria e ausência de provas para fundamentar uma sentença condenatória, reclamando, portanto, a absolvição.

Stephano alegou a ocorrência de coisa julgada, bem como a transgressão aos princípios do contraditório e da ampla defesa, e requereu o reconhecimento da continuidade delitiva, em vez de concurso material, pugnando, ao final, pela absolvição.

Walter afirmou a existência de provas frágeis, insuscetíveis de embasar uma sentença condenatória, insurgindo-se contra a insegurança dos reconhecimentos das testemunhas, pugnando, ao final, pela absolvição.

Rebatidos os inconformismos, nesta Superior Instância a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e desprovemento dos três apelos, inclusive o de Norton, mantendo-se na íntegra a sentença guerreada.

É o relatório.

I — Recurso de Norton Couto Coelho

Primeiramente cumpre-nos analisar o pedido de desistência formulado às fls. 898 e homologado pelo Magistrado.

Temos que o pedido de desistência do recurso deve ser desconsiderado, concedendo-se habeas corpus de ofício, a fim de conhecer do

apelo, pois o defensor não trouxe aos autos procuração com poderes específicos para tanto, além do que não há sequer menção do apelante a este pedido.

A propósito:

“Outrossim, não é permitido ao defensor, sem poderes especiais ou com anuência do acusado, o poder de desistir de recurso, tempestivamente interposto, sob pena de ocasionar, em consequência disso, prejuízos de molde a infringir a garantia constitucional de ampla defesa” (Revisão Criminal n. 2.654, de Curitiba, rel. Des. Cláudio Marques).

“Revisão criminal. Desistência do recurso ordinário. Falta de poderes do advogado. Sentença que não transitou em julgado. Não conhecimento do pedido revisional. A desistência de recurso, feita por advogado que não tem poderes especiais para tanto, depende da aquiescência da parte, sob pena de se ter como válido o apelo interposto” (Revisão Criminal n. 1.347, Capital, in DJSC de 11/8/78).

Conhecido o apelo, merece provimento parcial.

Em primeiro lugar cumpre-nos analisar a preliminar de nulidade.

Alega o apelante a existência de nulidade processual por ofensa ao princípio da coisa julgada. Inexiste a nulidade apontada. O processo n. 016/96 e o presente tratam de fatos distintos. Naquele o apelante foi processado pelo crime de assalto ao Besc — Trindade, e neste está sendo processado pelos assaltos cometidos contra o Banco do Brasil — Ufsc e o Besc — Saco dos Limões. Além do mais, quanto ao crime de quadrilha, a ação penal foi trancada nestes autos.

Portanto, não há que se falar em duplicidade de acusações ou de fatos processados.

É entendimento jurisprudencial que “Para se acolher a exceção de coisa julgada é preciso que a mesma coisa (eadem res) seja novamente pedida pelo mesmo autor contra o mesmo réu (eadem personae) e sob o mesmo fundamento de fato (eadem causa petendi)” (RT 519/399).

Dessa forma, rejeita-se a preliminar.

No mérito, o apelo deve ser provido parcialmente para afastar da condenação a continuidade delitiva.

Com relação ao crime praticado no Banco do Brasil — Ufsc, a materialidade está assentada na documentação de fls. 12/70. Já a autoria, embora negada pelo apelante, é comprovada pelos depoimentos das testemunhas e pelos reconhecimentos. A culpabilidade também é incontestável.

A testemunha Vilmar Gerson Schultz, vigia da agência bancária, narrou coerentemente a conduta delituosa asseverando que “identifica os acusados aqui presentes, Norton, Walter e Stephano, como os três que tem certeza que viu no banco, não conhecendo os outros dois; que visualizando as fotos constantes dos autos confirma a identificação dos três assaltantes que tem certeza que estavam no banco, Norton, Walter e Stephano...”. Mais adiante disse “que foi o depoente que foi abrir a porta do banco, sendo que tinha uma visão ampla do banco até ser rendido e colocado no chão; que alega que o acusado Norton já havia entrado na agência e se posicionado junto ao caixa, quando o declarante foi rendido...” (fls. 230).

Corroboram o depoimento da testemunha acima, embora, é verdade, não tenham reconhecido o apelante, os testigos de José Feltes (fls. 224) e Cecílio Lírio Ferraz (fls. 229).

A violência e a grave ameaça restaram evidenciadas pelo uso comprovado de armas e as ameaças dirigidas contra as vítimas.

Portanto, efetivamente comprovada a participação do apelante neste delito.

Quanto ao crime praticado contra a agência do Besc — Saco dos Limões a participação do apelante não restou evidenciada, embora haja indícios, incapazes de sustentar uma condenação, de que colaborou na empreitada criminosa.

O apelante não foi em momento algum reconhecido por quem quer que seja, não havendo como se falar em condenação pelo fato de emprestar apoio moral e material à empreitada criminosa, se por isso já foi condenado pelo crime de formação de quadrilha.

Quando a quadrilha pratica algum delito, respondem por este os membros que de qualquer forma para ele concorrem, em concurso material com o de quadrilha ou bando. Nesse sentido: RT 505/352; JTACrimSP 21/235; RTJ 104/104.

Assim, afastada a participação do apelante no crime cometido contra a agência do Besc — Saco dos Limões, exclui-se da condenação o aumento decorrente da continuidade delitiva, fixando-se então a pena em 5 (cinco) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de quarenta dias-multa, mantidas as demais cominações da sentença.

Nesses termos é provido parcialmente o recurso.

II — Recurso de Stephano Martins Rupers

As preliminares invocadas — de violação ao princípio da coisa julgada, desrespeito aos prazos legais para o término dos inquéritos em se tratando de réu preso e cerceamento de defesa — não podem ser acolhidas, conforme adequada e judiciosamente ponderou o Dr. Antonio Carlos Brasil Pinto, Promotor de Justiça, em suas contra-razões recursais, litteris:

“Com relação ao alegado atraso no conclusão dos inquéritos que serviram de base para o oferecimento de denúncia, inexistente mácula capaz de refletir neste processo, porquanto perfeitamente justificável.

“Assim, enquanto iniciada a apuração no roubo ocorrido no Banco do Brasil, posto da Ufsc, noutro apurava-se o mesmo delito, perpetrado contra o Besc, agência Saco dos Limões, sendo que posteriormente ocorreu a juntada de todos os documentos e depoimentos no inquérito 003/96, base da exordial acusatória. Ademais, se atraso ocorreu, está ele perfeitamente justificado, ante a complexidade dos casos ali retratados e, sobretudo, pelo término da instrução judicial.

“Vale ainda ressaltar que o apelante à época da apuração questionada encontrava-se preso em flagrante por outro motivo, mais precisamente um roubo perpetrado contra o Besc, agência da Trindade.

“Assim, incorre qualquer nulidade a ser declarada no atual estágio do processo.

“No que pertine à alegação de cerceio de defesa, verifica-se que o apelante, em suas razões, reportou-se ao teor de suas alegações finais, fls. 651/654, onde argumentou que a denúncia veio alicerçada em depoimentos ‘montados’ na Deic.

“Ora, evidente que tal alegação não merece prosperar, mesmo porque o apelante vem pleitear em Juízo incabível cerceio de defesa no ocorrido, segundo diz, na fase inquisitorial. Assim, nada há a corrigir nesta fase do processo.

“Com relação à alegada violação ao princípio da coisa julgada, primeiramente, por mais esforço que se faça para rebater, colhe-se que o apelante, em razões, não esclarece como se constituiu.

“A única relação que se pode fazer diz respeito ao roubo perpetrado contra o Besc, agência Trindade, julgado noutro feito e que não diz respeito aos fatos aqui retratados.

“Trata-se pois de alegação vã e destituída do mínimo fundamento”.

Destarte, rejeitam-se as preliminares.

No mérito melhor sorte não assiste ao apelante.

A materialidade dos delitos restou evidenciada pelos documentos constantes do IP 001/96, pela prova testemunhal colhida, e do IP n. 003/96 (assalto ao Besc — Saco dos Limões) e dos documentos constantes do caderno indiciário — fls. 12/70 (assalto ao Banco do Brasil — Ufsc).

No que tange à autoria, negada pelo apelante, é confirmada pela robusta prova testemunhal e pelos reco-

nhcimentos. A culpabilidade também é evidente.

O funcionário do Besc Pedro Sérgio de Azevedo disse: "...que estava trabalhando no Besc do Saco dos Limões no dia do assalto; que efetivamente houve um assalto naquela agência; que com relação ao número de assaltantes o depoente só pode precisar que eram dois que estavam no interior da agência; que eram dois homens brancos; que viu somente um acusado empunhando um revólver, não sabendo se o outro tinha arma ou não; que o depoente sentiu medo, como também os outros funcionários, sendo que foram ameaçados em razão de que estava demorando para abrir o cofre; que foram levados em torno de vinte mil reais; que não sabe se houve apreensão e devolução da res; que o depoente reconhece os acusados Walter e Stephano, aqui presentes, como sendo os dois assaltantes que praticaram o assalto..." (fls. 228).

O também funcionário Moisés Pires de Lima asseverou: "...que era funcionário do Besc do Saco dos Limões e estava presente no dia dos fatos; que somente viu dois assaltantes no interior do banco; (...) que eram dois homens; que os dois homens eram de cor branca; que os assaltantes portavam duas armas de tamanho pequeno; que os assaltantes determinaram que todos deitassem e foram ameaçados de morte, sendo que os assaltantes empunhavam as armas; que morreriam se usassem o telefone; que as pessoas que estavam presentes ficaram amedrontadas; que foram levados cerca de vinte mil reais; (...) que o depoente olhando para os acusados aqui presentes identificou os dois as-

saltantes como sendo os acusados Walter e Stephano..." (fls. 226).

No mesmo sentido, reconhecendo e apontando a participação do apelante, são os testigos de Valério Raimundo Pinto (fls. 223), Fabiana Zeferino da Silveira (fls. 225) e Marise de Barros Raupp (fls. 227).

A testemunha Vilmar Gerson Schultz, vigia da agência do Banco do Brasil — Ufsc, narrou coerentemente a conduta delituosa asseverando que "identifica os acusados aqui presentes, Norton, Walter e Stephano, como os três que tem certeza que viu no banco, não conhecendo os outros dois; que visualizando as fotos constantes dos autos confirma a identificação dos três assaltantes que tem certeza que estavam no banco, Norton, Walter e Stephano...". Mais adiante disse "que foi o depoente que foi abrir a porta do banco, sendo que tinha uma visão ampla do banco até ser rendido e colocado no chão; que alega que o acusado Norton já havia entrado na agência e se posicionado junto ao caixa, quando o declarante foi rendido..." (fls. 230).

Perfilhando o mesmo talvegue as declarações de Ademir José Feltes (fls. 224) e Cecílio Lírio Ferraz (fls. 229).

A violência e a grave ameaça restaram evidenciadas pelo uso comprovado de armas e as ameaças dirigidas contra as vítimas.

O entendimento jurisprudencial a respeito da matéria:

"Penal e processual — Roubo — Prova — Recurso desprovido — Precedentes jurisprudenciais.

"No crime de roubo, as declarações e o reconhecimento feitos pela

vítima constituem importante elemento de convicção da autoria, principalmente quando corroborados pela chamada do co-réu" (Apelação Criminal n. 98.009800-9, de Criciúma, rel. Des. Amaral e Silva).

"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).

Acerca do reconhecimento da continuidade delitiva, temos que o recurso também não merece acolhida, pois, in casu, cuida-se de reiteração da prática criminosa. O apelante fez do assalto a banco seu meio de vida, praticando os crimes com habitualidade.

Sobre a matéria, leciona Mirabete:

"Por fim, não há que reconhecer o crime continuado quando se tratar de habitualidade criminosa. O delinqüente habitual faz do crime uma profissão e pode infringir a lei várias vezes do mesmo modo, mas não comete crime continuado com a reiteração das práticas delituosas (perseverantia in crimine ou perseverantia sceleris). A continuidade, sucessão circunstancial de crimes, não pode ser confundida com a habitualidade criminosa, sucessão planejada, indiciária do modus vivendi do agente e que reclama, não tratamento amenizado, mas reprimenda mais severa" (Manual de Direito Penal, 1º vol., pág. 317).

É da jurisprudência:

"Não há que confundir crime continuado, possível de ser perpetrado até mesmo por criminosos habituais, caso que merecerão o tratamento exasperado do art. 71, parágrafo único, do CP, com mera reiteração delinqüencial, com o fazer do crime meio de vida. Bem por isso é preciso um maior rigor na admissão da continuidade delitiva, ao menos em atenção à segurança e à realidade da população traumatizada com os delinqüentes da mais alta periculosidade" (RT — 713/372).

"Revisão criminal. Revisionando useiro e vezeiro na prática de crimes contra o patrimônio. Reiteração delinqüencial. Não há que se reconhecer o crime continuado se o revisiando faz da atividade delituosa um modo de vida. Não se confunde continuidade delitiva com habitualidade criminosa. Pedido deferido parcialmente para, tão-somente, reconhecer a atenuante da menoridade (art. 65, I, CP), em relação a um dos crimes, e diminuir-lhe a reprimenda" (Revisão Criminal n. 96.008732-0, de Chapecó, deste relator).

Portanto, rejeitadas as preliminares e comprovada estreme de dúvidas a participação do apelante nos delitos a ele imputados, a condenação é medida que se impõe, devendo ser, consequentemente, desprovido o seu recurso.

III — Recurso de Walter da Silva Lacerda

Insurge-se o apelante contra os reconhecimentos efetuados, aduzindo serem imprestáveis para a condenação.

Data venia mas tal entendimento é insustentável. Os reconhecimen-

tos do apelante, efetuados pelas testemunhas que se encontravam no interior das agências bancárias, são perfeitamente válidos e se coadunam com o ordenamento do art. 226 do CPP.

Mesmo que assim não fosse "Irrelevante o fato de o reconhecimento pessoal do réu ter-se efetuado sem observância das formalidades inscritas no art. 226, I, do CPP, se efetivado através de depoimento de testemunha ratificado quando posteriormente reinquirida em audiência à qual presente o defensor constituído do acusado, que formulou reperguntas, tanto mais se assentada a condenação no conjunto probatório e não apenas naquele elemento de convicção" (RT 666/379).

Os reconhecimentos, aliados aos depoimentos das testemunhas, formam um conjunto firme e harmônico que autoriza a prolação do decreto condenatório.

Acerca da validade dos reconhecimentos como elementos de prova, o magistério de Julio Fabbrini Mirabete:

"...havendo reconhecimento seguro pela vítima ou testemunhos, pode ela ser prova suficiente para a condenação, conforme jurisprudência" (in Processo Penal, Atlas, 1996, pág. 305).

Extrai-se da jurisprudência:

"De acordo com o STF: 'o reconhecimento dos réus, em Juízo, por testemunhas idôneas e insuspeitas, desmoraliza a negativa dos réus, que, a prevalecer, tornariam inexplicáveis os reconhecimentos feitos'" (Recurso Criminal n. 1.312, DJU 7/11/78, pág. 8.823; RTJ 88/371).

Dito isso, passo à análise do restante do conjunto probatório.

A materialidade dos delitos restou evidenciada pelos documentos constantes do IP 001/96, pela prova testemunhal colhida, e do IP n. 003/96 (assalto ao Besc — Saco dos Limões) e dos documentos constantes do caderno indiciário — fls. 12/70 (assalto ao Banco do Brasil — Ufsc).

No que tange à autoria, negada pelo apelante, é confirmada pela robusta prova testemunhal e pelos reconhecimentos. A culpabilidade também é evidente.

O funcionário do Besc Pedro Sérgio de Azevedo disse: "...que estava trabalhando no Besc do Saco dos Limões no dia do assalto; que efetivamente houve um assalto naquela agência; que com relação ao número de assaltantes o depoente só pode precisar que eram dois que estavam no interior da agência; que eram dois homens brancos; que viu somente um acusado empunhando um revólver, não sabendo se o outro tinha arma ou não; que o depoente sentiu medo, como também os outros funcionários, sendo que foram ameaçados em razão de que estava demorando para abrir o cofre; que foram levados em torno de vinte mil reais; que não sabe se houve apreensão e devolução da res; que o depoente reconhece os acusados Walter e Stephano, aqui presentes, como sendo os dois assaltantes que praticaram o assalto..." (fls. 228).

O também funcionário Moisés Pires de Lima asseverou: "...que era funcionário do Besc do Saco dos Limões e estava presente no dia dos fatos; que somente viu dois assaltantes

no interior do banco; (...) que eram dois homens; que os dois homens eram de cor branca; que os assaltantes portavam duas armas de tamanho pequeno; que os assaltantes determinaram que todos deitassem e foram ameaçados de morte, sendo que os assaltantes empunhavam as armas; que morreriam se usassem o telefone; que as pessoas que estavam presentes ficaram amedrontadas; que foram levados cerca de vinte mil reais; (...) que o depoente olhando para os acusados aqui presentes identificou os dois assaltantes como sendo os acusados Walter e Stephano..." (fls. 226).

No mesmo sentido, reconhecendo e apontando a participação do apelante, são os testigos de Valério Raimundo Pinto (fls. 223), Fabiana Zeferino da Silveira (fls. 225) e Marise de Barros Raupp (fls. 227).

A testemunha Vilmar Gerson Schultz, vigia da agência do Banco do Brasil — Ufsc, narrou coerentemente a conduta delituosa asseverando que "identifica os acusados aqui presentes, Norton, Walter e Stephano, como os três que tem certeza que viu no banco, não conhecendo os outros dois; que visualizando as fotos constantes dos autos confirma a identificação dos três assaltantes que tem certeza que estavam no banco, Norton, Walter e Stephano...". Mais adiante disse "que foi o depoente que foi abrir a porta do banco, sendo que tinha uma visão ampla do banco até ser rendido e colocado no chão; que alega que o acusado Norton já havia entrado na agência e se posicionado junto ao caixa, quando o declarante foi rendido..." (fls. 230).

Perfilhando o mesmo talvezue as declarações de Ademir José Feltes (fls. 224) e Cecílio Lírio Ferraz (fls. 229).

A violência e a grave ameaça restaram evidenciadas pelo uso comprovado de armas e as ameaças dirigidas contra as vítimas.

O entendimento jurisprudencial a respeito da matéria:

"Penal e processual — Roubo — Prova — Recurso desprovido — Precedentes jurisprudenciais.

"No crime de roubo, as declarações e o reconhecimento feitos pela vítima constituem importante elemento de convicção da autoria, principalmente quando corroborados pela chamada do co-réu" (Apelação Criminal n. 98.009800-9, de Criciúma, rel. Des. Amaral e Silva).

"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).

Inviável, portanto, o pleito absolutorio.

IV — Nesses termos a decisão.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Amaral e Silva, e dele participou, também com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Souza Varella. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 9 de maio de 2000.

*Genésio Nolli,
Presidente para o acórdão e Relator.*

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.010374-8, DE SÃO BENTO DO SUL

Relator: Des. Genésio Nolli

Apelação criminal. Roubo qualificado. Pretendida a desclassificação do delito para o de furto. Inviabilidade. Vítima que foi agredida na parte frontal da cabeça, mediante uma garrafada, recebendo ainda outro golpe na altura do pescoço. Violência comprovada. Condenação mantida.

“Roubo. Desclassificação para furto. Impossibilidade. Delito perpetrado mediante uso de violência física e concurso de agentes. O que difere o roubo do furto é exatamente o uso de violência, grave ameaça ou recurso que dificulte a defesa da vítima. Delito configurado” (JC 19/615).

Pena-base aplicada no mínimo legal. Pretendida redução da pena e progressão de regime. Impossibilidade.

Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.010374-8, da comarca de São Bento do Sul (1ª Vara), em que é apelante Adilson Rodrigues, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

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

Custas de lei.

Adilson Rodrigues foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 157, § 3º, c/c artigo 29, ambos do Código Penal, porque, segundo a exordial acusatória, no dia 28 de dezembro de 1999, por volta das 21h30min, no Bar e Merceria Pscheidt, o denunciado, juntamente com dois adolescentes,

em comunhão de esforços e com o intuito de subtrair dinheiro da vítima Leonel Pscheidt, adentraram no estabelecimento comercial dela e simularam compra de mercadorias. Ato contínuo, o denunciado deu-lhe uma garrafada na cabeça e desferiu-lhe um soco no rosto. Ante a reação da vítima ao ataque, um dos adolescentes sacou de um facão e deu-lhe um golpe no pescoço, causando-lhe as lesões corporais de natureza grave descritas no Auto de Exame de Corpo de Delito de fls. 34.

Por fim, o denunciado retirou o dinheiro existente no caixa e ambos evadiram-se do local.

Finda a instrução, sobreveio a decisão que julgou procedente a de-

núncia e condenou Adilson Rodrigues ao cumprimento da pena de 7 (sete) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, por ter infringido o disposto no artigo 157, § 3º, primeira parte, c/c o artigo 29, ambos do Código Penal.

Inconformado com o decisum, recorre o réu objetivando a desclassificação do delito para o de furto, sob o argumento de que a sua intenção era de cometer somente este crime e, alternativamente, a redução da pena e a progressão de regime para o semi-aberto, após o cumprimento de 1/3 da pena que lhe for atribuída.

Contra-arrazoado o recurso, ascenderam os autos e nesta Instância a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo seu desprovimento.

É o relatório.

Não assiste razão ao apelante quando pretende ver desclassificado o delito de roubo para o de furto.

E isso porque, presente que em delito como o tratado nos autos, normalmente cometido às escondidas, a palavra da vítima tem valor preponderante desde que encontre supedâneo no mais colhido no processado, tem-se que, na hipótese, correta foi a decisão contra a qual se insurge.

A vítima Leonel José Pscheidt, ao ser ouvida em Juízo (fls. 87), deixou claro que, “no dia dos fatos, por volta das 21h30min, o declarante estava em seu comércio, atendendo um cliente; Que em seguida compareceu Cristiano e solicitou um licor; Que Cristiano, na ocasião, por várias vezes, ia até a porta do mercado e voltava para o interior; Que o cliente havia

saído e alguns minutos após compareceu no comércio Emerson e Adilson; Que Emerson pediu um frango, dizendo que iria acampar em Rio Vermelho; Que o declarante foi buscar o frango, que fica na parte do mercado, quando Adilson também se aproximou; Que Emerson também pediu para que lhe servisse asas da galinha; Que no momento em que o declarante estava colocando os objetos no balcão, Adilson, fazendo uso de uma garrafa de cerveja, desferiu um golpe na cabeça do declarante, na parte frontal; Que a garrafa, em razão do golpe, quebrou; Que o declarante com o golpe quase caiu, mas logo que se levantou, recebeu um outro golpe por um instrumento cortante, na altura do pescoço, desferido por Emerson; Que no momento em que recebeu o golpe, viu que Adilson estava próximo ao caixa; Que o declarante desmaiou e após se recuperar foi para a casa de sua mãe; Que em razão do declarante estar muito sujo de sangue, sua mãe lhe estranhou e acabou não abrindo a porta; Que em momento algum houve o anúncio do assalto, tendo os elementos agido diretamente contra o declarante; (...) Que no momento em que Adilson e Emerson chegaram, Cristiano ainda estava no comércio; Que o declarante ficou internado por 3 dias, tendo-se submetido a uma cirurgia; Que conhecia os menores e o maior anteriormente, podendo afirmar que muitas das vezes trocava cheques para o mesmo, em razão de trabalharem numa ervateira; Que no momento em que recebeu os golpes estavam apenas Adilson e Emerson”.

O crime de roubo restou plenamente configurado nos autos, diante dos depoimentos dos menores que

participaram do delito em companhia do acusado e do depoimento da própria vítima que descreveu os fatos com detalhes e reconheceu o acusado como seu autor.

Inexistindo nos autos qualquer razão a conspirar contra a palavra da vítima não há por que não se dar crédito à acusação por ela feita, determinante da condenação prolatada.

As declarações da vítima, em delitos de tal natureza, tendo como protagonistas dos fatos somente o acusado e o ofendido, constituem peça essencial à condenação.

Segundo pacífica jurisprudência, nos crimes de roubo para a condenação basta o reconhecimento pessoal do réu pela vítima.

“Roubo — Prova — Depoimento da vítima — Declaração firme e segura — Validade.

“Nos crimes cometidos na clandestinidade, dentre os quais o roubo, as palavras do ofendido, desde que firmes e seguras, adquirem especial relevo, máxima se este não conhecia o acusado” (TACrimSP — RT 717/412).

“Roubo — Prova — Palavra da vítima — Valor probante.

“Ementa Oficial: A vítima é sempre pessoa categorizada a reconhecer o agente, pois sofreu o traumatismo da ameaça ou da violência, suportou o prejuízo e não se propõe a acusar inocente, senão procura contribuir — como regra — para a realização do justo concreto” (TACrimSP — RT 739/627).

Se Adilson realmente tivesse praticado um furto em co-autoria com os demais, certamente a vítima não

restaria gravemente lesionada, conforme atestou o Auto de Exame de Corpo de Delito de fls. 34.

No mais, pelo contexto probatório amealhado nos autos, restou provado que o apelante agiu mediante violência contra a vítima pois esta foi surpreendida com uma “garrafada” na cabeça dada por Adilson e um golpe de faca no pescoço desferido por Emerson.

Emerson Moreira Batista Kolter, co-réu, ao prestar depoimento como testemunha arrolada pela acusação às fls. 76, confessou o crime nestes termos:

“Que no dia dos fatos, à noite, estava em companhia de Adilson, no trevo da Vila Centenário, quando Adilson declarou que deveriam ir até o Bar do Pscheidt fazer um assalto e pegar o dinheiro, dizendo ainda que ‘não ia dar em nada’ e seria rapidinho; Que o declarante concordou, tendo Adilson dito para que o depoente fosse em casa buscar um facão; Que antes de ir, apareceu Cristiano e o mesmo disse que não concordaria em participar do assalto; Que o declarante e Adilson foram para o bar já mencionado, mas como lá existia um freguês ficaram aguardando do lado de fora para que o mesmo saísse; Que após a saída do freguês, Adilson e o declarante entraram no bar, sendo que Adilson foi direto falar com Leonel e pediu um frango; Que após o declarante também se aproximou e pediu alguns pães; Que em seguida Adilson anunciou o assalto, sem qualquer ameaça ou até mesmo dizendo que o declarante estaria com um facão; Que Leonel tentou reagir, tendo Adilson efetuado um golpe em sua cabeça, fazendo uso de uma

garrafa; Que Leonel após receber o golpe ficou meio tonto; Que Adilson então pegou todo o dinheiro do caixa; Que quando estavam saindo do bar, Leonel segurou o declarante, tendo este pego o facão e pediu para Leonel se afastar; Que entraram em luta corporal e por pouco Leonel não tomou o facão do declarante; Que o declarante estava segurando o facão pela lâmina, tendo cortado os seus dedos; Que Leonel tentou ir para cima do declarante, quando recebeu um golpe de facão no pescoço, caindo ao chão; Que o declarante então colocou em fuga; Que foram para casa e lá Adilson exibiu o dinheiro, tendo aproximadamente R\$ 300,00; Que o declarante sugeriu que dividissem em três, sendo que uma parte seria dada para Cristiano, para que o mesmo ficasse calado, a respeito do assalto; Que foram à procura de Cristiano, mas este não aceitou a importância, sem dizer os motivos; (...) Que Adilson tinha conhecimento da existência do facão na casa, pois o declarante havia adquirido do próprio pai de Adilson (...)"

Sobreleva ressaltar que Adilson pode até ter decidido naquele momento em não praticar o delito, mas a simples presença do apelante cuidando da porta do bar para ver se não aparecia ninguém já é uma conduta por si só intimidativa, ainda mais se tratando de dois homens assaltando um homem indefeso.

O apelante, ao ser interrogado, confessou parcialmente os fatos descritos na denúncia, porém alegou que não adentrou no estabelecimento da vítima e não a agrediu fisicamente, e nem ao menos sabia o que estava acontecendo, ficando apenas na parte

de fora, observando se chegava alguém.

São suas palavras:

"Que, na noite de ontem, Emerson convidou o interrogando para irem até o Bar e Merceria Pscheidt, de propriedade de Leonel Pscheidt, conhecido por 'Brude', localizado na Rua Alberto Torres, Vila Centenário, onde roubariam dinheiro de 'Brude'; que Emerson apanhou um facão e o escondeu na manga da jaqueta; que lá chegando aguardaram a saída de todos os fregueses; que, quando estavam sozinhos, Emerson pediu carne e dirigiu-se até o açougue, juntamente com a vítima, enquanto o interrogado permaneceu no balcão do Bar; que em seguida o interrogado ouviu um barulho e viu a vítima cair no chão, atrás do balcão do açougue; que não viu o momento em que Emerson atingiu a vítima com o facão; que o interrogado não atingiu a vítima, nem com soco nem com garrafada; que Emerson pediu ao interrogado que roubasse todo o dinheiro do caixa e fugiram em disparada; que, após o crime, retornaram para casa e dividiram o dinheiro, cabendo ao interrogando a importância de R\$ 120,00 (cento e vinte e cinco reais), em notas de R\$ 10,00, 5,00 e 1,00 e algumas moedas (...)"

Quanto a este aspecto já se decidiu que:

"No concurso de agentes no crime de roubo, respondem pela violência todos os partícipes que agiram dolosamente no sentido de seu emprego, pouco importando qual tenha sido a atuação específica de cada um deles" (TJPR — AC — rel. Des. Carvalho Seixas — RT 482/390).

No mesmo diapasão:

“A simples presença de duas pessoas em um assalto é suficiente para intimidar a vítima, convertendo-se em roubo a ação furtiva” (TACrimSP — rel. Juiz Goulart Sobrinho — JUTACrim 49/36).

Ainda, parte da res furtiva foi encontrada em seu poder (Termo de Apreensão, fls. 16).

Desse modo, conclui-se que o apelante efetivamente participou dolosamente do evento delituoso em tela, não havendo que se falar em furto.

Assim, a condenação de Adilson Rodrigues está certa e merece persistir, posto que o elenco probatório existente nos autos atesta o crime de roubo qualificado praticado pelos réus.

Com relação à redução da pena, melhor sorte não lhe assiste.

O Magistrado ao fixar a pena-base fixou-a no seu mínimo legal, não podendo ela ser reduzida aquém deste patamar.

No que diz respeito à progressão do regime, tal pedido somente poderá ser apreciado pelo Juízo da Execução.

Ante o acima exposto, o recurso é desprovido.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Souza Varella. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 27 de junho de 2000.

Amaral e Silva,
Presidente com voto;
Genésio Nollí,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.007569-9, DE LAGES

Relator: Des. Jorge Mussi

Abuso de autoridade — Policiais que, desprovidos de qualquer ordem emanada de autoridade competente, prenderam cidadãos que estavam em suas residências, mantendo-os encarcerados sem a devida autorização legal — Ausência do estado de flagrância — Vítimas que tiveram suas liberdades de locomoção ilegalmente tolhidas — Farta prova testemunhal e técnica dando conta do ato abusivo perpetrado pelos agentes públicos — Afronta ao disposto no art. 5º, LXI, da CF — Delito descrito nos arts. 3º, a, e 4º, a, da Lei n. 4.898/65 efetivamente configurado — Condenação mantida.

Pena — Fixação tão-somente de sanção pecuniária — Repreensão mais branda estipulada para o tipo infringido (art. 6º, § 3º, a, da lei específica) — Valor do dia-multa estabelecido fundamentada-

*mente e dentro dos ditames legais — Mitigação impossível.
Recurso defensivo improvido.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.007569-9, da comarca de Lages (1ª Vara), em que são apelantes João Silveira, Christopher Juliano Chagas, Luiz Carlos Damacena, Aron Rogério Padilha e Vanderlei Kemp, sendo apelados a Justiça, por seu Promotor, e o Assistente do Ministério Público:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso defensivo.

Custas legais.

1 — Na comarca de Lages (1ª Vara Criminal), João Silveira, Christopher Juliano Chagas, Luiz Carlos Damacena, Vanderlei Kemp, Aron Rogério Padilha e Sebastião Orli Ribeiro Macedo foram denunciados como incurso nas sanções do art. 3º, alínea a, e art. 4º, alínea a, c/c art. 6º, § 3º, todos da Lei n. 4.898/65, porque, conforme se infere da peça vestibular de fls. 3:

“(…) os denunciados João Silveira, Christopher Juliano Chagas, Luiz Carlos Damacena, Vanderlei Kemp e Aron Rogério Padilha, todos policiais militares, sob o argumento de que os indivíduos José Catarina da Silva e Valdeci Stark Souza, em data de 30 de setembro de 1995 haviam praticado o furto de quatro (4) leitões, no dia 6 de outubro de 1995, por volta das 20h30min, executaram a prisão destes últimos, embora inexistente o estado de flagrância, ou mesmo manda-

do de prisão contra os mesmos, os quais foram entregues na 1ª Delegacia de Polícia desta Comarca, por volta da 00h20min, do dia seguinte.

“Embora ciente de toda situação, vez que assinou a ficha de Ocorrência de fls. 15, o policial civil Sebastião Orli Ribeiro Macedo executou medida privativa de liberdade individual, posto que recolheu as vítimas à cela existente nas dependências daquele distrito policial, sendo que José e Valdeci somente foram liberados após 21 horas do dia 7 de outubro de 1995.

“Por assim proceder, os denunciados atentaram contra a liberdade de locomoção de José Catarina da Silva e Valdeci Stark Souza, os quais ficaram presos por mais de um dia, executando medida privativa de liberdade individual, sem as formalidades legais e com abuso de poder”.

Proposta a suspensão condicional do processo pelo Órgão Ministerial (fls. 4) esta não foi aceita pelos acusados (Termo de fls. 67).

O Dr. Mário de Figueiredo Ramos, representando as vítimas, requereu sua admissão como Assistente da Acusação, o que lhe foi deferido (Termo de Instrução e Julgamento de fls. 94).

Concluída a instrução criminal, João Silveira, Christopher Juliano Chagas, Luiz Carlos Damacena e Aron Rogério Padilha foram condenados ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, cada qual no valor de 10/30 (dez trigésimos) do salário mínimo vigente à épo-

ca dos fatos; Vanderlei Kemp e Sebastião Orli Ribeiro Macedo, ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, cada um no valor de 20/30 (vinte trigésimos) do salário mínimo vigente ao tempo do crime, todos por infração ao art. 3º, alínea a, e art. 4º, alínea a, c/c o art. 6º, § 3º, todos da Lei n. 4.898/65, por duas vezes, combinado com o art. 29 do Código Penal.

Inconformados com a prestação jurisdicional entregue, João Silveira, Christopher Juliano Chagas, Luiz Carlos Damacena, Aron Rogério Padilha e Vanderlei Kemp, por seu defensor, recorreram, tempestivamente, requerendo a absolvição, alegando que não houve abuso, tendo em vista a presunção do estado de flagrância, uma vez que os autores se encontravam com o produto do furto. Alternativamente, postularam a redução da pena a eles aplicada.

Contra-arrazoado o recurso pelo Ministério Público, os autos ascenderam a este Grau de Jurisdição, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo seu conhecimento e não provimento.

Foi determinada a baixa dos autos à Comarca de origem, a fim de que se procedesse a intimação do Assistente da Acusação para contrarrazoar o recurso defensivo (fls. 153), o que foi cumprido, sendo, então, rebatido o apelo.

A ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça ratificou integralmente o parecer apresentado anteriormente, vindo os autos conclusos.

É o relatório.

2 — Nenhum reparo está a merecer a judicosa sentença condenatória prolatada contra os apelantes, os

quais, efetivamente, praticaram o delito de abuso de autoridade, infringindo o disposto no art. 3º, alínea a, e art. 4º, alínea a, ambos da Lei n. 4.898/65.

O caderno processual revela que os recorrentes, policiais militares, foram comunicados da ocorrência de um furto de 4 (quatro) leitões perpetrado no dia 30/9/95, em que lhes foi relatado o local em que se encontrava a res furtiva. Dessa forma, em 6/10/95 — seis dias após a prática do delito contra o patrimônio —, no período noturno, dirigiram-se à residência da vítima Valdeci Stark de Souza, a qual levaram detida para uma viatura da Polícia Militar. Ato contínuo, agiram da mesma forma na casa da vítima José Catarina da Silva, que também foi levada na viatura oficial, ambas para a Delegacia de Polícia, onde foram entregues e permaneceram ilegalmente encarceradas por 24 horas sem que estivessem em flagrante delito ou emanada contra elas qualquer ordem escrita de autoridade competente.

E por haver nos autos prova robusta no tocante ao abuso de autoridade com que agiram os apelantes, os quais mantiveram as vítimas segregadas ilegalmente, é que a condenação deve ser mantida, eis que, além de prepotência, naquele momento, demonstraram despreparo para o exercício da honrada função pública que exercem e que lhes foi confiada.

O Policial Civil Almir da Silva Malinverni, como testemunha, prestou depoimento, na fase administrativa, tendo declarado que “estava de plantão no dia 6 de outubro do corrente ano, e durante a noite foram apresentados pela PM dois elementos, José Catarina de Souza e Valdeci de Souza

por envolvimento com furto de porcos; que os elementos ficaram recolhidos na Cella da 1ª DP à disposição do Delegado”, acrescentando que ao final do seu plantão (9 horas do dia 7/10/95), ambos ainda se encontravam detidos naquele estabelecimento (fls. 14).

O co-réu não apelante Sebastião Orli Ribeiro Macedo (fls. 15), os policiais Cerito Antunes dos Santos (fls. 16), Eraldo Córdova de Melo (fls. 18) e Pedro Raimundo Lima de Souza (fls. 20), na fase indiciária, confirmaram as declarações prestadas pela testemunha suso citada.

O encarceramento de ambos foi confirmado por dois menores que também foram detidos naquela oportunidade (fase policial, fls. 25 e 27; e no contraditório, fls. 90 e 91).

As vítimas, nas duas fases procedimentais, relataram que durante a noite foram extraídas de suas casas pelos Policiais Militares e, levadas à Delegacia de Polícia, lá foram mantidas segregadas durante 24 horas (fls. 28/31 e 88v./89).

O policial Luiz Carlos Antunes Amaral, testemunha que recebeu o advogado das vítimas, bem como suas companheiras, confirmou que Valdeci e José estavam com suas liberdades privativas tolhidas. Tanto é que ao ser indagado pelo causídico do motivo da prisão dos ofendidos, procurou o Delegado de Polícia de plantão, que fincou em determinar a liberação de ambos (fase inquisitória, fls. 33).

E o próprio Delegado afirmou que Valdeci e José foram presos pela Polícia Militar e que, constatado que não se tratava de prisão em flagrante, mesmo assim os dois tiveram que per-

manecer na Delegacia para muitas horas depois ser liberados (fase administrativa, fls. 38).

Os apelantes, perante a autoridade policial, não negaram os fatos (fls. 21 a 23, e 30 a 33), tendo, todos, em Juízo, alegado que não sabiam a data do furto dos animais, e que para eles as vítimas se encontravam em estado de flagrância (fls. 69v. a 76), porém, tal argumento não pode vingar, eis que o documento acostado a fls. 19, qual seja, a Ficha de Ocorrência da Polícia Militar, lavrado às 20 horas e 35 minutos do dia 6/10/95 (data da prisão dos ofendidos) traz o seguinte histórico:

“Comunico-vos que foi detido o Sr. Valdeci Souza, 28 anos, resid. e end. citados acima, onde o mesmo com o Sr. José Catarina da Silva, 30 anos, residente no B. Morro Grande, rua João Lemos Machado, porque os mesmos roubaram no dia 30 de setembro de 1995 quatro leitões de aproximadamente 10 quilos do Sr. Aldori Alves de Arruda, 54 anos (...)” (grifamos).

O relatório do Plantão da Delegacia (fls. 48 a 60), da mesma forma, traz a data e hora da detenção (fls. 50) e liberação (fls. 51) das vítimas.

Não fosse isto, há ainda o Boletim de Ocorrência registrando o furto dos animais, no qual consta que a data da subtração realmente foi 6 dias antes da segregação de Valdeci e José (fls. 120).

Como visto, a ilegalidade da prisão das vítimas foi amplamente comprovada pela farta prova testemunhal e técnica produzidas durante a persecutio criminis, as quais bem demonstram a inexistência de flagrante

e do necessário mandado judicial, e como não mais vige no nosso sistema jurídico “prisão para averiguações”, não havia motivos para que ambos fossem mantidos segregados; mesmo que tivessem eles cometido o delito de furto do qual eram suspeitos, foram presos arbitrariamente, sem estar em situação de flagrância ou em razão de prisão temporária, preventiva ou qualquer outra ordem emanada de autoridade competente, o que se traduz e constitui o ato dos apelantes em prática repulsiva e ilegal, como se pode extrair da doutrina, veja-se:

“A prisão para averiguações era prática contumaz da autoridade policial, quase sempre com o beneplácito ou — senão isso — com visão condescendente da autoridade judiciária. Contudo, com o advento da Constituição Federal promulgada em 5/10/88, tendo em vista o disposto no art. 5º, LXI, ninguém mais será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária. Desse modo, a chamada prisão para averiguações não mais pode ser admitida ou tolerada, a qualquer pretexto” (Rui Stoco et alii, in Leis Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, pág. 44).

A jurisprudência não discrepa:

“Ação penal — Abuso de autoridade (...).

“Abuso de autoridade — Delegado de polícia — Ordem para prisão e manutenção na cela, por mais de setenta e duas horas, de cinco pessoas, sem estarem em situação de flagrante ou com ordem escrita da autoridade judiciária competente — Cri-

me caracterizado — Condenação mantida.

“A partir do advento da Constituição Federal de 1988, a ‘prisão para averiguações’ foi banida, sendo prática que não pode ser admitida nem tolerada, sob qualquer pretexto, pois ninguém mais será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.

“O abuso do poder, como o abuso de qualquer coisa, é reprovável e deve ser contido e punido pelos males causados, pois traz intranquilidade e medo a todos” (Ap. Crim. n. 96.007103-2, de Ibirama, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. em 12/11/96).

Não há a menor sombra de dúvida de que os acusados fizeram tábua rasa da Lei do Abuso de Autoridade, bem como da Carta Magna, vez que quem “ordenar ou executar medida privativa de liberdade, sem as formalidades legais ou com abuso de poder, pratica o crime capitulado no artigo 4º, letra a, da Lei n. 4.898/65” (JC 58/358, rel. Des. Tycho Brahe).

O egrégio Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo já decidiu:

“Responde por abuso de autoridade o policial que, sem amparo na lei, detém cidadão e o conduz à Delegacia de Polícia. Impõe-se a solução, máxime quando a vítima houver sido retida em cárcere” (JUTACrim. 24/305 e 306).

Deste Sodalício na mesma di-retriz colaciona-se:

“Penal e processual — Abuso de autoridade — Delitos configurados — Recursos desprovidos.

“Agem com abuso de autoridade de policiais que, apenas por suspeita, sem mandado, invadem domicílios efetuando arbitrariamente prisões.

“A investigação é um ato de inteligência não comportando brutalidade ou abusos, que nada contribuem para a apuração de responsabilidades. Ao contrário, demonstram despreparo, desprestigiando a polícia” (Ap. Crim. n. 98.008932-8, de Ibirama, rel. Des. Amaral e Silva, j. em 10/11/98).

As decisões prolatadas pelo colendo Tribunal de Alçada do Paraná navegam neste mesmo diapasão, veja-se:

“Abuso de autoridade — Atentado à liberdade de locomoção — Prisão para averiguações — Inadmissibilidade — Modalidade não prevista em lei e proibida pela Constituição Federal (art. 5º, LXI) (...)” (RT 654/336).

Esta Câmara, em caso semelhante, traz o seguinte julgado:

“Liberdade de locomoção. Abuso de autoridade.

“Responde por abuso de autoridade o policial que conduz indivíduo à Delegacia de Polícia, recolhendo-o ao xadrez, sem estar munido da devida autorização legal” (Ap. Crim. n. 29.165, de Imaruí, rel. Des. José Roberge, j. em 12/2/93).

Para elidir a ilicitude das condutas dos apelantes, reconhecendo-se que agiram dentro do estrito cumprimento do dever legal, e decretar-se-lhes, conseqüentemente, a absolvição, era de vital importância que eles tivessem comprovado a legalidade do ato realizado, o que, in casu, não ocorreu, e como a Lei n. 4.898/65

tipifica como abuso de autoridade qualquer atentado à liberdade de locomoção do indivíduo, bem decidiu o Juízo a quo por condená-los.

A título de ilustração, mister transcrever ensinamento de Paulo Lúcio Nogueira quanto ao abuso de poder:

“O uso do poder é perfeitamente justificável e imprescindível na organização e funcionamento da sociedade, pois é através dele que são impostas regras ou normas de convivência social a serem respeitadas por todos os seus membros. O abuso do poder, assim como o abuso de qualquer coisa, é reprovável e deve ser contido e punido pelos males causados não só aos integrantes da comunidade como ao próprio corpo social como um todo, já que traz intranqüilidade e medo a todos” (in Leis Especiais — Aspectos Penais, Editora Leud, pág. 204).

Arrematando, o mesmo doutrinador diz ainda que “a polícia tem sido criticada severamente pelos seus excessos, principalmente quando sua ação atenta contra a liberdade de locomoção de qualquer indivíduo ou contra a sua incolumidade física. Na esfera policial é que são praticadas com mais insistência as várias infrações que configuram o abuso de autoridade” (pág. 204).

Assim, diante do estatuído no inciso LXI do art. 5º da Constituição Federal, o qual dispõe que “Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”, não poderiam os recor-

rentes, na condição de policiais militares devidamente instruídos e treinados, desconhecer tão elementar norma e agir daquela forma, razão pela qual a manutenção do edito repressivo é medida que se impõe.

3 – No que tange à pretendida redução da reprimenda imposta aos apelantes, reparo também não está a merecer o decisum objurgado.

Para João Silveira, Christopher Juliano Chagas, Luiz Carlos Damacena e Aron Rogério Padilha foi fixada, individualmente, a pena de 10 (dez) dias-multa, no valor unitário de 10/30 (dez trigésimos) do salário mínimo vigente à data dos fatos, e para Vanderlei Kemp foi aplicada também a pena de 10 (dez) dias-multa, cada qual no valor de 20/30 (vinte trigésimos) do salário mínimo em vigor na época do delito.

Ora, quanto ao tipo de pena e o número de dias-multa, não há o que se questionar, eis que foi aplicada a sanção mais branda (pecuniária) des-

crita na Lei n. 4.898/65 e no seu mínimo legal (10 dias), conforme dispõe o art. 49 do Código Penal.

Porém, no tocante ao valor unitário (10/30 e 20/30), a pena não pode ser vista como exacerbada, eis que fundamentada e legalmente arbitrada na sentença atacada, não havendo nada a ser modificado no quantum fixado.

4 — Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso defensivo.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Maurílio Moreira Leite e Nilton Macedo Machado. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 14 de dezembro de 1999.

Alberto Costa,
Presidente;
Jorge Mussi,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.015818-7, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

Relator: Des. Jorge Mussi

Processual penal — Defesa que não teve ciência sobre documentos juntados após as alegações finais das partes — Prolação de edito condenatório — Violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa garantidos constitucionalmente — Nulidade absoluta — Preliminar acatada — Processo anulado a partir da sentença, inclusive — Recurso defensivo provido — Análise do mérito dos apelos defensivo e ministerial julgada prejudicada.

“Contraria flagrantemente o princípio constitucional da plenitude de defesa a prolação de sentença sem manifestação das partes sobre a prova acrescida depois de apresentadas as alegações finais”

(Ap. Crim. n. 33.872, de Ibirama, rel. Des. José Roberge).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.015818-7, da comarca de Balneário Camboriú (Vara Criminal), em que são apelantes e apelados a Justiça Pública, por seu Promotor, e João Carlos Rebello da Cunha:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento ao recurso defensivo para anular o processo a partir da sentença, inclusive, prejudicado o exame do recurso ministerial.

Custas na forma da lei.

1 — Na comarca de Balneário Camboriú (Vara Criminal), João Carlos Rebello da Cunha foi denunciado como incurso nas sanções do art. 312, caput, c/c art. 71, ambos do Código Penal, consoante se infere da exordial acusatória de fls. 2 a 5, porque, conforme narra a peça inicial acusatória de fls. 2 a 4:

“Conforme apurou a Comissão de Sindicância instituída para averiguar irregularidades no Parque Balneário Camboriú (relatório em anexo), pertencente à Santur — Santa Catarina Turismo S/A, durante o período em que o denunciado ocupou o cargo de Gerente-Geral do Parque, alegando que ‘entraves burocráticos’ dificultavam a administração do empreendimento, acabou por envolver-se em toda sorte de falcaturas em prejuízo do patrimônio público, como adiante veremos de forma especificada.

“1) Em novembro ou dezembro de 1990 desviou, em proveito próprio, a quantia de Cr\$ 65.000,00, do caixa

da empresa, alegando, como motivo da despesa, a compra de um aparelho de videocassete para um dos diretores da Santur.

“2) No mesmo período, incluindo também o verão de 1991, utilizando blocos de ingressos antigos, que ordenou fossem substituídos pelos normais nas bilheterias, e em sendo vendidos tais bilhetes, locupletava-se com o produto arrecadado, em benefício próprio, alegando que com o dinheiro pagava ‘extras’ aos funcionários da Santur.

“3) Alegando ‘ordens da diretoria’ como desculpa, João Carlos apropriou-se de valores que atingiam a casa dos Cr\$ 200.000,00 à época, que seriam para pagamento de diárias de hospedagem e envio de dinheiro à diretoria, em Florianópolis, segundo sua versão não comprovada.

“4) Durante a Feira de Verão, no mesmo período, João Carlos administrou uma operação fraudulenta denominada ‘stands fantasmas’, que consistia em elaborar a planta oficial contendo os espaços disponíveis para venda de stands, deixando alguns de fora (em branco) para vendê-los posteriormente, o que veio a ser feito, embolsando o dinheiro referente à comercialização. A média de vendas desses ‘stands fantasmas’ era de 80 a 100m² por evento realizado no Parque, e o preço do metro quadrado, na última feira de verão era de 93,00 BTNF’s.

“5) Consta também que João Carlos era responsável pela fraude em licitações através de Cartas-Convide, onde, ora escolhendo a proposta

mais cara para recebimento de 'comissões', ora rasurando documentos (por exemplo, aumentando valores a pagar ou o n. de prestações), sempre descobria uma maneira de locupletar-se em detrimento dos cofres da Santur.

"6) Com todo este rosário de falcatruas, o então Gerente-Geral da casa, João Carlos Rebello da Cunha, lesou a Santur na impressionante quantia de Cr\$ 6.718.053,00 (seis milhões, setecentos e dezoito mil e cinquenta e três cruzeiros), isto em valores de maio de 1991".

Concluída a instrução criminal, restou condenado à pena de 2 anos e 4 meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 10 dias-multa, cada qual a razão de 1/30 do salário mínimo vigente à data dos fatos, por violação ao art. 312, caput, c/c art. 71, ambos do Estatuto Repressivo.

Inconformado com a prestação jurisdicional entregue, o Órgão Ministerial recorreu, tempestivamente e com fundamento no art. 593, I, do Código de Processo Penal, requerendo a majoração da pena-base imposta ao acusado, em face das circunstâncias descritas no art. 59 do Código Penal serem quase que totalmente desfavoráveis, postulando, ainda, a exclusão da atenuante da confissão espontânea, sob o argumento de que o réu não admitiu a prática delitiva.

Também irrisignado com o teor do decidido, o acusado apelou, a tempo e modo, e, após haver rebatido o recurso do Ministério Público, apresentou suas razões, nas quais requereu, em preliminar, a nulidade do processo por cerceamento de defesa, ante a juntada de documentos sem

que fosse dada ciência a ele, e/ou seu defensor, bem como por ter sido intimado do decisum condenatório depois de passado mais de 1 ano da intimação do Parquet a quo. No mérito, postulou a sua absolvição, alegando que não efetuou qualquer fraude, aduzindo que não pertencia ao quadro de servidores públicos.

O Órgão Ministerial, contra-arrazoando o recurso defensivo, opinou pelo seu provimento para que fosse acolhida a prefacial de nulidade aventada.

Os autos ascenderam a este Grau de Jurisdição, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo conhecimento dos apelos e provimento do recurso da defesa, a fim de que seja anulado o feito, no tocante a preliminar argüida; prejudicado o exame do mérito dos recursos defensivos e ministerial.

É o relatório.

2 — Não merece prosperar o recurso sub examine, como bem argumentou o representante do Parquet ad quem, Dr. Luiz Fernando Sirydakís, em seu parecer que, por bem-lançado, se transcreve e se adota como razão de decidir, no que segue:

"Da análise do contido no processado emerge evidente, de imediato, que com razão a combativa defesa quando argüi a nulidade do processo a partir da sentença, inclusive, pois efetivamente a ela não foi oportunizado manifestar-se sobre a documentação juntada aos autos às fls. 230/250, tal só acontecendo com respeito ao Órgão Acusador.

"E, por ter abordado a hipótese com muita propriedade, merece ser transcrita a manifestação da ilustre

Promotora de Justiça, Dra. Margaret Gayer Gubert. Nela constou:

‘Ocorre que, apresentadas as alegações finais pelas partes (fls. 218/219 e 220/224), o digníssimo Juiz a quo, diante das alegações da defesa, tanto na defesa prévia como nas alegações finais, de que a Santur — Santa Catarina Turismo S/A — era uma sociedade de economia mista, não podendo, desta forma, ser o apelante enquadrado como funcionário público, requisitou (fls. 225/226) à aludida sociedade, a juntada de cópia do estatuto, regimento ou portaria da mesma, bem como fosse informado a qual regime pertenciam seus funcionários (celetista ou estatutário), por entender ser imprescindível para o deslinde da questão, suprimindo, assim, tal falta, que prejudicava o esclarecimento da verdade.

‘Cumprido o acima exposto, foi aberto vista ao Ministério Público (fls. 248), o qual tomou ciência e ratificou as alegações finais de fls. 218/219, na data de 6 de janeiro de 1998.

‘Estranhamente, não foi dado vista à defesa, sendo que na data de 21 de fevereiro de 1998, o digníssimo Juiz a quo prolatou a decisão ora questionada, condenando o apelante à pena de dois anos e quatro meses de reclusão e a dez dias-multa, à razão de 1/30 do maior salário mínimo vigente à época dos fatos, sem a ciência da defesa sobre os documentos acostados (fls. 228/248).

‘Ante o exposto, verifica-se que realmente ocorreu uma violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, o qual é garantido pela nossa Carta Magna. Tal desrespeito, de acordo com fartas lições doutrinárias

e jurisprudenciais, gera nulidade absoluta, ainda mais quando a prova acrescida embasou a condenação como é o caso dos autos.

‘Sobre o tema, o mestre Julio Fabbrini Mirabete preleciona: ‘Contraria flagrantemente os princípios do contraditório e da ampla defesa a prolação da sentença, sem que se permita a manifestação das partes sobre a prova acrescida, inclusive a respeito dos documentos juntados depois de apresentadas as alegações finais. Só após oferecer a oportunidade para tal manifestação, e esgotado o prazo concedido, deverá proferir a sentença.’

‘Acerca da matéria, a jurisprudência dita:

‘Sentença. Nulidade. Violação ao princípio do contraditório e ampla defesa. Contraria flagrantemente o princípio constitucional da plenitude de defesa a prolação de sentença sem manifestação das partes sobre a prova acrescida depois de apresentadas as alegações finais’ (Apelação Criminal n. 33.872, de Ibirama — SC, rel. Des. José Roberge, data da decisão: 19 de dezembro de 1995)’ (fls. 311/313).

“Pelo exposto, temos que, conhecidos os apelos, por tempestivos, ao da defesa é de ser dado provimento em parte para o fim de, em admitida a preliminar argüida, anular o processo a partir da sentença, inclusive, restando prejudicadas, por isso mesmo, as análises dos méritos dos recursos interpostos”.

3 — Ante o exposto, a Câmara dá provimento ao recurso defensivo para anular o processo a partir da sentença, inclusive, a fim de que seja ob-

servado o princípio do contraditório, dando-se vista à defesa sobre os documentos juntados às fls. 230/250, prejudicado o exame do mérito dos recursos defensivo e ministerial.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Maurílio Moreira Leite e Nilton Macedo Machado. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de

Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Luiz Fernando Sirdakis.

Florianópolis, 19 de outubro de 1999.

Alberto Costa,
Presidente;
Jorge Mussi,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.014418-6, DE ITAJAÍ

Relator: Des. Francisco Borges

Narcotráfico. Fornecimento gratuito da droga. Confissão. Delito configurado. Crime cometido em estabelecimento penal. Caso especial de aumento de pena. Lei n. 6.368/76, art. 18, IV. Recurso desprovido.

A confissão judicial livre, espontânea, leva à condenação do acusado, ainda mais quando revestida dos requisitos legais e não posta em dúvida por qualquer elemento dos autos.

A inexistência de prova do comércio de substância entorpecente não descaracteriza o delito do art. 12 da Lei Antitóxicos, que se consuma com o simples fornecimento de entorpecente, ainda que de forma gratuita.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.014418-6, da comarca de Itajaí (1ª Vara), em que são apelantes Alexandre Roslindo e outro, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

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

Custas legais.

Na comarca de Itajaí, Andréia Milene da Silva e Alexandre Roslindo foram denunciados como incurso nas sanções do art. 12 e 16, respectivamente, ambos da Lei n. 6.368/76, pela prática dos seguintes atos delituosos narrados na denúncia:

“Consta da peça flagrancial que Andréia Milene da Silva e Alexandre Roslindo estavam detidos no Presídio local estando ela no ergástulo feminino e ele na área denominada como

'seguro', lugar onde ficam os presos jurados de morte.

"No dia 22 de dezembro de 1998, por volta das 11h30min, quando Alexandre Roslindo estava sendo levado para sua cela, que fica nas proximidades da ala feminina, Andréia Milene da Silva o chamou e, gratuitamente, através do postigo, lhe forneceu três buchas confeccionadas em plástico semitransparente contendo aproximadamente 9,0g (nove gramas) de maconha, substância entorpecente, capaz de causar dependência física e/ou psíquica.

"Quando já portava a droga para consumo próprio, Alexandre Roslindo foi surpreendido pelo policial militar Henrique Orival da Silva, que percebeu o tráfico realizado, tendo o denunciado jogado as buchas que continham a erva no chão, sendo preso em flagrante" (fls. 2/3).

Encerrada a instrução do feito, Andréia Milene da Silva foi condenada ao cumprimento da pena, em regime fechado, de 4 anos, 1 mês e 8 dias e ao pagamento de 66 dias-multa por infração aos arts. 12, c/c art. 18, inc. IV, ambos da Lei n. 6.368/76, c/c os arts. 61, inc. I, e 65, inc. III, d, do Código Penal. Por sua vez, Alexandre Roslindo foi condenado à pena de 4 meses e 21 dias de detenção e ao pagamento de 6 dias-multa, como incurso nas sanções do art. 16 da Lei de Tóxicos, c/c os arts. 61, I, e 65, III, ambos do Código Penal.

Irresignados, os apenados recorreram com fulcro no art. 593, I, do Código Penal, pugnando pela reforma da sentença e conseqüente absolvição, nos termos do art. 386, VI, do Código de Processo Penal, sustentando

o apelante Alexandre que a confissão não pode servir como prova exclusiva para a condenação. Já a recorrente Andréia, alega a fragilidade probatória para ensejar o decreto condenatório.

Rebatido o recurso pelo órgão ministerial, os autos ascenderam a este Tribunal, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça no sentido do desprovimento do apelo.

É o relatório.

Da análise dos autos denota-se que no dia 22 de dezembro de 1998, por volta das 11h30min, Alexandre Roslindo quando era conduzido para a cela que ocupa no presídio de Itajaí, ao passar próximo à ala feminina, recebeu gratuitamente, de Andréia Milene da Silva, através do postigo, três buchas confeccionadas em plástico semitransparente, contendo 9,0g (nove gramas) de maconha em seu interior, sendo surpreendido, na posse da droga, pelo policial Henrique Orival da Silva.

Como se vê, a materialidade está evidenciada pelo termo de apreensão de fls. 10, bem como pelo laudo de constatação de fls. 21 e do laudo pericial de fls. 37/40.

Por sua vez, com relação à autoria do delito, o recorrente Alexandre Roslindo confessou-a, tanto na fase policial como em Juízo.

Senão vejamos: "...que o conduzido se encontrava no corredor aguardando para que fosse conduzido até o seu cubículo, quando então uma das detentas o chamou, vindo a bater na 'guela', sendo que esta foi aberta por um dos vigilantes que se encontrava na porta, momento em que a detenta lhe passou três buchas de maconha" (fls. 7).

Esclareça-se que a detenta referida pelo recorrente Alexandre, que lhe passou a droga, confirma essa versão, dizendo que "...através da janela da porta da sua cela viu que passava pelo corredor o detento de nome Alexandre Roslindo e, como o conhecia, e diz gostar do mesmo resolveu chamá-lo até a porta de entrada que dá acesso à ala feminina, vindo a entregar as três buchas de maconha recebidas anteriormente; que, a conduzida não tinha interesse em receber dinheiro ou favores pela entrega do entorpecente" (fls. 7).

Ao confirmar ter repassado a droga para Alexandre, Andréia ressalta que não tinha interesse em receber dinheiro.

O apenado Alexandre sustenta a mesma versão em Juízo, e outra não transparece dos autos.

Em Juízo, Alexandre Roslindo disse que "solicitou à acusada Milene a droga citada na denúncia, a qual lhe foi repassada pela acusada; que o fornecimento foi gratuito; que não conhece a origem daquela droga; que o interrogando é dependente de drogas; que não tem condições em informar nome de pessoas que lhe disseram que Milene tinha drogas para fornecer" (fls. 33).

Diante do teor dessas declarações, em evidente e válida confissão do apelante, já bastante para a condenação, ao contrário do que alega o recorrente, ela não constituiu o elemento exclusivo do decreto condenatório, porquanto o ilustre Sentenciante fundamentou o seu decisum em diversos depoimentos testemunhais, demonstrando que o seu convencimento não decorreu tão-somente da confissão

do acusado, mas respaldado em diferentes elementos probatórios.

Sobre o tema, ensina 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 inquérito policial" (Processo Penal, Atlas, São Paulo, 1995, 4ª ed., págs. 284/285).

Sem razão, pois, o recorrente Alexandre, estando fartamente comprovado que Andréia forneceu-lhe, ainda que gratuitamente, certa quanti-

dade de entorpecente, que a recebeu com o intuito de consumi-la e flagrado portando a droga pelo policial militar Henrique Orival da Silva, que declarou que: “viu uma mulher lançar mão pelo postigo e entregar algo para o acusado; que o depoente foi até o local onde ele estava e ordenou que ele abrisse as mãos; que assim ele fez, deixando cair algo no chão; que o depoente recolheu o que havia caído, constatando que se tratava de três buchas de maconha” (fls. 50v.).

Vale lembrar que o depoimento prestado por agente policial, ainda que a ciência do fato provenha do exercício de suas funções, tem idêntico valor conferido a qualquer outra testemunha, salvo se eivada de parcialidade, o que não se revela nos autos.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência:

“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 Mello, julgado em 18/2/97, publicado no DJU n. 69, de 11/4/97, pág. 12.189).

No tocante às demais teses defensivas da recorrente Andréia, do mesmo modo, não merecem acolhimento, eis que as provas trazidas aos autos são plenamente suficientes para justificar a sua condenação.

A inexistência de prova do comércio de substância entorpecente

não descaracteriza o delito do art. 12 da Lei Antitóxicos, que se consuma com o simples fornecimento de entorpecente, ainda que de forma gratuita.

O art. 12 da Lei n. 6.368/76 pune com reclusão de 3 a 15 anos, e pena pecuniária de 50 a 360 dias-multa:

“Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, 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 e psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.

O delito em tela é de ação múltipla ou de conteúdo variado, prevenido em seu núcleo diversas condutas para a sua caracterização, dentre elas — “oferecer, ainda que gratuitamente, ou entregar de qualquer forma, a consumo, substância entorpecente (...)”.

A legislação penal não faz distinção, para efeito de configuração típica do delito de tráfico de entorpecentes, entre fornecer gratuitamente e comercializar entorpecentes. É que ao punir a conduta de quem entrega gratuitamente, a consumo de terceiro, visa a lei impedir a disseminação do vício com o surgimento de novas vítimas do consumo de drogas.

É pacífico na jurisprudência que “incide nas sanções do artigo 12 da Lei n. 6.368/76, não só quem vende, expõe à venda, oferece ou fornece, ainda que gratuitamente, mas, também, quem traz consigo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica” (JC vol. 22/543).

Ainda: “Mesmo que seja a título de gratuidade, o fornecimento de tóxicos tipifica atos de traficância. O que a lei resguarda é a propagação das drogas” (RT 720/493).

Quanto ao pleito de desclassificação do delito, também não lhe assiste razão, porque não se faz necessário que este seja perpetrado em local de trabalho coletivo de estabelecimento penal.

Sobre o tema, esclarece o Desembargador Hélio Arruda, relator da Apelação Criminal n. 21.609-3—SP, julgada em 26/12/83: “A causa de aumento de pena prevista no art. 18, IV, da Lei n. 6.368/76 foi bem reconhecida. É certo que esse dispositivo, oficialmente publicado com omissão de uma vírgula, parece punir apenas os ‘atos de preparação, execução ou consumação (...) nas imediações ou no interior (...) de locais de trabalho coletivo de estabelecimentos penais’. Assim, se considerado o texto ao pé da letra, não bastaria estar o agente no prédio da Cadeia Pública, para sofrer o aumento de pena. Seria necessário apurar-se se o fato se deu em local de trabalho coletivo do estabelecimento, para, só então, configurar-se a agravante. Todavia, o estudo da mens legis revela, claramente, que o intuito do legislador foi tornar mais grave a sanção quando o delito for praticado nas imediações ou no interior ‘de locais de trabalho coletivo’, (essa vírgula, por evidente lapso, não figura na

publicação oficial da lei), de estabelecimentos penais...’ e dos outros locais indicados no artigo. Nem seria lógico que se aumentasse a pena do agente que difundiu o tóxico no local da Cadeia, e se deixasse de aumentar a do que espalhou entorpecente no refeitório ou no dormitório do presídio” (RT 583/318).

A retificação da publicação original da Lei n. 6.368/76, de 21/10/76, (onde omitia a vírgula entre as expressões “de locais de trabalho coletivo” e “de estabelecimentos penais”) deu-se no Diário Oficial da União de 29/10/76, corrigindo a distorção, razão pela qual basta apenas que o delito ocorra no interior de estabelecimento penal para configurar a causa especial de aumento de pena previsto no art. 18, inciso IV, da mencionada Lei de Tóxicos.

Ante o exposto, nega-se provimento ao apelo.

Participou do julgamento com voto vencedor o Exmo. Sr. Des. Souza Varella. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, a Exma. Dra. Walkyria Ruicir Danielski.

Florianópolis, 23 de novembro de 1999.

Amaral e Silva,
Presidente com voto;
Francisco Borges,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.015043-7, DE SÃO JOSÉ DO CEDRO**Relator: Des. Francisco Borges**

Júri. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Relevante valor moral. Inocorrência. Substituição da pena. Violência real. Inaplicabilidade da Lei n. 9.714/98.

Não há decisão manifestamente contrária à prova dos autos quando inadmitido o relevante valor moral do ato, que não consoa com o elenco probatório, porquanto o crime, cometido contra o pai de criação, visava à apropriação do patrimônio da vítima.

Inaceitável a substituição da pena privativa de liberdade, nos termos da Lei n. 9.714/98, em crime praticado com violência real, motivado por repugnante motivo egoísta, a indicar a insuficiência da benesse almejada.

Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.015043-7, da comarca de São José do Cedro, em que é apelante Sebastião Gomes Cavalheiro, 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 da comarca de São José do Cedro, Sebastião Gomes Cavalheiro foi denunciado como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, I e IV, c/c art. 14, II, e art. 29, caput, todos do Código Penal, bem como nas penas do art. 155, § 4º, II, do mesmo Codex e art. 1º da Lei n. 2.252/54, todos na forma do art. 69, caput, do CP, pelos fatos assim narrados na denúncia:

“Em data não precisada, mas no final do mês de maio de 1998, na li-

nha Maidana, em Guarujá do Sul, o denunciado Sebastião Gomes Cavalheiro propôs ao menor J. O. S., com 16 anos de idade, que este matasse a vítima Valdomiro Rodrigues, mediante o pagamento da quantia de R\$ 1.000,00 (um mil reais). Para tal intento, o denunciado entregou ao adolescente J. um revólver marca Taurus, calibre 38, o qual, na data de 23 de abril de 1997, o acusado mesmo havia subtraído da vítima, mediante abuso de confiança, vez que coabitava com a vítima há mais de dez anos, tendo sido criado por esta como se filho fosse.

“No dia 1º de junho de 1998 o denunciado Sebastião e o adolescente J. colocaram uma escada junto à janela do banheiro da vítima, a fim de que, mediante emboscada, a surpreendessem dentro de referido local, efetuando-lhe os disparos.

“Em seguida, quando a vítima se dirigiu ao banheiro, o adolescente J., após receber um sinal do denuncia-

do (que avisou estar a vítima entrando no banheiro), saiu da parte de baixo da casa, onde estava escondido, e subiu na escada que estava colocada na janela do referido banheiro. A seguir, utilizando o revólver que lhe fora dado pelo denunciado Sebastião, sem que a vítima Valdomiro pudesse vê-lo, agindo com animus necandi, efetuou um disparo contra esta, não tendo consumado o delito por circunstâncias alheias a sua vontade, vez que no exato momento em que disparou o tiro, a vítima se abaixou para olhar-se no espelho, tendo, então, a bala passado muito próxima a seus cabelos, sem, contudo, atingi-la.

“O motivo que ensejou a prática delituosa do acusado foi torpe, pois tendo sido criado pela vítima desde tenra idade, pretendia ficar com os bens desta após sua morte.

“Dessa forma, o denunciado Sebastião corrompeu o menor J., com 16 anos de idade, pois induziu-o a com ele praticar o delito de tentativa de homicídio duplamente qualificado ora narrado” (fls. 3/4).

Processado o feito, sobreveio a decisão de fls. 142/157 que pronunciou o acusado por infração ao art. 121, § 2º, I e IV, c/c art. 14, II, e art. 29, caput, todos do Código Penal, e, ainda, por conexão, no art. 1º da Lei n. 2.252/54, absolvendo-o, contudo, do delito definido no art. 155, § 4º, II, do Código Penal, submetendo-o a julgamento pelo Tribunal do Júri, no qual foi condenado à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime fechado, como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, IV, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal.

Inconformado, o réu apelou pleiteando a reforma da sentença estribada no veredicto do Tribunal do Júri, por entendê-la contrária à prova dos autos, ao não reconhecer o motivo de relevante valor moral, bem como não lhe aplicando a substituição da pena, prevista no art. 44 do CP, na dicção dada pela Lei n. 9.714/98, que entende cabível porque não houve violência real.

Com as contra-razões pela manutenção da sentença, subiram os autos a esta Instância, opinando a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Impende analisar inicialmente a alegação de que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos (CPP, art. 593, III, d), porquanto não reconhecido homicídio privilegiado, em face de ter o apelante cometido o crime impelido por motivo de relevante valor moral, afirmando estar provado nos autos que trabalhou para a vítima por mais de dez anos sem nada receber além de alguns trocados nos finais de semana e, quando pediu para acertar suas contas, a vítima simplesmente disse que podia ir embora, recusando-lhe qualquer pagamento.

Sobre a hipótese, adequada a orientação de Julio Fabbrini Mirabete:

“Trata-se de hipótese em que se fere justamente o mérito da causa, em que o error in iudicando é reconhecido somente quando a decisão é arbitrária, porque se dissocia integralmente da prova dos autos, é contrária ‘manifestamente’ à verdade apurada no processo e representa uma distor-

ção da função judicante do Conselho de Sentença.

“Assim, não é qualquer dissidência entre o veredicto e os elementos de convicção colhidos na instrução que autorizam a cassação do julgamento. Unicamente a decisão dos jurados que nenhum arrimo encontra na prova dos autos é que pode ser invalidada. É lícito ao Júri optar por uma das versões verossímeis nos autos, numa interpretação razoável dos dados instrutórios, devendo ser mantida a decisão quando isso ocorrer. Isso não significa, evidentemente, que a simples versão dada pelo acusado impeça que se dê provimento ao apelo. Não encontrando ela apoio na prova mais qualificada dos autos é de se prover o recurso para submetê-lo a novo Júri. A opção do Conselho de Sentença não se sustenta, ainda, quando exercida indiscriminadamente, sem disciplina intelectual, em frontal incompatibilidade da decisão com as circunstâncias objetivadas de prova material inequívoca; só se explica por um mínimo de credibilidade e lógica ilação na verificação da prova” (Processo Penal, 3ª ed., Atlas, págs. 615/616).

Assinale-se que o réu foi pronunciado nos termos do art. 121, § 2º, I e IV, c/c art. 14, II, e art. 29, caput, todos do Código Penal (tentativa de homicídio duplamente qualificado) e, embora não reconhecida a qualificadora do inc. I do § 2º do art. 121 do CP, os jurados admitiram a surpresa, não acatando, por maioria simples, a existência do homicídio privilegiado ora invocado.

O apelante, na fase policial, confessou ter sido o mentor do crime,

justificando-se ser apaixonado pela filha da vítima e que, “como última forma de tentar conseguir Eliane, resolveu matar Valdomiro, pois, achava que, se este estivesse fora do caminho, poderia conseguir dominar a situação e conseguir seu intento; Que, alega, ter sido a pior decisão de sua vida, pois, também ama e respeita Valdomiro, porém, naquela época, decidiu pela morte do mesmo, pois, era, para ele, o único caminho para chegar em Eliane;” (fls. 45).

Mas, em seu interrogatório (fls. 82/83) negou essa versão, dizendo que não era apaixonado pela filha da vítima, pois a considerava como irmã, e não havia pedido a J. para matar Valdomiro, nem lhe entregado a arma, que teria sido furtada meses antes do crime, afirmando que J. era seu inimigo, assim como da vítima, justificando seu depoimento anterior, iludido pelo delegado que teria dito que estaria livre em cinco dias.

Já em Plenário (fls. 256/258) disse que era maltratado pela vítima, com ela trabalhando feito escravo desde os dez anos de idade, sem nada receber, e que um dia teria pedido R\$ 50,00 para a vítima, pois queria ir embora para a casa de seu pai, o que foi negado, motivando o ato. Na mesma oportunidade, relatou ter inventado, na fase policial, a versão de ser apaixonado pela filha da vítima, pois teria medo de apanhar da polícia e não prometera qualquer vantagem ao menor para cometer o delito, pois este disse que faria por amizade.

O menor J. O. S. afirmou na fase policial:

“Que, Tião, conforme alega o menor infrator lhe pediu para que ma-

tasse Valdomiro, alegando que trabalhava para o mesmo e nada ganhava; Que, ofereceu ao menor infrator a quantia de R\$ 1.000,00 (um mil reais) como promessa de pagamento pela morte de Valdomiro;" (fls. 27).

Todavia, também naquela fase, foi ouvido Gelson dos Santos, amigo do menor J. O. S., para quem este teria dito que "— o Tião me ofereceu mil reais para mim matar o Valdomiro e ele ficar com o capital dele e eu fiz" (fls. 72).

Tendo em conta tais declarações, o menor J. foi ouvido pelo representante do Ministério Público, oportunidade em que consignou: "que segundo 'Tião' o motivo do pedido era que ele queria ficar com os bens de Valdomiro, para que pudesse ficar com alguma coisa na vida para sobreviver; que 'Tião' disse que somente ficaria com os bens do Valdomiro se este morresse, quando então a esposa de Valdomiro ficaria triste e ia deixar as terras deste, as quais ficariam com 'Tião'; que 'Tião' trabalhava para Valdomiro, na roça e como motorista, há aproximadamente doze anos; que 'Tião' foi criado por Valdomiro desde aproximadamente dez anos de idade;" (fls. 76).

Em Juízo, J. confirmou a versão prestada ao representante ministerial, nos seguintes termos:

"Que então Sebastião disse que tinham uma 'arte' para fazer e ao ser indagado qual era o acusado Sebastião disse que queria ajuda para matar a vítima Valdomiro pois queria ficar com seus bens; (...) que Sebastião reclamava que trabalhava a bastante tempo e não tinha nada razão por que queria matar a vítima e ficar

com seus pertences; que Sebastião ainda falou que com a morte de Valdomiro a esposa deste ficaria muito triste e iria embora provavelmente deixaria todos os bens para ele;" (fls. 93/94).

Confirmando novamente esta versão, Gelson dos Santos, em Juízo, respondeu que "J. disse que Sebastião queria matar Valdomiro para ficar com o 'capital' daquele;" (fls. 95).

Finalmente, o menor J., em Plenário, relatou:

"Que cerca de uns quinze dias antes dos fatos descritos na denúncia, o acusado perguntou se o declarante era realmente seu amigo se faria 'uma sujeira' por ele; que o declarante então confirmou sua amizade tendo o acusado pedido para o declarante dar um tiro na vítima Valdomiro pois pretendia ficar com os bens desta; que na ocasião Sebastião ofereceu R\$ 1.000,00 para o declarante atentar contra a vida de Valdomiro;" (fls. 259).

Nos aludidos depoimentos desponta a versão de que o réu manifestara o desejo de assassinar a vítima, com nítido intuito egoísta de ficar com os seus bens, não havendo razão plausível a justificar o odioso ato, mesmo que tivesse trabalhado muito para a vítima, e a prova colhida dá conta de que o apelante tinha a vítima e sua esposa como pais e as filhas destes como irmãs, com quem viveu sob o mesmo teto desde os dez anos de idade, inexistindo, assim, qualquer relevante valor moral a amparar sua reprovável atitude, como entendeu a maioria dos jurados, ao afastar a aludida causa de diminuição de pena.

O relevante valor moral a justificar o injusto deve partir de um sentimento humano nobre e altruístico que

revele compaixão, piedade e entrega, como lembra o doutrinador Mirabete, ao tratar do homicídio privilegiado:

“O segundo caso é o do homicídio praticado por relevante valor moral que diz respeito aos interesses individuais, particulares, do agente, entre eles os sentimentos de piedade e compaixão. Assim, o autor do homicídio praticado com o intuito de livrar um doente, irremediavelmente perdido, dos sofrimentos que o atormentam (eutanásia) goza de privilégio da atenuação da pena” (Manual de Direito Penal, 7ª ed., Atlas, pág. 51).

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência:

“O valor social ou moral do motivo do crime é de ser apreciado não segundo a opinião ou ponto de vista do agente, mas com critérios objetivos, segundo a consciência ética-social geral ou senso comum” (RT 417/101).

“Jamais poderá ser considerado como motivo de relevante valor moral, o homicídio cometido por homem casado contra a amásia, impellido por egoísmo de ordem sexual” (RT 375/164).

“Por motivo de relevante valor moral, o projeto entende significar o motivo que, em si mesmo, é aprovado pela moral prática, como, por exemplo, a compaixão ante o irremediável sofrimento da vítima (caso de homicídio eutanásico)” (RJTJSP 41/346).

Tendo em conta esse quadro, não há que falar em decisão manifestamente contrária à prova dos autos, porquanto a decisão do Tribunal do Júri consoa, iniludivelmente, com o elenco probatório, propiciando a confirmação do veredicto soberano dos jurados.

Decidiu esta Corte:

“Estando o veredicto amparado em versão, ainda que fraca, consignada no contexto probatório amealhado no correr do processo, não há que acoimá-lo de manifestamente contrário à prova, sob pena de se decidir contra o princípio constitucional da soberania do Júri” (JC 69/465).

“Júri — Homicídio duplamente qualificado — Pluralidade de réus — Participação de menor importância afastada — Decisão contrária à prova dos autos — Inocorrência — Veredicto com suporte no conjunto probatório — Condenação mantida.

“Somente há decisão manifestamente contrária à prova dos autos quando se apresenta de todo absurda, chocante e aberrante de qualquer elemento de convicção colhido no decorrer do inquérito, da instrução ou do plenário; tal decisão, destituída de qualquer fundamento ou base no processo, não se confunde com aquela que opta por uma das versões apresentadas, mesmo que apoiada em prova suspeita ou fraca”.

“Encontrando o veredicto dos jurados suporte em uma das versões existentes nos autos, verossímil e com lastro em declarações de testemunhas inquiridas, impossível reconhecê-lo como manifestamente contrário à prova dos autos” (Ap. Crim. n. 99.003197-7, de Chapecó, rel. Des. Nilton Macedo Machado, DJ de 14/5/99).

Finalmente, quanto ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade, nos termos da Lei n. 9.714/98, apesar do esforço do patrono do recorrente, é inegável que o crime foi praticado com violência real,

havendo disparo de arma de fogo, cujo projétil passou raspando a cabeça da vítima, sendo inadmissível a alegação de violência "presumida" e incogitável a pretendida substituição, eis que o inciso I do art. 44 do Código Penal, em sua nova redação, elege também como critério objetivo para a concessão da benesse que o crime não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa.

Ademais, como ressaltou o ilustre parecerista ministerial, o inciso III do mesmo dispositivo, ao listar os critérios subjetivos, aponta que "os motivos e circunstâncias" do delito devem indicar a suficiência da substituição da pena. E, in casu, como assinado, o apelante agiu movido por

repugnante motivo egoísta, desejando a morte de seu pai de criação para ficar com os bens deste, desmerecendo, assim, o benefício almejado.

Por estes fundamentos, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Souza Varella. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 14 de dezembro de 1999.

Amaral e Silva,
Presidente com voto;
Francisco Borges,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.015207-3, DE PAPANDUVA

Relator: Des. Francisco Borges

Roubo qualificado. Uso de armas e concurso de agentes. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação confirmada. Dosi-metria. Redução da pena. Provimento parcial.

As palavras das vítimas no crime de roubo, geralmente cometido às escondidas, assumem papel fundamental para a condenação, mormente quando encaixam-se às demais evidências dos autos, sendo irrelevantes pequenas contradições que não afastam a certeza do edito condenatório.

"Reconhecidas duas qualificadoras, uma deve incidir como causa de aumento, a outra como circunstância agravante, desde que prevista nos arts. 61 e 62 do CP. Caso contrário poderá apenas ser considerada quando da análise das circunstâncias judiciais do art. 59" (Ap. Crim. n. 98.018382-0, de Criciúma, rel. Des. Genésio Nolini).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.015207-3, da comarca de Papanduva, em que é apelante Ivo do Prado Ribeiro, sendo apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso para adequar a pena.

Custas de lei.

O representante do Ministério Público na comarca de Papanduva denunciou Ivo do Prado Ribeiro como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, I e II, c/c art. 29, caput, ambos do Código Penal, pelos seguintes fatos narrados na exordial acusatória:

“No dia 25/1/98, por volta das 2h5min, o denunciado, acompanhado de dois elementos não identificados, dirigiu-se com o veículo marca Volkswagen, modelo Gol, cor vermelha, placa LIK 8171, até o Auto Posto Residência Fuck Ltda., sito nas margens da BR 116, Residência Fuck, Monte Castelo. No local, um dos acompanhantes do denunciado anunciou o assalto, sendo que ambos os acompanhantes apontaram armas de fogo (revólver calibre 38 e pistola) contra os funcionários que ali se encontravam, Benedito Silvério Gomes, Admir Palhano Teixeira e Jacildo de Moura Bueno, impossibilitando qualquer ato de resistência. O denunciado, armado com uma escopeta, dava cobertura à ação dos comparsas, permanecendo no lado externo do escritório do estabelecimento vítima vigiando todos os movimentos dos presentes. Os comparsas do denunciado, amparados pelas armas que portavam e tam-

bém pela vigilância (armada) do denunciado, subtraíram para todos a quantia de R\$ 2.518,00, encontrada no caixa e no cofre, este aberto por Jacildo, sob ameaça de pistola praticada por um dos comparsas não identificado”.

Concluída a instrução criminal, sobreveio a sentença que julgou procedente a denúncia, condenando o acusado ao cumprimento da pena de 6 anos e 9 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 22 dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Irrresignado, o réu apelou, pleiteando, em síntese: a) a absolvição pela negativa de autoria sob o argumento de que não passa pelo local desde 1990, e pela prova testemunhal contraditória; b) desqualificação de ambas as qualificadoras; c) diminuição da causa especial de aumento da pena para 2/5 (devido à ocorrência de duas qualificadoras), e não em 1/2 como fixada pelo Juiz a quo.

Com as contra-razões, os autos alçaram a esta Corte, tendo a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinado pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Ressuma dos autos que, na madrugada do dia 25 de janeiro de 1998, o apelante e os demais comparsas reuniram-se em um posto de gasolina, nas margens da BR 116, localidade de Monte Castelo, oportunidade em que, com o emprego de arma, subtraíram a quantia de R\$ 2.518,00 (dois mil quinhentos e dezoito reais) existente no caixa e no cofre.

Não há que se falar em negativa de autoria, pois os autos indicam,

de forma bastante segura, pelos indícios e circunstâncias apurados tanto na fase policial quanto na judicial, que o apelante foi um dos autores do roubo, tendo-se como correta a classificação do crime dada pelo Magistrado na sentença condenatória, ou seja, roubo qualificado pelo concurso de agentes e emprego de arma.

E, quanto à configuração do delito, este se aperfeiçoou com o emprego da violência contra a pessoa e a retirada de coisa móvel (dinheiro). A violência, como se denota, restou cabalmente demonstrada, valendo ressaltar a importância da palavra das vítimas que confirmam os fatos tal e qual ocorreram:

Benedito Silvério Gomes:

“Que é frentista do posto assaltado; que estava trabalhando no momento do crime; que juntamente com o depoente estavam os colegas Jacildo de Moura Bueno e Ademir Palhano Teixeira; que os assaltantes chegaram a bordo de um gol vermelho e pararam bem na frente da porta do posto; que ouviu dizer que eram três os assaltantes, mas viu apenas um deles; que esse assaltante mandou o depoente colocar as mãos na cabeça, virado para a parede, sem olhar para eles; que ouviu dizer que os três assaltantes portavam arma de fogo; que o colega Ademir ficou sentado onde se encontrava enquanto que o colega Jacildo foi obrigado a ir até onde estava o cofre e abri-lo; que os assaltante levaram o dinheiro que encontraram no cofre e no caixa; que não conhece o assaltante que viu; que os colegas disseram que um dos assaltantes é Ivo do Prado Ribeiro, que ficou do lado de fora do posto, dando cobertura

aos outros dois; (...) que o assaltante que abordou o depoente portava arma de fogo; (...) que conhece Ivo do Prado Ribeiro e aparentemente é o cidadão que aparece na foto” (sic) (fls. 53).

Ademir Palhano Teixeira:

“Que trabalha de frentista no posto assaltado e estava de serviço na data do assalto; que os assaltantes chegaram num gol vermelho; que eles estavam em três, mas o depoente viu apenas um deles que lhe apontou uma arma e mandou pôr as mãos na cabeça e ficar sentado onde se encontrava; que os dois colegas de trabalho do depoente, Jacildo e Benedito, também foram rendidos pelos assaltantes; que os assaltantes subtraíram uma importância em dinheiro, um pouco superior a dois mil reais; que ouviu dizer que um dos assaltantes era Ivo do Prado Ribeiro; que o posto já foi assaltado três vezes, sendo que o acusado, segundo informações dos colegas, participou de dois assaltos; (...) que não entende de armas mas acha que o assaltante apontou-lhe uma pistola ou um revólver 38; que viu o acusado em fotos e publicações de jornal; que Ivo do Prado é pessoa que aparece na fotografia de fls. 14; que foi o acusado que apontou a arma para o depoente” (sic) (fls. 54).

Jacildo de Moura Bueno:

“Que se encontrava no posto quando houve o assalto; que eram três os assaltantes e eles chegaram num gol vermelho; que dois assaltantes entraram para dentro do posto e o acusado ficou do lado de fora, dando cobertura; que os três estavam armados; que o acusado portava uma arma que o depoente supõe ser uma escopeta; que os assaltantes renderam os

funcionários e subtraíram dois mil e poucos reais; que parte do dinheiro estava no caixa e outra parte estava no cofre; que um dos assaltantes obrigou o depoente a abrir o cofre, sob mira de uma arma; (...) que já conhecia o acusado Ivo do Prado e é ele que aparece na foto de fls. 14; (...) que o acusado não entrou no posto, tendo ficado do lado de fora dando cobertura aos demais assaltantes" (sic) (fls. 55).

Diante das narrativas acima transcritas, não há como se aceitar a negativa de autoria, visto que restou clara a participação do agente no delito, sendo reconhecido pelas vítimas na fotografia de fls. 14, e sequer tentou provar onde supostamente estaria naquela noite, fato a mais para a certeza de sua culpa.

O contexto probatório é firme e coerente, levando à inarredável certeza da condenação. As vítimas ouvidas foram unânimes em afirmar o acontecido. As pequenas contradições havidas em suas declarações, além de irrelevantes, são plenamente justificáveis pelas circunstâncias que envolveram o roubo.

Colhe-se do aresto desta egrégia Corte:

"Roubo qualificado pelas circunstâncias: emprego de arma e concurso de pessoas. Condenação. Apelação pretendendo a absolvição, com o argumento de que a prova coletada não era suficiente para a condenação. Réu reconhecido pela vítima, tanto no flagrante como em Juízo, com indicação de detalhes ocorridos durante o fato. Conjunto probatório autorizando a condenação e pena dosada adequadamente" (Ap. Crim. n. 22.369, de

São José, rel. Des. Nauro Collaço, DJ de 6/4/87).

"A simples negativa de autoria não tem o condão de afastar a certeza acerca do fato, autoria e culpabilidade que emergem da análise conjunta da prova coligida na fase policial e da coletada sob a proteção do contraditório, que apontam o acusado como o perpetrador do roubo qualificado" (Ap. Crim. n. 24.296, de Joinville, rel. Des. Tycho Brahe, DJ de 15/8/89).

Extrai-se da jurisprudência:

"Prova para condenação. Suficiência. Conceito.

"É despropositado exigir, para o acolhimento da pretensão punitiva, grau absoluto de certeza; basta a prova suficiente, isto é, a que, reduzindo ao mínimo desejável a margem de erro, conduz à formulação de juízo de certeza possível. Significa dizer: juízo revestido de confortadora probabilidade de exatidão" (TACrim. — Ap. Crim. n. 1.038.173/9, de Ribeirão Preto, 7ª Câmara, rel. Juiz Souza Nery, j. em 30/1/97).

E mais:

"Em crime de roubo, as palavras das vítimas, se coerentes e uniformes, são meios válidos de convencimento, bastantes para reforçar as confissões extrajudiciais e impedir qualquer dúvida no espírito do julgador" (TACrimSP — AC — rel. Abreu Machado — RDJ 13/128).

"No campo probatório a palavra da vítima de um assalto é sumamente valiosa, pois, incidindo sobre proceder de desconhecidos, seu único interesse é apontar os verdadeiros culpados e narrar-lhes a atuação e não acusar inocentes" (RT 484/320)"

(in Damásio E. de Jesus, Código de Processo Penal Anotado, 13ª ed., Saraiva, São Paulo, 1996, pág. 160).

“Considerando-se que o assalto dificilmente conta com testemunhas, a palavra da vítima assume importância, principalmente quando se mostra segura e coerente’ (JTACrim. n. 51:423)” (in, Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, Da Prova no Processo Penal, 1ª ed., Saraiva, São Paulo, 1983, pág. 84).

“A palavra da vítima, em crime de natureza patrimonial, avulta em importância máxime quando em tudo ajustada às demais evidências dos autos’ (RJDTACrim. n. 25/319)” (in Julio Fabbrini Mirabete, Código de Processo Penal Interpretado, 6ª ed., Atlas, São Paulo, 1999, pág. 280).

Quanto ao pedido de afastamento das qualificadoras de emprego de arma e concurso de agentes, melhor sorte não lhe socorre, porquanto o conjunto probatório sustenta sua manutenção à vista dos depoimentos das vítimas já mencionados.

A este respeito, ressalta a jurisprudência:

“Se a palavra da vítima é aceita como suficiente para marcar a autoria do roubo, também deve ser acolhida a propósito das demais circunstâncias do crime, como as qualificadoras, quando nada nos autos exista para demonstrar de forma contrária’ (RJTDACrim. n. 25/288)” (in Julio Fabbrini Mirabete, Código de Processo Penal Interpretado, 6ª ed., Atlas, São Paulo, 1999, pág. 280).

A condenação foi acertada, merecendo reparo apenas no tocante à aplicação da pena. Apesar de existir mais de uma qualificadora, uma só in-

cidirá; a outra servirá de agravante, se ostentar esta condição ou, se não, deverá ser tomada em conta como circunstância judicial.

A respeito, elucida Celso Delmanto:

“Ainda que esteja comprovada mais de uma qualificadora, há uma só incidência e não duplo ou triplo aumento; a outra, ou outras, servirão de circunstâncias agravantes, se cabíveis (CP, arts. 61 e 62), ou deverão ser apreciadas como circunstâncias judiciais no art. 59 do CP” (Código Penal Comentado, 4ª ed., Renovar, São Paulo, 1998, págs. 310/311).

Nesse diapasão, há precedentes jurisprudenciais:

“Concorrendo várias qualificadoras em um mesmo tipo penal, só uma delas deve incidir como causa de aumento. A outra, ou as demais, apenas devem servir como circunstância agravante — e mesmo assim — quando enquadráveis nas hipóteses previstas pelos arts. 61 e 62 do CP” (STF — rel. Min. Celso de Mello — RT 726/555).

E ainda:

“Se são reconhecidas duas qualificadoras de um mesmo crime, apenas uma pesa com tal natureza, servindo a outra como circunstância agravante, se cabível” (RT 624/290).

Por fim, o entendimento desta Primeira Câmara Criminal é majoritário a respeito da cumulação de duas qualificadoras e sua incidência sobre o quantum da pena:

“Roubo duplamente qualificado. Prova firme apoiada no relato das vítimas e reconhecimentos. Versão defensiva solteira nos autos. Correção

da pena. Recurso provido parcialmente.

“Reconhecidas duas qualificadoras, uma deve incidir como causa de aumento, a outra como circunstância agravante, desde que prevista nos arts. 61 e 62 do CP. Caso contrário poderá apenas ser considerada quando da análise das circunstâncias judiciais do art. 59” (Ap. Crim. n. 98.005375-7, de São José, rel. Des. Genésio Nollí, DJ de 24/7/98).

Sabendo-se que a segunda qualificadora (concurso de agentes) não se enquadra nas hipóteses dos arts. 61 e 62 do CP que apontam as agravantes, tal qualificadora só poderá ser considerada quando da análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do mesmo Codex. Todavia, deixa-se de levá-la em consideração, para que não se incorra em reformatio in pejus. Desta forma não incidirá aumento algum em relação ao concurso de agentes.

Passa-se, então, à aplicação da pena:

Na primeira fase, a pena-base foi fixada em 4 anos e 4 meses de re-

clusão, elevada de um mês na segunda fase, em face da agravante da reincidência, totalizando 4 anos e 5 meses de reclusão.

Na terceira fase, incidindo a causa de especial aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do CP, majora-se a pena em 2/5, como pleiteado, totalizando, assim, 6 anos, 2 meses e 6 dias de reclusão, em regime inicial fechado.

Por todo o exposto, dá-se provimento parcial ao recurso, para adequar a pena imposta ao réu.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Genésio Nollí, e dele participou, também com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Souza Varella. Lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 13 de outubro de 1999.

Amaral e Silva,
Presidente para o acórdão;
Francisco Borges,
Relator.

APELAÇÕES CRIMINAIS NS. 99.012537-8, 99.013776-7, DE TIMBÓ

Relator: Des. Nilton Macedo Machado

1. Sentença criminal — Continuidade delitiva requerida, com reunião de processos, não apreciada — Nulidade inexistente — Possibilidade de averiguação no Juízo da execução — Reconhecimento mais benéfico, em Segunda Instância, de crime único — Conexão — Reunião dos processos.

2. Crime contra o patrimônio — Estelionato — Tipo fundamental — Crime não caracterizado — Inadimplemento contratual —

Ilícito civil — Absolvição.

3. Crime contra Administração Pública — Parcelamento de solo urbano — Loteamento irregular — Venda de lotes (Lei n. 6.766/79 art. 50, parágrafo único, I) — Regularização posterior — Fato irrelevante — Crime formal caracterizado — Precedente — Continuidade delitiva — Inocorrência — Crime único por se tratar do mesmo loteamento — Condenação mantida — Pena adequada.

A venda de parcela de solo urbano sem que o loteamento esteja regularizado nos termos da Lei n. 6.766/79 caracteriza infração ao art. 50, parágrafo único, I, da mesma lei, que se consuma com o simples comportamento do agente, independentemente da ocorrência ou não de prejuízo para qualquer indivíduo, pois a ação atinge um bem público diretamente (exigibilidade do Poder Público de ver respeitadas suas determinações), e secundariamente o do particular.

As promessas de venda de lotes de terra do mesmo loteamento, contratadas com infração à Lei n. 6.766/79, não configuram crime continuado, mas exaurimento do crime consumado com a assinatura do primeiro contrato.

Vistos, relatados e discutidos estes autos das Apelações Criminais ns. 99.012537-8 e 99.013776-7, da comarca de Timbó, em que é apelante Abele Emílio Nasato, sendo apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer dos recursos e dar-lhes provimento parcial para adaptar a reprimenda.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Timbó, em 2/6/97, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Abele Emílio Nasato, dando-o como incurso nas sanções do art. 50, inc. I, da Lei n. 6.766/79, art. 168, § 1º, III, e

art. 171, ambos do Código Penal, porque:

“O denunciado Abele Emílio Nasato é sócio-proprietário da Imobiliária Pérola do Vale Ltda., situada nesta Cidade e, nesta condição, no dia 30 de maio de 1995, firmou contrato particular de compra e venda com a vítima Antônio Becker, de um imóvel consistente em um terreno urbano com área de 450,00m² (quatrocentos e cinquenta metros quadrados), lote n. 9, do Loteamento denominado ‘Ángelo Oss-Emer’, situado na Rua Paraíba, nesta Cidade, pelo valor total de R\$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos reais), ficando estabelecido que toda a infra-estrutura necessária (luz, água e esgoto) seria realizada pelo vendedor, ora denunciado. Todavia, conforme se verificou mais tarde nenhuma das exi-

gências estabelecidas na Lei n. 6.766/79 e Lei Municipal disciplinando o parcelamento do solo foram atendidas. Assim, o denunciado deu início e/ou efetuou loteamento do solo para fins urbanos, sem autorização do Órgão Público competente e em desacordo com as disposições constantes da lei antes citada, por meio de promessa de venda, conforme documento de fls.

“Com isso, o descumprimento das exigências legais impossibilitando a transferência do imóvel, o denunciado omitiu informação relevante sobre a natureza, característica e qualidade do produto vendido, induzindo a vítima Antônio Becker em erro, mediante a fraude. Destaque-se que fora realizado o pagamento de R\$ 950,00 (novecentos e cinquenta reais), documentos de fls. e fls., levando a vítima a procurar o denunciado para saneamento das irregularidades, ou que o negócio fosse desfeito. Feita esta última opção a quantia paga não foi restituída ao comprador. O denunciado Abele Emílio Nasato, em razão de sua profissão, apropriou-se indevidamente da quantia paga pela vítima Antônio Becker” (fls. 2/4 — autos n. 99.012537-8).

Em 8 de setembro do mesmo ano (1997), nova denúncia foi oferecida, igualmente dando o acusado como incurso nas sanções do art. 168, § 1º, III, e art. 171 do Código Penal, nos seguintes termos:

“O denunciado Abele Emílio Nasato é sócio-proprietário da Imobiliária Pérola do Vale Ltda., estabelecida nesta Cidade e, nesta condição, foi intermediário, com autorização dos proprietários, em uma transação de compra e venda, realizada em 14 de

março de 1994, de um terreno urbano situado na Rua Paraíba, nesta Cidade, parte de um loteamento irregular, com área de 454,50m² (quatrocentos e cinquenta e quatro metros e cinquenta centímetros quadrados), de propriedade de Alix Oss-Emer, Ulisses Oss-Emer, Jairo Oss-Emer e Odaír Oss-Emer, cujos compradores eram as vítimas Rogério Roeder e Ivanete dos Passos Roeder, sendo pactuado entre as partes o preço de CR\$ 1.850.000,00 (um milhão e oitocentos e cinquenta mil cruzeiros reais), com o pagamento a ser realizado na forma prevista na proposta para a compra de imóvel, conforme faz prova o documento de fls.

“Realizado o pagamento em sua totalidade, documentos de fls. e fls., os compradores tomaram conhecimento que nenhuma quantia paga fora repassada aos proprietários. Com isso, o denunciado Abele Emílio Nasato, em razão de sua profissão, apropriou-se indevidamente da quantia paga pelas vítimas Rogério Roeder e Ivanete dos Passos Roeder. Diante do quadro os proprietários do imóvel recusaram-se a levar o negócio adiante.

“Procurado pelas vítimas para regularizar o negócio, o denunciado Abele Emílio Nasato informou-lhes que deixava de formalizar a escritura e mesmo levar o negócio adiante, porquanto o imóvel se encontrava irregular, necessitando de melhorias, infraestrutura, exigidas pela Lei de Parcelamento de Solo. Assim, o denunciado Abele Emílio Nasato omitiu informação relevante sobre a natureza, característica e qualidade do produto vendido, induzindo as vítimas, um servente de pedreiro e a outra costureira, em erro mediante fraude. O denunciado

Abele Emílio Nasato, ainda deu início a loteamento em desacordo com as disposições legais, o fazendo por meio de promessa de venda" (fls. 2/5 — autos n. 99.013776-7).

Concluída a instrução criminal em ambos os processos, no primeiro a denúncia foi julgada procedente em parte, absolvendo-o em relação ao delicto previsto no art. 168, § 1º, III, do CPB, e condenando-o à pena de cumprimento de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão e pagamento de 12 (doze) dias-multa, por infração ao disposto no art. 171, caput, do CPB, bem como à pena de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 50, parágrafo único, I, da Lei n. 6.766/79, c/c art. 69 do Código Penal (99.012537-8); e, no segundo, condenado à pena de cumprimento de 1 (um) ano de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor mínimo legal, por infração ao disposto no art. 168, § 1º, III, do Código Penal, e 1 (um) ano de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 5 (cinco) salários mínimos, como incurso nas sanções do art. 50, I, da Lei n. 6.766/79, c/c art. 69 do Código Penal (99.013776-7).

Inconformado com as decisões prolatadas o réu apelou, pleiteando, preliminarmente, a nulidade do decisorio, a fim de que todos os processos promovidos pelo Ministério Público por crimes contra a Administração Pública sejam apensados e proferida uma única sentença, reconhecendo-se a continuidade delitiva; no mérito, alegou que o inadimplemento do cumprimento dos contratos de transferências de imóvel não podem ser

considerados estelionatos, já que não ocorreu vantagem ilícita em prejuízo alheio, tratando-se de mero ilícito civil, objetivando absolvição por insuficiência de provas para condenação.

Com as contra-razões, os autos ascenderam a esta Instância, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça, opinou no sentido de ser negado provimento aos recursos.

Os autos vieram conclusos e por versarem sobre a mesma causa foram reunidos por este relator para julgamento.

É o relatório.

1. Inicialmente, registra-se que, embora processadas em separado, ambas as ações penais referem-se a uma única causa, sendo, em verdade, a decisão da Apelação n. 99.012537-8 prejudicial da segunda (99.013376-7), em face da conexão que, no dizer de Tourinho Filho "existe quando duas ou mais infrações estiverem entrelaçadas por um vínculo, um nexo, um liame que aconselha a junção dos processos, propiciando, assim, ao julgador, perfeita visão do quadro probatório" (Processo Penal, Ed. Saraiva, ano 1989, vol. II, pág. 153).

2. Por uma questão de lógica e de direito, deve ser analisado primeiramente o requerimento de anulação da sentença ("a fim de que todos os processos, promovidos pelo Ministério Público contra o apelante, sejam apensados a fim de que a decisão seja única de conformidade com o disposto no artigo 71 do Código Penal Brasileiro, pois a suposta venda dos lotes não pode caracterizar delitos distintos e sim a continuação do primeiro delito praticado, pedido este formulado nas alegações finais e não exami-

nado pelo juízo democrático”), eis que, se este for acolhido, o ato será invalidado no todo, voltando os autos à Comarca de origem para que lá seja proferida nova sentença, restando prejudicada a análise dos recursos.

Não há que se falar na pretendida nulidade, a um, porque em face das condições especialíssimas dos autos, a continuidade delitiva poderia ser apreciada na execução, pelo instituto da unificação de penas; a dois porque, esta egrégia Câmara, em entendimento dominante (inicialmente contrário ao deste Relator) reconhece nestes casos a existência de crime único por se tratar do mesmo loteamento (situação mais benéfica do que a aventada continuidade delitiva), razão da reunião dos processos para um só julgamento.

3. Tratam os autos de crimes contra a Administração Pública previstos na Lei do Parcelamento do Solo Urbano (Lei n. 6.766/79) que dispõe no art. 50, parágrafo único, incs. I e II, in verbis:

“Constitui crime contra a Administração Pública:

“I — dar início, de qualquer modo, ou efetuar loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos, sem autorização do Órgão Público competente, ou em desacordo com as disposições desta lei ou das normas pertinentes do Distrito Federal, Estados e Municípios;

“(..)

“Parágrafo único — O crime definido neste artigo é qualificado, se cometido:

“I — por meio de venda, promessa de venda, reserva de lote ou

quaisquer outros instrumentos que manifestam a intenção de vender lote em loteamento ou desmembramento não registrado no Registro de Imóveis competente”.

Os fatos descritos nas denúncias, sem dúvida, caracterizaram ofensa ao disposto no art. 50, parágrafo único, I, da Lei do Parcelamento do Solo Urbano.

O primeiro contrato de compromisso de compra e venda foi firmado em 14/3/94 com Rogério Roeder e Ivaneete dos Passos (fls. 19 dos autos n. 99.013776-7), e o segundo em 30/5/95 (fls. 8 dos autos n. 99.012537-8), com Antônio Becker; mas não existe qualquer prova de que o loteamento denominado Ângelo Oss-Emer, situado na Rua Paraíba, na cidade de Timbó/SC tenha sido aprovado em 21/11/97 (fls. 73), mesmo após o recebimento das denúncias.

O denunciado confessou as práticas delituosas, declarando, nos dois processos que, “inicialmente o interrogando contratou o Sr. Jadyr Fortkamp, agrimensor, para efetuar as medições necessárias; que concluído esse trabalho, o interrogando contactou com um funcionário da Prefeitura Municipal, Sr. Wilfrido Reinicke, para verificar se havia algum obstáculo no assentamento do loteamento; que referido cidadão após comparecer no imóvel comunicou ao interrogando que não havia qualquer impedimento no loteamento; que após a medição, foram fixados os piquetes correspondentes aos lotes, bem como as aberturas de rua, realizando, inclusive, o mapa correspondente, mas não chegou a apresentar na Prefeitura Municipal a fim de receber o necessário de-

ferimento; que mesmo assim o interrogando passou a alienar os lotes que caberiam à imobiliária, em torno de dezesseis ou dezessete" (fls. 65 — autos n.99.012537-8); acrescentando nos autos n. 99.013776-6 que "durante o trabalho de implantação, vários membros de seus familiares adoecerem e necessitaram da atenção constante do interrogando, o que demandou gastos elevados; que em razão das doenças que atingiu seus familiares, dois membros vieram a falecer, ou seja a sogra e uma tia; que o deponente não conseguiu concluir o loteamento e resolveu interromper seu procedimento" (fls. 59).

Além da prova documental, a prova testemunhal também foi unânime em confirmar a irregularidade do referido loteamento à época da realização dos contratos.

Resulta evidente que o denunciado efetuou as vendas dos lotes antes de regularizar o registro do loteamento e de receber qualquer autorização da autoridade competente e, como se sabe, para tipificar o delito em exame, basta somente a venda sem aprovação do loteamento, pouco importando sua posterior regularização, ou se nenhum comprador teve prejuízo. O que importa é que houve desrespeito à lei especial e, por isso, deve haver punição.

Como ensina Marino Pazzagli Filho, "o objeto da tutela penal passou a ser o interesse público referente ao desenvolvimento urbano e o interesse coletivo representado pela defesa do agrupamento dos adquirentes de lote", acrescentando que "o delito se consuma com o simples comportamento do agente, indepen-

dente da ocorrência de prejuízo para qualquer indivíduo" (Justitia, São Paulo, 43/114; 141/144).

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência:

"De acordo com o art. 37 da Lei n. 6.766/79, é vedada a venda de lotes não registrados, constituindo tal fato a infração prevista no art. 50, parágrafo único, I, da referida lei. O registro posterior do loteamento não tem o condão de excluir a configuração do delito. Cuida-se de delito formal que se configura com a mera operação de compromisso e alienação de lotes insuscetíveis de registro" (TJSP — AC — rel. Renato Mascarenhas — RT 662/269).

A condenação, como se viu é de ser mantida, consoante precedentes desta Casa:

"Crime contra a Administração Pública — Parcelamento do solo urbano — Loteamento irregular — Venda de lotes (Lei n. 6.766/79, art. 50, parágrafo único, I e II) — Regularização posterior — Fato irrelevante — Crime formal caracterizado — Condenação mantida.

"A venda de parcela de solo urbano sem que o loteamento esteja regularizado nos termos da Lei n. 6.766/79, caracteriza infração ao art. 50, parágrafo único, I, da mesma lei, que se consuma com o simples comportamento do agente, independentemente da ocorrência ou não de prejuízo para qualquer indivíduo, pois a ação atinge um bem público diretamente (exigibilidade do Poder Público de ver respeitadas suas determinações), e secundariamente o do particular.

“O registro posterior do loteamento não tem o condão de excluir a configuração do crime formal já consumado” (Ap. Crim. n. 33.313, de Porto União, deste Relator, j. em 3/10/95).

3. Pretende o apelante a reunião de processos e o reconhecimento da continuidade delitiva entre os fatos, contudo, conforme se viu “a multiplicidade de condutas relativas ao mesmo parcelamento constituem um único delito, e não crimes de concurso ou em continuidade delitiva” (Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Normas Penais sobre o Parcelamento do Solo Urbano — uma visão sócio-jurídica, IBAM/SP, 1981, pág. 218).

Colhe-se entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

“As várias promessas de venda constituem um único delito, pois o crime se consuma com a primeira venda, sendo as seguintes simples exaurimento do delito consumado” (RT 743/610).

Ainda:

“A promessa de venda de diversos lotes com infração à Lei de Parcelamento do Solo Urbano não configura mais de um crime em continuação. Com a assinatura do primeiro instrumento de contrato, consuma-se o delito do art. 50, parágrafo único, I, da Lei n. 6.766/79, que é de perigo abstrato, constituindo-se os demais simples exaurimento do delito consumado” (TACrimSP — AC n. 119.326-3 — rel. Luiz Betanho).

Nesse sentido, deste Relator, a Ap. Crim. n. 99.002021-5, de Videira, j. em 30/3/99.

A condenação do apelante, assim, porque as denúncias e os fatos tidos como delituosos referem-se ao mesmo loteamento, deve ser irrogada por apenas um único crime.

4. Além disso, há que se afastar a condenação pelos crimes de estelionato das sentenças de ambos os processos.

Não obstante entendimento esposado na Ap. Crim. n. 26.837, de São Bento do Sul, j. em 4/3/91, da lavra do eminente Des. Wladimir d'Ivanenko, de que a indução em erro ao comprador e a vantagem pecuniária em prejuízo alheio, configura o crime de estelionato, na sua forma fundamental, além do delito contra a Administração Pública, consistente em desmembramento de solo urbano, sem autorização dos órgãos competentes, por certo “há uma espécie de fraude que fica fora de órbita do direito penal. Se assim não fosse raro seria o negócio ou a transação em que se não divisaria fraude punível, pois nele são frequentes os pequenos ardis, os ligeiros artifícios, os leves expedientes visando o resultado rendoso” (Magaalhães Noronha, Direito Penal, 25ª ed., SP, Saraiva, 1991, vol. II, pág. 361).

Mas, diante dos termos do negócio, no caso as partes sabiam (e os contratos são específicos neste ponto) que “a escritura pública definitiva de compra e venda seria efetuada assim que fosse aprovado o desmembramento da área ora negociada” (fls. 7v. — autos n. 99.012537-8 e fls. 19v. — autos n. 99.013776-7) resultando pois, que os adquirentes tinham pleno conhecimento da situação; não foram logrados.

Somente estas circunstâncias já afastam a caracterização do estelionato na modalidade denunciada ou mesmo na fundamental: não há comprovação de venda de propriedade alheia como própria, nem a vítima foi ilaqueada na sua boa-fé, diante dos termos e previsão contratual de possível problema na localização da área, ressaltando-se serem comuns as tentativas de identificar estelionato em questões puramente cíveis, valendo distinguir-se, consoante a lição de Nelson Hungria que, "sob o ponto de vista histórico e político jurídico, conclui-se que o ilícito penal é a violação da ordem jurídica, contra a qual pela sua intensidade ou gravidade, a única sanção adequada é a pena e ilícito civil é a violação da ordem jurídica, para cuja debelação bastam as sanções atenuadas da execução forçada ou in natura, da restituição ao status quo ante, da anulação do ato etc." (Comentários ao Código Penal, vol. VII, pág. 167).

Assim, a questão de natureza exclusivamente civil não podia derivar para o juízo penal (aliás, as partes já se compuseram).

5. Resta, por fim, adaptar a reprimenda imposta diante do reconhecimento de crime único (art. 50, parágrafo único, inc. I, da Lei n. 6.766/79) e a absolvição do crime de estelionato.

Com efeito, consoante se infere das sentenças condenatórias prolatadas, analisando as circunstâncias do art. 59 do CP, nos autos n. 99.012537-8, em 18/2/99, o ilustre Magistrado considerou que "embora o acusado apresente antecedentes criminais, fls. 22/23, não pode ser consi-

derado reincidente. Nada foi apurado acerca de sua personalidade. Sua conduta social demonstra-se voltada para a prática de infrações desta natureza. Os motivos podem ser tidos como a obtenção de lucro sem grandes esforços. As circunstâncias decorrem da facilidade encontrada na perpetração do delito. As conseqüências são de ordem patrimonial. A vítima não concorreu para a infração" e fixou a pena-base no mínimo legal, ou seja, 1 (um) ano de reclusão e pagamento de 5 (cinco) salários mínimos (fls. 221); enquanto nos autos n. 99.013776-7, em 25/2/99, considerando as mesmas circunstâncias, fixou-a em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) salários mínimos (fls. 128). E, nas ausência de outras modificadoras tornou-as definitivas.

Nesse passo, outra solução não há que não seja a manutenção da pena em seu mínimo legal, ou seja, em 1 (um) ano de reclusão e pagamento de 5 (cinco) salários mínimos, ressaltando-se quanto à pena pecuniária que, não obstante o mínimo legal seja o pagamento de 10 (dez) salários mínimos, em face da ausência de recurso do Ministério Público, deve ser mantida no patamar fixado.

Como bem considerou o ilustre Magistrado, os antecedentes criminais do apelante não recomendam a substituição por pena restritiva de direitos mas nada impede que se lhe conceda o sursis, por preencher os requisitos do art. 77 do Código Penal (estar respondendo a outros processos da mesma natureza não impede o benefício), pelo prazo de 2 (dois) anos, 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 as circunstâncias do art. 59 do CP, consoante se viu, não lhe são totalmente favoráveis.

6. Por estas razões, dá-se provimento parcial ao recurso para adaptar a reprimenda pertinente a apenas um só crime previsto no art. 50, parágrafo único, inc. I, da Lei n. 6.766/79, absolvido dos demais.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jor-

ge Mussi. Lavraram pareceres, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, os Exmos. Srs. Drs. Basílio Elias de Caro e Robison Westphal.

Florianópolis, 26 de outubro de 1999.

Alberto Costa,

Presidente;

Nilton Macedo Machado,

Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.012548-3, DE ITAIÓPOLIS

Relator designado: Des. Nilton Macedo Machado

Acidente de trânsito — Entrega de motocicleta a menor de 18 anos — Morte do piloto — Ação penal contra proprietário do veículo como responsável por homicídio culposo (art. 302 do CTB) — Inadmissibilidade — Desclassificação para homicídio culposo do código penal (art. 121, § 3º) — Ausência de previsibilidade — Conduta tipificada descrita no art. 310 do CTB (confiar veículo a pessoa sem habilitação ou sem condições) — Descrição na denúncia — Possibilidade (CPP, art. 383) — Crime caracterizado — Adequação da condenação.

O acusado se defende da imputação de fato descrita na denúncia, independentemente da classificação dada pela acusação; o juiz pode, em estando comprovados fatos descritos explicitamente e que constituem elementares de tipo não classificado, dar definição diversa da contida na exordial (emendatio libelli), ainda que tenha de aplicar pena por mais um crime.

Antes da vigência do Código de Trânsito Brasileiro já não se admitia a co-autoria em delito culposo de automóvel figurando como autor menor inimputável. A negligência do responsável, “quando existente, poderá dar causa à direção perigosa atribuída ao menor, jamais à causa do evento” (RSTJ 47/282).

Caracteriza o crime previsto no art. 310 do CTB, a permissão de condução de veículo automotor a jovem menor de 18 anos (pessoa não habilitada), independentemente do resultado que a condução deste veículo venha causar a terceiros ou ao próprio condutor.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.012548-3, da comarca de Itaiópolis, em que é apelante Paulo Roberto Sperka, sendo apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso para desclassificar a imputação para o art. 310 da Lei n. 9.503/97, com adequação da reprimenda.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Itaiópolis, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Paulo Roberto Sperka, dando-o como incurso nas sanções do art. 302 da Lei n. 9.503/97, porque:

"No dia 18 de outubro de 1998, por volta das 18 horas, a vítima João Paulo Bobko, com apenas 17 anos de idade e portanto não habilitada a pilotar veículo automotor em via pública, estando junto com o denunciado, na localidade de Iracema, neste Município e Comarca, pediu a ele que lhe emprestasse sua motocicleta marca Honda, modelo ML 125, placa MAF 2343/SC, que logo a traria de volta.

"O denunciado, em atitude imprudente, sem se certificar se João Paulo era ou não habilitado, e mesmo vendo também que este não possuía capacete para pilotar a motocicleta, prontamente lhe emprestou.

"A vítima saiu em velocidade elevada. Passou a pilotar a motocicleta pela estrada geral da localidade de Iracema, em velocidade excessiva para o local e sem usar capacete.

"Em frente ao antigo posto de gasolina da localidade, hoje desativado, pertencente a Júlio Cembalista, a vítima perdeu o controle da motocicleta, devido à velocidade excessiva, vindo o veículo a elevar-se do chão, projetando a vítima para a frente, distante da motocicleta. A vítima caiu com a cabeça sobre a pista de cascalho da estrada, sofrendo fratura do corpo do esfenóide, fratura das asas posteriores direita e esquerda do mesmo osso, fratura do osso temporal direito e sufusão hemorrágica da base do encefalo, ferimentos esses que finalmente a levaram a óbito, fato ocorrido em 18 de novembro de 1998" (fls. 2/3).

Concluída a instrução criminal, o acusado restou condenado à pena de prestação de 730 (setecentas e trinta) horas de serviços à comunidade, em substituição à pena privativa de liberdade de cumprimento de 2 (dois) anos de detenção, mais suspensão da autorização para dirigir por igual período e multa, no valor de 1 (um) salário mínimo, por infração ao disposto no art. 302 da Lei n. 9.503/97.

Inconformado o réu apelou, objetivando isenção de pena, eis que por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supôs situação de fato

que, se existisse, tornaria a ação legítima (CP, art. 20, § 1º).

Após contra-razões, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Valdir Vieira, opinou no sentido de ser negado provimento ao recurso.

É o relatório.

1. Inicialmente registre-se que o eminente relator sorteado votou pelo conhecimento e provimento parcial do apelo com a finalidade de afastar a imputação e condenação pelo crime previsto no art. 302 do CTB (homicídio culposo na direção de veículo automotor), porquanto o apelante não estava pilotando a motocicleta, nem concorrendo com resultado morte de terceiro, mas mesmo assim condená-lo pela morte do rapaz nos termos do art. 121, § 3º, do Código Penal, porque teria sido imprudente ao lhe emprestar o veículo sem certeza de sua habilitação e ainda sem capacete.

2. Efetivamente, como está comprovado nos autos, o apelante não estava na direção de veículo automotor quando da morte da vítima, não podendo ser responsabilizado pelo infeliz evento a este título nem mesmo como co-autor pois, a partir da vigência do Código de Trânsito Brasileiro (22/1/98) há tipo especial que agasalha a conduta realizada pelo agente, materializado no art. 310 da Lei n. 9.503/97, com a seguinte redação:

“Permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor a pessoa não habilitada, com habilitação cassada ou com o direito de dirigir suspenso, ou, ainda, a quem, por seu estado de saúde, física ou mental, ou

por embriaguez, não esteja em condições de conduzi-lo com segurança”.

A exordial acusatória bem explícita, às claras, conduta que se encaixa no tipo penal descrito, havendo apenas equívoco na classificação como sendo no art. 302, quando deveria sê-lo no art. 310, ambos do CTB.

Este crime, segundo a doutrina especializada, representa uma inovação em matéria de delitos de trânsito, sendo denominado por Paulo José da Costa Júnior e Maria Elizabeth Queijo de “crime de obstáculo”, por meio do qual se procura impedir resultado de maior gravidade, como lesão à vida ou integridade física de outrem, para afirmarem:

“Na disciplina anterior, o pai que entregava a direção de veículo ao filho, não habilitado, sobre vindo evento tipificado em lei, v. g., homicídio culposo, respondia por participação naquele delito. O novo Código de Trânsito tipificou especificamente a conduta” (Comentários aos Crimes do Novo Código de Trânsito, SP, Sarai-va, 1998, pág. 81).

3. Este relator, de outro lado, sempre entendeu não ser possível tal amplitude na responsabilidade penal do responsável pelo menor causador de acidente automobilístico, consoante orientação até mesmo do colendo Superior Tribunal de Justiça, como se vê do seguinte acórdão:

“Homicídio culposo — Acidente de trânsito — Veículo dirigido por menor de 18 anos — Ação penal contra o pai — Co-autoria — inexistência.

‘A co-autoria, tanto em crimes dolosos ou culposos, depende da existência de um nexo causal físico ou

psicológico ligando os agentes do delito ao resultado.

‘Não é admissível, por tal fato, a co-autoria em delito culposo de automóvel onde figura como autor menor inimputável. A negligência do pai, quando existente, poderá dar causa à direção perigosa atribuída ao menor, jamais à causa do evento’ (RSTJ, 47/282)" (Ap. Crim. n. 96.005340-9, de Brusque, j. em 3/9/96).

A razão era simples, conhecida e assim fundamentada no precedente ocorrido e julgado antes da vigência do CTB:

“No caso dos autos, não obstante a certeza da permissão do apelante ao filho para que este pudesse dirigir automóvel, não há como ligá-lo ao resultado danoso, ou de outra forma, que tivesse cooperado conscientemente e eficazmente para o acidente.

“A conduta, tomada de imensa ilegalidade (é proibido, administrativamente, entregar veículos a pessoas não habilitadas) e absoluta falta de bom senso, não se caracteriza como adesão à posterior ação culposa do filho, não se podendo dizer que a imprudência do filho esteve na vontade ou na consciência do pai; este não concorreu consciente e voluntariamente para a ação de seu filho, nem estava no veículo ou no local.

“Primeiramente, salienta-se que a co-autoria deve ser entendida como a participação de vários indivíduos na realização do fato típico, bastando que, mesmo em atuações distintas, cada um possa causar eficientemente o resultado. Na forma dolosa, o vínculo entre os co-partícipes ao crime está na vontade consciente em obter o resultado ou em assumir o risco de pro-

duzi-lo, enquanto na modalidade culposa, admite-se a co-autoria na medida em que ocorra a cooperação consciente de alguém na conduta imprudente ou negligente do autor do evento.

“A este respeito a Exposição de Motivos do Código Penal afirma a possibilidade de concurso em crime culposo, ‘pois neste tanto é possível a cooperação material quanto a cooperação psicológica, isto é, no caso de pluralidade de agentes, cada um destes, embora não querendo o evento final, tem consciência de cooperar na ação’.

“Buscando guarida na doutrina, encontra-se o debate acerca da questão do concurso em crime culposo, dilucidado por Julio Fabbrini Mirabete que afirma ser necessário ‘...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’ (Manual de Direito Penal, São Paulo, Atlas, 2ª ed., 1987, pág. 2.320).

“A propósito dos requisitos sobre o concurso de pessoas ensina Celso Delmanto:

“Não basta o nexa causal, sendo necessário que cada concorrente tenha consciência de contribuir para atividade delituosa de outrem. É indispensável a adesão subjetiva à vontade do outro, embora seja desnecessária a prévia combinação entre eles. Inexistente o vínculo subjetivo, não há concurso de pessoas, embora possa haver autoria colateral (todos se comportando para um mesmo fim mas desconhecendo a conduta alheia’ (Có-

digo Penal Comentado, 3ª ed., Renovar, 1991, Rio de Janeiro, pág. 54).

“Constata-se assim que, para que se possa vincular alguém como co-autor de crime culposo, é necessária prova cabal do nexó psicológico na prática da conduta criminosa.

“O problema está, portanto, em se apurar se, na causa do fato tido culposo, houve a ação concorrente de mais de uma pessoa, reiterando-se que somente ocorre co-autoria quando duas ou mais pessoas partilham consciente e voluntariamente da prática do delito, sendo é necessário, como dizia HUNGRIA, ‘a vontade consciente e livre de concorrer, com a própria ação, na ação de outrem’ (Comentários ao Código Penal, vol. 1/553, Ed. Forense, 1949).

“Atualmente, 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’.

“A seu turno, o art. 18, inciso II, preceitua que o crime é ‘II — culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia’, ligando-se assim, expressamente, à relação de causalidade, que está prevista no art. 13 do Código Penal, este prevendo:

‘O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido’.

“Esta questão, voltada à causa de que derivou o resultado culposo (discutindo-se então se há co-autoria do pai que entrega automóvel para fi-

lho menor, em crime culposo por este praticado na direção do veículo) já foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal, onde o Min. Evandro Lins, realizando um amplo exame da possibilidade da co-autoria em crime culposo, concluiu pela sua impossibilidade em casos como o dos autos:

‘A co-autoria, seja nos crimes dolosos ou culposos, depende da existência de um nexó causal físico e psíquico que ligue os agentes do delito ao resultado.

‘O concurso pressupõe, em cada um dos agentes, não só a consciência de estar concorrendo para a ação de outrem, mas também a vontade de contribuir, com sua própria conduta, para que se realize o evento.

‘A teoria da equivalência das causas não comporta uma regressão infinita às condições antecedentes do evento.

‘O ato de emprestar o carro ao filho, ou a permissão para que o mesmo o dirigisse, poderia ser contemplado no Código como crime de mera conduta. Tal previsão, contudo, não foi feita até hoje pelo legislador.

“Ninguém pode imaginar que um pai entregue o carro ao filho com a consciência de que está cooperando para uma ação imprudente deste. O elemento psíquico da co-participação é indispensável, ainda para as menores formas de concurso no crime. Manzini mostra ‘uma vontade diversa daquela de concorrer no crime pode dar lugar a um crime por si mesmo, mas não à sua co-participação’ (Habeas Corpus n. 43.794 — rel. Ministro Victor Nunes Leal — RTJ 44/307)’.

“Neste mesmo sentido:

“O concurso de agentes, no crime culposo difere daquele ilícito doloso, pois se funda na colaboração da causa e não do resultado (que é involuntário). Disso resulta que é autor todo aquele que causa culposamente o resultado não se podendo falar em participação em crime culposo. Nessa hipótese, há sempre co-autoria porque os concorrentes realizavam a conduta típica, não praticando simplesmente uma conduta que, em si mesma seria penalmente irrelevante. Sem dúvida, veste-se nesta figura, o ato dos pais em permitir que o filho menor assumia a direção ou pilotagem de veículo motorizado, seja por ação ou omissão’ (RDJ 12/136).

“Bem por isto, porque não se pode falar de participação em crime culposo, observada a lição de Damásio E. de Jesus, pode-se dizer que, no caso, está ausente o elemento subjetivo imprescindível, pelo qual cada concorrente tem consciência de contribuir para a realização da obra comum (in Direito Penal, Parte Geral, Ed. Saraiva, 12ª ed., 1988, pág. 363).

“Na hipótese presente, não há dúvida que a causa do acidente foi, sem dúvida, a imprudência do menor, que dirigia com velocidade excessiva em local impróprio e sem iluminação (podendo até admitir-se que contravérsias existiram quanto à ultrapassagem ou não do veículo Voyage dirigido pela vítima fatal a um terceiro veículo — o laudo pericial atestou a impossibilidade desta manobra — mas em sede penal as culpas não se compensam), não se podendo debitá-la à falta de dever de cuidado do pai, resultando ausente, para o reconhecimento do concurso de agentes,

o nexo de causalidade entre a ação do apelante e o resultado do fato.

“No colendo Superior Tribunal de Justiça, a propósito, em caso idêntico, fundamentando-se naquele precedente do egrégio Supremo Tribunal Federal (RT 44/307), já se decidiu:

‘Recurso especial — Acidente de trânsito — Veículo dirigido por menor sem autorização do pai — Morte de transeunte — Co-autoria — Inexistência.

‘A co-autoria, tanto em crimes dolosos ou culposos, depende da existência de um nexo causal físico ou psicológico ligando os agentes do delito ao resultado.

‘Não é admissível, por tal fato, a co-autoria em delito culposo de automóvel onde figura como autor menor inimputável. A negligência do pai, quando existente, poderá dar causa à direção perigosa atribuída ao menor, jamais à causa do evento. Recurso conhecido e improvido’ (RSTJ 47/282).

“Neste sentido está seguindo a jurisprudência deste Tribunal:

“Apelação criminal. Lesões corporais culposas. Acidente de trânsito. Pai que entrega direção de veículo a menor imputável inabilitado. Condenação em co-autoria. Pretendida absolvição de ambos ou concessão de perdão judicial ao réu menor. Concurso de agentes não configurado. Inexistência de vínculo subjetivo. Absolvição do progenitor. Autoria e materialidade confirmadas quanto ao menor imputável condutor do automóvel. Manutenção da sentença em relação a este. Recurso provido em parte’ (Apelação Criminal n. 30.667, de Pomerode, Relator Des. Jorge Mussi; idem, Apelação Cri-

minal n. 33.939, de Criciúma, deste Relator, j. em 5/12/95).

“3. Finalizando, lembre-se, a propósito da discussão sobre o ‘novo’ Código Nacional de Trânsito que, somente agora é que se está prevendo como crime autônomo a figura de entregar veículo motorizado a pessoa que sabe sem habilitação; tal infração, ao tempo dos fatos da denúncia era, e ainda persiste, meramente administrativa.

“Por isto, em casos como o dos autos, resta incontroverso que o pai responde pelos atos ilícitos praticados pelo filho menor, mas isto nos âmbitos civil (art. 1.521, I, do Código Civil) e administrativo, perante a autoridade de trânsito”.

4. Pois bem. Na hipótese dos autos não se pode imputar ao apelante responsabilidade penal como infrator do previsto no art. 302 do CTB, porque não estava na direção de veículo automotor, nem concorreu de qualquer modo para a morte de terceiro.

Igualmente não se pode responsabilizá-lo pelo evento morte do piloto da moto (pessoa que responderia por eventual homicídio culposo de que fosse vítima terceiro) com base no art. 121, § 3º, do Código Penal, diante da especialidade advinda com o Código de Trânsito Brasileiro no art. 310, não fosse a inexistência da responsabilidade penal objetiva, eis que é necessária a presença de dolo ou culpa *stricto sensu*.

A propósito, a Exposição de Motivos no Código de 40 diz o seguinte:

“No tocante à culpabilidade (ou elemento subjetivo do crime), o proje-

to 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 este 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).

Cumprе 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 causali-

dade. 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 Paulo Roberto Sperka previsse o resultado (acidente automobilístico) decorrente da sua conduta (emprestar motocicleta a pessoa de 17 anos de idade) significaria 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 culposos. 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 discrepava em época anterior à vigência do Código de Trânsito Brasileiro:

“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 a aquele que empresta ou autoriza menor a dirigir motocicleta, se este foi o único culpado pelo sinistro, sendo, também, a única vítima" (Ap. Crim. n. 20.974, de Timbó, rel. Des. Aloysio de Almeida Gonçalves, j. em 1º/4/86).

Cumprir trazer à baila, ainda, que não fosse a conduta culposa da vítima, o resultado lesivo não teria ocorrido, circunstância que claramente denota a imprevisibilidade do fatídico acidente, pois não houvesse esta outra ação, a vítima nada sofreria.

5. Por isso, faz-se necessária a correção do libelo, nos moldes do art. 383 do CPP, como medida benéfica ao apelante, pois deve ser reclassificado o delito do art. 302 da Lei n. 9.503/97 (homicídio culposo) para o do art. 310, da mesma lei, com redução da pena aplicada ao agente.

É que o empréstimo de veículo a pessoa menor não habilitada, caracterizando-se no caso nas figuras "permitir" ou "entregar", está descrito na denúncia e é objetivo (o agente deve ter conhecimento da falta de condição e/ou habilitação da pessoa), doloso e formal, sendo classificado como "unissubsistente" (Paulo José da Costa Júnior et alii, ob. cit., pág. 85) que se consuma desde logo quando o "sujeito ativo permite, confia ou entrega a direção de veículo automotor a pessoas nas condições retromencionadas", independentemente de qualquer resultado lesivo para terceiro, embora haja quem sustente que, em havendo lesão corporal ou morte aquela infração consumada anteriormente poderia ser absorvida por estas (vide Fernando Capez e Victor Eduardo Rios

Gonçalves, Aspectos Criminais do Código de Trânsito Brasileiro, SP, Saraiva, 1998, pág. 61).

Ora, com a conduta descrita na denúncia, em especial no capítulo destacado no seu final, o apelante já agira de molde a responder pela figura tipificada no art. 310 do Código de Trânsito Brasileiro, não tendo responsabilidade penal (não se confunde aqui eventual responsabilidade civil) pelo infeliz evento do qual, por manobra própria, o indigitado jovem deu causa à própria morte.

Sobre a possibilidade de desclassificação do delito em Segundo Grau, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é tranqüila, conforme anotado pela doutrina:

"A Súmula 453 não inibe que, no juízo de apelação, independentemente de recurso da acusação, se dê nova definição jurídica ao fato, desde que não se aplique pena mais grave, atendidos os arts. 383 e 617 do CPP" (RT 601/418, apud Julio Fabbrini Mirabete, Código de Processo Penal Interpretado, 5ª ed., São Paulo, Atlas, 1997, págs. 489/490).

E, desta Corte:

"Processo crime — Denúncia — Exposição de fatos que constituem crimes — Classificação — Aplicação do art. 383 do CPP. O acusado se defende da imputação de fato descrita na denúncia, independentemente da classificação dada pela acusação; o juiz pode, em estando comprovados fatos descritos explicitamente e que constituem elementares de tipo não classificado, dar definição diversa da contida na exordial (emendatio libelli), ainda que tenha de aplicar pena por mais um crime" (Ap. Crim. n. 34.100,

de Itaiópolis, deste relator, j. em 19/12/95).

6. Desse modo, havendo nova qualificação jurídica da conduta perpetrada pelo apelante, a pena privativa de liberdade aplicada em Primeira Instância deve ser adequada.

Mantida a análise das circunstâncias judiciais elaborada pelo Dr. Juiz a quo (totalmente favorável ao acusado, eis que fixada a pena-base no mínimo legal), fixa-se a pena-base em 6 (seis) meses de detenção, tornada definitiva na ausência de circunstâncias legais ou causas de especial aumento ou diminuição, substituída a pena privativa de liberdade imposta por prestação pecuniária, consistente no pagamento de 1 (um salário mínimo), a entidade beneficente a critério do Juízo da execução, excluindo-se a incidência da pena pecuniária-tipo porque de cominação alternativa.

7. Diante do exposto, conhece-se do recurso e dá-se-lhe provimento parcial para desclassificar a imputação para o art. 310 da Lei n. 9.503/97, fixando-se a pena em 6 (seis) meses de detenção, substituída por presta-

ção pecuniária, consistente em 1 (um) salário mínimo; vencido o Exmo. Sr. Des. Maurílio Moreira Leite, relator, que classificava a conduta no art. 121, § 3º, do CP.

Ressalva-se, contudo, tendo em vista agora a ocorrência do pressuposto objetivo autorizador da suspensão condicional do processo penal (art. 89 da Lei n. 9.099/95) ficam sobrestados os efeitos condenatórios até que, na origem, o Ministério Público examine a possibilidade de aplicação do benefício referido (aceito, produzirá todos os seus efeitos; não aceito, se executará o julgado condenatório).

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jorge Mussi. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Valdir Vieira.

Florianópolis, 5 de outubro de 1999.

Alberto Costa,
Presidente;

Nilton Macedo Machado,
Relator designado.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.013826-7, DE ITAJAÍ

Relator: Des. Torres Marques

Falsa identidade — Recurso ministerial — Pretendida condenação — Réu que declinou nome de outrem, perante autoridade policial, para fugir da persecução penal — Exercício do direito de autodefesa — Inexistência de crime — Apelo desprovido.

Receptação — Recurso voluntário — Pedido de absolvição — Bens furtados apreendidos na posse do acusado — Inexistência de justificativa plausível acerca da posse e da origem dos objetos —

Inversão do ônus da prova — Recurso desprovido — Decisão mantida.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.013826-7, da comarca de Itajaí (2ª Vara), em que são apelantes e apelados Gilberto de Carvalho e a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Câmara Especial, por votação unânime, conhecer dos recursos e negar-lhes provimento.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

O representante do Ministério Público da comarca de Itajaí ofereceu denúncia contra Gilberto de Carvalho, por infração aos arts. 180, caput, e 307, c/c arts. 69 e 61, inc. I (reincidência), todos do Código Penal.

Segundo narra a vestibular acusatória de fls. 2/3, “no dia 8 de março de 1999, por volta das 10h30min, policiais civis, incumbidos para dar cumprimento a mandado de busca e apreensão, dirigiram-se até a residência do denunciado Gilberto de Carvalho, localizada na Rua Luiz José Medeiros, nesta Cidade e comarca de Itajaí, local em que estariam sendo ocultados vários objetos produtos de furto.

“Em busca no interior da residência, restaram apreendidos os seguintes objetos: 1 (um) motor de popa, marca Enverude, 8 HP; 1 (um) rádio SSB, marca Furuno, série 1502; 1 (um) televisor em cores, 14 polegadas, marca Philco Hitachi; 1 (um) televisor, 5 polegadas, marca Broksonic;

e 1 (um) videocassete, 4 cabeças, marca Philco, avaliados em R\$ 8.050,00 (oito mil e cinquenta reais) — laudo de fls. 11, objetos estes subtraídos em data de 2/3/99, durante a madrugada, do barco de pesca Espada, quando encontrava-se atracado no cais da empresa Itasul, fato este de pleno conhecimento do denunciado, que mesmo assim ocultou os mesmos em sua residência, em proveito de próprio e de terceiro agente somente identificado por Cid, conforme termo de apreensão de fls. 10.

“De outra parte, quando de sua prisão, o denunciado Gilberto de Carvalho atribuiu a sua pessoa falsa identidade, fazendo-se passar como sendo seu sobrinho Diney Eleotério — como se verifica das assinaturas constantes às fls. 2/5 e 13, com o flagrante intuito de obter vantagem indevida, elidindo seus péssimos antecedentes criminais”.

Encerrada a instrução criminal, o acusado foi absolvido da imputação do art. 307 do Código Penal, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal, restando, no entanto, condenado à pena de 1 (um) ano e 2 (dois meses) de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, por infração aos arts. 180, caput, c/c 61, I, ambos do Código Penal (fls. 79).

Irresignado com a prestação jurisdicional entregue, apelaram o Parquet (fls. 81/87) e a defesa (fls. 94/98).

O representante do Ministério Público recorreu objetivando a condenação pelo delito previsto no art. 307,

caput, do CP, não reconhecido pelo decreto condenatório.

A defesa, por sua vez, pretende reformar o decisum para absolver o condenado, escorada na tese de que não ficou comprovado nos autos que este tinha pleno conhecimento da origem criminosa dos objetos encontrados em seu poder, e que o “Magistrado optou pela condenação só pelo simples fato de o acusado não ser primário e não ter bons antecedentes” (fls. 97).

Contra-arrazoados os recursos, subiram os autos a esta Superior Instância, opinando a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Valdir Vieira, pelo desprovimento de ambos apelos, mantendo-se a decisão prolatada pelo Juízo monocrático (fls. 102/109 e 114/117).

II — Voto

Tendo em vista a existência de recurso de ambas as partes, passo a analisar primeiramente o recurso ministerial.

O Parquet de Primeiro Grau interpôs apelação com o fito de condenar o réu nas sanções do art. 307 do Código Penal, alegando que tal delito restou configurado no momento da prisão em flagrante, oportunidade em que, com o claro objetivo de fugir da perseguição criminal e em face de se tratar de réu reincidente, o acusado identificou-se como terceira pessoa, tendo inclusive declinado a qualificação desta.

Tais fatos efetivamente ocorreram no interrogatório realizado na fase inquisitorial, quando o acusado de-

clinou o nome de Diney Eleotério como se fosse o seu (fls. 8/9), inverdade esta que restou esclarecida posteriormente pelo Sr. Delegado de Polícia (fls. 34).

No entanto, embora tenha o acusado utilizado de falsa identidade, o fez durante o interrogatório realizado no inquérito, com o intuito de ocultar seu passado criminoso, ou seja, no exercício de seu direito de autodefesa, em face do que me filio à corrente que entende que o apelado não cometeu o delito previsto no art. 307 do Código Penal.

Como é sabido, a ampla defesa assegurada pelo art. 5º, LV, da Constituição Federal pode ser exercida de duas diferentes formas, quais sejam, a defesa técnica e a autodefesa.

Aqui, interessa tratar da segunda, ou seja, aquela exercida com exclusividade pelo acusado, por meio do direito de audiência e do direito de presença, nos quais o interrogado pode influir na formação do convencimento do julgador, inclusive ficando silente, mentindo ou ocultando alguns fatos. Ademais, inexistente nos autos o dolo específico indispensável para a caracterização do tipo.

A respeito, Julio Fabbrini Mirabete, in Manual de Direito Penal, São Paulo, Atlas, 1987/1989, vol. 3, 4ª ed., pág. 264, nos ensina que nos casos em que o acusado se inculca falsa identidade perante a autoridade, ao ser interrogado, “Não ocorre, nesse caso, o ilícito em estudo, pois o acusado não tem o dever de dizer a verdade diante do princípio universal *nemo teneatur se detegere*”. E mais adiante continua: “Também já se tem defendido a tese de que não há crime quando o

agente se apresenta com falsa identidade ao ser preso, invocando-se nesse caso a autodefesa legítima”.

É da jurisprudência:

“Falsa identidade — Art. 307/CP — Não caracterização — Prisão em flagrante — Preso — Ausência do dever de dizer a verdade — Princípio universal do *nemo tenetur se detegere*.”

“Falsa identidade. Não se configura o delito do art. 307 do Código Penal quando o agente, preso em flagrante, se atribui falsa identidade com o propósito evidente de escapar da ação da justiça, pois o acusado não tem o dever de dizer a verdade, em decorrência do princípio universal *nemo tenetur se detegere*” (TACrimRJ — Apelação n. 51.176/93 — Comarca do Rio de Janeiro — Ac. unân. — 1ª Câm. — rel. Juiz Carlos Alberto de Carvalho — j. em 9/3/94 — Fonte, DOERJ III, 28/9/94, pág. 256).

E ainda:

“Não comete o delito de falsa identidade o agente que adota tão-somente para fugir do passado criminoso, visando à obtenção de emprego, ausente, assim, o dolo específico” (RT 613/347).

Destarte, diante de tais circunstâncias, o recurso ministerial não merece ser provido.

No que tange ao recurso voluntário do recorrente, objetivando a decretação da absolvição quanto ao delito de receptação dolosa, importa asseverar que a materialidade do delito ficou confirmada pelo termo de declaração de fls. 11, termo de apreensão de fls. 15 e termo de reconhecimento e entrega de fls. 17 que atesta-

ram que os objetos encontrados na residência de Gilberto de Carvalho foram furtados do barco Espada, que se encontrava ancorado no cais da Ita-sul, tendo inclusive sido reconhecidos e entregues ao Sr. José Carlos Eduardo, responsável pela embarcação enquanto se encontrava ancorada naquele píer.

A autoria, por sua vez, restou demonstrada, como bem asseverou o ilustre Magistrado sentenciante, pela “denúncia à Polícia de que na residência havia objetos furtados, os antecedentes criminais do acusado (já teve três condenações por crimes de furto), e os depoimentos das testemunhas, onde consta que o acusado disse que sabia que os objetos eram furtados, e ainda o alibi não provado de que alugou a residência e os objetos lá se encontravam, dão-nos certeza de que o denunciado recebeu os objetos furtados da embarcação e estava guardando consigo e entre os seus pertences” (fls. 77).

Considerando que os objetos furtados foram encontrados em poder do acusado, caberia a ele provar sua proveniência, pois tal fato acarreta a presunção da responsabilidade do ora apelante em decorrência da inversão do ônus da prova.

O recorrente, no entanto, em vez de declinar de que forma mencionados objetos vieram à sua posse, limitou-se a sustentar afirmações evasivas, como ter alugado a residência em que se encontrava, juntamente com sua família, na semana anterior e estar guardando os aparelhos — produtos de furto —, para uma pessoa de alcunha “Cid” que não foi identificada.

Apesar de o recorrente não ter afirmado, em seus depoimentos, que sabia que os bens guardados eram produtos de crimes, tal circunstância foi elidida pelo testemunho dos policiais militares que afirmaram ter o conduzido, na oportunidade do flagrante, confessado o conhecimento da origem ilícita dos objetos. Acresça-se a isto a própria conduta do acusado que, objetivando eximir-se da perseguição criminal, sustentou alegações, sem prová-las, de forma que a inversão do onus probationem é medida que se impõe.

Aplicável, ao caso, precedente desta egrégia Corte:

“(…) Em tema de receptação, não se exige prova direta da ciência da origem criminosa, é suficiente a posse de coisa, produto de furto, competindo ao possuidor comprovar a origem lícita do bem” (Ap. Crim. n. 99.007688-1, de Videira, rel. Des. Amaral e Silva).

E do corpo do acórdão extrai-se:

“Conquanto a condenação por receptação dolosa exija que o agente tenha prévia ciência da procedência criminosa da coisa adquirida, essa ciência, porque estágio meramente subjetivo do comportamento, é de sutil e difícil comprovação, razão pela qual deve ela ser inferida das demais circunstâncias que lindaram o fato infracional e da própria conduta do acusado” (TACrimSP — Ap. n. 943.555/4 — rel. Des. Barbosa de Almeida — j. 28/3/1996, RJDTACrim. 30/63).

“Destá Corte:

‘Receptação dolosa. Agente que conhecia a origem criminosa dos

objetos comprados. Evidências que fornecem a certeza.

‘A prova do conhecimento da origem criminosa dos objetos adquiridos, no crime de receptação, pode extrair-se da própria conduta do agente e dos fatos circunstanciais que envolvem a infração’ (Ap. Crim. n. 33.187, da Capital, rel. Des. José Roberge).

‘Penal — Receptação — Dolo — Índícios firmes capazes de convencer da vontade livre e consciente de adquirir produto de furto — Recurso desprovido.

‘Sendo o dolo de natureza subjetiva, só fatos objetivos é que são capazes de demonstrar sua ocorrência’ (Ap. Crim. n. 98.016928-3, de Lages, que relatei).

“(…)”

‘Receptação — Posse injustificada da res — Inversão do ônus da prova.

‘Ementa da redação: Em tema de receptação, a só posse injustificada da res faria — como no furto — por presumir a autoria. Ao possuidor, tal sucedendo, é que competiria demonstrar havê-la recebido por modo lícito.

‘A apreensão da res furtiva em poder do acusado enseja, indubitavelmente, inversão do ônus da prova’ (TACrimSP — Rev. Crim. n. 279.894/3 — rel. Juiz Luiz Ambra — j. 19/10/1995, RT 728/543).

‘Na receptação, a apreensão da coisa subtraída em poder do agente gera presunção de sua responsabilidade, invertendo-se o ônus da prova, impondo-se justificativa inequívoca, assim, se esta for dúbia e inverossímil, transmuda-se a presunção em certeza, autorizando, assim, a conde-

nação' (TACrimSP — Ap. n. 1.059.911/3)".

III — Decisão

Ante o exposto, conhece-se dos recursos e nega-se-lhes provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Eládio Torret Rocha. Lavrou parecer, pe-

la douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Valdir Vieira.

Florianópolis, 27 de abril de 2000.

Nilton Macedo Machado,
Presidente com voto;
Torres Marques,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.017136-1, DE XANXERÊ

Relator: Des. Torres Marques

Crime contra os costumes — Estupro — Preliminares de cerceamento de defesa e nulidade do exame pericial rejeitadas — Víctima menor de quatorze anos — Recurso objetivando a absolvição — Autoria evidenciada pela palavra da vítima corroborada pelas provas testemunhais.

Continuidade delitiva — Cometimento de três delitos — Adequação do acréscimo de 1/3 (um terço) para 1/5 (um quinto) — Aumento proporcional ao número de delitos praticados.

Regime prisional integralmente fechado — Estupro ficto — Forma simples — Hediondez afastada — Recurso provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.017136-1, da comarca de Xanxerê, em que é apelante Fioravante Lunardi, sendo apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:

ACORDAM, em Câmara Especial, por unanimidade, dar provimento em parte ao recurso, tão-somente para adaptar a pena.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Perante o Juízo da 1ª Vara da comarca de Xanxerê, Fioravante Lunardi foi denunciado como incurso nas sanções dos arts. 213 e 214, c/c arts. 224, a e b, e 226, III, e 71, todos do CP, por ter, em meados do ano de 1997, abusado sexualmente da menor C. L., aproveitando-se da condição de tio e da relação de co-habitação existente entre eles, obrigando-a à prática de conjunção carnal e atos libidinosos consistentes no coito anal, isto por reiteradas vezes durante um ano e meio.

Requerida a prisão preventiva pelo doutor Promotor de Justiça, esta

foi decretada com fundamento no art. 312 do CPP.

Junto à peça indiciária, vieram os autos de exame de corpo de delito (fls. 15/16), certidão de nascimento da menor C. L. (fls. 18), laudo neurológico da vítima (fls. 25), boletim individual (fls. 28), informação sobre a vida pregressa do indiciado (fls. 27), certidão de casamento (fls. 48), dentre outros.

Concluída a instrução, foi prolatada sentença que julgou procedente em parte a denúncia para absolver o acusado da prática do crime de atentado violento ao pudor, com base na previsão legal do art. 386, VI, do CPP, e condená-lo pela prática do delito de estupro previsto no art. 213, por três vezes, c/c art. 224, a e b, e art. 226, III, todos na forma do art. 71 do CP, à pena de 10 (dez) anos de reclusão, a ser cumprida integralmente em regime fechado, em face do disposto na Lei de Crimes Hediondos.

De referida sentença foi interposto recurso, arguindo, preliminarmente, cerceamento de defesa em virtude do indeferimento das diligências requeridas na fase do art. 499 do Código de Processo Penal, e pelo exame pericial ter sido realizado somente por um perito. No mérito, pugnou pela absolvição do réu em relação à imputação contra si irrogada, em face da ausência de provas.

Contra-arrazoado, ascenderam os autos a esta egrégia Corte de Justiça, lavrando parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Moacyr Moraes Lima Filho, pelo desprovimento do recurso.

II — Voto

Inicialmente, passo a analisar as preliminares argüidas.

Quanto à alegação de nulidade em face do cerceamento de defesa, cumpre ressaltar que a jurisprudência tem decidido reiteradamente que o simples indeferimento das diligências requeridas na fase do art. 499 do Código de Processo Penal não é suficiente para justificar a argüição de nulidade em virtude de cerceamento de defesa, pois o deferimento ou não da realização das diligências requeridas pelas partes estão sujeitos ao livre arbítrio do juiz, podendo ser negadas se consideradas desnecessárias ao deslinde da questão.

Nesses moldes:

“Estupro.

“Preliminares de cerceamento de defesa. Rejeição. Diligências e perícias que em nada acrescentariam para a descoberta da verdade real.

“Mérito. Prova concludente. Palavra da vítima em perfeita consonância com o restante do conjunto probatório, que não deixa dúvidas acerca da prática, pelo réu, do crime de estupro” (Apelação Criminal n. 97.008567-2, rel. Des. Álvaro Wandelli).

Insurge-se o apelante quanto à contrariedade entre os exames periciais realizados na fase indiciária e, posteriormente, na fase judicial. Ambos os exames, embora realizados pelo mesmo perito, apresentaram resultados conflitantes (fls. 15/16 e 88/89). Saliente-se que, ainda na fase de inquérito, foi realizado, especificamente, o exame de debilidade mental (fls. 25), sendo então concordante

com aquele realizado posteriormente na fase judicial.

Ainda que relevante a questão levantada pela defesa, esta não merece prosperar, pois não bastasse a debilidade mental provada por perícia específica (fls. 25 e 88/89), a vítima contava à época dos fatos com 12 anos, conforme se depreende de sua certidão de nascimento juntada a fls. 18.

Nesse caso, milita a presunção de violência duplamente contra o réu. Contudo, importante salientar que bastaria a menoridade a configurar a presunção de violência, conforme perfilha a jurisprudência:

“Violência presumida — Art. 224, a, do Código Penal — Alegado consentimento da ofendida — Irrelevância mesmo diante do caráter relativo da presunção — *Innocentia consilii* caracterizada — Condenação mantida.

“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” (Apelação Criminal n. 98.017488-0, rel. Des. Paulo Gallotti).

No que tange ao mérito, a materialidade do delito restou evidenciada pelo laudo pericial de fls. 15 que mencionou ter havido conjunção carnal, mas que, em virtude de o réu ter mantido relações sexuais com a vítima há aproximadamente meio ano, foi atestada a existência de “hímen roto

sem sinais de lesão perivaginal com ruptura de hímen antigo”.

A autoria, por sua vez, ficou evidenciada pela palavra da vítima colacionada aos autos na fase indiciária e ratificada em Juízo, senão vejamos:

Depoimento de C. L. prestado na fase policial (fls. 20): “...que o tio Fioravante Lunardi esperava todos saírem para manter relações sexuais com a declarante; que a primeira vez a declarante ficou machucada; que o tio Fioravante tinha por costume lhe pegar no banheiro e no paiol; que o tio Fioravante agarrava a declarante a força, pois a mesma tentava fugir; (...) que as primeiras vezes a declarante sentia dor e com o tempo não mais sentiu dor; (...) que a declarante estava lavando a mão, e Fioravante pegou a declarante e colocou-a em seu colo; que, a declarante não queria ficar no colo de seu tio; que seu pai estava junto; que Fioravante dizia que estava somente brincando; que em seguida chegou a sua tia e começou a xingar Fioravante; (...) que seu tio Fioravante mantinha relação com a declarante pela frente e por trás, ou seja cópula carnal e ato diverso da conjunção carnal”.

Depoimento em Juízo da menor C. (fls. 59/60): “...que depois disto por mais duas vezes o acusado abusou da informante no paiol sendo que uma delas o mesmo ‘deitou em cima de mim’; (...) que informa dizendo que todas as 3 vezes o acusado ‘fez aquilo na frente’ referindo-se à introdução do pênis em sua vagina; (...) que outras vezes seu tio também sentou a informante em seu colo, pois ‘ele me ensinava a ler’ (...) que impugna a expressão usada para definir que fez ‘aquilo

na frente', quando consignou-se que houve penetração do pênis em sua vagina...".

A vítima, em ambas as oportunidades, narrou claramente o comportamento do agente, relutando apenas em admitir o coito anal praticado pelo réu, crime pelo qual o acusado restou absolvido.

No entanto, com relação ao crime de estupro consumado, teve sua palavra corroborada pela palavra firme e coerente das demais testemunhas:

Depoimento prestado por V. L., na fase judicial (fls. 57/58): "...que depois disso conversou com seu irmão Fioravante, sendo que 'este se desculpou, dizendo que havia agido errado com minha filha, mas que pedia desculpas'; (...) que o pedido de desculpas ocorreu na 3ª visita que o informante fez ao seu irmão no presídio local, sendo que na oportunidade também se fez presente seu filho E. L.; que nesta oportunidade o acusado disse que estava arrependido do que tinha feito...".

Depoimento prestado por M. B. L. na fase judicial (fls. 61/62): "que certo dia estive na casa da vítima onde encontrou esta sentada no colo de seu acusado, sendo que achou que aquilo não era normal, logo suspeitando da atitude do mesmo; que naquele dia se faziam presentes também o pai e o irmão da menor; (...) que antes disto a menor se queixava de dor no estômago, sendo que informante levou C. para consultar, quando então foi feito o teste de gravidez; que quando o acusado tomou conhecimento somente se limitou a dizer 'que não deveria ter feito aquilo; que o exame deu ne-

gativo; que naquela oportunidade a menor disse que tinha mantido relações com outra pessoa, mas não dizia com quem; que disse ainda 'que não sabia com e que não iria me contar'; que ratifica seu depoimento prestado na fase policial (...) que esclarece que a menor lhe confidenciou ter mantido relações sexuais com o acusado (...) que achou que a reação do acusado quando tomou conhecimento da realização do exame de urina foi imprópria, 'mas eu fiquei quieta'; que não chegou a conversar sobre o assunto com seu marido porque tinha medo do mesmo; que no curso do processo o mesmo inclusive lhe fez ameaça de morte ...".

Como tem sido decidido reiteradas vezes, a palavra unívoca da vítima, corroborada pelos depoimentos das demais testemunhas, deve ser levada em consideração para auferir-se um razoável grau de certeza que justifique a condenação.

Assim:

"(...) Penal — Estupro — Violência presumida, art. 224, a e b, do CP — Condenação mantida — Recurso desprovido — Precedentes jurisprudenciais.

"No crime de estupro, geralmente praticado às escondidas e sem testemunhas, a palavra da vítima, quando firme, coerente e corroborada pelos demais elementos de prova, é suficiente para a condenação, ainda mais quando o réu não apresenta justificativa plausível para a grave acusação de que foi alvo.

"Sendo a vítima menor de 14 anos e débil mental, presume-se a violência" (Apelação Criminal n.

99.005992-8, de Xanxerê, rel. Des. Amaral e Silva).

No mesmo sentido:

“Crime contra os costumes — Prova — Condenação baseada nas declarações da vítima — Admissibilidade, se, além da palavra do réu, nenhum outro elemento probatório a contrariar.

“Se, além da palavra do réu, nenhum outro elemento de prova contraria a da vítima de crime contra os costumes, as declarações desta podem autorizar sentença condenatória, salvo se contraditórias ou inverossímeis, ou eivadas de outro vício que impeça a verificação da certeza indispensável à sustentação do decreto condenatório” (TJSE — Ap. n. 75/96 — rel. Des. José Barreto Prado — j. 24/5/98, RT 755/716).

De outra banda, as provas produzidas em defesa do acusado em nada socorrem a pretensão reformatória da decisão monocrática, porquanto limitaram-se a reproduzir vagamente o que ouviram dizer. Foi o caso do testemunho prestado por A. M., a fls. 69: “...que os comentários do pessoal era de que ele tinha se aproveitado da menina...”.

A dosimetria da pena efetuada pelo Magistrado sentenciante deve ser adequada relativamente à aplicação da continuidade delitiva.

O aumento de 1/3 (um terço) em relação ao crime continuado deve ser considerado exacerbado pois, segundo consta dos autos, o réu praticou por três vezes o delito de estupro e, sopesando a orientação do Supremo Tribunal Federal, de que o aumento da pena deve ser proporcional ao

número de crimes cometidos, mencionado acréscimo deve ser minorado.

Quanto ao aumento da pena no crime continuado, ensina Julio Fabbri Mirabete:

“Para esse aumento, deve-se levar em conta, primordialmente, o número de ilícitos praticados pelo agente. Diante da adoção do sistema trifásico, deve o aumento incidir não sobre a pena-base, mas sobre a pena resultante da consideração das agravantes, atenuantes, causas de aumento e causas de diminuição da pena, se existentes”.

Observa-se, in casu, a tabela publicada por Damásio de Jesus, in Código Penal Anotado, 9ª ed., Saraiwa, 1999, pág. 233:

“Critério de acréscimo de pena para o efeito de continuidade delitiva adotado pelo Tribunal de Alçada Criminal: 1 — dois crimes: acréscimo de um sexto; 2 — três delitos: um quinto; 3 — quatro crimes: um quarto; 4 — cinco delitos: um terço; 5 — seis crimes: metade; 6 — sete delitos ou mais: dois terços”.

Dessa maneira, a sentença prolatada deve ser reformada tão-somente para diminuir o acréscimo referente à causa geral de aumento de pena, referente à continuidade delitiva, de 1/3 (um terço) para 1/5 (um quinto).

Assim, acresce-se a pena provisória de 7 (sete) e 6 (seis) meses de reclusão em 1/5 (um quinto), ou seja, em 1 (um) ano e 6 (seis) meses pelo crime continuado, tornando-a definitiva em 9 (nove) anos de reclusão.

Por derradeiro, verifica-se na sentença condenatória que o réu fora condenado ao regime prisional inte-

gralmente fechado por se tratar de crime hediondo.

Contudo, tenho entendimento diverso quanto à classificação desta modalidade criminosa como hedionda, ainda que a vítima seja menor.

Nesse norte, cito decisão do colendo Superior Tribunal de Justiça:

“O estupro ficto não é crime hediondo visto que não arrolado no art. 1º da Lei n. 8.072/90. Afasta-se, pois, a incidência da restrição inculpada no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90 (Precedentes do STF e STJ)” (HC n. 9.642, 5ª T., rel. Min. Felix Fischer).

“Por não ser o estupro ficto crime hediondo, concedo a ordem, de ofício, para afastar a aplicação do regime integralmente fechado, adotando-se por correto o cumprimento prisional inicialmente fechado (Precedentes)” (HC n. 10.632, 5ª T., rel. Min. Felix Fischer).

Na mesma esteira o entendimento de que não constitui crime hediondo o atentado violento ao pudor na forma simples, ou seja, quando não seguido de lesão corporal grave ou morte, conforme expressamente dispõe o art. 1º, VI, da Lei n. 8.072/90.

Nesse sentido, a jurisprudência:

“Penal. Atentado violento ao pudor. Forma simples. Classificação como crime hediondo. Divergência. — O Supremo Tribunal Federal, analisando a controvérsia instaurada sobre o alcance da Lei n. 8.072/90, proclamou o entendimento de que o atentado violento ao pudor praticado sem violência real situa-se fora do rol dos

crimes hediondos, admitindo-se o cumprimento da pena no regime inicial fechado (HC n. 78.305—MG, rel. Min. Néri da Silveira). Precedente desta Sexta Turma (HC n. 10.260—SP, rel. Min. Fernando Gonçalves). — Recurso Especial conhecido” (REsp. n. 210690/RO, Recurso especial, rel. Min. Vicente Leal, j. em 7/10/99).

Com efeito, não havendo previsão legal para a hediondez da conduta, esta não poderá ser assim considerada, uma vez que a norma penal deve ser interpretada restritivamente, não podendo o intérprete completar as lacunas em detrimento do réu.

Sendo assim, concedo o afastamento do regime integralmente fechado, adotando-se por correto o cumprimento prisional inicialmente fechado.

III — Decisão

Pelo exposto, rejeitam-se as preliminares argüidas e dá-se provimento em parte ao recurso tão-somente para adaptar a pena.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo Sr. Des. Eládio Torret Rocha. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho.

Florianópolis, 27 de abril de 2000.

Nilton Macedo Machado,
Presidente com voto;
Torres Marques,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.021493-1, DE LAURO MÜLLER**Relator: Des. Torres Marques**

Processo penal — Nulidade — Sentença criminal extra petita — Inocorrência.

Crime contra o patrimônio — Recepação qualificada (CP, art. 180, §§ 1º e 2º) — Sujeito ativo.

O sujeito ativo do delito de recepação qualificada é só o comerciante ou o industrial.

Crime contra o patrimônio — Recepação (CP, art. 180) — Intermediação e venda de carteiras nacionais de habilitação — Configuração de crime de falsidade de documento público (CP, art. 297) — Concurso de pessoas — Adequação típica — Fatos descritos na denúncia — Possibilidade — Inteligência do art. 617 do CPP.

“Pratica o crime do artigo 297 do Código Penal quem falsifica ou cria falsamente Carteira Nacional de Habilitação, bem como aquele que intermedia a venda do referido documento” (Ap. Crim. n. 98.017497-0, de Seara, rel. Des. Amaral e Silva, j. 9/2/99).

Crime contra a fé pública — Uso de documento falso (CP, art. 304) — Condenação mantida — Absolvição de co-réu por ausência de exame de corpo de delito em crime que deixou vestígios — Inteligência do art. 158 do CPP.

Impõe-se a absolvição do agente que foi condenado por uso de documento falso, se não foi realizado exame de corpo de delito com os documentos tidos como falsificados encartados nos autos, nos termos do art. 158 do CPP.

Crime de trânsito — Dirigir veículo sem habilitação (CT, art. 309) — Ausência de perigo concreto — Ilícito administrativo (CT, art. 162) — Absolvição decretada.

Dirigir sem habilitação somente é crime quando o motorista o faz de forma anormal, expondo um número indeterminado de pessoas a perigo concreto; o contrário caracteriza ilícito administrativo (CT, art. 162).

Pena criminal — Adequação — Extensão da decisão aos co-réus não-apelantes.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.021493-1, da comarca de Lauro Müller, em que são apelantes Valcir Alberton Felizardo, Romar Nunes e João Antônio Leopoldo, sendo apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:

ACORDAM, em Câmara Especial, por votação unânime, conhecer do recurso para: 1) dar provimento ao recurso de Romar Nunes para absolvê-lo das sanções dos arts. 180, caput, e 304, ambos do CP, e art. 309 da Lei n. 9.503/97; 2) dar provimento parcial ao recurso de Valcir Alberton Felizardo para, mantida a sentença dando-o como incurso nas sanções do art. 304 do CP, condená-lo ao cumprimento de penas restritivas de direitos de prestação de serviços à comunidade e 10 (dez) dias-multa, no valor mínimo legal, substitutiva de 2 (dois) anos de reclusão, sem prejuízo do pagamento da multa-tipo imposta de 12 (doze) dias, também no valor mínimo legal; 3) dar provimento parcial ao recurso de João Antônio Leopoldo para condená-lo à pena privativa de liberdade de 3 (três) anos, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, e pagamento de 15 (quinze) dias-multa, no valor mínimo legal, por infração ao art. 297, c/c art. 71, ambos do CP; 4) estendendo-se a decisão aos co-réus não-apelantes Carlos José de Souza e Dirceu Olavo Cândido para condená-los ao cumprimento de penas restritivas de direitos de prestação de serviços à comunidade e 10 (dez) dias-multa, no valor mínimo legal, substitutiva de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, além da multa-tipo de pagamento de 12 (doze) dias, também no

valor mínimo legal, por infração ao art. 297, c/c art. 71, ambos do CP.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Na comarca de Lauro Müller, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Valcir Alberton Felizardo e Romar Nunes, nas sanções dos arts. 180, caput, e 304, do CP, e art. 309 da Lei n. 9.503/97, na forma do art. 69 do CP; Salésio da Rosa e Valdeci da Rosa, nas sanções do art. 180, caput, do CP; e Carlos José de Souza, Dirceu Olavo Cândido e João Antônio Leopoldo, nas sanções do art. 180, §§ 1º e 2º, c/c art. 71, ambos do CP, segundo narra a exordial acusatória:

"Em data de 4 de fevereiro de 1999, por volta das 18h10min, o denunciado Valcir Alberton Felizardo foi interceptado pela polícia local quando conduzia a motocicleta de sua propriedade pela Rodovia SC 438, no sentido de Lauro Müller—Orleans. Ao ser abordado, os policiais militares Giovani Torres Pickler e Claudir José Caon de imediato solicitaram ao mesmo que apresentasse a respectiva documentação, oportunidade em que Valcir Alberton Felizardo fez uso de documento público falsificado consistente na Carteira Nacional de Habilitação (CNH) n. 060164698, registrada sob o n. 52.348106-3, 'expedida' pelo Departamento de Trânsito do Estado do Paraná, apresentando-o à força policial (conforme termo de apreensão de fls. 10).

"Assim, na oportunidade, restou evidenciado que, além de utilizar-se de documento público falsificado, Valcir Alberton Felizardo dirigia veículo auto-

motor, em via pública, sem a devida e necessária habilitação, infringindo as disposições pertinentes.

“Indagado a respeito de tal conduta criminosa, Valcir Alberton Felizardo admitiu que, ciente de sua proveniência ilícita, adquiriu tal CNH, em proveito próprio, dos denunciados Carlos José, João Antônio e Dirceu Olavo Cândido por volta do mês de junho do ano de 1998, tendo pago pela mesma a importância de R\$ 200,00 (duzentos reais).

“Segundo apurado, no dia 11 do mês de janeiro do ano em curso, da mesma forma e em circunstâncias semelhantes, o denunciado Romar Nunes foi abordado pela Polícia Militar (mais precisamente pelo Sargento Celso Pedro Costa) na localidade de Farroupilha, nesta cidade, oportunidade em que fez uso da Carteira Nacional de Habilitação n. 060750377, categoria A2C, registro n. 51.588861-3, ‘expedida’ pelo Detran do Paraná (termo de apreensão de fls. 60), documento público falsificado que havia sido adquirido pelo mesmo em data não perfeitamente individualizada, mas sabendo-se ser no decorrer dos meses de junho/julho do ano de 1998, dos denunciados Carlos José de Souza, Dirceu Olavo Cândido e João Antônio Leopoldo.

“Solicitadas informações à coordenadoria responsável pela emissão da carteira apresentada por Romar Nunes, foi informado que o documento que o mesmo vinha fazendo uso e apresentando como sendo sua habilitação para dirigir não conferia com os dados constantes dos registros do Departamento de Trânsito do Paraná, ficando evidenciado que, além de fazer uso de docu-

mento falsificado, o mesmo dirigia automotor, em via pública, sem a devida e necessária habilitação, infringindo as disposições legais.

“A partir de então, a polícia local descobriu que assim como os denunciados Valcir Alberton Felizardo e Romar Nunes, no decorrer do 2º semestre do ano de 1998, provavelmente entre os meses de junho e novembro, os também denunciados Salésio da Rosa e Valdeci da Rosa (como também Vamilton da Silva — denunciado no Auto de Prisão em Flagrante n. 087.99.000075-0), cientes de sua proveniência ilícita adquiriram em proveito próprio de Carlos José de Souza, Dirceu Olavo Cândido e João Antônio Leopoldo, pelo preço de R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais), diversas carteiras nacionais de habilitação, as quais foram tombadas sob os ns. 060164698 (tanto a adquirida por Salésio quanto a de Valdeci), categorias A2B e A2C, e registradas sob os números 53.296738-3, 52.145470-0, respectivamente, todas ‘expedidas’ pelo Departamento de Trânsito do Estado do Paraná (conforme termos de apreensão de fls. 18 e 24).

“Impende salientar que Valcir Alberton Felizardo, Salésio da Rosa, Valdeci da Rosa e Romar Nunes tinham pleno conhecimento da ilicitude de suas condutas, haja vista que mencionadas carteiras eram ‘expedidas’ pelo Departamento Nacional de Trânsito do Paraná, sem que, para tanto, fossem os mesmos submetidos a qualquer exame ou teste, ou mesmo se dirigissem a tal repartição especializada. Além disso, as carteiras adquiridas por Valcir, Salésio e Valdeci da Rosa possuíam o mesmo número de ordem.

“Das investigações empreendidas, restou evidenciado, ainda, que os denunciados Carlos José de Souza, Dirceu Olavo Cândido e João Antônio Leopoldo há muito estavam artilosa e astuciosamente mancomunados no intento de obter vantagem ilícita, inserindo nesta Comarca documentação de trânsito falsificada.

“A partir do mês de junho/98, os denunciados Carlos José de Souza, Dirceu Olavo Cândido e João Antônio Leopoldo, em conluio com uma pessoa não identificada e com pleno conhecimento da ilicitude de suas condutas, mas objetivando sobretudo auferir lucro fácil, passaram a utilizar-se indevidamente de carteiras de habilitação falsificadas, fazendo uso das mesmas ao vender referido produto de crime a terceiros pessoas tais como os co-denunciados Valcir, Salésio, Valdeci, Romar e Vamilton da Silva (denunciado no Auto de Prisão em Flagrante n. 087.99.000075-0), desempenhando, nesse intento, verdadeira atividade comercial consistente no comércio irregular e clandestino de documentos falsificados.

“No mesmo propósito e previamente ajustados, em outubro do ano transato, Carlos José de Souza, Dirceu Olavo Cândido e João Antônio Leopoldo venderam a Vamilton da Silva, pelo preço de R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais), a Carteira Nacional de Habilitação n. 060164698 (mesmo número de ordem das CNHs entregues a Valcir Felizardo, Salésio da Rosa e Valdeci da Rosa), registro 51.697049-6, documento público que, assim como os demais anteriormente mencionados, era falso.

“Na divisão de tarefas, Carlos José, Dirceu e João Antônio combinaram que, cada R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais) auferidos a partir das práticas delituosas perpetradas, R\$ 50,00 (cinquenta reais) seriam divididos entre Carlos José e Dirceu, sendo que os R\$ 200,00 (duzentos reais) restantes seriam destinados a João Antônio.

“Ficou comprovado, também, que para lograr êxito nas investidas delituosas, quando não se deslocava até esta Comarca, João Antônio utilizava-se de diversos terminais telefônicos — (047) 446-0571, (047) 432-9021 (residência de ‘Lorena’) e (047) 432-0745 (residência de ‘Nilson’), através dos quais o mesmo recebia as ‘encomendas’ e providenciava a emissão e remessa dos documentos falsificados” (fls. 2/7).

O processo foi suspenso em relação aos acusados Salésio e Valdeci da Rosa, nos termos do art. 89 da Lei n. 9.099/95.

Concluída a instrução criminal, restaram condenados:

— João Antônio Leopoldo, às penas de cumprimento de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 20 (vinte) dias-multa, por infração ao disposto no art. 180, §§ 1º e 2º, c/c art. 71, 62, I, e 65, III, d, todos do CP;

— Carlos José de Souza, ao cumprimento de penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e limitação de final de semana, substitutivas da pena de cumprimento de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime semi-aberto, sem prejuízo do pagamento da multa-tipo de 13 (treze) dias-multa, por in-

fração ao disposto no art. 180, §§ 1º e 2º, c/c art. 71, e 65, III, d, todos do CP;

— Dirceu Olavo Cândido, ao cumprimento de penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e limitação de final de semana, substitutivas da pena de cumprimento de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime semi-aberto, sem prejuízo do pagamento da multa-tipo de 13 (treze) dias-multa, por infração ao disposto no art. 180, §§ 1º e 2º, c/c art. 71, e 65, III, d, todos do CP;

— Valcir Alberton Felizardo, ao cumprimento de penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e limitação de final de semana, substitutivas da pena de cumprimento de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de detenção, em regime aberto, sem prejuízo do pagamento da multa-tipo de 24 (vinte e quatro) dias-multa, por infração ao disposto no art. 180, caput, e 304, ambos do CP, e art. 309 da Lei n. 9.503/97, 65, III, d, e 69 ambos do CP.

— Romar Nunes, ao cumprimento de penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e limitação de final de semana, substitutivas da pena de cumprimento de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de detenção, em regime aberto, sem prejuízo do pagamento da multa-tipo de 24 (vinte e quatro) dias-multa, por infração ao disposto no art. 180, caput, e 304, ambos do CP, e art. 309 da Lei n. 9.503/97, 65, III, d, e 69, ambos do CP.

Inconformados, apelaram os réus:

— João Antônio Leopoldo, requerendo absolvição, aos argumentos de inexistência de provas para a con-

denação, crime impossível e ausência de elemento essencial para configuração do crime de receptação qualificada; alternativamente, pugna pela diminuição da pena-base ao mínimo legal, exclusão da circunstância agravante do art. 62, I, do CP, reconhecimento de crime único ou crime continuado no patamar de 1/6 (um sexto) e, no caso de manutenção da condenação, imposição de “regime domiciliar”;

— Valcir Alberton Felizardo alegou nulidade da sentença por desobediência ao disposto no art. 384 do CPP, ausência de elemento essencial para configuração do crime de receptação, requerendo a absolvição ou desclassificação para o crime de receptação culposa, falsificação grosseira quanto ao crime do art. 304 do CP e inexistência de perigo de dano quanto ao crime do art. 309 da Lei n. 9.503/97; alternativamente, pugna pela diminuição da pena-base ao mínimo legal, substituição da pena restritiva de direito de limitação de final de semana por prestação pecuniária e sursis;

— Romar Nunes, requer absolvição, ao argumento de inexistência de dolo quanto aos crimes de receptação e falsificação de documento, não tendo feito uso da carteira falsificada, sendo, aliás, o primeiro absorvido pelo segundo.

Com as contra-razões, os autos ascenderam a esta Instância, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo conhecimento dos recursos, provimento parcial ao interposto por João Antônio Leopoldo, para desclassificar o crime de receptação qualificada para a figura fundamental, adequando-se-lhe a pena imposta, desprovendo-se os demais.

II — Voto

Trata-se de recursos interpostos por Valcir Alberton Felizardo, Romar Nunes e João Antônio Leopoldo, os dois primeiros condenados por infração ao disposto nos arts. 180, caput, e 304, ambos do CP, e art. 309 da Lei n. 9.503/97, 65, III, d, e 69, ambos do CP, e o terceiro como incurso nas sanções do art. 180, §§ 1º e 2º, c/c art. 71, 62, I, e 65, III, d, todos do CP.

1. De pronto afasta-se a alegada nulidade da sentença por desobediência ao disposto no art. 384 do CPP, suscitada por Valcir Alberton Felizardo, ao argumento de que a condenação de Primeiro Grau constituiu caso de mutatio libelli sem as providências do art. 384 do CPP, sendo condenado além dos preceitos pelos quais teria sido denunciado (arts. 304 do CP e 309 da Lei n. 9.503/97) (fls. 392).

Na verdade, consoante leitura atenta da exordial acusatória, vê-se que lhe foram imputadas expressamente as infrações aos arts. 180, caput, e 304, ambos do CP, e art. 309 da Lei n. 9.503/97, c/c art. 69 do CP.

2. Nos meses de janeiro e fevereiro de 1999, na comarca de Lauro Müller, policiais militares interceptaram os denunciados Valcir Alberton Felizardo e Romar Nunes que conduziam veículos automotores, sem a devida e necessária habilitação, apresentando carteiras nacionais de habilitação (CNHs) falsificadas, expedidas pelo Departamento de Trânsito do Estado do Paraná (fls. 10 e 60).

Tais carteiras foram adquiridas dos denunciados Carlos José de Souza, João Antônio Leopoldo e Dirceu Olavo Cândido, aproximadamente 6

(seis) meses antes, pela importância variável de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 250,00 (duzentos e cinqüenta reais), com evidente consciência da origem ilícita dos documentos, não tendo sido submetidos aos exames e testes específicos, além de possuírem o mesmo número de ordem.

As investigações efetuadas pela Polícia deram conta de que no segundo semestre de 1998 os denunciados Salésio da Rosa e Valdeci da Rosa também adquiriram carteiras de habilitação de Carlos José de Souza, Dirceu Olavo Cândido e João Antônio Leopoldo, pelo preço de R\$ 250,00 (duzentos e cinqüenta reais), expedidas pelo Departamento de Trânsito do Estado do Paraná (fls. 18 e 24).

Ainda, e previamente ajustados, em outubro de 1998, Carlos José de Souza, Dirceu Olavo Cândido e João Antônio Leopoldo venderam a Vamilton da Silva, pelo preço de R\$ 250,00 (duzentos e cinqüenta reais), a Carteira Nacional de Habilitação n. 060164698 (mesmo número de ordem das CNHs entregues a Valcir Felizardo, Salésio da Rosa e Valdeci da Rosa), registro 51.697049-6, documento público que, assim como os demais anteriormente mencionados, era falso.

Dessa forma, restou evidenciado que os denunciados Carlos José de Souza, Dirceu Olavo Cândido e João Antônio Leopoldo, a partir do mês de junho/98, em conluio com uma pessoa não identificada e com pleno conhecimento da ilicitude de suas condutas, mas objetivando sobretudo auferir lucro fácil, passaram a utilizar-se indevidamente de carteiras de habilitação falsificadas, vendendo-as a terceiros, tais como os co-denuncia-

dos Valcir, Salésio, Valdeci e Romar, além de Vamilton da Silva.

Constituindo um verdadeiro comércio clandestino e paralelo de carteiras de habilitação, os denunciados Carlos José e Dirceu repassavam as informações ao denunciado João Antônio, inclusive por telefone, que providenciava a emissão e remessa dos documentos falsificados; para tais tarefas, Carlos José, Dirceu e João Antônio combinaram que, de cada R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais) auferidos a partir das práticas delituosas perpetradas, R\$ 50,00 (cinquenta reais) seriam divididos entre Carlos José e Dirceu, sendo que os R\$ 200,00 (duzentos reais) restantes seriam destinados a João Antônio.

A sentença condenatória atribuiu aos denunciados a prática de crimes de receptação qualificada (CP, art. 180, §§ 1º e 2º), receptação dolosa (CP, art. 180, caput), uso de documento falso (CP, art. 304) e direção sem a devida permissão ou habilitação (Lei n. 9.503/97, art. 309).

No entanto, data venia do entendimento da ilustre Promotora de Justiça, bem como do Dr. Juiz de Direito sentenciante, há que se operar a adequação da conduta ao fato típico que, na hipótese, não se subsume ao tipo do crime de receptação, crime autônomo que não possui caráter próprio e recebe as características do delito antecedente.

Caracteriza-se pelo fato de “adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte” (CP, art. 180), exigindo-se, pois, que o objeto material

da receptação seja produto de crime, via de regra, contra o patrimônio.

Isso se diga porque nada impede que o objeto do crime de receptação seja oriundo de qualquer outra espécie de crime, como afirma Nelson Hungria:

“Embora incluída na classe dos crimes patrimoniais, a receptação, em face do Código brasileiro, não está subordinada à condição de que seja patrimonial o crime precedente ou crime a quo (strafbar Vortat): pode ser presuposto dela todo crime que haja proporcionado ao seu autor um proveito econômico, que vem a ser consolidado ou assegurado, animo lucrandi, pelo receptor. Não somente o furto, o roubo, a extorsão, a apropriação indébita ou o estelionato, mas também o peculato, a moeda falsa, a falsidade documental, o suborno passivo, a prevaricação cúpida, a concussão, o lenocínio, o contrabando, o crime mercenário em geral. A receptação pode ser definida como o crime que acarreta a manutenção, consolidação ou perpetuidade de uma situação patrimonial anormal, decorrente de um crime anterior praticado por outrem. É um crime parasitário de outro crime” (Comentários ao Código Penal, RJ, Forense, vol. VII, pág. 296).

Em caso idêntico, colhe-se trecho de julgado do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

“Embora provada a compra dos ‘espelhos’ falsos de Carteira Nacional de Habilitação (f.) pelas confissões do réu (f.), auto de apreensão (f.) e testemunho do investigador que as arrecadou (f.), não tipificado o delito de receptação.

“Se é exato que o crime precedente à receptação não necessita ser

patrimonial e pode, em alguns casos, ser o de falso documental, não é menos certo que a receptação, sendo delito contra o patrimônio, supõe sempre lesão a esse bem jurídico.

‘A receptação — escreve Hele- no Cláudio Fragoso — constitui uma nova violação do direito já anteriormente agredido, mantendo ou perpetuando uma situação antijurídica’ (Lições de Direito Penal — PE, vol. 2º, pág. 160, 3ª ed., Bushatsky, 1977).

“Por importar em nova violação de direito já anteriormente agredido e ter como objetividade jurídica o patrimônio, a receptação supõe que o delito a quo seja patrimonial ou, quando menos, envolva, de algum modo, situação patrimonial, como ocorre no peculato, no contrabando, na corrupção ativa e em alguns casos de falso documental. Nesses casos, apesar da objetividade jurídica principal do crime antecedente ser a administração pública ou a fé pública, o bem jurídico secundário é o patrimônio (público ou particular), cuja lesão a prática do delito do art. 180 do CP mantém ou perpetua.

“Com a luminosa clareza que constitui a sua marca, ensina Nelson Hungria: ‘A receptação pode ser definida como o crime que acarreta a manutenção, consolidação ou perpetuidade de uma situação patrimonial anormal, decorrente de um crime anterior praticado por outrem’ (Comentários ao Código Penal, vol. VII, pág. 296, 1ª ed., Forense, 1955).

“Porque é indispensável a existência de ‘uma situação patrimonial anormal, decorrente de um crime anterior’, configura o delito de receptação o recebimento, em proveito próprio ou alheio, de letra de câmbio,

promissória, ou cheque que se sabe falsos, mas não o recebimento doloso de ‘espelhos’ falsos de carteira nacional de habilitação, cuja criação criminosa não acarretou ‘situação patrimonial anormal’.

“Deve, pois, ser o réu absolvido da receptação dos ‘espelhos’ falsos, com fundamento no art. 386, III, do CPP” (RT 731/573).

Vale ressaltar, neste ponto, também a impropriedade do enquadramento legal dado à conduta dos denunciados Carlos José de Souza, Dirceu Olavo Cândido e João Antônio Leopoldo, na forma do § 1º do art. 180 do CP (Adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, coisa que deve saber ser produto de crime), porquanto não existe nos autos informação de que qualquer deles seja comerciante ou industrial, mesmo na forma do § 2º do art. 180 do CP (Equipara-se à atividade comercial, para efeito do parágrafo anterior, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino, inclusive o exercício em residência); aliás, a própria denúncia os dá como aposentado, servente e de profissão ignorada, respectivamente (fls. 2/3).

Na verdade, a denúncia, tal qual a sentença, partiu de pressuposto equivocado quando admitiu a ocorrência do crime de receptação na forma qualificada pelo exercício da própria atividade ilícita que, na verdade, nada tem de comércio, tanto regular, quanto irregular ou clandestino; daí por que a doutrina, pela disposi-

ção expressa da norma (no exercício de atividade comercial ou industrial), é pacífica em apontar o sujeito ativo do delito de receptação qualificada como sendo “só o comerciante ou o industrial” (Celso Delmanto et alii, 5ª ed., RJ, Renovar, 2000, pág. 388).

3. Assim, as condutas dos denunciados — Carlos José de Souza e Dirceu Olavo Cândido, intermediando as transações realizadas entre Valcir Alberton Felizardo e Romar Nunes e João Antônio Leopoldo, que recebeu as encomendas e providenciou a emissão e remessa dos documentos falsificados — concorreram para a consumação do crime do art. 297 do CP (Falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro), senão com a confecção dos documentos (não há prova de que o acusado João Antônio os tenha falsificado), mas pela intermediação e, a toda evidência, não podem ser punidos por crime de receptação.

Nesse passo, na esteira das disposições do art. 29 do CP, o ato de haverem intermediado a venda dos documentos falsificados basta a condenação nas penas do art. 297 do Código Penal eis que “o crime de falsum, dentre os plurissubsistentes, admite a participação, na medida de se encadearam em relevância causal condutas de mais de um agente, a partir da feitura material da contrafação até as que vierem potencializar o eventus damni, por concorrerem objetivamente para o uso do documento...” (TJSP — Ap. Crim. n. 162.963-3 — rel. Des. Gonçalves Nogueira — j. 6/2/96, JUIS — Jurisprudência Informatizada Saraiva n. 11).

No mesmo sentido:

“Falsificação de documento público — Concurso de pessoas — Caracterização — Intermediação na venda de carteira nacional de habilitação — Ciência da falsidade — Não localização no núcleo do tipo — Irrelevância — Conduta que concorre materialmente para o uso do documento — Recurso não provido. A intermediação na venda de carteira nacional de habilitação, havendo ciência da falsidade, configura a participação no crime de falsidade de documento público, por ser conduta que concorre materialmente para o uso do documento” (TJSP — Ap. Crim. n. 135.262-3 — rel. Des. Gonçalves Nogueira — j. 12/9/94).

Ainda, deste egrégio Sodalício:

“Processual e penal — Falsidade documental e uso — Carteira nacional de habilitação — Concurso de pessoas — Delitos configurados — Precedentes jurisprudenciais.

“Pratica o crime do artigo 297 do Código Penal quem falsifica ou cria falsamente carteira nacional de habilitação, bem como aquele que intermedia a venda do referido documento.

“Quem vende ou fornece CNHs falsificadas não comete estelionato, mas falsidade documental em co-autoria, porquanto concorre para o falsum, sendo a obtenção da vantagem ilícita simples consequência” (Ap. Crim. n. 98.017497-0, de Seara, rel. Des. Amaral e Silva, j. 9/2/99).

4. Ressalte-se, neste ponto, ser possível a adequação típica das condutas diante da descrição dos fatos feita na denúncia, haja vista que o réu, como se sabe, defende-se destes e não da capitulação inicial dada.

Assim, “descrevendo a denúncia fatos típicos penais, pode o juiz e

mesmo o Tribunal (art. 617, CPP), em observância a estes, dar-lhes nova definição jurídica, na forma estabelecida no art. 383 do CPP, sem que tal procedimento acarrete nulidade ao julgado" (Ap. Crim. n. 31.219, de Ituporanga, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. 3/10/95).

É o caso dos autos, conforme se lê na exordial acusatória, anteriormente transcrita.

5. Quanto aos acusados Valcir Alberton Felizardo e Romar Nunes que forneceram os dados, pagaram pelo serviço e utilizaram-se dos documentos falsificados por mais de 6 (seis) meses até que foram interceptados pela Polícia Militar, tendo o primeiro, inclusive, apresentado falsa carteira quando os policiais Giovani Torres Pickler (fls. 15/16 e 236/237) e Claudir José Caon (fls. 16 e 238/239) a solicitaram.

Nas oportunidades em que foram inquiridos, os acusados confessaram a prática do ilícito, afirmando que compraram as "carteiras", sem terem efetuado qualquer tipo de teste para a sua emissão, gerando a certeza do conhecimento da falsidade do documento (fls. 17/18, 68/69, 167/168 e 173/174).

Nesse sentido:

"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. 118.099-3/7) (RT 697/281).

Ainda:

"Uso de documento falso. Carteira nacional de habilitação adquirida sem prestação dos exames necessários e com assinatura falsa. Irrecusá-

vel o dolo genérico, não sendo aceitável a escusa de que o desvio dos agentes da administração pública na expedição de carteiras de habilitações falsas dá margem a que se tenha como verdadeiras as carteiras adquiridas sem o atendimento das exigências legais" (STF, RT 647/385).

No mais, deve ser afastada a alegação do apelante Romar Nunes de que o delito não restou caracterizado porque "não exibiu o documento".

É que, nesta Corte, já se decidiu, na esteira do entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que "pratica o crime de uso de documento falso o motorista de automóvel que, ao ser abordado por patrulheiros rodoviários, exhibe-lhes carteira nacional de habilitação falsa, que comprara de terceiro. Para a configuração do delito é indiferente que o documento falso saia da esfera do agente por iniciativa dele próprio, ou por exigência da autoridade, porque o crime se tipifica se o documento falso for empregado em sua específica destinação probatória, como evidência dos fatos juridicamente relevantes a que se refere, fazendo-se passar por autêntico ou verídico" (STJ, Lex 17/198) (Ap. Crim. n. 33.786 (88.086936.0)).

Da mesma forma, há que ser afastado o argumento de crime impossível, pela inidoneidade do meio empregado, no caso as falsas carteiras nacionais de habilitação, aventado pelos apelantes João Antônio, que delas não se utilizava, e Valcir Alberton Felizardo, pois não se trata de falso grosseiro e sim de hábil imitação, "editado em software apropriado" (fls. 159), apta a enganar, ainda mais quando plastificada, como é usual e corrente; tan-

to isso é verdade que este não hesitou em mostrar a carteira quando solicitado.

Assim, deve ser mantida a condenação do apelante Valcir Alberton Felizardo apenas nas sanções do art. 304 do CP.

6. Melhor sorte socorre ao apelante Romar Nunes, devendo ser absolvido da imputação assestada contra si quanto ao crime do art. 304 do CP, eis que, tratando-se de crime que deixa vestígios, indispensável a realização de perícia, no caso requerida e não confeccionada, consoante se vê da certidão de fls. 265v. (com relação ao documento descrito no termo de apreensão de fls. 70, consistente em uma CNH emitida em nome de Romar Nunes, restou encaminhado pela autoridade policial à perícia técnica, pelo Ofício n. 027/99 (fls. 78), do qual até agora não se obteve resposta).

Concluída a instrução, apresentadas as alegações finais e prolatada a sentença, a necessária perícia não aportou aos autos e, como é cediço, “é imprescindível para a condenação por uso de documento falso a realização de perícia que comprova essa falsidade, demonstrando a materialidade do delito. Assim, é de se absolver o réu da condenação por uso de carteira de habilitação de motorista falsa, se não se realizou a perícia para comprovação da falsidade do documento, sendo insuficiente a confissão do réu e a declaração do Detran de que em nome de outro o prontuário constante na carteira de motorista” (RF 304/288).

Ainda:

“Se a imputação concerne a falso material, com os documentos tidos como falsificados estando encartados nos

autos, impõe-se o exame de corpo de delito, nos termos do art. 158 do CPP. A inobservância da formalidade induz nulidade absoluta (arts. 564, III, b, e 572, do CPP)” (STJ — TRF-Lex 35/355).

Assim, a absolvição do apelante Romar Nunes quanto ao crime do art. 304 do CP se impõe.

7. Da mesma forma, há que ser afastada a condenação dos apelantes Valcir Alberton Felizardo e Romar Antunes, seguindo o entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência, encampada por Damásio de Jesus, no sentido de que “a condução inabilitada, isoladamente, conduz só ao ilícito administrativo (CT, art. 162). Transforma-se em crime somente quando o motorista dirige de forma anormal, rebaixando o nível de segurança exigido pelo Estado e, assim, expondo um número indeterminado de pessoas a perigo de dano (perigo coletivo, comum)”.

E continua, citando Zaffaroni e Pierangeli, que o juiz “jamais pode considerar incluídas no tipo aquelas condutas que, embora formalmente se adequem à descrição típica, realmente não podem ser consideradas contrárias à norma e nem lesivas ao bem jurídico tutelado” (Manual, cit., pág. 458)” (Crimes de Trânsito, SP, Saraiwa, 1998, pág. 185).

Esse também é o entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça:

“Penal. Dirigir veículo automotor sem habilitação. Transação. Ilícito contravençional. Atipicidade. CTB.

“1. O art. 32 da Lei das Contravenções Penais, por força do disposto no art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro — Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997 — foi parcialmente revo-

gado, motivo pelo qual, dirigir sem habilitação, após a vigência do CTB (23/1/98 — art. 309, constitui mera infração administrativa (art. 162, I — CTB), salvo quando resultar perigo de dano concreto, hipótese alheia à versada nestes autos.

“2. Ordem concedida para trançar a ação penal pela atipicidade do fato” (HC n. 8.953/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU 27/3/2000, pág. 134).

8. Concluindo, resguardadas as anotações efetuadas, tem-se que a sentença deve ser reformada para:

— absolver os réus Romar Nunes e Valcir Alberton Felizardo das sanções do art. 309 da Lei n. 9.503/97, com fundamento no art. 386, III, do CPP, mantida a condenação deste nas sanções do art. 304 do CP;

— absolver o réu Romar Nunes das sanções do art. 304 do CP, com fulcro no art. 386, II, do CP;

— condenar João Antônio Leopoldo nas sanções do art. 297 do CPP, estendendo-se, de ofício, a decisão aos co-réus não-apelantes Carlos José de Souza e Dirceu Olavo Cândido, em idênticas condições.

9. As penas devem ser adequadas, nos termos deste acórdão:

— Valcir Alberton Felizardo: mantida a condenação nas sanções do art. 304 do CP, tem-se que a pena-base foi fixada em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 12 (doze) dias-multa, em face dos maus antecedentes; na segunda fase foi corretamente considerada a circunstância atenuante da confissão espontânea (CP, art. 65, III, d), reduzindo-se a reprimenda para 2 (dois) anos de reclusão e pagamento de 12 (doze) dias, em regi-

me aberto, tornada definitiva na ausência de outras modificadoras.

A pena privativa de liberdade imposta ao apelante foi substituída por penas restritivas de direitos de prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana, esta, no entanto, sem qualquer fundamentação, razão pela qual se deve deferir-lhe o pleito de reforma da decisão para aplicação da pena de multa, no valor de 10 (dez) dias, no valor mínimo legal, sem prejuízo da multa-tipo imposta.

— João Antônio Leopoldo: considerada a análise do art. 59 do CP efetuada pelo Juiz na sentença ora reformada, que considerou maus os antecedentes do réu, fixa-se a pena-base do crime do art. 297 do CP, em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 12 (doze) dias- multa.

Da mesma forma, deve ser mantida a circunstância agravante do concurso de pessoas (CP, art. 62, I), devidamente comprovadas pelas palavras dos co-réus Carlos José de Souza e Dirceu Olavo Cândido, inclusive mencionando a parca comissão que recebiam do apelante pela intermediação, compensada pelo reconhecimento da circunstância atenuante da confissão espontânea (CP, art. 65, III, d).

Na terceira fase, ausentes causas de especial aumento ou diminuição, mas comprovada a prática de, pelo menos, 4 (quatro) crimes de falsidade de documento público (Valcir, Salésio, Valdeci e Vamilton), aumenta-se a pena em 1/4 (um quarto), totalizando 3 (três) anos, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, e pagamento de 15 (quinze) dias-multa, no valor mínimo legal.

Deixa-se de aplicar a substituição por penas restritivas de direitos porque as circunstâncias e os motivos do crime não demonstram seja ela suficiente.

— Carlos José de Souza: considerada a análise do art. 59 do CP efetuada pelo Juiz na sentença ora reformada, fixa-se a pena-base do crime do art. 297 do CP em 2 (dois) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, deixando de sopesar a circunstância atenuante da confissão espontânea (CP, art. 65, III, d) porque as penas já estão no mínimo legal.

Na terceira fase, ausentes causas de especial aumento ou diminuição, mas comprovada a prática de, pelo menos, 4 (quatro) crimes de falsidade de documento público (Valcir, Salésio, Valdeci e Vamilton), aumenta-se a pena em 1/4 (um quarto), totalizando 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, e pagamento de 12 (doze) dias-multa, no valor mínimo legal.

A pena privativa de liberdade imposta ao apelante foi substituída por penas restritivas de direitos de prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana, esta, no entanto, sem qualquer fundamentação, razão pela qual se deve aplicar-lhe a pena de multa, no valor de 10 (dez) dias, no valor mínimo legal, sem prejuízo da multa-tipo imposta.

— Dirceu Olavo Cândido: considerada a análise do art. 59 do CP efetuada pelo Juiz na sentença ora reformada, fixa-se a pena-base do crime do art. 297 do CP em 2 (dois) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, deixando de sopesar a circunstância atenuante da confissão

espontânea (CP, art. 65, III, d) porque as penas já estão no mínimo legal.

Na terceira fase, ausentes causas de especial aumento ou diminuição, mas comprovada a prática de, pelo menos, 4 (quatro) crimes de falsidade de documento público (Valcir, Salésio, Valdeci e Vamilton), aumenta-se a pena em 1/4 (um quarto), totalizando 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, e pagamento de 12 (doze) dias-multa, no valor mínimo legal.

A pena privativa de liberdade imposta ao apelante foi substituída por penas restritivas de direitos de prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana, esta, no entanto, sem qualquer fundamentação, razão pela qual se deve aplicar-lhe a pena de multa, no valor de 10 (dez) dias, no valor mínimo legal, sem prejuízo da multa-tipo imposta.

III — Decisão

Diante do exposto, por votação unânime, esta egrégia Câmara Especial — Processos Criminais decidiu:

— dar provimento ao recurso de Romar Nunes, para absolvê-lo das sanções dos arts. 180, caput, e 304, ambos do CP, e art. 309 da Lei n. 9.503/97;

— dar provimento parcial ao recurso de Valcir Alberton Felizardo para, mantida a sentença dando-o como incurso nas sanções do art. 304 do CP, condená-lo ao cumprimento de penas restritivas de direitos de prestação de serviços à comunidade e 10 (dez) dias-multa, no valor mínimo legal, substitutiva de 2 (dois) anos de reclusão, sem prejuízo do pagamento

da multa-tipo imposta de 12 (doze) dias, também no valor mínimo legal;

— dar provimento parcial ao recurso de João Antônio Leopoldo para condená-lo à pena privativa de liberdade de 3 (três) anos, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, e pagamento de 15 (quinze) dias-multa, no valor mínimo legal, por infração ao art. 297, c/c art. 71, ambos do CP;

— estender a decisão aos co-réus não-apelantes Carlos José de Souza e Dirceu Olavo Cândido para condená-los ao cumprimento de penas restritivas de direitos de prestação de serviços à comunidade e 10 (dez) dias-multa, no valor mínimo legal, substitutiva de 2 (dois) anos e 6

(seis) meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, além da multa-tipo de pagamento de 12 (doze) dias, também no valor mínimo legal, por infração ao art. 297, c/c art. 71, ambos do CP.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cesar Abreu. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 4 de maio de 2000.

Nilton Macedo Machado,
Presidente com voto;
Torres Marques,
Relator.

RECURSO DE AGRAVO

RECURSO DE AGRAVO N. 99.010072-3, DE LAGES

Relator: Des. Torres Marques

Remição deferida — Dias trabalhados na confecção de artesanato — Recurso ministerial — Alegação de inexistência de fiscalização do trabalho realizado — Manutenção da decisão — Inexistência de distinção da natureza do trabalho para fins de remição — Possibilidade de redução dos dias trabalhados na produção de artesanato — Restrição do § 1º do art. 32 da Lei n. 7.210/84 mitigada pela ausência de outra espécie de atividade laborativa — Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Agravo n.

99.010072-3, da comarca de Lages (1ª Vara), em que é recorrente a Justiça

Pública, por seu Promotor, sendo recorrido José Valdir Oliveira:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de recurso de agravo interposto pelo representante do Ministério Público contra a decisão prolatada pelo Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Lages que declarou remidos os dias trabalhados pelo reeducando José Valdir de Oliveira, na produção de grampos e artesanato.

O recorrente aduziu, em síntese, que não houve fiscalização, controle ou estipulação de horário, por parte da Administração do Presídio, para o exercício do trabalho realizado na confecção de artesanato.

Asseverou, ainda, que as informações quanto aos dias trabalhados devem ser realizadas mensalmente, de acordo com o previsto no art. 129 da Lei de Execuções Penais, e não como procedeu a Administração da Instituição Prisional, que somente em 1999 veio informar que o apenado vem trabalhando desde 1996.

Por estes motivos, pleiteou pela reforma da decisão para serem remidos apenas os dias em que o apenado trabalhou na confecção de grampos, deduzindo-se os dias em que laborou na produção de artesanato.

Contra-arrazoado o recurso e mantida a decisão objurgada, a douta

Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Procurador Paulo Antônio Günther, manifestou-se pelo conhecimento e provimento do recurso.

II — Voto

Dispõe o art. 126 da Lei n. 7.210/84:

“Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semi-aberto poderá remir, pelo trabalho, parte do tempo de execução da pena”.

Mencionado dispositivo estabeleceu uma forma de redenção de parte da pena privativa de liberdade imposta ao apenado, pela remição, instituto pelo qual em virtude do trabalho, o apenado tem direito de reduzir o período em que laborou durante o cumprimento da pena pela qual foi condenado.

In casu, o que se discute é da possibilidade de serem remidos os dias trabalhados pelo reeducando na confecção de artesanato.

A respeito, importa esclarecer que o preceito retromencionado não faz qualquer distinção quanto à natureza do trabalho a ser realizado pelos apenados, para fins de remição, estatuinto apenas tratar-se de um direito subjetivo do condenado, uma vez que implica em redução do prazo de cumprimento da reprimenda. Assim, não há que se fazer uma interpretação restritiva de mencionado artigo, quando esta não foi a intenção do legislador.

Ainda acerca da natureza do trabalho, leciona o professor Julio Fabbrini Mirabete:

“Não distingue a lei quanto à natureza do trabalho desenvolvido pelo condenado. Assim, a remição é obtida pelo trabalho interno ou externo, manual ou intelectual, agrícola ou industrial, não se excluindo o artesanal, desde que autorizado pela administração do estabelecimento penal” (grifo nosso) (in Execução Penal, 8ª ed., São Paulo, Atlas, 1997, pág. 293).

A respeito, já decidiu o Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul:

“Agrav. Lei de execução penal.

“O agravo a que se refere a Lei de Execução Penal deve seguir o rito do recurso em sentido estrito, não se aplicando a Lei n. 9.139/95.

“Remição.

“A lei não distingue a natureza do trabalho para fins de remição. Agravo conhecido e provido” (1ª Câmara Criminal, Agravo n. 296023013, de Uruguaiana, rel. Montauray dos Santos Martins, 1996).

Acresça-se a isto o fato de que se a legislação atinente à execução penal prevê o direito à remição e se o sistema carcerário não dispõe de condições para possibilitar aos apenados o exercício do trabalho, com o objetivo de verem suas penas remidas, não podem estes ser prejudicados pela deficiência do estabelecimento em que cumprem a reprimenda.

Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo:

“É admissível, em se tratando de remição, a realização de trabalhos artesanais pelo preso, quando ausentes condições para execução de outras atividades laborativas — por

exemplo, no caso de preso recolhido à Cadeia Pública —, pois o art. 32, § 1º, da Lei n. 7.210/84 não proíbe tal modalidade de trabalho, mas apenas a considera, em regra, desaconselhável” (10ª C — RA 1.049.789/4 — j. 19/3/1997 — v. u. — rel. Vico Manhães — RJTACrim. 35/86)” (in Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, Alberto Silva Franco et al., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, vol. II, pág. 3.288).

E, como bem alinhou o Dr. Paulo Roberto Camargo Costa, na oportunidade da prolação do decisum, em Primeiro Grau:

“Está o Requerente, sob custódia, à disposição do Estado, que não se aparelha adequadamente para cumprir a disposição legal, por isso, recebe incentivo de exercitar atividade laboral, com artesanato, até como forma de criar condições disciplinares melhores no ambiente prisional.

“Não pode, portanto, ver frustrada sua expectativa, porque o Estado esteja mal aparelhado, e o Poder Executivo não cumpre a lei” (fls. 13).

Ante o contexto exposto e considerando que a Administração do Presídio Regional de Lages, responsável pela fiscalização do exercício de trabalho, manifestou-se favoravelmente à concessão da remição ao reeducando José Valdir de Oliveira, dos dias trabalhados na confecção de grampos e de artesanato, a decisão objurgada deve ser mantida, apesar da restrição constante do § 1º do art. 32 da Lei n. 7.210/84. Mencionado dispositivo não traz uma proibição absoluta, apenas uma limitação, do que se conclui que pode ser permitido o trabalho artesanal quando não for

possível a execução de outras atividades laborativas, em face da insuficiência de recursos por parte da Administração de proporcioná-los.

Saliente-se, contudo, que a informação do período de tempo trabalhado, para fins de remição, deve ser efetuada mensalmente pela Administração do Presídio, o que foi desrespeitado no presente caso, conforme se infere dos presentes autos, não podendo os reeducandos suportar os prejuízos decorrentes da inação da autoridade prisional.

III — Decisão

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Eládio Torret Rocha. Lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 27 de abril de 2000.

Nilton Macedo Machado,
Presidente com voto;
Torres Marques,
Relator.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS N. 99.012133-0, DA CAPITAL

Relator: Des. Nilton Macedo Machado

Recurso-crime — Embargos de declaração — Omissão — Inocorrência — Efeito infringente — Quando se admite — Rejeição.

Inocorrendo a alegada omissão porquanto o fundamento invocado foi analisado e está explicitado no acórdão, rejeitam-se os embargos com a finalidade de declará-la.

Admite-se, excepcionalmente, efeito infringente aos embargos de declaração quando, por erro material ou omissão, o supriemento na decisão importa, necessariamente, alteração de seu dispositivo.

Habeas corpus — Ação penal privada — Intervenção do querelante — Desnecessidade.

No procedimento célere da ação constitucional do habeas corpus, quando combater constrangimento ilegal em ação penal privada, não é obrigatória a participação do querelante, posto não prevista na CF nem no CPP; é facultativa, ou seja, se pretender manifestar-se, o querelante deverá fazê-lo espontaneamente, sem necessidade de intimação ou providência assemelhada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração no Habeas Corpus n. 99.012133-0, da comarca da Capital (2ª Vara), em que é embargante Casa de Saúde e Maternidade São Sebastião, sendo embargada a Ordem dos Advogados do Brasil — Seção de Santa Catarina:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, rejeitar os embargos.

Custas na forma da lei.

1. Tratam-se de embargos de declaração opostos pela Casa de Saúde e Maternidade São Sebastião ao acórdão proferido no Habeas Corpus n. 99.012133-0, da Capital (2ª Vara Criminal), em o qual esta Segunda Câmara Criminal concedeu a ordem para trancar a ação penal interposta contra Apóstolo Nicolau Pitsica em face da atipicidade da conduta, sustentando a existência de omissão no acórdão proferido “quanto ao indispensável ingresso das querelantes na presente lide, como litisconsortes passivas” (fls. 171), postulando, por isso,

a manifestação desta Corte, pretendendo, outrossim, “prequestionar a matéria constitucional referente à contrariedade ao artigo 5º, incisos LIV e LV, da Lei Maior” além “do artigo 648, inciso I, do Código de Processo Penal, e do artigo 21 da Lei n. 5.250/67” (fls. 174).

Intimada, em face do efeito modificativo dos embargos, a parte embargada requereu, “em preliminar, o não conhecimento dos embargos, por incabíveis” e, no mérito, “sejam julgados improcedentes” (fls. 240), não existindo a omissão apontada.

É o relatório.

2. Conhecidos os embargos interpostos, porque tempestivos, não devem ser providos.

Na lei processual penal (arts. 382 e 619, CPP), os embargos de declaração têm a finalidade de esclarecer, tornar claro o acórdão, sem modificar-lhe, em princípio, sua substância; por isto não se os admitem, por serem impróprios, aqueles em que, em vez de reclamar o deslinde de contradição, o preenchimento de omissão ou

explicação de parte obscura ou ambígua do julgado, “se pretende rediscutir questão que nele ficou claramente decidida, para modificá-lo em sua essência ou substância. Assim, não é possível, em embargos de declaração, alterar, mudar ou aumentar o julgamento” (Julio Fabbrini Mirabete, Código de Processo Penal Interpretado, 5ª ed., SP, Atlas, 1997, pág. 796); o efeito modificativo, como exceção, consoante precedentes pretorianos, é admitido em certos casos, entre os quais erro material ou omissão na decisão cujo suprimento imponha necessariamente a alteração de seu dispositivo (STF, RTJ 86/309 e 88/325; TJSP, RT 606/295).

Do colendo Superior Tribunal de Justiça colhem-se de hipóteses assemelhadas do processo civil:

“Processual civil. Embargos declaratórios. Efeitos modificativos. A doutrina e a jurisprudência, em regra, admitem efeitos infringentes aos embargos de declaração nas hipóteses de erro material ou omissão, quando se deixa de analisar argumento que tem o poder de infirmar o silogismo judicial. Inocorrente qualquer das circunstâncias do artigo 535 do Código de Processo Civil, descabe o pedido de esclarecimento. Embargos rejeitados, por unanimidade” (Embargos de Declaração n. 15.457, São Paulo, rel. Min. Demócrito Ramos Reinaldo, in DJU de 29/6/92, pág. 10.267).

Ainda:

“Processo civil. Embargos de declaração. Admissibilidade. Efeito infringente. Hipóteses.

“I — Inexistindo na decisão embargada omissão a ser suprida, nem dúvida, obscuridade ou contradição a

serem aclaradas, rejeitam-se os embargos de declaração.

“II — Afiguram-se manifestamente incabíveis os embargos de declaração a modificação da substância do julgado embargado. Admissível, excepcionalmente, a infringência do decisum quando se tratar de equívoco material e o ordenamento jurídico não contemplar outro recurso para a correção do erro fático perpetrado, o que não é o caso.

“III — Impossível, via embargos declaratórios, o reexame de matéria de direito já decidida, ou estranha ao acórdão embargado” (Ed. n. 13.845, Minas Gerais, DJU de 31/8/92, pág. 13.632).

De se consignar também que, não obstante a nova tendência que se tem observado nos Tribunais, principalmente nos casos de omissão, quando se permite que, via embargos de declaração, seja alterado o conteúdo da decisão, no caso em exame por coerência com o conteúdo do julgado resulta impossível admiti-los com efeitos modificativos ou infringentes, como pretende a embargante pois, como ensina o renomado penalista Magalhães Noronha:

“A finalidade dos embargos é, pois, esclarecer ou tornar claro o acórdão proferido, livrando-o desses defeitos, sem modificar, entretanto, a substância. É este seu âmbito; a não ser assim, esse expediente iludiria a lei, admitindo contra o preceito dela segundos embargos, não para declaração, e sim para reforma do julgado e com excesso de poder porque, pela sentença, a jurisdição já estava finda” (Curso de Direito Processual Penal, SP, Saraiva, 21ª ed., 1992, pág. 376).

Dos entendimentos acima colacionados não discrepa o mestre Fernando da Costa Tourinho Filho, veja-se:

“Nos termos do art. 619 do CPP, os embargos declaratórios são oponíveis quando houver na decisão ambigüidade, obscuridade, contradição ou omissão e, assim, aparentemente, o Tribunal, ao apreciá-lo, não pode alterar o conteúdo da decisão embargada. Pode interpretar ou integrar, nunca alterar. Nesse sentido, veja-se Tornaghi, Curso de Processo Penal, Saraiva, 1989, vol. 2, pág. 357 (...)” (Processo Penal, 13ª ed., SP, Saraiva, 1992, vol. 4, pág. 354).

E exemplificando, conclui:

“Em sede de embargos declaratórios, o Tribunal reconhece ter havido, realmente, a negativa de vigência de lei federal, de modo que tal reconhecimento implique modificação, alteração no decism. Quid inde? A nós nos parece que o Tribunal deve, apenas, afirmar ou negar tenha havido a negativa de vigência. Não poderá alterar o acórdão. Nesse caso, o Tribunal cumpriu a sua função: reconheceu a omissão e sobre a preliminar se manifestou. Cabe, agora, à parte interessada interpor o recurso adequado. Se o Tribunal pudesse, para ser coerente com o acolhimento da preliminar, desfazer o que fora julgado, dando uma guinada de 180 graus, tal procedimento implicaria conceder aos embargos declaratórios uma extensão que eles, efetivamente, não têm” (ob. cit., pág. 355).

Ora, os embargos de declaração são oponíveis quando houver na decisão ambigüidade, obscuridade, contradição ou omissão, consoante

dispõe o art. 619 do Código Instrumental Penal; e no dizer do mestre Magalhães Noronha, “(...) uma decisão é ambígua quando se presta a mais de um sentido; obscura quando há falta de clareza ou precisão de linguagem; contraditória quando conceitos e afirmações se opõem e colidem (e tanto mais grave será a contradição quando a fundamentação chocar-se com a disposição); omissa quando não disse o que era indispensável dizer” (ob. cit., pág. 377).

De outro lado, não se olvida da existência de corrente doutrinária segundo a qual para que seja interposto recurso extraordinário ou especial, é imprescindível ocorra o prequestionamento, ou seja, o Juízo deverá, em sede ordinária, ser provocado a manifestar-se acerca da matéria constitucional ou federal; e, no caso de a decisão já ter sido emitida, o único meio posto à disposição das partes para “prequestionar” é este dos embargos de declaração.

Nesse caminho seguiu a jurisprudência dos Tribunais, ainda mais a partir da interpretação (para alguns errônea) do verbete n. 356 da Súmula do colendo Supremo Tribunal Federal (o ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento), de que o “o princípio dominante é, pois, que o recurso extraordinário deve versar sobre questão que foi oportunamente suscitada e defendida nas instâncias ordinárias” (STF, RTJ 109/303), ou por apelação ou, na ausência desta, de embargos de declaração, como exige o colendo Superior Tribunal de Justiça:

“Se a questão federal surgir no julgamento da apelação, cumpre ao recorrente ventilá-la em embargos de declaração, sob pena de a omissão inviabilizar o conhecimento do recurso especial” (REsp. n. 8454-0, rel. Min. César Asfor Rocha, DJU 5/5/93, pág. 7.767).

Concluindo, para a doutrina e jurisprudência, atualmente, existem duas categorias de embargos de declaração: os “esclarecedores”, para esclarecer dúvidas, obscuridades ou contradições, e os “prequestionadores”, que visam abordar questões constitucionais ou federais que não foram ventiladas no acórdão, colhendo-se do colendo Supremo Tribunal Federal:

“Falta de prequestionamento das questões constitucionais invocadas no recurso extraordinário, não bastando para tanto que elas tenham sido originariamente levantadas em embargos de declaração, sem que houvesse, portanto, omissão por parte do aresto embargado” (Agrag-181567/RS, rel. Min. Moreira Alves, DJU 4/4/97, pág. 10.528).

A matéria adquire relevância em face de situações excepcionais explicitadas por José Miguel Garcia Medina:

“Quando a própria decisão recorrida viola a norma jurídica, não há que se falar em necessidade de prequestionamento pela parte, através de embargos de declaração. Efetivamente, não há razão lógica para tal exigência, pois o requisito imposto pela Carta Magna à admissibilidade do recurso extraordinário ou especial já se encontra presente.

“(…) Outro tema bastante debatido na doutrina e na jurisprudência diz respeito à necessidade de prequestionamento daquelas matérias que o juiz deva conhecer de ofício. Basicamente, o problema se manifesta em relação às nulidades processuais absolutas, à ausência de condições da ação e à ausência de pressupostos processuais. Tais matérias, por deverem ser decretadas de ofício pelo órgão julgante, são denominadas objeções. Ao lado das objeções existem as exceções em sentido próprio, matérias que não poderão ser conhecidas pelo Magistrado, salvo mediante provocação da parte interessada. As exceções ficam submetidas, em regra, aos efeitos da preclusão, visto que, não sendo oportunamente alegadas, não mais poderão sê-lo no futuro pela parte interessada, ou apreciadas pelo juiz; já as objeções não se submetem a tal efeito preclusivo, podendo ser deduzidas a qualquer tempo, e devendo ser conhecidas de ofício pelo juiz.

“Tanto as exceções quanto as objeções, por sua vez, podem ser processuais ou substanciais. São processuais aquelas dedicadas à existência, validade ou regularidade do processo, bem como as pertinentes à existência do direito de ação. Substanciais, por sua vez, são as exceções relativas ao mérito” (O Pquestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial, SP, RT, 1998, pág. 210).

Em relação às matérias que o juiz deve conhecer de ofício — objeções processuais ou substanciais —, mesmo que não haja prequestionamento, deverá o órgão julgante ordinário delas conhecer, sendo omissa se não as conhece, sujeitando-a aos embargos de declaração e a possibili-

dade, em tese, de interposição de recurso especial ou extraordinário, conforme o seguinte julgado:

“Processual civil. Questão de ordem pública (coisa julgada) suscitada em sede de embargos declaratórios. Apreciação pelo Tribunal estadual: imprescindibilidade, sob pena de violação do art. 535 do CPC. Recurso provido.

“I — Ainda que suscitada tão somente em sede de embargos de declaração, deve o Tribunal estadual pronunciar-se sobre as questões de ordem pública apreciáveis de ofício.

“II — Os embargos de declaração, especialmente aqueles nos quais são suscitadas questões de ordem pública apreciáveis de ofício, e os viabilizadores da instância excepcional, não devem ser tidos pelos Magistrados como crítica ao seu trabalho, mas, sim, como oportunidade para melhorar a prestação jurisdicional. Tal recurso tem como escopo o suprimento de omissões, a eliminação de contradições, o esclarecimento de obscuridades apontadas na decisão embargada, bem como o prequestionamento de questões federais e a apreciação de questões de ordem pública. Nada impede, entretanto — na verdade, tudo aconselha, em busca do aperfeiçoamento da prestação jurisdicional e da resignação do vencido —, que o Magistrado, constatada a omissão, a contradição, a obscuridade, a ausência do prequestionamento ou a não-apreciação de questão de ordem pública, além de saná-la, fortaleça os fundamentos que sustentam o decisum guerreado.

“III — Recurso especial conhecido e provido para cassar o acórdão re-

corrido” (STJ — REsp. n. 120240/SP, Relator Min. Adhemar Maciel, DJU 29/9/97, pág. 48.169).

3. À evidência, o acórdão embargado não pode ser tido como omissivo (fundamento invocado), muito menos obscuro, ambíguo ou contraditório, porquanto não houve qualquer omissão com relação à intervenção da embargante e demais querelantes (na qualidade de querelante), no processo de habeas corpus em que se visou ao trancamento da ação penal por ausência de justa causa, porquanto a tanto o Código de Processo Penal não o prevê e a celeridade do habeas corpus não pode ficar à mercê da participação do querelante no seu procedimento, diante do texto do art. 5º, LXVIII, da Carta Magna (conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder).

Não se quer dizer que é defesa a participação do querelante no procedimento do habeas corpus, mas sim que não é obrigatória, posto não prevista na Constituição Federal nem no Código de Processo Penal; é facultativa sua admissão, ou seja, se pretender manifestar-se deverá fazê-lo espontaneamente, sem necessidade de intimação ou providência assemelhada.

Pode-se argumentar com eventual necessidade da participação em exame ao fundamento de ser o querelante o titular da ação privada movida contra o paciente; no entanto se estaria olvidando que o querelante não detém o direito de punir, mas tão-só o direito de ação e o habeas corpus como

verdadeira ação constitucional é independente da ação privada e a relação processual que nele se estabelece vincula apenas o paciente e/ou seu impetrante, a autoridade apontada como coatora e o Estado-Juiz, este na efetivação da garantia constitucional, tanto que pode concedê-lo de ofício.

De outro tanto, o art. 648 do CPP relaciona as hipóteses em as quais haverá constrangimento ilegal à liberdade de locomoção, afirmando logo no inciso I que a coação é ilegal “quando não houver justa causa”. Trata-se da ausência do *fumus boni juris* para a prisão, inquérito ou ação penal, ou à liberdade de locomoção.

Nesse passo, justifica-se a concessão de habeas corpus por ausência de justa causa para a ação penal quando é ela evidente, ou seja, quando a ilegalidade ressalta pela simples exposição dos fatos com o reconhecimento de que há imputação de fato atípico ou da ausência de qualquer elemento indiciário que fundamente a acusação.

Nada proíbe a concessão da ordem em caso de denúncia ou queixa que se mostre abusiva, como na hipótese de demonstrar-se inexistente circunstância essencial à tipicidade por prova documental inequívoca.

José Antonio Paganella Boschi, sobre o tema, ensina:

“Como o processo criminal é, por si só, causa de constrangimento, exige-se para sua instauração que a denúncia ou queixa venha minimamente lastreada em elementos probatórios e idôneos em torno da conduta típica, não sendo suficiente a mera descrição desta, ‘para se evitar o peri-

go das acusações absurdas, infundadas’.

“Realmente, o processo penal, por sua própria natureza, leva à necessidade de demonstração da viabilidade do direito invocado, eis que atinge o status dignitatis do acusado, configurando, por conseqüência, visível constrangimento ilegal a admissão de peça acusatória sem ao menos o *fumus boni juris* capaz de alicerçá-la.

“Como ensina Tourinho Filho, ‘...para a propositura da ação penal é preciso haja elementos de convicção quanto ao fato criminoso e sua autoria. O juiz jamais receberá uma queixa ou uma denúncia que esteja desacompanhada daqueles elementos de convicção’ o que enseja, afirma, se o fizer, habeas corpus para o trancaamento, por falta de justa causa (art. 648, I, do CPP).

“Não é diverso o entendimento de Frederico Marques, Mirabete e Espínola Filho, para quem a lei não exige, nessa fase de admissibilidade da denúncia ou queixa, provas rigorosas, como as que são necessárias para a pronúncia ou para a condenação. É que, para o desencadeamento da persecução, basta que as provas sejam capazes de despertar um juízo de suspeita, o suficiente para mostrar que a acusação não é fruto de criação cerebrina ou mero capricho da acusação.

“(...)”

“O recebimento de denúncia ou queixa desacompanhada de base probatória mínima acerca do fato ou da autoria — evidenciando constrangimento ilegal na sujeição do réu a processo, nessas hipóteses —, autoriza

seu trancamento através do habeas corpus.

“Na preservação da defesa social é prudente ao acusador, nessas condições, requerer o arquivamento do inquérito policial ou peças de informações, pois, a todo tempo, enquanto não houver a extinção da punibilidade, mediante provas novas, poderá reabrir o caso e oferecer a denúncia (Súmula 524 do STF)” (Ação Penal, RJ, Aidê, 1993, págs. 60/61).

Não é possível, pois, permitir que o cidadão venha a padecer de todos os ônus, dissabores e preocupações que inevitavelmente o processo penal acarreta se não se vislumbra motivo suficiente para isso, ou melhor, para Frederico Marques, depois de dizer inviável a instância se faltam elementos que instruem a denúncia (e a queixa, por consequência) para fundamentar a opinio delicti do órgão da acusação, leciona que “a persecutio criminis sempre afeta o status dignitatis do acusado e se transforma em coação ilegal, se inepta a acusação. A falta de justa causa para a coação processual, que se traduz na propositura da ação penal, é motivo, até, para a impetração de habeas corpus” (Elementos do Direito Processual Penal, RJ, Forense, 1995, vol. II/163, RT 614/393).

Sobre o tema da justa causa, oportunas as lições do mestre Julio Fabbrini Mirabete, para quem, “tem a doutrina entre as causas de rejeição da denúncia ou da queixa, por falta de condição exigida pela lei (falta de interesse de agir), a inexistência de indícios no inquérito ou peças de informação que possam amparar a acusação. É realmente necessário que a inicial

venha acompanhada de um mínimo de prova para que a ação penal tenha condições de viabilidade, caso contrário não há justa causa para o processo. Só há legitimação para agir no processo penal condenatório quando existir o *fumus boni iuris* que ampare a imputação” (Código de Processo Penal Interpretado, 4ª ed., SP, Atlas, 1996, pág. 94).

Ora, segundo disposto no art. 43, inc. I, do CPP, a denúncia ou a queixa será rejeitada quando o fato narrado evidentemente não constituir crime, constituindo corolário do princípio da legalidade, agora também previsto na Constituição Federal (art. 5º, XXXIX, da CF), sendo certo que “na ação penal de iniciativa privada também preponderam as mesmas razões de justiça abstrata que impõem o oferecimento da denúncia sem exceções. Não é demais lembrar que o exercício do *jus persequendi in iudicio* pelo ofendido caracteriza — como substituto processual — defesa de interesse estatal — que por isso mesmo não lhe pertence — ainda que coincidente com defesa de interesse pessoal na aplicação de pena ao algoz” (José Antônio Paganella Boschi, ob. cit., pág. 36).

Assim, se o fato narrado na denúncia não se amolda a um ilícito penal e não há tipicidade, impunha-se o trancamento da ação penal sem a participação do querelante no processamento do habeas corpus, não prevista na norma constitucional nem na legislação ordinária.

4. Diante do exposto, conhecidos os embargos declaratórios, são estes rejeitados.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jorge Mussi e funcionou na sessão o Procurador de Justiça Sr. Dr. Paulo Antônio Günther. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 13 de outubro de 1999.

Alberto Costa,

Presidente;

Nilton Macedo Machado,

Relator.

**JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL
E ADMINISTRATIVA**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 99.017878-1, DA CAPITAL

Relator: Des. João José Schaefer

— *Ação direta de inconstitucionalidade de emenda constitucional à Constituição do Estado, ante a dispositivos desta.*

— *Possibilidade jurídica diante do disposto no art. 125, § 2º, da Constituição Federal que autorizou a instituição de representação de leis ou atos normativos estaduais — em cujo conceito se compreende a emenda constitucional — em face da Constituição Estadual.*

— *Alegação de ofensa aos artigos 50, § 2º, II, e 71, II, e IV da Constituição Estadual pela Emenda Constitucional n. 18/99 que excluiu do art. 161 da mesma Carta a expressão “final de”, permitindo, assim, que o Chefe de Polícia seja nomeado dentre os delegados de qualquer estágio da carreira. Fundamentação que não se mostra relevante como forma a autorizar a suspensão liminar da emenda, desde que os dispositivos questionados dizem respeito à iniciativa do Governador para projetos de leis em determinadas matérias, em clara alusão a leis infraconstitucionais e, na espécie, se cuida de iniciativa de proposta de Emenda Constitucional, que o art. 49 da Constituição Estadual reserva, entre outros, a um terço dos membros da Assembléia Legislativa, pressuposto que se mostra no caso atendido.*

— *Suspensão liminar indeferida.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 99.017878-1, da comarca da Capital, em que é requerente a Associação dos Delegados de Polícia do Estado de Santa Catarina — Adpesc, sendo requerida a Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça, por votação unânime, indeferir a medida liminar.

Custas de lei.

A Associação dos Delegados de Polícia do Estado de Santa Catarina — Adpesc propõe Ação Direta de Inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n. 18/99, promulgada pela Assembléia Legislativa do Estado, que deu nova redação ao § 1º do art. 106 da Constituição Estadual, estabelecendo que “O Chefe da Polícia Civil, nomeado pelo Governador, será escolhido dentre os delegados de polícia”, excluindo do dispositivo anteriormente em vigor a expressão “final de”, em função da qual a escolha do Chefe de Polícia só poderia ser feita dentre os delegados de final de carreira.

Após sustentar sua legitimidade para propositura da ação, nos termos do art. 85, VI, argúi vício de origem da norma impugnada, por haver resultado de iniciativa parlamentar, apesar de dizer respeito a “organização, o regime jurídico e provimento de cargo”, cuja iniciativa, prossegue, é “privativa do Chefe do Executivo (art. 50, § 2º, II, e 71, IV, da Constituição do Estado), matéria que integra a denominada ‘reserva de iniciativa’...”.

Diz, adiante, de sua perplexidade ante o fato de não ter sido debatida a matéria com a Associação dos Delegados de Polícia ou com a Delegacia Geral de Polícia, nela diretamente interessados, afirmando a seguir que o dispositivo impugnado constitui um retrocesso em relação a conquistas da classe, não sendo concebível que a Polícia Civil, que se estrutura e se alicerça no princípio da hierarquia, possa vir a ser dirigida por Delegado que não ocupe o último nível da carreira.

Reporta-se a precedentes do STF, como na ADIn. n. 766/RS, rel. o Ministro Sepúlveda Pertence no sentido de que “inconstitucional lei de iniciativa parlamentar que dispõe sobre o regime jurídico e a remuneração dos servidores do Poder Executivo”; notícia que aquela alta Corte negou liminar na Ação Direta n. 952-4, requerida pelo Governador do Estado, em relação ao § 1º do art. 106 da Constituição Estadual, vencidos o relator, Ministro Sydney Sanches e os Ministros Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence e o então Presidente, Ministro Octávio Gallotti, que deferiam em parte a liminar “para suspender, até a decisão final da ação, a eficácia da expressão ‘final de’, constante do § 1º do art. 106 da Constituição do Estado de Santa Catarina, afirmando, ainda, que vencido o prazo estabelecido no art. 11 do ADCT, “toda e qualquer alteração constitucional que direta ou indiretamente adentre o campo da chamada ‘reserva de iniciativa’, em relação ao processo legislativo, revela-se inconstitucional”.

Diz vulnerados os artigos 50, § 2º, II, e 71, II e IV, da Constituição Estadual, requerendo a concessão de liminar para suspensão da nova reda-

ção do aludido § 1º do art. 106 da Constituição do Estado, formulando os demais requerimentos de estilo.

É o relatório.

A Constituição Federal no art. 125, § 2º, dispôs que “cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais e municipais em face da Constituição do Estado, vedada a atribuição da legitimação de agir a um único órgão”.

A menção, no dispositivo, de atos normativos estaduais, ainda que em seguida à referência às leis estaduais, tenho que confere possibilidade jurídica à presente ação direta, já que a emenda constitucional é um ato normativo, e, como tal, compreendido na previsão abstrata do art. 125. A própria alusão a leis estaria a autorizar a presente ação, tanto que Ives Gandra Martins, ao discorrer sobre a “emenda à Constituição” diz ser ela “o mais relevante veículo legislativo correspondente ao processo pertinente à produção de leis” (Comentários à Constituição do Brasil, 4º volume, tomo I, pág. 291).

Por isso, possível a presente ação.

No mérito, os dispositivos dados na inicial como vulnerados pela EC n. 18/99 são:

a) — O artigo 50, § 2º, II, que tem a seguinte redação:

“Art. 50 — A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou comissão da Assembléia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Procurador-Geral de Justiça e aos

cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

“(…)”

“§ 2º — São de iniciativa privativa do Governador...

“I — ...

“II — a criação de cargos e funções públicas na administração direta, autárquica e fundacional ou aumento de sua remuneração;” e

b) — O art. 71, II e IV, dispositivos assim redigidos:

“Art. 71 — São atribuições privativas do Governador do Estado:

“I — ...

“II — iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição;

“(…)”

“IV — dispor sobre a organização e o funcionamento da administração estadual, na forma da lei;”.

Sem considerar que não está em causa a criação de cargos e funções públicas, objeto do art. 50, § 2º, II, é de ver-se que o § 2º do art. 50, bem como o artigo 71, incisos II e IV, cuidam da iniciativa privativa do governador em relação a leis, tomada a expressão aqui em sentido estrito, ou ao processo legislativo ordinário, infraconstitucional, quando a norma impugnada é emenda constitucional cuja iniciativa de proposição é objeto de disciplina diversa, a do art. 49, que a reserva:

— a um terço, no mínimo, dos membros da Assembléia Legislativa (inciso I);

— ao Governador do Estado (II);

— a mais da metade das Câmaras Municipais do Estado, nas condições fixadas no inciso III e, finalmente,

— a pelo menos dois e meio por cento do eleitorado estadual, nas condições do inciso IV.

No caso, a documentação trazida aos autos está a indicar que satisfeito o requisito do art. 49, I, da Constituição, não se tratando de norma dependente de iniciativa privativa do Governador do Estado.

A tramitação, no egrégio Supremo Tribunal Federal, de ação direta de inconstitucionalidade do art. 106 da Constituição do Estado, na redação anterior à Emenda de que se trata, não prejudica absolutamente o exame e julgamento da presente ação, uma vez que o egrégio Supremo Tribunal manteve plenamente vigente o art. 106, na sua feição anterior, que a Assembléia, no exercício de seu poder constituinte derivado entendeu de modificar.

Ante o exposto, não se mostrando relevante, data venia, a alegação de que vulneradas normas constitucionais de iniciativa na propositura de emenda constitucional, o voto é

pela denegação do pedido de suspensão liminar da Emenda Constitucional n. 18/99.

Notifique-se o Exmo. Sr. Presidente da Assembléia Legislativa para prestar informações a respeito, no prazo de 10 dias; cite-se o eminente Procurador-Geral do Estado, para defender o ato impugnado, na forma do § 4º do art. 85 da CE.

Finalmente, encaminham-se os autos ao eminente Procurador-Geral de Justiça para manifestar-se sobre o pedido.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Eder Graf, Alcides Aguiar, Alberto Costa, Amaral e Silva, Anselmo Cerello, Genésio Noll, Jorge Musisi, Francisco Borges, Carlos Prudêncio, Sérgio Torres Paladino, Xavier Vieira, Wilson Guarany e Francisco Oliveira Filho.

Florianópolis, 20 de outubro de 1999.

João Martins,

Presidente;

João José Schaefer,

Relator.

**JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

AGRAVO DE INSTRUMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 217.849 (AGRG) — SC (SEGUNDA TURMA)

Relator: O Sr. Ministro Marco Aurélio

Agravante: Estado de Santa Catarina

Agravados: Alberto Schmidt e outros

Proventos da aposentadoria — Alteração. A alteração de proventos da aposentadoria pressupõe a instauração de processo administrativo no qual assegurado ao servidor aposentado o lícito direito de defesa. Descabe à Administração Pública, a pretexto de corrigir situação irregular, adotar procedimento unilateral, desprezando os contornos próprios ao devido processo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, negar provimento ao agravo regimental.

Brasília, 15 de dezembro de 1998.

*Néri da Silveira,
Presidente;
Marco Aurélio,
Relator.*

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO MARCO AURÉLIO: Na espécie, neguei acolhida a pedido formulado em agravo pelos seguintes fundamentos:

Conforme fez ver a Corte de origem, e insiste o Estado de Santa Catarina na óptica da legitimidade do ato praticado, a alteração dos proventos a que tiveram jus os Agravados, suprimindo-se certa parcela, não poderia ocorrer sem abrir-se oportunidade ao direito de defesa, ou seja, sem instaurar-se processo administrativo a respeito. É hora de o Estado atinar para o afastamento do cenário jurídico-constitucional de posição de abso-

luta supremacia, considerada a relação jurídica mantida com o servidor, quer se encontre em atividade, ou não. Situações constituídas não de merecer, diante da presunção de legitimidade, análise segura, viabilizando o direito de defesa. Em momento algum, a Corte de origem adotou entendimento contrário aos incisos XXXVI e LV da Constituição Federal, no que asseguram a intangibilidade do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e acabado, da coisa julgada e a observância irrestrita do devido processo legal. Ao reverso, o que decidido mostra-se em consonância com as citadas garantias (fls. 105 e 106).

O Estado de Santa Catarina, no regimental de fls. 108 a 110, reafirma que a vantagem pecuniária suprimida estava sendo paga ilegalmente, circunstância que entende estaria a dispensar o processo administrativo com contraditório e ampla defesa. Alude a precedente desta Corte nesse sentido — o Recurso Extraordinário n. 185.255-1.

É o relatório

VOTO

O SR. MINISTRO MARCO AURÉLIO (Relator): Na interposição deste agravo foram observados os pressupostos de recorribilidade que lhe são inerentes. A peça, subscrita por procuradora do Estado, restou protocolada no prazo em dobro a que tem jus o Agravante. A publicação da decisão impugnada deu-se em 13 de agosto de 1998, quinta-feira (fls. 107), ocorrendo a manifestação do inconformismo em 20 imediato, quinta-feira (fls. 108). Dele conheço.

Conforme consignado, a Corte de origem mostrou-se fiel à Carta da República, no que esta consagra, como garantia, o devido processo legal. Concluindo a Administração Pública pela erronia de determinada situação relativa ao pagamento de proventos, cumpre-lhe instaurar o processo administrativo objetivando a devida modificação, e ensejar, com isto, o exercício pleno do direito de defesa. Não o fazendo, fica sujeito à glosa do ato praticado em verdadeira precipitação e com supremacia estranha à Carta da República.

Por tais razões, nego provimento a este regimental.

EXTRATO DA ATA

Ag. 217.849 (AgRg) — SC — Rel.: Min. Marco Aurélio. Agte.: Estado de Santa Catarina (Adv.: PGE—SC — Edith Gondin). Agdos.: Alberto Schmidt e outros (Advs.: Fátima Daniella Piazza e outros).

Decisão: Por unanimidade, a Turma negou provimento ao agravo regimental. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Maurício Corrêa.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira. Presentes à sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio, Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Subprocurador-Geral da República, Dr. Mardem Costa Pinto.

Brasília, 15 de dezembro de 1998.

Carlos Alberto Cantanhede,
Coordenador.

MANDADO DE SEGURANÇA

MANDADO DE SEGURANÇA N. 22.604 — SC (TRIBUNAL PLENO)

Relator: O Sr. Ministro Maurício Corrêa

Impetrante: Maria Beatriz Martins Miranda

Impetrado: Tribunal de Contas da União

Litisconsorte Passivo: Andréa Batista Miranda

Pensão. Disputa entre herdeiras. Aplicação da Lei n. 6.782/80. Ato administrativo do TCU. Filha separada após o óbito do pai. Reversão do benefício. Direito adquirido. Existência.

1. Filha viúva, divorciada ou desquitada equipara-se à filha solteira, se provada dependência econômica ao instituidor, à data da sucessão pensional.

2. Verificado o óbito desse quando da vigência da Lei n. 6.782/80, a filha solteira, enquanto menor, faz jus à pensão, perdendo-a ao se casar.

3. Quota-parte da pensão cabível àquela que se casou transferida para a outra. Impossibilidade da reversão tempos depois em face da consolidação do direito adquirido.

Mandado de segurança conhecido e deferido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão

Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, deferir o mandado de segurança, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 29 de abril de 1999.

Sydney Sanches,
Presidente;
Maurício Corrêa,
Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA: Maria Beatriz Martins Miranda impetra mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato do Tribunal de Contas da União, que concedeu à sua irmã Andréa Batista Miranda — nesta impetração apresentando-se como litisconsorte passiva — o restabelecimento da pensão especial prevista na Lei n. 6.782/80, que recebia desde o falecimento de seu pai, ocorrido em 11 de dezembro de 1983, até 28 de abril de 1989, data em que atingiu a maioria em virtude do casamento.

2. Alega, em síntese, verbis:

“a) por força do falecimento do Ministro João Batista Miranda, assim restou fragmentada a pensão:

— 50% para Sylvania Martins da Costa Miranda, na qualidade de viúva;

— 25% para a ora impetrante, Maria Beatriz Martins Miranda, na qualidade de filha menor e solteira; e

— 25% para a Sra. Andréa Batista Miranda, na qualidade também de filha menor e solteira;

“b) em 28 de abril de 1989, a Sra. Andréa atingiu a maioria, aliada ao casamento, perdendo, pois, irremediavelmente, o direito de continuar percebendo a pensão;

“c) em consequência, os 25% respectivos foram revertidos legal e oportunamente em favor da ora impe-

trante, co-beneficiária da pensão temporária, maior, solteira e não-ocupante de cargo público permanente, que passou a perceber, tal qual a mãe, 50% da pensão;

“d) em 17 de maio de 1991, a separação consensual da Sra. Andréa foi homologada por sentença, ao tempo em que dispensou a pensão alimentícia, declarando, em Juízo, que assim o fazia por possuir ‘bens e rendimentos suficientes para a própria manutenção’;

“e) tão-somente em 23 de março de 1993, protocolizou a Sra. Andréa, junto à Corte de Contas, o tal pedido de restabelecimento de pensão, impulsionando o procedimento que redundou no ato que ora se ataca” (fls. 3/4).

3. Afirma que a decisão impugnada, que deferiu o restabelecimento da pensão à irmã, feriu ato jurídico perfeito bem como direito líquido e certo seu, pois a litisconsorte ainda não era separada judicialmente quando da morte do pai, mas solteira e menor, não incidindo, assim, a Súmula 178 — TCU, que equipara a filha solteira à desquitada ou viúva.

4. Sustenta, ademais, que o artigo 5º da Lei n. 3.373/58 contempla entre os beneficiários da pensão temporária apenas os filhos menores de 21 anos, os inválidos, enquanto durar a invalidez, e a filha solteira não ocupante de cargo público permanente, estabelecendo o artigo 7º deste mesmo diploma que por morte dos beneficiários ou perda da condição essencial à percepção das pensões, reverterá o benefício temporário para os seus co-beneficiários ou, na falta desses, para o beneficiário da pensão vitalícia.

5. Ao deferir o pedido liminar determinei a suspensão da eficácia da Decisão n. 434/96 do TCU até o julgamento final desta ação (fls. 116).

6. Solicitadas informações, a autoridade apontada como coatora esclarece que a jurisprudência da Corte é firme no sentido de equiparar a filha separada judicialmente, e sem perceber rendimentos dos cofres públicos, à filha solteira, desde que comprovada a dependência econômica em relação aos genitores; e que as condições de habilitação da pensão devem ser apuradas com base na legislação vigente à época do óbito do instituidor (fls. 122/126).

7. Comparece aos autos a litisconsorte que, reportando-se às informações da autoridade impetrada, enfatiza que os mesmos argumentos usados pela impetrante se voltam contra ela, que constituiu família, embora não tenha celebrado casamento civil, dado que a união estável é reconhecida como entidade familiar para todos os efeitos legais, inclusive para os da proteção do Estado (CF, artigo 226, § 6º) e da percepção da pensão previdenciária (Lei n. 8.112/90, artigo 217, I, c).

8. E que, além do mais, ao tempo da abertura da sucessão, em 11/12/83, vigorava regra segundo a qual a filha menor e solteira só perderia o benefício não ao casar-se ou completar a maioridade, mas se viesse a ocupar cargo público efetivo (Lei n. 4.259/63, c/c a Lei n. 3.373/58, artigo 5º, parágrafo único), hipótese que não ocorreu na espécie.

9. Por fim, diz que o restabelecimento da pensão não decorre da exclusiva situação de dependência eco-

nômica materna mas da condição jurídica de filha menor solteira à data do óbito do instituidor, visto que agora é separada e padece de invalidez incapacitante, conforme atestado médico juntado às fls. 142.

10. O Ministério Público Federal, em peça assinada pela Subprocuradora-Geral da República, Dra. Anadyr de Mendonça Rodrigues (fls. 176/187), opina pela concessão da segurança em parecer cuja ementa tem o seguinte teor:

“Filhas divorciadas e direito à pensão instituída pela Lei n. 6.782/80: se há muito já existia o divórcio, à data da promulgação de tal Lei n. 6.782/80 — a qual, ainda assim, não incluiu as filhas divorciadas entre as potenciais beneficiárias do benefício que instituiu —, isso quis significar, claramente, que a mens legis foi proposital, na exclusão das filhas divorciadas. Mandado de segurança suscetível de deferimento” (fls. 176).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA (Relator): O Tribunal de Contas da União entendeu não haver vedação legal ao pedido formulado pela litisconsorte, por ter como caracterizada sua dependência econômica pressuposto a partir do qual deferiu o restabelecimento da pensão que então percebia em razão do falecimento de seu pai.

2. Valeu-se igualmente a decisão dos fundamentos do voto do ilustre Relator, Ministro Paulo Affonso Martins de Oliveira, sustentado em jurisprudência interna do Tribunal, com

supedâneo na qual a beneficiária que estiver comprovadamente separada de fato à época da abertura da sucessão e que viva na companhia de seu genitor (fls. 92) faz jus à pensão. É o que resultou do voto-padrão proferido pelo Ministro Luciano Brandão, Relator do TC 250.108/91-7, acolhido pela 2ª Câmara, em Sessão de 7/10/93.

3. Estou admitindo que a hipótese dos autos não é de longe a retratada no invocado precedente. De fato, Andréa, na data do falecimento do pai, em 11 de dezembro de 1983, não estava separada judicialmente, e, por ser menor, recebeu o benefício até 28 de abril de 1989, data de seu casamento. Dois anos e pouco mais tarde, em 17 de maio de 1991, separou-se do marido, declarando em juízo que renunciava à pensão alimentícia por “possuir bens e rendimentos suficientes para a própria manutenção”.

4. No caso, o direito à pensão das beneficiárias nasceu sob a vigência da Lei n. 6.782, de 19 de maio de 1980, que equiparou ao acidente em serviço a doença profissional e as especificadas em lei para efeito da pensão especial de que trata o artigo 242 da Lei n. 1.711/52. À época, estava em vigor o artigo 14 do Decreto n. 22.414/33, que não incluía a filha desquitada entre as beneficiárias e ordenava o cancelamento da pensão no caso de contrair núpcias qualquer das pensionistas do sexo feminino, mantendo o mesmo preceito o Decreto n. 83.226, de 1º de março de 1979, com eficácia na data em que o instituidor faleceu.

5. A situação jurídica em exame era regida também pela Lei n. 3.373/58, cujo artigo 5º, parágrafo úni-

co, dispunha que a filha solteira, maior de 21 (vinte e um) anos, só perderia a pensão temporária quando ocupante de cargo público permanente, completando o seu artigo 7º, II, que o benefício cancelado poderia ser revertido a favor da co-beneficiária da pensão, o que de fato ocorreu com a impetrante.

6. Dá-se, ademais, que a Súmula 178/TCU, ao equiparar a filha desquitada à solteira, desde que provada a dependência econômica do pai, teve origem no § 6º do artigo 5º da Lei n. 4.069/62, que assegurou essa garantia.

7. Como corolário deste quadro jurídico é que tenho como irrespondível o voto vencido proferido pelo Ministro José Antônio Barreto de Macedo, quando o tema foi exaustivamente discutido perante a Corte de Contas — depois de duas súplicas de reconsiderações dirigidas pela litisconsorte terem sido indeferidas —, que creio ter dado adequado desfecho à controvérsia, verbis:

“4. Conforme posto em relevo nos pareceres, a jurisprudência deste Tribunal tem entendido que a filha viúva, divorciada ou desquitada equipara-se à filha solteira, desde que fique caracterizada a dependência econômica em relação ao instituidor, e que tal condição deve ser verificada na data da abertura da sucessão pensional.

“5. Nessa data, vale lembrar 11/12/83, vigorava o Decreto n. 83.226, de 1º de março de 1979 que dispunha no art. 14 que ‘para efeito de habilitação no Montepio Civil, a ordem de vocação, assim como os casos de perda de pensão e de reversão do benefício, regulam-se pelas disposições

do Decreto n. 22.414, de 30 de agosto de 1933, e legislação posterior, à exceção da Lei n. 4.259, de 12 de setembro de 1963’.

“6. O Decreto n. 22.414/33 não incluiu a filha desquitada entre os beneficiários previstos em seu art. 15 e parágrafos; e, no art. 20, item 2º, determinou a perda da pensão no caso de contrair núpcias qualquer das pensionistas do sexo feminino.

“7. A Lei n. 3.132/57, no art. 1º, facultou ao contribuinte do montepio dos funcionários públicos federais que não tivesse sucessores por força de lei legar a pensão às filhas casadas, viúvas ou desquitadas, por declaração à repartição competente, ou verba testamentária, desde que não houvesse feito a adoção.

“8. A Lei n. 3.373/58 contemplou no art. 5º, entre os beneficiários da pensão temporária, apenas os filhos menores de 21 (vinte e um) anos, inválidos, enquanto durar a invalidez, e a filha solteira não ocupante de cargo público permanente. No art. 7º, estabeleceu que por morte dos beneficiários ou perda da condição essencial à percepção das pensões, reverterá a pensão temporária para os seus co-beneficiários ou, na falta destes, para o benefício da pensão vitalícia.

“9. Por analogia com o disposto no § 6º do art. 5º da Lei n. 4.069/62 — que facultou ao contribuinte destinar a pensão à irmã solteira, desquitada ou viúva, que vivesse sob sua dependência econômica, na falta dos beneficiários prioritários — consagrou este Tribunal a tese da equiparação, para efeito pensional, da filha solteira à desquitada ou viúva (Súmula 178).

“10. Estou convencido do acerto dessa jurisprudência, que tem como imprescindível estejam atendidos os seguintes pressupostos: a) não haver beneficiários prioritários que tenham o seu direito, já reconhecido, prejudicado com a concessão em favor da filha desquitada (separada judicialmente) ou viúva; b) a filha já detivesse um desses estados civis à época do óbito do instituidor; c) a filha desquitada (separada judicialmente) ou viúva vivesse sob a dependência econômica do instituidor.

“11. O primeiro pressuposto é, sem dúvida, essencial sob pena de ensejar ao titular da pensão — concedida por força de disposição legal — o apelo ao Poder Judiciário.

“12. Relativamente aos outros dois pressupostos, se assim não fosse, estar-se-ia erigindo o casamento em mera condição suspensiva do recebimento da pensão, ao invés de causa de perda da condição essencial à percepção do benefício, o que poderia, até, estimular separações visando ao restabelecimento daquele favor legal.

“13. Entretanto este Tribunal, por razões de caráter social, tem considerado legal a concessão de pensão à filha cujo desquite foi superveniente à abertura da sucessão pensional, nos casos em que era a única beneficiária da pensão temporária, disso não decorrendo prejuízo a outrem.

“14. Poder-se-ia, neste caso, cogitar da razoabilidade da reversão requerida, por questão de justiça, fosse a requerente a única a se beneficiar da pensão temporária, pois que o acolhimento do pleito não implicaria ferir direito adquirido.

"15. De observar, ainda, que a revogação do Decreto n. 83.226/79, já em 1991, não retroage à data da abertura da sucessão pensional (1983), e que desde 1º/1/91 vigoravam os efeitos financeiros da Lei n. 8.112/90.

"16. À vista do expedido, com a devida vênia do eminente Relator, entendendo que a reversão requerida por Andréa Batista Miranda carece de amparo legal e não se ajusta ao precedente invocado nem à jurisprudência deste Tribunal.

"Em consequência, voto por que seja adotada a decisão que ora submeto a deliberação deste eg. Plenário" (fls. 81).

8. Quanto à condição econômica da litisconsorte é bom frisar que, por época de sua separação consensual, declarou ela em juízo que renunciava à pensão a que fazia jus, por dispor de rendimentos suficientes à sua subsistência. Este fato foi bem destacado no parecer ofertado pelo então Procurador junto ao Tribunal de Contas da União, Dr. Paulo Soares Bugarin, ao manifestar sobre o primeiro pedido de restabelecimento da pensão (fls. 69/70), verbis:

"(...) compilando os autos registra-se, às fls. 82, que a interessada possuía, em 1992, um patrimônio pessoal declarado para fins de Declaração de Ajuste Anual/Imposto de Renda revelador de uma posição econômica significativa, que, em princípio, não caracteriza uma situação de dependência econômica.

"Com efeito, ainda que se aleguem dificuldades para se transformar um patrimônio econômico em fluxos financeiros, entende o Ministério Público não ser tal argumentação for-

te o suficiente para corroborar a já referida autodeclaração da Lei n. 7.115/83.

"Registre-se, por fim, que a interessada, ao preencher o cabeçalho de sua Declaração de Ajuste, no campo destinado à ocupação principal, consignou a expressão 'decoradora (código 193/2)', o que parece ratificar, em parte, as já citadas afirmações da co-beneficiária Maria Beatriz M. de Miranda.

"Ante todo o exposto, manifesta-se o Ministério Público em discordância com a proposição da 2ª Secex, opinando pelo indeferimento do pleito em tela".

Tais condições patrimoniais, se não põem abaixo a alegada dependência econômica da litisconsorte, a viver às expensas de sua mãe, sem dúvida abalam a credibilidade de sua existência.

9. Como bem posto no voto vencido a que reporteimei antes (fls. 81), a jurisprudência do TCU consolidou-se neste sentido tendo em vista a aplicação analógica com a Lei n. 4.069/62, que facultou ao servidor público destinar a pensão à irmã solteira, desquitada ou viúva, que vivesse sob sua dependência econômica, na falta dos beneficiários prioritários. No caso dos autos, repita-se, a litisconsorte não era desquitada na data do falecimento do pai, mas solteira, vindo a perder a pensão mais tarde em virtude de seu casamento.

10. A essas considerações somem-se os subsídios trazidos aos autos no pronunciamento do Ministério Público Federal, verbis:

"15. É de se lembrar que, ao tempo do advento dessa, a Lei n.

6.782, de 1980, já estava em pleno vigor a Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977 — instituidora do divórcio — editada, que foi, em face da possibilidade instituída pela Emenda Constitucional n. 9, de 28 de junho de 1977.

“16. Pois bem. Quer parecer inevitável concluir-se que, se há muito já existia o divórcio, à data da promulgação da Lei n. 6.782, de 1980 — a qual, ainda assim, não cuidou, como poderia ter cuidado, de incluir as filhas divorciadas entre as potenciais beneficiárias do benefício que instituía —, isso quis significar claramente, que a mens legis foi proposital, na exclusão das filhas divorciadas.

“17. Interpretação diversa se poderia eventualmente extrair de tal Lei n. 6.782, de 1980, caso houvesse sido promulgada antes de ter sido instituído, no ordenamento jurídico pátrio, a possibilidade do divórcio, pois sempre se poderia entender que o legislador, ao velar pelas filhas solteiras, poderia estar pretendendo proteger, também, as filhas que, num futuro eventual, viessem a ficar divorciadas.

“18. Sob o império da Lei n. 6.515, de 1977, entretanto, salvo melhor juízo, não se poderá legitimamente ampliar o favor legal — estendendo-o a quem não foi abrangido pela lei, não obstante pudesse ter sido por ela favorecido — porquanto, se assim se fizer, estará o Poder Judiciário invadindo seara que a Constituição Federal reserva, privativamente, ao Poder Legislativo.

“19. O parecer é, por conseguinte, de que o mandado de segurança comporta deferimento” (fls. 186/187).

11. Tem-se, por conseguinte, que a impetrante vem recebendo a integralidade da pensão que a ambas — a ela e a sua irmã — era destinada, desde 28 de abril de 1989, data do casamento de Andréa, até o momento em que, em face da decisão ora impugnada, veio o Tribunal de Contas da União a promover a sua alteração.

12. Ademais, havendo a litisconsorte endereçado requerimento de reversão de benefício somente quase dois anos depois da separação, como antes demonstrado, parece-me haver consolidado o direito adquirido da impetrante, que, possivelmente com base nesse fato e ao longo de todo esse tempo, tenha contraído compromissos creditados ao direito que entendeu existir de forma definitiva.

Trata-se, pois, de ato jurídico que gerou direito adquirido que admito estar protegido pelo writ.

13. Consigno, ao final, Senhor Presidente, com certo constrangimento até, o lamentável nível a que chegou o debate nessa causa. Mas não posso, mesmo depois de ter firmado convicção por outras razões e em prestar ao desquite ingrediente jurídico tal a permitir que por via dele restabeleça-se direito que o casamento desfez, sob pena de essa reversão prestar-se ao estímulo para dissoluções arrumadas.

Ante o exposto, mantendo a liminar concedida, defiro a segurança.

VOTO

O SR. MINISTRO MARCO AURÉLIO: Senhor Presidente, rememoro, objetivando apenas concatenar o voto, à espécie dos autos.

Por força do falecimento do Ministro João Batista Miranda, houve o reconhecimento do direito à pensão, em cinquenta por cento, para a viúva, cabendo os outros cinquenta por cento para as duas filhas: a Impetrante e a Litisconsorte passiva, Andréa Batista Miranda. Esta última contraiu matrimônio e alcançou a maioridade em 28 de abril de 1989. Assim, a cota a que tinha direito, de vinte e cinco por cento, acresceu à da beneficiária remanescente, ou seja, à da irmã.

Ontem, o Ministro Maurício Corrêa proferiu voto tornando definitiva a liminar que concedera, ou seja, acolhendo o pedido formulado na inicial do mandado de segurança. Tive dúvida a respeito da matéria porque o nobre advogado da litisconsorte, Dr. Sebastião Batista Affonso, ressaltou da tribuna que a impetrante não teria o direito subjetivo que o mandado de segurança visa a preservar: de somar a cota da irmã que se casara.

Senhor Presidente, tanto a legislação em vigor hoje, que é a decorrente do Regime Jurídico Único — Lei n. 8.112/90 — quanto a da época prevêm expressamente esse direito de crescer.

Leio o artigo 7º da Lei n. 3.373, de 12 de março de 1958:

“Art. 7º — Por morte dos beneficiários ou perda da condição essencial à percepção das pensões, estas reverterão:

“I — a pensão vitalícia — para os beneficiários das pensões temporárias;

“II — as pensões temporárias — para os seus co-beneficiários, ou, na falta destes, para o beneficiário da pensão vitalícia”.

Portanto, ainda que admitido o direito ao estabelecimento da cota-parte, tendo em vista a separação e, também, a comprovação da dependência, defrontamo-nos com obstáculo maior. É que em 1989 passou a integrar o patrimônio da impetrante a cota-parte a que teve jus, no início, a litisconsorte passiva. Logicamente, a essa altura, diante da situação jurídica constituída — e constituída em definitivo, impossibilitando, portanto, o restabelecimento reconhecido no ato atacado mediante este mandado de segurança —, não se pode retornar à quadra pretérita, ao estágio anterior, devolvendo-se à litisconsorte a respectiva cota-parte.

Por isso, destacando as sustentações feitas da tribuna não só pela advogada da impetrante, mas, também, pelo advogado da litisconsorte passiva, acompanho o Ministro-Relator, concedendo a ordem.

É o meu voto.

VOTO

O SR. MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Sr. Presidente, o ilustre advogado da litisconsorte pôs em questão o próprio direito da impetrante à pensão, porque manteria ela uma situação de companheirismo estável com terceiro.

Mas já decidimos no Mandado de Segurança n. 21.357 que não cabe examinar ou desfazer, no processo de mandado de segurança, a situação jurídica com que se apresentou o impetrante: tratava-se de um candidato posto em lista para um Tribunal do Trabalho, que impugnava a qualificação do outro. Entendemos que não

era no mandado de segurança por ele impetrado que se poderia desfazer a sua inclusão na lista, a qual lhe firmava a legitimação para impetrar a ordem.

Acompanho o voto do eminente Relator.

VOTO

O SR. MINISTRO OCTAVIO GALLOTTI (Relator): Sr. Presidente, também eu estou de acordo com os doutos votos dos eminentes Ministros Maurício Corrêa, Relator, e Marco Aurélio, o primeiro dos quais confere merecido realce ao voto vencido do eminente Ministro Barreto de Macedo, no Tribunal de Contas, que evidenciou às fls. 80:

“...a filha viúva, divorciada ou desquitada equipara-se à filha solteira, desde que fique caracterizada a dependência econômica em relação ao instituidor, e que tal condição deve ser verificada na data da abertura da sucessão pensional”.

Por isso, Sr. Presidente, defiro o mandado de segurança.

EXTRATO DA ATA

MS n. 22.604—SC — Rel.: Min. Maurício Corrêa. Impte.: Maria Beatriz Martins Miranda (Adv.: Isabel Paes de Andrade Banhos e outro e Ângela Silveira Banhos) Impdo.: Tribunal de Contas da União. Lit. Pas.: Andréa Batista Miranda (Adv.: Sebastião Batista Affonso).

Decisão: “Depois” dos votos dos Srs. Ministros Maurício Corrêa (Relator) e Nelson Jobim, que “deferiam” o mandado de segurança “sobretudo-se” o julgamento por ocasião do voto do Sr. Ministro Marco Aurélio. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Celso de Mello (Presidente) e Néri da Silveira, e, neste julgamento, os Srs. Ministros Carlos Velloso e Ilmar Galvão. Falaram pela impetrante, a Dra. Ângela Silveira Banhos, e, pela litisconsorte passiva, o Dr. Sebastião Batista Affonso. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Moreira Alves.

Decisão: Por votação unânime, o Tribunal “deferiu” o mandado de segurança, nos termos do voto do Relator. Impedidos os Srs. Ministros Ilmar Galvão e Carlos Velloso. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Celso de Mello (Presidente) e Moreira Alves, e, neste julgamento, o Sr. Ministro Néri da Silveira. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sydney Sanches.

Presidência do Senhor Ministro Carlos Velloso, Vice-Presidente. Presentes à sessão os Senhores Ministros Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.

Brasília, 29 de abril de 1999.

Gisele Menegale,
p/Coordenador.

**JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

RECURSOS ESPECIAIS

RECURSO ESPECIAL N. 161.010 — SC (REGISTRO N. 97 0093383-0)

Relator: Ministro Vicente Leal

Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Recorridos: André Sadloski e Gilsenei Sadloski

Advogado: Antônio Mário Koschinski

EMENTA: Penal — Recurso especial — Estelionato contra a previdência social — Continuidade delitiva — Reconhecimento — Reexame de provas — Impossibilidade — Súmula 7, STJ.

— Para o reconhecimento da continuidade delitiva é necessário a prática sucessiva de ações criminosas da mesma espécie que guardem, entre si, conexões no tocante ao tempo, ao lugar e ao modo de execução, de modo a relevar homogeneidade de condutas típicas, evidenciando serem as últimas ações pura continuação da primeira.

— Afastada pelo Tribunal a quo, em sede de apelação, a ocorrência da continuidade delitiva, após o exame das situações fáticas, a questão não pode ser objeto de reapreciação em sede de recurso especial, onde não há espaço para o reexame de provas, como consagrado na Súmula 7 deste Tribunal.

— Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros

da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, na conformidade dos votos e notas taquigráficas a seguir.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros William Patterson e Fontes de Alencar. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Fernando Gonçalves e Hamilton Carvalhido.

Brasília—DF, 25 de abril de 2000.
(data do julgamento).

*Ministro Vicente Leal,
Presidente e Relator.*

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO VICENTE LEAL: A Dra. Maria Célia Mendonça, oficiando nos presentes autos, assim resumiu a espécie sob julgamento, verbis:

“Recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, com apoio no art. 105, III, alínea a, da Constituição Federal, contra v. acórdão da egrégia Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, fls. 374/386, que entendeu não configurar a continuidade delitiva do art. 1º da Lei n. 8.137/1990, reduzindo as penas a que foram condenados os ora recorridos para dois anos de reclusão, em regime aberto e o pagamento de 10 dias-multa.

“Os fundamentos do v. acórdão recorrido restaram sintetizados na ementa, verbis:

‘Sonegação fiscal. Redução de tributo mediante fraude por inserção de elementos inexatos em livro destinado à apuração de ICMS. Infração ao art. 1º, II, da Lei n. 8.137/1990. Vendas declaradas inferiores àquelas efetivamente realizadas. Dolo caracterizado. Ausência de perícia contábil.

Ônus da defesa. Prisão decorrente de infração penal. Ausência de violação ao princípio constitucional da impossibilidade de prisão por dívida. Notificação fiscal anulada por vício formal. Irrelevância. Pena. Continuidade delitiva. Reconhecimento, por maioria, do crime habitual. Unicidade da conduta. Pena reduzida ao mínimo legal, com sursis (condições a serem estabelecidas no juízo da execução).

‘Recurso provido em parte’ (fls. 374).

“Nas razões de recurso especial, o recorrente alega violação ao art. 1º, II, da Lei n. 8.137/1990 e art. 71 do Código Penal, sustentando, em síntese, que durante dezenove meses — no período de janeiro de 1990 a julho de 1991 — os ora recorridos praticaram condutas típicas, caracterizando assim crime continuado nos crimes de sonegação fiscal do ICM” (fls. 417/419).

E na parte conclusiva do parecer, opina o membro do Ministério Público Federal pelo provimento do recurso (fls. 420).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO VICENTE LEAL (Relator): A pretensão deduzida no presente recurso não merece, em absoluto, acolhimento.

O réu, ora recorrido, embora tenha sido condenado pelo crime de estupro em sua forma continuada, em sede recursal, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo modificou a sentença, mantendo a condenação, mas afastando o acréscimo da continuidade delitiva, com o que reduziu a pena

para dois anos de reclusão. O que se proclamou no acórdão foi a ocorrência de um único crime de sonegação fiscal.

A propósito, afirmou o ilustre Des. Álvaro Wandelli, Relator da apelação, verbis:

“A egrégia Segunda Câmara Criminal, por maioria de votos, vencido este relator, decidiu acompanhar o entendimento esposado pelo Dr. Procurador de Justiça, Vidal Vanhoni Filho, e reconheceu como habitual o crime praticado, entendendo que ‘a repetência de ações não implica em mais de uma infração, ao reverso, importa em crime único, excluindo, pois, da individualização da pena a causa geral de aumento peculiar ao crime continuado’ (fls. 347).

“Assim, reduz-se a pena para o mínimo legal posto na sentença condenatória, ou seja, em dois anos de reclusão, em regime aberto, e pagamento de dez dias-multa, com sursis (condições a serem estabelecidas no juízo da execução), mantidas as demais cominações da sentença” (fls. 384).

Correta e incensurável, a posição do ilustre Relator.

Com efeito, segundo o cânon do art. 71 do CP, o que caracteriza, em essência, o crime continuado é a prática sucessiva de ações criminosas da mesma espécie que guardem, entre si, conexões no tocante ao tem-

po, ao lugar e ao modo de execução, de modo a relevar homogeneidade de condutas típicas, evidenciando serem as últimas ações pura continuação da primeira.

Nestes termos, a doutrina nacional tem proclamado que o nosso Estatuto Penal adotou a teoria objetiva pura, o que significa dizer que, presentes as condições acima mencionadas, configurada está a continuidade delitiva.

Todavia, para constatar se estão presentes todas as circunstâncias objetivas configuradoras da *fictio juris* da continuidade delitiva, principalmente no que pertine unidade de designios, bem como ao intervalo de tempo de uma conduta para outra, necessário seria longa incursão sobre a prova dos autos, o que é inviável no âmbito do recurso especial, em razão do óbice da Súmula 7 desta Corte.

É que as circunstâncias objetivas devem ser aferidas como um todo e não pelo exame separado de cada uma delas, pois nenhuma circunstância, considerada isoladamente, tem valor decisivo para a configuração do delitum continuatum.

Tenho, assim, que a decisão do Tribunal a quo não violou as disposições contidas no art. 71 do Código Penal.

Isto posto, não conheço do recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 228.942 — SC (REGISTRO N. 99.0079704-3)**Relator: Ministro Paulo Gallotti****Recorrente: Vilson Florêncio****Advogados: Paulo Armínio Tavares Buechele e outros****Recorrido: Município de Joinville****Advogados: Margarete Teresa Medeiros Gonçalves e outros**

EMENTA: Ação de indenização — Desapropriação indireta — Área de preservação permanente — Propriedade particular — Legitimidade passiva do Município — Recurso especial — Contrariedade à lei federal e dissídio pretoriano — Divergência comprovada — Recurso conhecido e provido.

I — Lei municipal declarando área particular de preservação permanente, restringindo o direito de propriedade do autor, leva à obrigação de ressarcir eventuais prejuízos sofridos pelo proprietário, sendo evidente, pois, o interesse de agir.

II — O Município é parte legítima para figurar no pólo passivo da relação processual, uma vez que as limitações no uso da floresta que cobre a área sub judice decorreram da edição de lei municipal, fundamento do pedido de indenização.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Franciulli Netto, Nancy Andrighi, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon.

Brasília—DF, 4 de maio de 2000.

(data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins,

Presidente;

Ministro Paulo Gallotti,

Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO PAULO GALLOTTI: Cuida-se de ação ordinária de indenização proposta por Vilson Florêncio contra o município de Joinville em razão da Lei Municipal de n. 1.410 de 12/12/1975 ter estabelecido que glebas de terras de sua propriedade se encontram em área de preservação permanente, objetivando o ressarcimento por parte do Poder Público ante a intervenção expropriatória.

A sentença, após declarar a ilegitimidade passiva ad causam do Município, julgou extinta a ação nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por unanimidade de votos

de sua Terceira Câmara Civil, negou provimento à apelação.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados, com a imposição de multa ao embargante, por serem considerados protelatórios.

Inconformado, o autor da ação interpôs recurso especial alegando violação dos arts. 267, VI, e 538, parágrafo único, do CPC, além de dissídio jurisprudencial com o REsp. n. 37.529—SC, relator o Ministro Hélio Mosimann, DJU de 4/12/1995, perseguindo, em síntese, o reconhecimento da legitimidade do município de Joinville—SC para figurar na relação processual e também o afastamento da multa que lhe foi imposta.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO PAULO GALLOTTI (Relator): Cinge-se a controvérsia em saber sobre a possibilidade ou não do município de Joinville figurar no pólo passivo da relação processual, pois a questão de mérito não chegou a ser julgada.

Desde logo é importante ressaltar que o recorrido pleiteou na contestação a citação da União e do Ibama para integrarem a lide, mas as instâncias ordinárias apenas declararam sua ilegitimidade, por entenderem que eles não poderiam responder pelo pedido de indenização, já que as restrições impostas na Lei Municipal n. 1.410 decorreram do cumprimento de determinações constantes de lei federal, qual seja, o Código Florestal Brasileiro.

Afasto a alegada ausência de prequestionamento suscitada pelo re-

corrido, visto que toda a matéria objeto do recurso especial foi analisada no Tribunal de origem.

O apelo especial deve ser admitido pelas alíneas a e c do permissivo constitucional, porquanto o acórdão hostilizado contrariou os dispositivos apontados pelo recorrente, além de divergir do aresto proferido no REsp. n. 37.529—SC.

No caso dos autos, não há como examinar a questão relativa à legitimidade de parte passiva sem apreciar o mérito da causa.

A uma, porque é cediço que o recorrido, mediante a edição da Lei n. 1.410, declarou que o imóvel do recorrente está localizado em área de preservação permanente, restringindo o seu direito de propriedade.

Assim, em decorrência dos efeitos dessa lei, foi que o autor pediu a indenização, alegando desapropriação indireta, dirigindo a lide contra o município de Joinville, como agente causador do ato lesivo, e não outra pessoa de direito público.

A duas, se o presente pedido de indenização resulta da perda da substância da propriedade do imóvel, com a proibição de desmatamento e limitações no uso da floresta que cobre a área sub judice, como concluir, sem examinar o mérito, que o município de Joinville apenas cumpriu preceitos do Código Florestal, sem criar maiores óbices à utilização do imóvel?

A três, pois o interesse de agir é evidente. Se as matas de preservação permanente são indenizáveis, o único meio para o autor ser ressarcido dos

supostos prejuízos sofridos é pela presente ação.

Diante desse quadro, não há como prevalecer a decisão das instâncias ordinárias, que consideraram o Município parte ilegítima e, em consequência, extinguiram o processo, deixando o autor sem o direito de pleitear ou de discutir o fato, posto que não apontaram quem seria responsável pela indenização a que ele entende fazer jus.

Ademais, está devidamente comprovada a divergência pretoriana, visto que esta Turma decidiu hipótese idêntica a dos autos, decorrente da aplicação da mesma Lei Municipal de n. 1.410, no REsp. n. 37.529—SC, relator o Ministro Hélio Mosimann (DJU de 4/12/1995), de cujo acórdão se extrai, no que interessa:

“Assentado, portanto, que a ilegitimidade passiva do Município foi objeto da irrisignação, cabe verificar se houve a apontada divergência externa, a possibilitar o conhecimento do recurso.

“(…)

“A decisão desta Corte, por seu turno, no Recurso Especial n. 8.690—PR, que teve como relator o eminente Ministro Milton Luiz Pereira, destoa da impugnada na tese central, sendo de pouca relevância o fato de se referir à criação de um Parque Estadual (RSTJ 38/382). Na demonstração analítica da divergência, salientam os recorrentes, após a transcrição da ementa e de parte do voto condutor (fls. 477/ 478):

‘Apreciando situação exatamente igual à dos autos, o acórdão paradigma decidiu que o ente público que cria parque, objetivando proteger

a flora, está obrigado a ressarcir os proprietários das terras nele localizadas. Isto é, desconsiderou a tese fixada no acórdão recorrido, no sentido de que a atuação do Poder Público, ao reiterar o que já estava determinado pelo governo federal, não passa de prática inócua.

‘Dessa forma, contrariamente ao entendimento esposado no v. acórdão recorrido, o acórdão paradigma manteve firme o princípio de que o Poder Público pode criar parques (art. 5º da Lei n. 4.771/1965), ficando resguardado o direito de propriedade, com a consequente reparação patrimonial, quando ilegalmente afetado’.

“Em idêntico sentido, concluiu a fundamentação do recurso, apontando mais uma divergência (fls. 481):

‘E o egrégio Tribunal de Alçada de São Paulo, apreciando caso semelhante, eliminou quaisquer dúvidas quanto a quem cabe suportar a indenização decorrente da subtração do exercício do direito previsto no artigo 572 do Código Civil, atribuindo-a ao Estado, pois, na hipótese, fora este que legislara a respeito das limitações previstas no Código Florestal (...)’.

“(…)

“No corpo do acórdão, consta:

‘Mas, nada impedia que as unidades federativas, no seu interesse, estabelecessem maiores vedações. Exemplo disso é a previsão expressa já lembrada, do art. 5º, item b, do novo Código Florestal. Essas vedações, todavia, desde que feitas no interesse do Estado ou Município, atingindo particular e ampliando as restrições impostas pelo legislador federal, deixam de ser simples limitação administrativa. Em suma, o Código Florestal fixou

limitações administrativas e a lei estadual, seguida de ato da administração, subtraiu todo o exercício do direito de propriedade, para o fim a que esta se destinava. Tal equivale ao sacrifício total do direito e impõe a indenização (págs. 30/31).

‘Portanto, e data venia, a decisão recorrida, no tópico da legitimidade do ente público que aplicou a limitação prevista no Código Florestal para figurar no pólo passivo da lide, dissentiu flagrantemente do acórdão paradigma, que legitimou a entidade pública que materializou a proibição, para responder aos termos da ação de desapropriação indireta’.

“Demonstrada estava, assim, a divergência, como, aliás, argumentou, com inteira procedência, o Dr. Anselmo Agostinho da Silva, Procurador de Justiça, às fls. 537 e seguintes, transcrevendo inclusive o voto vencido:

‘...o egrégio Primeiro Grupo de Câmaras, ao julgar extinto o processo por ilegitimidade passiva ad causam da Prefeitura Municipal de Joinville, não contrariou as disposições legais já citadas. No pertinente àquelas da Lei n. 4.771/1965 porque em nenhum momento negou-lhes aplicação, limitando-se a considerar a legislação municipal inócua em relação a ela, como destacado, aliás, na petição recursal (fls. 471). Às do Código Civil porque não negou o direito de propriedade e indenização, e os artigos 524, 526 e 572 sequer foram ventilados.

‘Mas deu ao Código Florestal — Lei n. 4.771/1965, interpretação diversa daquela dada por outro Tribunal, como se percebe, por exemplo, daquela adotada pelo Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo, cita-

da às fls. 481, que expressamente admite a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público que impôs a limitação do uso da propriedade. O acórdão recorrido, ao contrário, entende inócua a lei municipal a respeito do assunto.

‘(...)

‘Entretanto, se a própria parte passiva, no caso a Prefeitura Municipal de Joinville reconhece que editou a Lei Municipal n 1.410, dispondo sobre as ‘áreas de preservação permanente (2—9)’, inclusive se referindo ao ‘desenvolvimento turístico do Município’ (art. 36), e se é com base na declaração dessa Lei n. 1.410 que os autores pedem indenização, alegando desapropriação indireta, e se a própria municipalidade, no processo, aceita a sua condição de ré, dizendo na contestação da ação que houve de sua parte apenas uma forma típica de ‘limitação administrativa’, ou restrição ao uso da propriedade, e não uma ‘desapropriação’ para ser indenizada (fls. 21/23), alegando somente no recurso de apelação a necessidade de citação da União, como ‘litisconsorte passiva necessária’ (fls. 145), não se vê como possa essa parte ser considerada ilegítima para a causa e ser, em consequência, declarado extinto o processo, por carência de ação dos autores.

‘(...)

‘Se, no caso, como afirma a conclusão do voto vencido (fls. 294), apenas a legislação federal foi cumprida, e a exorbitância da lei municipal não exclui esse aspecto importante, o pedido de indenização dos autores contra o Município poderá não vingar, mas isso deverá ser verificado na apre-

ciação do mérito da causa, depois da completa instrução do processo' (...)".

Quanto à multa imposta por ocasião dos embargos declaratórios, também merece reforma a decisão impugnada. Analisando a petição do referido recurso, constata-se que a finalidade era complementar o julgado no tópico referente à ofensa ao art.

267, VI, CPC, não se revestindo de caráter protelatório, segundo preconiza o Enunciado n. 98 da Súmula, STJ.

Pelo exposto, conheço do recurso especial pelas alíneas a e c, dando-lhe provimento para que o processo prossiga como de direito.

É o voto.

NOTICIÁRIO

POSSE DOS DESEMBARGADORES VOLNEI IVO CARLIN, IRINEU JOÃO DA SILVA, LUIZ CÉZAR MEDEIROS E GALVÃO NERY CAON

Em sessão solene realizada em 6 de setembro de 2000, na sala de sessões do Tribunal Pleno, os Drs. Volnei Ivo Carlin, Irineu João da Silva, Luiz César Medeiros e Galvão Nery Caon prestaram compromisso legal, sendo empossados no cargo de Desembargador.

À oportunidade o Exmo. Sr. Des. Presidente do Tribunal de Justiça, Francisco Xavier Medeiros Vieira, saudou os novos Desembargadores, assim se pronunciando:

“Familiares dos novos Desembargadores, Senhoras e Senhores: esta solenidade se reveste de excepcional singularidade: a investidura no cargo de 2º Vice-Presidente, pela vez primeira na centenária existência desta Corte, de ilustre desembargador do Órgão Especial, eleito em sessão realizada hoje pela manhã, e a posse de quatro novos integrantes do Sodalí-

cio, na véspera do Dia da Pátria. Esse evento, já de si memorável, faz evocar o celeberrimo ‘Independência ou Morte’, ecoado, faz 178 anos, às margens do Ipiranga, quando DOM PEDRO I escreveu decisiva página da nossa História, fruto dos ideais de TIRADENTES e da ânsia libertária que sacudia as Américas, do exemplo de BOLIVAR, SAN MARTIN e RIVADAVIA, outros tantos líderes dos Movimentos emancipadores das antigas colônias hispânicas.

Mas a História dos povos é processo contínuo e permanente, a exigir o esforço comum, diuturnamente ingente. Parafraseando CARLOS MESTERS, que assim definiu a LIBERDADE, INDEPENDÊNCIA ‘não é um estado de coisas, mas uma tarefa’. Sem independência política, econômica e cultural, sem consciência da igualdade perante a lei, esboroam-se a soberania, a cidadania, a dignidade

da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político, fundamentos do Estado democrático de direito, que emolduram o Pergaminho Fundamental vigente.

Certo que não podemos festejar, ainda, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (aqui incluída a sua função social), nesta difícil quadra em que se contrapõe o eterno e parabólico contraste, o bem e o mal, a verdade e o erro, a virtude e o pecado, o joio e o trigo. Contudo, cumpre destacar o esforço desassombrado de quantos — autoridades e cidadãos —, se sentem responsáveis pela construção do edifício do futuro e da própria nacionalidade. E ‘fundar o futuro’ — disse St. Exupèry — ‘é antes e exclusivamente pensar o presente’. É preciso crer, com o insuperável RUI, que ‘a Pátria não é uma expressão geográfica, nem as maravilhas da criação que a revestem, nem a multidão humana que a povoa. O território vem a ser, apenas, o quadro da existência moral que expira com a supressão da liberdade’ (in ‘A Estola da Calúnia’). ‘A Pátria é a família amplificada. E a família, divinamente construída, tem por elementos orgânicos a honra, a disciplina, a fidelidade, a benquerença, o sacrifício. É uma harmonia instintiva de vontades, uma desestudada permuta de abnegações, um tecido vivente de almas entrelaçadas’ (in Coletânea Literária, 210). ‘A Pátria não é um sistema, nem uma seita, nem um monopólio, nem uma forma de governo: é o céu, o solo, o povo, a tradição, a consciência, o lar, o berço dos filhos e o túmulo dos antepassados, a comunhão da lei, da língua e da liberda-

de’ (in Coletânea Literária, 212). JOAQUIM NABUCO, um dos heróis da Abolição, lembrou que ‘o verdadeiro patriotismo é o que concilia a Pátria com a Humanidade’.

Senhoras e Senhores: o Tribunal de Justiça quer mesclar sua História particular, de tantas e tão gratas tradições, com a História pátria que, afinal, vem ajudando a edificar. Por muitos e longos anos a Corte vem suportando o peso invencível do descompasso brutal entre o crescimento geométrico de pleitos recursais e o número estagnado de desembargadores. Adverte o Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (O Judiciário como Poder Político no Século XXI, in Informativo Jurídico — STJ — pág. 24), citando o Desembargador LUIZ FUX: ‘É relevante ter-se em conta que a demora da resposta judicial leva ao exaurimento de forças à parte débil que, diferentemente do litigante mais portentoso, não tem condição de arcar com essa lentidão, permitindo àquele arrancar-lhe vantajosas concessões. Por essa razão, Cappelletti, curvado sobre o problema, cedeu à realidade ao concluir: ‘a justiça é igual para todos, mas um pouco menos igual para os ricos e um pouco menos igual para os pobres’. ‘A Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais estabeleceu, no seu art. 6º, § 1º, que a Justiça que não cumpre suas funções dentro de ‘um prazo razoável’ é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível.’ ‘Nesta perspectiva, é intuitivo que ‘a inexistência de tutela adequada à determinada situação conflitiva corresponde à própria negação da tutela a que o Estado se obrigou quando chamou a si o monopólio da jurisdição’.’

'Impõe-se, pois, que o legislador e o juiz do terceiro milênio tenham em mente que 'as situações de periclitacão e as de evidência' merecem tutela imediata...' 'Ademais, 'as sentenças devem valer por si sós, sem necessidade de atividades complementares que impliquem nova e delongada relação processual. A auto-executividade e mandamentalidade das decisões é anseio cuja contemplação não pode ultrapassar a 'nova era' sem a correspondente consagração.'

Enquanto esse sonho não se realiza outros caminhos devem ser explorados. NELSON FANAYA e DIRCE CONTE (Estratégias em Ação, pág. 42) ensinam que a capacidade de sonhar, de explorar, de visionar é o que pode fazer a diferença. Nada mais nada menos do que Einstein, que alguns poderiam classificar como emérito representante das ciências matemáticas e exatas, diria também das ciências físicas, que 'imaginação é mais importante do que conhecimento'. 'Chega de proteger o passado. É hora de construir o futuro. Mas para isso é preciso ter coragem (...). O pensamento criativo é a bússola deste mapa'. Quando perguntaram a MICHELANGELO como ele conseguia esculturas tão maravilhosas, ele respondeu: 'Elas já estão lá no interior do bloco de pedra no qual trabalho (...) eu só tiro o excesso...'

Os Poderes Legislativo e Executivo de nosso Estado, proverbialmente sensíveis aos projetos inovadores do Judiciário, respaldaram o aumento de componentes do Sodalício para quarenta Juizes. Ainda em data de ontem — 5 de setembro — aquele agosto Colegiado aprovou, em segundo turno, a criação de seis

cargos de Juiz Substituto de Segundo Grau, além de outros projetos de interesse do Judiciário, como aconteceu na manhã de hoje, no pertinente ao nosso Orçamento. No próximo ano, se os recursos orçamentários o permitirem, completaremos o quadro de julgadores nesta Instância. Desde agora, seus efeitos já se farão sentir com a instalação da Segunda Vice-Presidência e com a especialização e o aumento do número de Câmaras Cíveis, o que, sem dúvida, agilizará os julgamentos. Também na Primeira Instância medidas vêm sendo tomadas para correção de anomalias. Pretendemos instalar as Comarcas e Varas, criadas na gestão anterior, no ano vindouro, tão logo o comporte o desempenho orçamentário.

Cumpra-se, aos poucos, porém planejadamente, a meta da HUMANIZAÇÃO DA JUSTIÇA. A atual Administração vem implementando, com reconhecido êxito, o projeto 'CASA DA CIDADANIA'. Perdoem-me se repito, com ênfase, mas a Justiça do próximo milênio é a da conciliação e da mediação. Convém aceitar a ponderação feliz de JOHN POWELL: 'Não somos prisioneiros do passado. Somos pioneiros de um futuro fascinante.'

Senhoras e Senhores: não conquistaremos a definitiva independência política sem um Judiciário forte, estruturado, eficaz. Notícia encomiosa e que nos enche de justo orgulho vem de São Francisco, Califórnia, EUA, que reuniu, no mês de junho último, os Presidentes das Cortes Nacionais de Justiça de inúmeros países. Naquele encontro, de que participou o ínclito Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro CARLOS VELLOSO, o

BRASIL foi apontado como referência internacional, ao lado dos EUA, INGLATERRA, ALEMANHA, ITÁLIA e FRANÇA. Neste mesmo mês de junho foi lançado em Paris o livro da juíza francesa EVA JOLY, 'Notre Affaire à Tous', com ampla abordagem sobre os meandros do crime financeiro, num mundo desorientado pela economia globalizada. Diz a autora que a crise do Estado e a desregulamentação da economia liberaram as fronteiras tanto para a especulação financeira, quanto para a máfia internacional. A promiscuidade entre o capital mafioso, que lava seu dinheiro no mercado internacional, e o capital especulativo, que se beneficia daquele para atingir mais lucros, cria um regime de fluxos financeiros que apaga as fronteiras do direito, ao mesmo tempo em que a sociedade clama por justiça quando os escândalos vêm à luz.

Ao comentar a obra de EVA JOLY, o jornalista ALCINO LEITE NETO argumenta que 'ao contrário do capital, a Justiça é lenta e está atrelada às burocracias nacionais, lembrando, outrossim, a insatisfação e a luta da autora contra a burocracia e o atraso técnico da Justiça francesa 'que ela atribuiu em grande parte ao conformismo' — as expressões são da autora — 'e à pachorra dos magistrados'.' Estamos falando da França e é difícil pensar nesse grande País sem evocar suas glórias, suas luzes, o humanismo de que se revestem suas lutas pela consagração da cidadania (...). E, no entanto, verbera-se, em suas próprias entranhas, contra seu sistema de Justiça. Tal constatação não deve, por evidente, justificar a postura dos que navegam na contramão da História. Mas serve para um exercício

de auto-estima àqueles que, como os magistrados catarinenses, inconformados com a estagnação e com o atraso, buscam soluções para os desafios atuais.

Senhoras e Senhores: a Administração do Judiciário já conta com o trabalho vocacionado do digno desembargador Francisco Borges, membro do Órgão Especial, Conselheiro do Orçamento e Gestão do Conselho de Administração e Presidente do Fundo de Reaparelhamento da Justiça. Sua Excelência, que ingressou na Magistratura nos idos de 1969, foi Juiz Corregedor de 30/4/93 a 23/2/94, quando ascendeu a esta Casa. Hoje, pela manhã, foi consagrado, pela unanimidade de seus pares do Tribunal Pleno, ao ser eleito para a Segunda Vice-Presidência. Aceite, eminente companheiro, nossos efusivos parabéns.

É também nesta Casa que os ilustres Desembargadores VOLNEI IVO CARLIN, IRINEU JOÃO DA SILVA, LUIZ CÉZAR DE MEDEIROS e GALVÃO NERY CAON, agora empossados, passarão a compartilhar o idealismo, o compromisso e a responsabilidade pública dos que aqui estão. Ao atingirem o topo da carreira, ou ao ingressarem na cúpula do Poder Judiciário, trazem respeitável bagagem, um acervo de valor inestimável, permeados por insopitável amor à causa da Justiça em nosso Estado. Em nome de meus honrados pares, manifesto-lhes nosso júbilo, com escolhidos votos de plena realização pessoal e profissional. Estamos de braços abertos! A Justiça humanizada — projeto que todos abraçamos — só será realidade quando estreitarmos nossos corações, nossas almas, nossa solidarie-

dade, nosso companheirismo. Certos de que todo ser humano é único, singular e irrepetível, e que cada qual é imprescindível em sua missão, buscaremos, serenamente, a necessária complementaridade. Recebemo-los não apenas como Colegas, mas como Amigos. Sejam felizes, hoje e sempre! Estamos certos de que Vossas Excelências repartirão os merecidos louros desta memorável vitória com suas Excelentíssimas Famílias, a quem respeitosa e cumprimentamos. Que DEUS, o Juiz dos Juízes, os inspire e os ilumine nesta nova caminhada! Disse.”

Discurso proferido pelo Dr. José Galvani Alberton, Procurador-Geral de Justiça:

“Penso, Senhor Presidente, que vivemos hoje um dia singular; quicá, inédito. Um momento em que se renovam a fé e as esperanças no amanhã. Primeiro porque festejamos o júbilo merecido de famílias honradas, de cujo seio ascendem os quatro novos integrantes desta Corte. Segundo porque o ato que aqui se realiza importa uma contribuição concreta e eficaz para o equacionamento de um dos maiores dramas e desafios da justiça brasileira: a superação de suas carências estruturais e de sua lentidão. Quero, por isso, associar-me à alegria que imagino esteja a povoar o coração de cada um dos novos desembargadores — como, por certo, está inundando a alma de todos os seus familiares e amigos, em especial de seus pais, filhos e esposas. A estes, particularmente, reverencio — essas benfazejas criaturas que fazem suportável e agradavelmente desafia-

dora a lonjura dos caminhos; que traçam nas mãos a mística do amor e do alento; e cujos olhos se abrem como portais misteriosos, intermediando a comunhão com Deus e com o Infinito.

Conforta-me o privilégio de poder, em nome do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, abraçar a todos, reconhecendo-lhes os méritos, celebrando-lhes as virtudes, estimulando-lhes os sonhos, perseverando na esperança de que o amanhã de cada um despontará bordado de luz, tingido pelo sentimento da solidariedade, da justiça e da paz. Mas, na medida em que faço fraterno e solidário o meu abraço, não sei, a rigor, a quem buscarei primeiro: se ao pequeno grande homem, Luiz César Medeiros, amigo e colega exemplar, no seu inexcelsível padrão de dignidade e bravura profissional; ao culto e estudioso Volnei Ivo Carlin, generoso na partilha do seu saber; ou aos insignes magistrados Irineu João da Silva e Galvão Nery Canon.

Imagino, por isso, que a alternativa mais confortadora é um abraço comum, largo e sincero. Talvez seja possível, desta forma, homenagear a todos e, por uma espécie de capilaridade espiritual, homenagear a própria Justiça, na dimensão humana dos novos valores que hoje se integram à superior instância do Judiciário catarinense. Mas, abstraído o clima de regozijo pessoal que se espalha no seio da família dos homenageados, a posse simultânea de quatro novos desembargadores é fato que merece reflexão — até pela sua ineditude. Vale o registro de que a criação e o provimento de três destes novos cargos significam o resultado de um esforço meritório da atual administração do

Poder Judiciário, empenhada em robustecer a estrutura do órgão e em imprimir a reclamada celeridade ao processo de prestação jurisdicional.

Destaquei que a morosidade da justiça é uma atribuição antiga — do povo e, particularmente, dos operadores jurídicos. Ainda é um estigma que persiste ameaçador e gravoso para o administrador moderno que não abdica da atenção aos reclamos e às angústias da sociedade. Superá-la não tem sido uma tarefa fácil. Não bastasse o cipoal legislativo — em cujas teias se exacerbam os conflitos e, não raro, periclitam os direitos —, multiplicam-se os entraves processuais, alimentando uma cultura cartorial que acaba por deformar a natureza intrínseca do processo, transformando-o por vezes num fim em si mesmo; e não no meio apto e eficaz para a outorga da jurisdição e definitivo equacionamento dos litígios. Além disso, a expansão estrutural do Poder Judiciário, assim como do Ministério Público, enfrenta hoje um significativo elenco de dificuldades, inclusive de índole normativa.

Abstraída a retração quase que generalizada da receita pública, convive-se, por exemplo, com a Lei de Responsabilidade Fiscal, diploma recente que mais se afeiçoa às exigências internacionais do que à política interna do País; e que, alheio à vastidão da terra e à heterogeneidade da economia e da cultura brasileiras, insiste no estabelecimento de parâmetros lineares para os gastos dos órgãos e Poderes do Estado, em todos os níveis de governo — como se a administração pública pudesse de repente pautar-se com a precisão e a frieza de uma equação matemática, insensível às singularidades e aos

matizes diversos que timbram a alma nacional. Bem por isto, é louvável todo ato de gestão que conduza a um incremento real dos quadros da judicatura. Ainda mais quando, tal como sucede aqui em Santa Catarina, Ministério Público e Magistratura convivem com uma demanda de serviço superior aos limites tidos como normais e razoáveis para a capacidade humana. O aumento significativo do número de desembargadores, de 27 para 40, é, portanto, Senhor Presidente, um fato auspicioso, por cuja produção desejo cumprimentá-lo — rendendo também as minhas homenagens aos membros da Assembléia Legislativa e ao chefe do Poder Executivo que tiveram a sensibilidade de compreender a importância dessa iniciativa.

Destaco que o Ministério Público sente-se feliz e honrado por participar deste avanço. Animo-me a pensar que, mais do que uma simples figuração numérica, nos limites do quinto constitucional, esta é uma participação que se exprime e se agiganta na dimensão do saber e da dignidade dos homens que, num dado instante, movidos pela mesma grandeza de ideal, substituem o vermelho da toga — sob cuja égide agenciavam com devotamento e paixão o interesse público — pela síntese negra de todas as cores, onde repousam em equilíbrio as promessas de justiça e de paz.

Hoje, particularmente, é o Doutor Luiz César Medeiros que deixa a toga de Procurador de Justiça para ostentar as vestes de Desembargador. Tenho certeza que o Ministério Público catarinense está entregando a esta Corte de Justiça um de seus membros mais valorosos e honrados. Um profissional que se destaca não

apenas pela sua cultura jurídica; pelo fervor com que se devota ao trabalho; pela fé e pela seriedade com que professa a justiça; mas que se avanta pela firmeza do seu caráter; pela lucidez e sabedoria com que administra os dramas humanos; pela fidalguia e franqueza no trato das lides cotidianas; pela altivez com que percorre as planícies; pela humildade com que, vitorioso, arrosta o céu das cumeadas.

Muito embora se trate de uma leitura pessoal, impregnada de sentimentos de admiração e amizade, estou convicto de que esse é efetivamente o perfil do mais novo representante do Ministério Público com assento nesta Corte de Justiça. É claro que se abre, com isso, um vácuo importante no seio da instituição que represento. Mas esta é a regra. Todo aquele que traz o coração e as mãos iluminadas pertence ao mundo — e não às corporações. Mesmo porque, no contexto dos compromissos gerais do Estado, as instituições, entre elas o Ministério Público, são meros instrumentos (...) são mãos operárias para a obra do bem comum — e não nichos isolados onde possam ser albergados privilégios ou vaidades corporativas. A semente da justiça existe para saciar o homem, na busca perene da sua bem-aventurança. Quem verdadeiramente a semeia não trafega nos lindes estreitos do egoísmo; nem esgota a sua semente no âmbito finito dos entes formais do Estado.

Concluo com a serena convicção de que, hoje, a grande vitoriosa foi mesmo a Justiça — enquanto ideal, enquanto força e enquanto valor. A justiça que se fará fecunda pela pena iluminada dos doutores Luiz César Medeiros, Volnei Ivo Carlin, Irineu

João da Silva e Galvão Nery Caon. Que Deus os inspire e ilumine e torne fértil e generosa a sua judicatura.”

Discurso proferido pelo Dr. Jefferson Luiz Kravchychyn, Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Santa Catarina:

“É com indisfarçável alegria que, em nome da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Santa Catarina, compareço a esta solenidade para demonstrar o regozijo e a alegria de todos os advogados catarinenses pela posse dos eminentes juízes Volnei Ivo Carlin, Irineu João da Silva, Galvão Nery Caon e do Procurador de Justiça Luiz César Medeiros, este último representante do quinto constitucional no honroso cargo de desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Mas, se por um lado a missão me acumula de satisfação e prazer, não deixa, por outro, de representar um desafio e uma grande preocupação.

Nesta solenidade festiva, inconveniente seria falarmos de nossas preocupações e angústias, tão inerentes ao ofício que exercemos. Entretanto contribuir de maneira correta e honesta para o desenvolvimento da nação brasileira, o bem-estar e a paz social é ônus de todos, principalmente dos órgãos, agentes e poderes do Estado. O sonho parece inatingível, a tarefa se afigura para alguns impossível, mas lutar pela realização desse ideal é imperativo que obriga a todos os brasileiros, principalmente àqueles pertencentes às classes mais privilegiadas. Para alguns a indiferença é parte de seu cotidiano. Entretanto, os magistrados que hoje são empossados neste respeitável Sodalício são

homens do seu tempo preocupados com a distribuição correta da justiça e com as mazelas que cercam o nosso cotidiano que estão a exigir de cada um de nós maior atenção para a solução desses inadiáveis problemas sociais que a todos atingem.

Por isso, Desembargadores Volnei Ivo Carlin, Irineu João da Silva, Galvão Nery Caon e Luiz César Medeiros, os Advogados Catarinenses os saudam nesta oportunidade, quando Vossas Excelências se vêem coroados e vencedores nas carreiras que abraçaram, tendo-as exercido até este momento com honradez, dignidade e espírito público. Os requisitos de virtudes de um magistrado, assinalou Dario de Almeida Magalhães, ao receber a medalha Rui Barbosa, em memorável oração: 'Não é a posse isolada, mesmo em alto grau, virtude bastante para elevar um magistrado a uma qualificação excepcional. É preciso honradez imaculada, não apenas uma honradez passiva e infecunda, porém uma honradez militante que irradia estímulos e impõe o exemplo, formando um ambiente de veneração pela própria honra; Isenção perfeita, que não cede a nenhuma razão subalterna, nem ao temor, nem à vaidade, nem à fama; Equanimidade que permite encontrar sem esforço a solução da moderação e da harmonia; Paciência que leva a suportar com tolerância a crítica, conduz sem arrogância à revisão dos erros cometidos e aguarda com resignação a hora da recompensa pelos trabalhos e sacrifícios; Prudência, que não se confunde com timidez, nem se acomoda aos excessos do poder, pelo receio de provocar crises e choques; Humildade, pela renúncia às recompensas materiais, pe-

lo espírito de resignação, pela autocrítica leal de suas decisões, sem contudo consentir no menor desrespeito à autoridade de que está investido; Sensibilidade e compreensão humana que traduzem a esclarecida consciência de que a tarefa de julgar não se subalterniza a uma técnica árida de lidar com textos legais e desenvolver temas doutrinários; Espírito cívico, que signifique a majestade de função e o relevo social que apresenta a figura do juiz, sempre a ser um modelo para com seus concidadãos; Aplicação integral ao exercício do seu ministério, pondo nele o coração e identificado com ele o destino, eis alguns atributos essenciais que deve apresentar um servidor e aplicador da lei, para que possa ser apontado como paradigma, orgulho da sua classe e de seus contemporâneos.'

Como se vê, meus senhores e minhas senhoras, do magistrado se exige uma gama enorme de atributos, e o Estado o obriga a uma vida quase franciscana. Logo, aos advogados não interessa um Poder Judiciário fraco. Deste modo, o remédio é fortalecer este Poder, dando a ele as ferramentas necessárias ao seu pleno exercício. E é justamente aí, através do fortalecimento do Judiciário — e nessa definição compreenda-se todo o mecanismo que envolve o tripé da justiça: Magistratura, Ministério Público e Advocacia — que se poderá oferecer à população do país melhores dias, com equânime distribuição da justiça, resultando disso tudo uma saída para uma série de alterações que se fazem necessárias operar nos valores da nação brasileira.

Já se disse que a coragem é a dignidade sob pressão. O problema

básico é manter a coragem e não desistir, nem renunciar, nem transigir, qualquer que sejam estas pressões. Nós Advogados vivenciamos e compreendemos os choques de interesses e tentamos obter soluções adequadas para eles. Diante da injustiça e da violação às leis, não nos curvamos, mesmo porque a vida do advogado é uma constante de lutas, obstáculos, dificuldades e ingratidões. Por isso, reivindicamos mudanças. Às vezes somos mal compreendidos. Mas, mesmo diante dos obstáculos, continuaremos a reivindicar, contestar, exigir, lutar, pois enfim esta é a missão precípua do homem ligado ao direito. Muitas vezes posamos de impertinentes, o que incomoda alguns e deixa outros desconfortados. Não obstante isso, continuaremos a reivindicar o respeito pleno às funções do magistrado, inclusive com proventos compatíveis com a dignidade de seus cargos, pois só assim poderão exercer os seus munus em favor da sociedade e do cidadão.

Em Santa Catarina, onde o Poder Judiciário é formado por homens íntegros, e isso sempre afirmei, não encontramos maiores problemas para declarar que é um dos mais operosos e respeitados da nação brasileira. O Advogado, e isso a história demonstra, tem sido o paladino da justiça, debatendo, discutindo, divergindo e principalmente dialogando, seja com os Juizes, com os Promotores ou contra o Estado todo-poderoso. Isso não significa, entretanto, que o advogado perdeu o sentido do diálogo e a visão correta do que venha a ser o direito e justiça.

Eminentes empossados, comparece a OAB a este ato certa de que

o egrégio Tribunal de Justiça ganha com a ascensão de tão honrados Magistrados. Entretanto, as honras dessa vitória, temos certeza, Vossas Excelências dividem com as suas esposas, seus filhos, seus familiares e seus amigos, a quem a Ordem dos Advogados também parabeniza e felicita. Neste momento, em meu nome pessoal, Dr. Volnei Ivo Carlin, peço vênua para me dirigir a Vossa Excelência e prestar a minha homenagem à figura do magistrado probo, independente, culto e firme, a quem, por sua posição sempre corajosa, muito cedo aprendi a admirar. Por fim, os Advogados Catarinenses desejam que Vossas Excelências, eminentes Desembargadores, que hoje assumem estas relevantes funções, sejam muito felizes no exercício deste mister."

Discurso de posse do Des. Volnei Ivo Carlin:

"Eminentes autoridades, senhoras e senhores:

Meus diletos amigos:

Deus, razão de tudo, na sua magna bondade, dá a mim, neste dia e neste recinto, a possibilidade de viver um clímax de alegria e emoção terrenas indescritíveis.

O início de qualquer manifestação do pensamento é difícil. Muito refleti sobre as palavras a serem proferidas nesta solenidade.

Mas o que ponderar, ante os tempos difíceis em que estamos a enfrentar, convivendo com a trivialização da violência e da corrupção, intensificando-se a constelação do pessimismo e aceitando-se a destruição dos valores fundamentais, com crises de

toda ordem: econômica, religiosa, político-institucional, ética e de natureza moral.

São tempos duros também para o Poder Judiciário, que está a suportar a crítica impiedosa, as dificuldades cotidianas na prestação jurisdicional, o insano volume de processos, a legislação inadequada e a estratificação de idéias.

Seria momento para expressar uma fala com vãos platônicos, formal, descomprometida, ausente das realidades da vida? Ou como juiz, no exercício da cidadania, em face dos compromissos que hoje assumo como membro de um Poder da República e portanto co-responsável pelos destinos de nosso Estado e da própria Nação não seria mais adequado manifestar-me sobre os problemas vivenciados por nossa sociedade?

Viver no devaneio, exercitar composições poéticas, fugir das realidades que nos cercam, cultivar pendores para a ausência constituem posições a que nunca me adaptei. E penso que não é esta a oportunidade de fazê-lo.

Embora minhas preocupações também se situem no plano econômico-financeiro e social do país, em que mais se constata a insensibilidade humana que agride os mais comezinhos princípios de Direito, a questão sobre a qual o momento impõe pronunciamento é a que envolve o Poder Judiciário, apontado muitas vezes como elitista e até como antidemocrático, na tentativa de desmoralização pública pelo incessante matraquear da grande mídia, que se esquece de que o Judiciário possui uma atuação restrita; está limitado nas verbas, nos expedien-

tes e sobretudo às decisões de inteligência.

Nessa ordem de idéias e dentro desse quadro pouco edificante, por óbvio, vê-se o quanto é difícil a função do Magistrado, principalmente nesta época em que se enfrenta uma avalanche de transformações científicas e tecnológicas. Surgem novos direitos que levam ao questionamento da Ciência Jurídica e à revisão de conceitos que possam substituir os paradigmas jus naturais e positivados, que se mostram desgastados para a realidade atual e não mais refletem as soluções desejadas. Como assinala Mauro Cappelletti, sob a ponte da Justiça passam todas as dores, todas as misérias, todos os interesses sociais e todas as opiniões políticas contrariadas. Daí serem grandes nossos desafios neste início de terceiro milênio, quando já se admite uma teoria humanista, preconizada por José Alcebíades de Oliveira Júnior, com base no homem amigo do homem, no retomo da auto-estima, da confiança e da dialética construtiva. O bem-estar só é possível num ambiente criativo, responsável e de paz. Esta parece ser a saída para os problemas do mundo contemporâneo.

As novas causas jurídicas da humanidade, como a proteção dos direitos humanos, a questão ambiental, o combate ao narcotráfico e ao crime organizado transnacional e o acesso à Justiça, que consolidam os valores da ética, da solidariedade e do respeito à vida e à dignidade do ser humano, lembram a síntese emblemática de que a função judicial deve preencher as necessidades de uma ordem social em transformação.

A bela e outrora intangível carreira da Magistratura vive hoje dias angustiosos, carecendo de proteção mais eficaz, notadamente quando contraria interesses dos fortes e poderosos ou quando não se submete ao jogo do poder político, que algumas vezes procede de forma a desmerecer ou deslegitimar uma sentença. Nessas ocasiões o juiz estará desgarantido, à mercê de juízos políticos levianos e aéticos, só lhe restando Berthold Brecht, quando afirmava que a verdade vem do tempo. Convém lembrar, aqui, Zaffaroni, para quem esses personagens não desejam avançar, mas retroceder; não querem democratizar, mas controlar o Poder Judiciário; não querem ampliar a independência, mas submeter o juiz ao poder político (vide Poder Judiciário: crise, acerto e desacertos. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995, págs. 125/126).

É verdade. Vivemos hoje um momento de incertezas quanto às normas, que têm agora, diria Antoine Garapon, uma multiplicidade de instâncias criadoras, quando antes repousavam unicamente sobre o monopólio do Estado. O indivíduo, na sociedade contemporânea, busca escapar ao controle social, critica todo limite à sua liberdade, recusa qualquer ideologia e dessacraliza toda autoridade, encontrando no Direito a última reserva dos valores remanescentes.

É constatada, por outro lado, a apatia política, a carência das fontes de produção da solidariedade, a diluição dos laços familiares, a instabilidade do mundo do trabalho, a explosão de toda sorte de desvios, tudo fragmentando o tecido social e acabando

por gerar uma desconfiança generalizada.

Desse panorama é que se extrai a importância do protagonismo da Justiça, porque é nela que a democracia busca a norma, a sanção e, acima de tudo, é dela que a autoridade retira sua força.

É nesta sociedade carente de sentido prático-filosófico que a função simbólica da Justiça precisa ser desempenhada para que se volte a enxergar no Judiciário não só um Poder, mas, antes, uma legítima autoridade, como os próprios constituintes franceses de 58 à haviam preconizado.

Assim o poder político — e volto, aqui, à lição de Garapon — deve estar subordinado às regras de Direito, cujo cumprimento somente será assegurado por meio de uma autoridade que, além de formal, seja moral. É dela que emana o poder, pautado pelas normas, pelos valores fundamentais e pelos princípios gerais.

É como autoridade, mais do que como poder, que a Justiça deve ser chamada à vida pública. É numa nova percepção dos princípios do Direito, com menos leis, com limitação de recursos processuais, com menos formalismo e sacralização e comum Direito mais respeitado que deverá ser erigida a versão judiciária do cidadão: mais realista, pragmática e participativa, diferente do modelo formal e excludente do Estado-Providência. O indivíduo da sociedade atual procura estar inserido num estatuto cívico, que preserve sua identidade inalienável. Este é, sem qualquer dúvida, o objetivo político mais importante da Justiça de nossos dias. Pontes de Miranda, positivista e tecnicista como era, em

todos os seus comentários às Constituições, dizia que para interpretá-las era preciso que por elas se tivesse simpatia e delas se extraísse a melhor inteligência voltada para o justo.

Para isso a Justiça precisa ter, ela própria, uma nova feição. À medida que sua responsabilidade aumenta, que a sociedade lhe reclama um papel tão vital à democracia, deve ser descentralizada, compartilhando com outros atores sua legitimidade múltipla e sua função simbólica de autoridade.

A criação dos Juizados Especiais foi um grande passo para tentar combater a lentidão do aparelho judiciário. Mas as resistências provocadas deram bem a idéia de como é difícil vencer o temor irracional de mudanças e inovações, de tal sorte que José Afonso da Silva concluiu estudo, afirmando que os serviços pelos Juizados preconizados 'começam a ficar burocratizados e já a morosidade chega a esses Juizados', uma vez que o juiz tradicional não tem se afeiçoado a esse tipo de trabalho (Revista de Direito Administrativo, v. 216, Abr.-Jun./1999, pág. 190).

A demora da Justiça apresenta como uma das causas a legislação que, de má qualidade e improvisada, padece de lacunas, antinomias e atenta contra as normas superiores, o que faz aumentar exageradamente o volume de trabalho existente. A lei processual deve, na prática, muito evoluir.

A Justiça de hoje, no Brasil, chegou a um ponto em que se aperfeiçoa ou fica irremediavelmente defasada em relação às necessidades do país, passando, em breve tempo, a

sofrer o mesmo descrédito que a sociedade tem pelo serviço público em geral. É hora de se considerar a atividade jurisdicional tão importante como a educação, a saúde e a habitação, dando a ela uma estrutura ágil, eficiente, para que seja forte e acompanhe a dinâmica da realidade social a que se destina.

São grandes os desafios do Judiciário no terceiro milênio, quer os de natureza interna ou os de índole externa, que devem ser enfrentados, visando a dar grande contabilidade a este serviço público. É preciso avançar sempre, corrigindo-se as improvisações e as praxes viciadas de nossa máquina judiciária. Neste trabalho há lugar, e mesmo necessidade, da participação de todos, desde o ímpeto dos jovens e da experiência dos mais antigos, na busca ascensional do aperfeiçoamento, objetivando à Justiça social, o equilíbrio entre os que têm muito e os que nada possuem, a punição da usura, a subordinação do uso da propriedade ao bem-estar comum e a repressão de qualquer forma de abuso do poder econômico.

Mais fácil seria, disse no início desta fala, divagar em sonhos encantadores, alçar o vôo dos condores, ouvir o silêncio dos profetas ou deixar-me seduzir pela sabedoria da solidão das planícies. No entanto preferi nutrir-me da fecunda realidade vivenciada, buscando as razões da aplicação do Direito e dos valores que fazem oscilar os conceitos de nossa época, no sentido de melhor modelar as diretrizes de minha nova missão.

Dito isto e rogando um pouco mais de paciência aos amigos que aqui se encontram, devo adiantar-me

para terminar esta manifestação, lembrando duas palavras: uma relacionada à gratidão e a outra à promessa do cargo que assumo hoje.

Agradeço as palavras generosas e amigas do Desembargador Francisco Xavier Medeiros Vieira que se tem revelado um magistrado de escol, pelo saber jurídico, pela independência, pelo espírito público e pela notável capacidade de trabalho. Ao eminente Procurador de Justiça, Dr. José Galvani Alberton, que com zelo e firmeza chefia o Ministério Público Estadual, sou penhorado por sua oração, que muito sensibilizou. Ao ilustre advogado, Dr. Jefferson Luís Kravchychn, que marca com destaque sua presença nas atividades forenses, consigno meu reconhecimento pelas palavras amáveis proferidas.

Aos eminentes Desembargadores deste Tribunal, que me apoiaram, quero renovar o reconhecimento profundo pela confiança e afirmar-lhes, no geral, que tenho plena consciência do espírito de colegiabilidade e, em especial, sei que poderei contar com os conselhos permanentes de todos no desempenho de minhas novas funções.

Agradeço, por fim, a presença de altas autoridades já nominadas e que tanto enobreceram esta Corte. A minha homenagem de respeito, em particular, aos magistrados, aos membros do Ministério Público, aos advogados, e aos dignos procuradores do Estado. Ao seletivo grupo de funcionários da Vara da Fazenda Pública, o meu apreço. Aos muitos amigos aqui presentes, alguns vindos de longe para esta solenidade, a eles o reconhecimento pela demonstração de cari-

nho, das senhoras e senhores presentes.

Evoco, com reverência, o nome de João Carlin, meu falecido pai. Homem humilde, trabalhador, honesto e de extraordinária visão. Tanto que, não fosse ele, por certo não estaria eu aqui. Homem do interior, sempre preocupou-se com a educação dos filhos, colocando-os nos melhores colégios e conseguindo nos formar em cursos superiores. Minha mãe, Úrsula, aqui presente, mulher de fibra, econômica, modesta, sem nunca de nada reclamar, mesmo em tempos difíceis. Deles recebi valiosa herança moral.

Permitam-me agora agradecer, por derradeiro, com viva emoção, a minha família, a começar pela amada esposa, Clarissa, companheira e amiga de mais de 30 anos. A ela devo parte do êxito alcançado. Rodrigo e Fabiana, nossos filhos, o primeiro grande orgulho da família e componente de carreira do Ministério Público estadual, profissão que abraçou com ânimo, amor e desprendimento. Fabiana que também desponta com determinação e inteligência na área do Direito. Em ambos depositamos nossas esperanças. Lamento a ausência de minha nora Luciana, por motivo de saúde.

Quando, neste arremedo final de palavras, vejo projetar-se na tela da minha memória a estrada percorrida e bem longe diviso a subida íngreme que como juiz galguei, sinto-me feliz pelo objetivo atingido. A essa profissão devo, portanto, todas as vitórias alcançadas na tormentosa luta pelo Direito e pela vida, pois nela aprendi o quanto vale a atuação desassombrada e o aprimoramento inte-

lectual; o quanto vale a pena trabalhar com dignidade; procurar ser justo, honesto e independente. Venham de onde vierem as ameaças, elas serão enfrentadas com coragem.

Serei invariavelmente leal à instituição do Poder Judiciário e procurarei ser digno do mandato que me foi outorgado pelo Tribunal de Justiça. A eles sou grato. Não sou daqueles que esquece o tempo. Conheço as dificuldades que terei pela frente e maiores do que elas só existe a esperança de ver suplantados os problemas e adversidades, alterando destinos, mudando realidades e construindo dias melhores, com muito estudo, operosidade e independência. Valeu a pena, enfim, seguir com persistência o caminho do ideal. Confesso, Senhor Presidente, ser este o momento mais esperado em toda a minha vida profissional.

Que o Senhor Rei do Universo a todos nós ilumine.

Muito obrigado”.

Discurso de posse do Des. Irineu João da Silva:

“Excelentíssimo Senhor Desembargador Francisco Xavier Medeiros Vieira, Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, na medida em que saúdo Vossa Excelência, assim o faço em relação às demais autoridades e outros convidados para esta cerimônia.

Regido por princípios que sempre nortearam a minha vida, entre eles destaco a inabalável crença de que o ato de julgar, nos sagrados quadranes do processo, é procedimento delegado pela divindade. Quis o Mestre,

na magnitude de sua sabedoria, parceiros terrenos na suprema incumbência da solução de conflitos sociais. E quantos me perguntam por que fui escolhido. Afinal, que atributos pessoais teria o filho de lavradores que migraram para a cidade, o pai puxando areia em barcaças do Rio Itajaí-Açu, mais tarde guarda-noturno da Prefeitura Municipal de Blumenau, e a mãe lavando roupas em uma padaria de bairro. Não tenho resposta na racionalidade. Sei, apenas, que estou para servir.

Não foi por acaso a aprovação no primeiro concurso a que me submeti, encerrado em treze de setembro de 1975, há quase vinte e cinco anos, sem nunca ter entrado anteriormente neste respeitável Tribunal. Nessa caminhada, jamais estive só. Quantas vezes, na aparente solidão de tantos gabinetes, senti a presença do Outorgante Maior. E assim venho seguindo as veredas da Magistratura. Nesse triilhar, conheci a sociologia do povo de Mafra, Itaiópolis, São Bento do Sul, Canoinhas, Porto União, Videira, Urubici, Bom Retiro, São Joaquim, Ituporanga, Caçador e Itajaí. Aprendi muito com a gente dessas comarcas.

Não teria chegado neste porto seguro sem os anjos da minha vida. Minha esposa Helma e meus filhos Marcos e Maísa sempre compreensivos com a ausência decorrente da absorção funcional. Sou grato aos colegas de trabalho, Juízes valorosos, de cujo convívio guardo as mais ternas lembranças, sem quaisquer resquícios de mágoa. Somos soldados da mesma batalha.

Fui advogado, ainda que por meros três anos. Guardo, desse tem-

po, a vivenciada certeza de que a advocacia, tão árdua, é das mais nobres profissões, indispensável nos pilares da regência da vida nacional. Sempre mantive cordial, respeitosa e fecunda convivência com essa nobre classe, do que não pretendo, jamais, me afastar. O Ministério Público, Instituição de extremo relevo, onde tenho inúmeros amigos. A fraternidade do nosso relacionamento sempre foi maior do que a soberania das nossas posições funcionais.

Lembro saudosamente de Orieta Passos Paulo e João Pacheco Filho, Juízes do meu concurso, falecidos sem a chegada ao Tribunal de Justiça. Não posso olvidar de Bruno Carlini, modelo de Magistrado, meu colega de carreira e em quem procurei me espelhar. Quanta lembrança de Athaulpa Garrozi e Mascarenhas Passos, e quanta falta faz a alegria de Raul Bayer Laus.

Possuo laços estreitos com a Univali — Universidade do Vale do Itajaí, a maior Instituição de ensino superior do Estado fora da Capital. Sou muito orgulhoso disso, amizades tantas, das quais destaco o Magnífico Reitor Edson Vilella, o maior empreendedor que conheci na vida.

Por derradeiro, tenho o dever de declarar publicamente que este Tribunal sempre foi justo comigo. Recebi, desde os primeiros dias de minha vida profissional no Judiciário, inteiro apoio desta Corte. A unanimidade que me conferiu, na recente promoção a Desembargador, espelhou a perfeita identidade de propósitos e a rigorosa confiança que sempre nos uniu. Sou imensamente grato e farei o que puder para não decepcionar. Tenho cer-

teza de que o Mestre não me faltará. Reafirmo, tenho certeza que o Mestre não me faltará. Obrigado.”

Discurso de posse do Des. Luiz Cézár Medeiros:

“Excelentíssimo Senhor Desembargador Francisco Xavier Medeiros Vieira — Digníssimo Presidente do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, cumprimentando Vossa Excelência, cumprimento todas as autoridades já nominadas e que compõem esta augusta Mesa, bem assim todos os membros do Poder Judiciário Catarinense; também quero externar um cumprimento especial através do Excelentíssimo Senhor Doutor José Galvani Alberton — Procurador-Geral de Justiça, a todos os membros do Ministério Público catarinense, colegas que sempre estiveram ao meu lado e hoje me homenageiam com as suas gratas presenças; meu cumprimento efusivo também para os eminentes Juízes Volnei Ivo Carlin, Irineu João da Silva e Galvão Nery Caon que, nesta sessão solene, juntamente comigo, tomam posse no honroso cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina; demais autoridades do Poder Executivo e do Poder Legislativo que também nos honram com suas presenças; caros amigos de atividades acadêmicas, professores e colegas do curso de mestrado e professores e alunos da Univille e da Associação Catarinense de Ensino; ilustres representantes da imprensa; servidores do Judiciário catarinense; meus pais, irmãos, parentes e amigos que me prestigiam nesta oportunidade; senhores e senhoras.

Todas as vezes em que tive a honra de participar, como expectador, de solenidades congêneres a esta, sempre me senti invadido por um sentimento de difícil definição. Traduzia esse sentimento um misto de orgulho, por privar das relações de amizade do homenageado, e de satisfação, por vê-lo galgar o pináculo da carreira jurídica no âmbito de nosso Estado. Ante as manifestações muito próprias do ato solene e jubiloso, sedimentava-se a esperança e a certeza de que o empossado continuaria a lutar pela consecução dos ideais que nos são comuns. Agora, quando me encontro diante de todos os Senhores para prestar um compromisso e assumir tão elevada função, e não simplesmente na condição de expectador que torce pelo sucesso de um amigo, entendendo com clareza o sentido do sentimento que sempre me assolava em ocasiões como esta.

Era na verdade, talvez sem que eu mesmo soubesse, uma antecipação do regozijo pela conquista que certamente um dia alcançaria, mesclado com a preocupação das novas responsabilidades, principalmente em não frustrar as expectativas de todos aqueles que não só compartilharam, mas muito me ajudaram na árdua caminhada e que, mesmo após a minha nomeação, não cansam de me prestar apoio e dirigir homenagens além do que realmente mereço.

Entendo que hoje tenho a oportunidade, passados vinte anos de meu ingresso na honrosa carreira do Ministério Público Catarinense, de reafirmar todos os meus propósitos para com as causas da Justiça em prol da Sociedade de meu Estado e de meu País. Neste ato, reiterarei, como sempre reite-

rarei em todos os momentos de minha vida, o juramento de bem servir ao nosso povo, escudado na lei e nos princípios da moral, da ética e da honradez que me foram legados pelos meus queridos progenitores e pelas pessoas que me são caras. Esta data representa um novo e importantíssimo marco na minha vida, como já disse, de reflexão e de reafirmação do compromisso de, agora no Poder Judiciário, bem servir — lutar sempre — não importando que a conquista seja pequena.

O importante é não esmorecer e continuar acreditando que podemos e devemos contribuir para o verdadeiro bem-estar social. O primordial é não ficar vencido no meio da jornada. O norte a ser seguido é a pacificação social através da efetiva prestação jurisdicional. O rumo está traçado. Compete-nos afastar as dificuldades e seguir adiante vigorosamente a passos firmes. Tenho a plena convicção de que a singeleza dos atos individuais, despojados de qualquer sentimento egoístico e com claro propósito de contribuir para a PAZ e a JUSTIÇA, constituem-se em sementes que germinam, crescem e frutificam. Portanto, é imprescindível que semeemos diuturnamente para que a INSTITUIÇÃO a que pertencemos cumpra o seu verdadeiro papel.

Tenho dito muitas vezes que, a exemplo de todas as Instituições, como é o caso do Ministério Público e a Ordem dos Advogados do Brasil, o Poder Judiciário não representa um fim em si mesmo. Somos, em verdade, o instrumento concebido e legitimado pela Sociedade para preservar e aplicar a Justiça dentro das balizas do Direito. Assim, os destinatários de

nossas ações sempre serão os integrantes da Sociedade a que pertencemos e não a Instituição da qual fazemos parte. Se queremos e lutamos incansavelmente por um Judiciário independente, é exatamente para poder representar com altivez e eficiência o mandato que nos foi legado. Se defendemos intransigentemente nossas prerrogativas, fruto do suor e lágrimas de tantos que nos antecederam, é exatamente com a mesma finalidade, a busca incessante de instrumentos e formas legais de bem servir ao cidadão, cidadão no sentido lato da palavra, não na condição de um dependente desvalido, mas sim como um ente de direitos que deve ser respeitado como tal.

O Poder Judiciário é, por força Constitucional, o efetivo refúgio das garantias individuais e sociais, principalmente na trincheira de lutas contra o desvio de finalidades do Estado e contra a insensibilidade e a ganância maledicente dos poderosos. Sua arma é a Lei. Sua bússola é o ideal de Justiça que orienta a ação de todos os seus membros. Em data bem recente, por ocasião do encerramento das atividades judiciais do primeiro semestre, perante esta mesma Alta Corte, enfatizei que o Judiciário Catarinense tem a exata noção de sua grandeza e de sua elevada missão institucional. É expressamente reconhecido por toda a sociedade e por suas entidades representativas que o Judiciário Barra-Verde sempre se destacou positivamente no cenário nacional. A vontade inabalável, a cultura jurídica e a postura humanista de seus integrantes se traduzem em instrumentos abalizadores da incessante busca pelo acesso à ordem jurídica justa.

A grandeza do direito está em firmar regras obrigatórias tanto para os indivíduos como para as nações. Todos precisam compreender que a justiça é uma questão imprescindível e que deve ser atendida a todo custo, inclusive como pressuposto da harmonia social. A humanidade exige mais justiça na vida civil, na vida social e no âmbito internacional, para resolver os conflitos de família, as lutas de classe e as guerras entre os povos. Só a Justiça proporciona o necessário equilíbrio que viabiliza a realização do anseio maior de todos os povos: A PAZ, A PLENA PAZ. Nessa linha, pertinentes são as palavras de Rudolf Von Inhering em sua obra *A luta pelo Direito*: 'A paz é o fim que o Direito tem em vista; a luta é o meio de que se serve para conseguir isso.'

Através das palavras combativas, mas sempre sensatas e impregnadas de expressivo humanismo do Professor Dalmo de Abreu Dallari, robusteci cientificamente o meu convencimento de que o Direito deve ser elaborado e aplicado como um instrumento de libertação e jamais de opressão. As leis foram e devem ser feitas para o povo e não contra o povo. 'Aristóteles, em *Ética a Nicômano*, afirma que não se deve estudar para saber o que é a virtude, mas sim para aprender a ser virtuoso e bom.' Da mesma forma, não basta ser justo. É necessário que se pratique a Justiça.

O Ministério Público e seus ideais fazem e continuarão fazendo parte integrante de minha vida. Trago para o Poder Judiciário toda experiência que acumulei nesses últimos vinte anos de vida profissional — todos eles empregados unicamente para a causa da Justiça. Vejam, pois, Excelências,

que em termos de aspirações institucionais e de atendimento do clamor social a luta a ser encetada a partir de hoje em nada muda. O caminho é o mesmo, os valores a serem perseguidos são os mesmos. O *modus operandi*, a maneira de agir, é que modifica. Porém, a meta optata é rigorosamente a mesma. As instituições ligadas à Justiça detêm o poder-dever de aproximar o ordenamento jurídico dos legítimos anseios da sociedade. Também são elas as responsáveis em dar concretude ao mandamento constitucional da igualdade de todos perante a lei. Ressalta pois, de forma irretorquível, que o principal condutor dessa luta é o operador do Direito. É ele quem dispõe dos instrumentos necessários para concatenar as ações vigorosas para ultrapassar e vencer tais obstáculos. Cabe ao operador do Direito — e aí releva o papel dos Juízes — a tarefa e o passo importante de diminuir o fosso existente entre a ordem social e a ordem jurídica — entre o ordenamento legal e a realidade social. A norma deve ser adequada aos fatos sociais que, em última análise, inspiram a criação e a mutação das regras que norteiam as relações humanas na vida em coletividade.

Todos nós, integrantes ativos da sociedade, somos responsáveis pela edificação de um mundo mais justo e mais fraterno. Vamos utilizar nossos conhecimentos não só para a realização pessoal, mas principalmente para a consecução maior do objetivo do Direito: a busca pela justiça. E nisso, convenhamos, é opinião unânime: temos um Judiciário que dignifica o Povo Catarinense.

Tenho muita honra e orgulho em passar a integrar este Poder a par-

tir de hoje. Minha lealdade para com as causas do Poder Judiciário de Santa Catarina é compromisso indeclinável que assumo com extrema felicidade. É comum em atos como o que agora vivenciamos que extravasemos nossos sentimentos; nosso coração se abre conduzindo à necessidade irrefreável de agradecer. Afinal, *sozinhos não somos nada*. Jamais chegaria aonde cheguei se não tivesse o exemplo e o concurso de valorosos amigos. Quantas pessoas teria a agradecer? Certamente o curto espaço de tempo que me foi reservado não permitiria a citação sequer de pequena parcela delas. Além disso, por maior reconhecimento que haja de minha parte, a memória me trairia e, injustamente, deixaria de nomear pessoas pelas quais tenho amizade e apreço inestimáveis.

Assim, no que afeta ao Ministério Público, prefiro homenagear, com os sentimentos mais puros de gratidão e reconhecimento, uma das pessoas que muito bem retrata os anseios e a grandeza dessa Instituição. Desde a época do concurso até os dias de hoje, esse amigo e exemplo de homem com devoção para as causas públicas acompanhou minha carreira passo a passo, como amigo, como orientador e como chefe. Homenageando o DOUTOR JOSÉ GALVANI ALBERTON, quero expressar a todos os meus amigos do Ministério Público os meus mais profundos agradecimentos; o reconhecimento honesto de que todos vocês são responsáveis pelo feliz momento que hoje vivo.

Agradecendo ao DOUTOR JOSÉ GALVANI ALBERTON, agradeço principalmente aos colegas e amigos que comigo trabalharam nas co-

marcas de Campos Novos, Jaraguá do Sul e, em especial, aos amigos que partilharam grandes momentos de minha vida em Criciúma, Joinville e, por último, na Procuradoria-Geral de Justiça. Considero-os os verdadeiros lapidadores de minha formação ético-profissional.

Merece uma menção destacada o Procurador de Justiça DOUTOR ODIL JOSÉ COTA, amigo, irmão, que não envidou esforços para me ajudar e foi na verdade o primeiro a me incentivar e a me fazer acreditar que eu deveria e teria condições de almejar o cargo que hoje assumo.

Da mesma forma, não poderia deixar de agradecer aos ilustres membros do egrégio Conselho Superior do Ministério Público que, por votação unânime, sufragaram o meu nome para compor a lista sêxtupla a ser encaminhada a este colendo Tribunal. Permito-me, correndo o risco de cometer injustiças, como aliás referi antes, citar também como destaque no processo de escolha, a participação do eminente Conselheiro e amigo — Procurador de Justiça Doutor Sérgio Antônio Rizello — que sempre me incentivou e, de forma expressa e pública, nunca me negou o seu apoio.

Minha ascensão a esta Alta Corte de Justiça, para minha felicidade, contou com a torcida e o apoio de incontáveis e prestimosos amigos dos quadros do Poder Judiciário. Seria também impossível citar todos os Senhores Juizes e Desembargadores que me emprestaram palavras de alento e que concretamente contribuíram para a consecução de meu objetivo.

Quando iniciei minha carreira nos idos de 1980, quem me recebeu com um sorriso largo e de pronto se colocou à disposição para me ajudar na difícil tarefa que me aguardava, inclusive a realização de várias sessões do Tribunal do Júri, foi o DOUTOR WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO, então Juiz Substituto que já há algum tempo se encontrava na comarca de Mafra. Esse tipo de recepção encontrei em todas as outras Comarcas que trilhei — Taió, Dionísio Cerqueira, Ituporanga, Campos Novos, Jaraguá do Sul, Criciúma e Joinville. Aqui no Tribunal de Justiça, já na condição de Procurador de Justiça, em 1995, acompanhou-me na primeira Sessão o valoroso amigo e Procurador de Justiça DOUTOR VILMAR JOSÉ LOEF. Quem me recebeu, igualmente com sincera satisfação e afetuoso abraço para o meu primeiro ato na Segunda Instância, foi o eminente Desembargador FRANCISCO OLIVEIRA FILHO, Presidente da egrégia Primeira Câmara Civil. A acolhida foi compartilhada pelos eminentes Desembargadores TRINDADE DOS SANTOS e ORLI RODRIGUES, repetindo-se posteriormente nos demais Órgãos Fracionários em que me fiz presente.

Assim, como marcos importantes em minha vida profissional, através do Desembargador FRANCISCO OLIVEIRA FILHO e do Meritíssimo JUIZ WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO, quero externar os meus mais sinceros agradecimentos a todos os Senhores Desembargadores e Juizes de Direito que no decorrer de minha carreira nunca me faltaram, emprestando sua cultura, experiência e principalmente amizade. Em especial, não poderia deixar de registrar a parti-

cipação relevante do fraterno amigo – Desembargador NEWTON TRISOTTO. Sua Excelência, a exemplo de outros amigos que antes citei, foi um dos primeiros a me encorajar a enfrentar a difícil empreitada, sempre me dedicando uma atenção e um apoio próprios de um verdadeiro irmão. Nesta mesma esteira, não poderia deixar de citar o eminente Desembargador ALBERTO LUIZ DA COSTA, amigo e colega de Mestrado, que expressamente, na primeira hora, deu o necessário incentivo e imprescindível apoio. De igual forma, e pelos mesmos motivos, enfatizo meus agradecimentos ao Desembargador SÉRGIO TORRES PALADINO, dedicado e esmerado amigo.

Como já dito, impossível alinhar todos os que me ajudaram. Mas, ainda correndo o risco de cometer sérias injustiças, quero registrar o apoio e a alegria pelo meu sucesso aos Doutores Vanderlei Romer, Eládio Torret Rocha, Nelson Schaefer Martins, Nilton Macedo Machado, Cesar Abreu, Rodrigo Tolentino Collaço e Ricardo Roesler.

Não poderia deixar sem registro o meu reconhecimento e agradecimento a todos os eminentes Desembargadores que compõem o egrégio Órgão Especial e que me honraram com seus votos. É a expressão de uma confiança que procurarei retribuir com todas as minhas forças.

Ressalto igualmente a recepção calorosa e a prestimosa atenção que me têm dispensado os eminentes Desembargadores XAVIER VIEIRA, JOÃO JOSÉ SCHAEFER E WILSON GUARANY, respectivamente, Presidente, Vice-Presidente e Corregedor-

Geral da Justiça do Poder Judiciário Catarinense.

Dirijo também uma homenagem aos ilustres colegas que compuseram a listra tríplice juntamente comigo — os Doutores LUIZ CARLOS FREYESLEBEN e JOSÉ EDUARDO OROFINO DA LUZ FONTES. O processo de escolha se caracterizou pelo mais absoluto respeito aos princípios éticos, o que aliás, era de se esperar, já que ambos, reconhecidamente, são admirados pela dignidade e honradez de suas ações no campo profissional e pessoal, além, evidente, da notória cultura jurídica.

Ao Senhor Governador do Estado de Santa Catarina, dirijo também meus agradecimentos pela escolha do meu nome para a nomeação ao cargo de Desembargador. A opção de Sua Excelência representa, acima de tudo, um voto de confiança que deve ser honrado com trabalho, dedicação e lealdade para com a sociedade que, repita-se, clama por Justiça.

Expresso ainda o meu reconhecimento a todos os advogados que despojadamente me apoiaram e me ajudaram. Também eles fizeram parte de minha trajetória, cruzando a cancela profissional e se alojando no sítio da amizade solidária.

Também um fervoroso MUITO OBRIGADO deve ser endereçado aos meus diletos alunos da ASSOCIAÇÃO CATARINENSE DE ENSINO — Faculdade de Direito de Joinville e UNIVILLE — UNIVERSIDADE DA REGIÃO DE JOINVILLE, cumprimento este extensivo aos diretores e a todo o corpo discente das duas instituições.

Num momento da minha vida em que fui acometido de um certo desalento em relação ao Direito e um esmorecedor ceticismo com relação à Justiça, voltei a encontrar o ânimo para continuar a defender as minhas idéias e a ter restabelecida a esperança de ser possível uma sociedade mais justa, graças aos debates e os ensinamentos obtidos no Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da UNIVALI — Universidade do Vale do Itajaí.

Já disse em outra oportunidade e valho-me da grandeza do momento para repetir aqui: TENHO MUITO ORGULHO DE SER MESTRANDO DO CURSO DA UNIVALI. Seguramente um dos melhores cursos de pós-graduação do Brasil. Isso se deve à competência e seriedade de todo o corpo discente e em especial dos Professores CESAR LUIZ PASSOLD, OSVALDO FERREIRA DE MELLO, PAULO MÁRCIO CRUZ e MOACYR MOTTA DA SILVA, que fazem parte da cúpula diretiva do Curso. Aos menos avisados, ressalto que já cumpri todos os créditos e não necessito mais de nota.

Faço com muita sinceridade e reconhecimento o registro porque estou aproveitando a oportunidade para tornar público alguns dos fatos importantes da minha vida. E o curso de Mestrado foi um marco na minha vida pessoal e profissional e, com toda certeza, o reflexo do aprendizado se fará sentir nas minhas atividades judicantes.

Por último, e não pelo grau de importância, mas para impedir que fosse traído pela emoção e não pudesse manifestar tudo aquilo que pre-

tendia, dirijo-me aos meus familiares, a razão, o verdadeiro sentido de tudo o que faço, de tudo o que represento — meu pai, minha mãe, irmãos — minha mulher e filhos — cunhados, cunhadas e sobrinhos. Nem precisaria tornar públicos meus sentimentos de gratidão e infinito reconhecimento. Todos e principalmente vocês sabem o quanto os amo e os venero.

A todos os amigos, que vencendo distâncias consideráveis, vieram demonstrar o seu apreço à minha pessoa e muito me honraram com suas presenças, o meu muito obrigado.

Finalizo repetindo afirmação que proferi quando de minha posse ao cargo de Procurador de Justiça devidamente ajustada para este grande momento: SERVIR AO MEU ESTADO, AO PODER JUDICIÁRIO E À SOCIEDADE CATARINENSE, NÃO SE CONSTITUI PARA MIM UMA MERA PROPOSTA SOLENE, MAS SIM NO PRINCÍPIO BASILAR E NORTEADOR QUE CONTINUARÁ GUIANDO MEUS PASSOS, AGORA NAS ATIVIDADES JURISDICIONAIS DE SEGUNDA INSTÂNCIA. Muito obrigado."

Discurso de posse do Des. Galvão Nery Caon:

"Excelentíssimo Senhor Desembargador Francisco Xavier Medeiros Vieira, Digníssimo Presidente do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, Excelentíssimo Senhor Doutor Esperidião Amin Helou Filho, Digníssimo Governador do Estado de Santa Catarina, Excelentíssimo Senhor Deputado Gilmar Knaesel, Digníssimo Presidente da Assem-

bléia Legislativa do Estado de Santa Catarina, Excelentíssimo Senhor Doutor José Galvani Alberton, Digníssimo Procurador-Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina. Em nome de Vossas Excelências pemito-me cumprimentar todas as demais autoridades componentes da mesa já nominadas pelo protocolo, como também as demais autoridades e convidados que se encontram neste recinto.

Hoje tomamos posse perante este egrégio Tribunal de Justiça, em número de quatro novos Desembargadores, exatamente na véspera da comemoração da Independência do Brasil que ocorreu em sete de setembro de 1822, às margens do Riacho Ipiranga em São Paulo. Naquela época, o Brasil adquiriu a independência política, desligando-se de Portugal. Essa independência, a meu ver, não é suficiente ainda, Senhores que me ouvem. Nós precisamos, o País precisa da sua independência econômica, da sua independência cultural, para realmente chegar a seu destino de grande País que vejo que será.

Hoje o País é grande em extensão territorial, um dos maiores do planeta, mas com esta falta de independência, econômica e cultural, torna-se um País pequeno, subjugado pelos maiores e pelos interesses econômicos mais avançados que, naturalmente, têm interesse em nosso País. Com isto, quero dizer aos Senhores, nesta rápida alocução, que no dia dezanove de setembro de 1976, quando tomei posse como Juiz Substituto perante este Tribunal de Justiça, naquela época presidido pelo saudoso Desembargador Ari Pereira Oliveira, a quem rendo as minhas homenagens, assumi o cargo de Juiz Substituto iniciando

minha carreira na Magistratura Catarinense e sempre tive em mente trabalhar com lealdade, com justiça, com empenho e, principalmente, com idealismo, porque abracei a carreira da Magistratura não por interesse econômico, não por interesse financeiro, não por interesse de ganhar mais ou ganhar menos, porque era advogado, modéstia à parte, bem-sucedido, mas tinha como um ideal ser Juiz de Direito, sempre pensei nisso, desde os bancos escolares, acabei realizando esse meu desiderato.

Naquela época, eu tive em mente o firme propósito de trabalhar com justiça, com lealdade, com fraternidade, com liberdade, como dissearam os libertários da Revolução Francesa de 1789 — liberdade, igualdade e fraternidade. Com esse espírito procurei exercer as minhas funções de Magistrado, fazendo e distribuindo justiça da melhor maneira possível, de conformidade com as minhas convicções e com a minha capacidade intelectual e física.

E, com esse pensamento, hoje posso assegurar a todos os Senhores, que prestigiam esta solenidade, que exerci a Magistratura com denodo, com idealismo, como já disse, com trabalho, distribuindo sempre a melhor justiça do meu ponto de vista. Exerci a Magistratura com correição e nunca, quero frisar, nunca perdi um minuto de sono por ter julgado ou decidido uma causa desta ou daquela maneira, porque cada vez que decidia ficava tranqüilo comigo mesmo, com a satisfação do dever cumprido e principalmente com a satisfação de que tinha decidido corretamente. Isto é importante para o Magistrado: decidir corretamente e ficar tranqüilo porque não

fez injustiça, quando o objetivo é exatamente aquele de fazer justiça.

Creio firmemente que essa caminhada também foi percorrida por todos os Magistrados deste Estado, todos os Juizes que fizeram carreira, todos os colegas que hoje tomaram posse juntamente comigo nesta investidura do mais alto degrau da Magistratura catarinense.

Todos os Juizes de Santa Catarina, além de competentes, são imbuídos do melhor propósito e agem com correição absoluta. Nesta esteira, e pelo convívio que tenho com os Magistrados deste Estado, durante os vinte e quatro anos de carreira, posso afirmar com certeza absoluta que aqui em Santa Catarina, aqui no Estado de Santa Catarina pratica-se a verdadeira justiça. Às vezes tardia, mas a verdadeira justiça, aquela que não falha, aquela que vem mesmo. Isso posso afirmar por este tempo que convivo com a Magistratura catarinense e com o povo de Santa Catarina.

Santa Catarina é um Estado pequeno em extensão territorial, Senhores, como todos nós sabemos, mas é um Estado que está espremido entre dois gigantes, o Rio Grande do Sul e o Paraná, mas que apesar de pequeno em extensão territorial, eu repito, é um grande Estado em suas lides jurídicas e em seu desenvolvimento, sendo de enorme importância no contexto nacional.

Muitas coisas teria a dizer neste momento, mas a ocasião não permite discurso longo, porque, além de ser uma ocasião solene, torna-se maçante e não quero ser maçante. Mas, como a ocasião é de alegria, é de júbilo para todos nós, principalmente para

os empossados, eu quero fazer algumas reparações. O meu colega, Desembargador Irineu João da Silva, que participou comigo do concurso de Juiz Substituto, citou com muita propriedade, e quero renovar, que dos colegas nossos, dois estão falecidos, a Dra. Orieta Passos Paulo e o Dr. João Pacheco Filho, que não chegaram até este Tribunal por questões de saúde, mas certamente não lhes falta-ria competência.

Mais uma referência: dos dez aprovados no nosso concurso, quatro estão aqui no Tribunal, Senhores, quatro são Desembargadores, a começar pelo Desembargador Pedro Manoel Abreu, o Desembargador Solon d'Eça Neves, o Desembargador Irineu João da Silva e finalmente eu. Vejam, Senhores, que é uma turma boa, dela hoje quatro são Desembargadores.

Eu quero também fazer uma referência ao Desembargador Wilson Eder Graf, que está aqui presente, na vaga de quem estou sendo empossado em face da sua aposentadoria, e dizer aos Senhores que o Desembargador Graf, o qual substituirei, foi e é um dos Desembargadores mais operosos deste Tribunal, mas farei o possível para desempenhar o meu munus e não fazer feio perante o meu antecessor nesta cadeira de Desembargador.

Eu quero fazer alguns agradecimentos, principalmente aos Desembargadores ex-Presidentes que passaram por este Tribunal durante a minha vivência, aos outros Desembargadores já aposentados e aos que ainda estão na ativa.

Finalmente, quero referir algumas homenagens aos meus familiares, com a permissão de Vossas Excelências. Não posso deixar passar esta oportunidade sem fazer estas referências. Em primeiro lugar, quero agradecer e render homenagem póstuma aos meus pais, Álvaro Nery dos Santos e Maria Corina Caon, que, se vivos fossem, estariam aqui me prestigiando nesta solenidade, os quais nunca mediram esforços para que estudasse, me desenvolvesse e chegasse a este cargo de Desembargador. Aos meus irmãos, de saudosas memórias, Drs. Evilásio Nery Caon e Edésio Nery Caon, cujos filhos estão presentes, Dr. Edésio Nery Caon Waltrix e Leoberto Baggio Caon, que me orientaram no início da minha carreira jurídica, permitiram que eu, recém-formado, fosse advogar no escritório deles, sendo já advogados de renome e eu, um principiante. E naquele escritório, em Lages, iniciei minha carreira nas lides jurídicas, sob a orientação de Edésio e de Evilásio que, além de irmãos, advogados, eram meus amigos. Minhas homenagens póstumas também a eles.

Quero também agradecer e render homenagens póstumas às minhas irmãs, Ibraíma Nery Caon Duarte e Isaura Nery Caon de Castro, também já falecidas e que muito me incentivaram e me ajudaram desde criança para que eu seguisse um caminho correto, que segui e que hoje atinge o seu ápice.

Como disse o Desembargador Medeiros, é difícil nomear as pessoas sem esquecer e por isso eu peço desculpas se esquecer de algum nome que deveria lembrar. Quero referir também e prestar uma homenagem

não póstuma, porque este cidadão ainda é vivo e Deus permita que ele viva muitos anos, meu irmão mais novo, Dr. Ariovaldo Nery Caon, que sempre me ajudou, auxiliou-me nas horas mais difíceis, juntamente com seus familiares, os quais hoje estão aqui presentes.

Finalmente, quero agradecer à minha esposa Eva Souza Nery Caon e aos meus filhos, Galvão Júnior, Jussara e Jane, aqui presentes e que me prestigiam nesta solenidade, conquanto sempre me acompanharam e me ajudaram durante toda a minha jornada, por esses longínquos recantos do Estado de Santa Catarina, porque, como todos sabem, o Juiz é um andante que não tem parada certa, vai para onde é mandado e tem de desempenhar sua função.

Hoje, Senhores e Senhoras, sinto-me completamente tranquilo e realizado, porque sinto a sensação do dever cumprido, porque exerci a Magistratura com idealismo, volto a frisar, e penso ter exercido bem, porque só assim um Magistrado se realiza. O Juiz é um saco de pancadas na sociedade e para agüentar todas as pancadas tem de ter estrutura, tem de ter hombridade, necessita caráter principalmente e não pode se dobrar às mazes do dia-a-dia.

Quero ainda agradecer a todos os funcionários do Poder Judiciário com quem trabalhei, nas diversas comarcas por onde passei, principalmente os funcionários da 1ª Vara Cível da comarca de Lages, muitos aqui presentes.

Quero agradecer também pelo convívio sadio que tive com todos os promotores nas comarcas e com os

senhores advogados, de quem levo as melhores recordações. Durante vinte e quatro anos da judicatura catarinense nunca tive alteração alguma com advogados ou com promotores. Sempre trabalhei num clima de amizade, num clima de tranquilidade, sem aquelas brigas tradicionais que existem entre advogados, juizes e promotores em algumas comarcas.

Para finalizar, Senhores, quero agradecer e render minhas homenagens ao egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina e a todos os Senhores Desembargadores, os atuais e os que por aqui também passaram e já estão aposentados e, principalmente, aos componentes do Órgão Especial que houveram por bem me escolher para ocupar a vaga do Desembargador Graf, recentemente aposentado.

E, nesta homenagem, destaco especialmente o Senhor Presidente do Tribunal, Desembargador Francisco Xavier Medeiros Vieira, que vem se revelando um líder dentro da Magistratura. Um homem sensível, atualizado, correto, trabalhador, que lidera a nossa classe de maneira exemplar, como outros Presidentes o fizeram,

mas o Desembargador Medeiros Vieira está se destacando e haverá de elevar muito mais alto o nome do nosso Tribunal de Justiça que já é muito bem-conceituado não só em Santa Catarina, mas no contexto nacional.

Isso só acontece por obra de seus Desembargadores, por obra de seus componentes, incluindo aqui toda a Magistratura catarinense, também muito bem-conceituada, e por obra de seus advogados e de seus promotores que formam o tripé da Justiça, sem o qual esta não funciona.

Eu reconheço isso nestes meus anos de Magistratura e levo comigo deste Tribunal a melhor das recordações, a melhor das impressões. Nunca encontrei noutro lugar tanta sensibilidade, tanta amizade, um trato tão distinto, como aqui no Tribunal. Eu sempre fui um Juiz trabalhador, penso pelo menos, e tive este meu trabalho reconhecido pelos meus superiores. Por isso, encerro estas minhas palavras agradecendo também a todos os meus convidados e familiares que aqui estão presentes e que só nos engrandeceram nesta solenidade com suas presenças. Que Deus nos proteja a todos. Obrigado.”

ÍNDICE NUMÉRICO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

99.017878-1	— Capital.....	665
-------------	----------------	-----

AÇÕES RESCISÓRIAS

98.012837-4	— Joinville	415
98.013516-8	— Chapecó	422

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

217.849	— Santa Catarina (STF).....	671
00.001360-9	— Videira.....	375
97.015543-3	— Chapecó	377
99.000439-2	— Capital.....	365
99.002295-1	— Indaial	369
99.007098-0	— Chapecó	408
99.010276-9	— Orleans	348
99.010767-1	— Anita Garibaldi	345
99.010855-4	— Criciúma.....	411
99.017295-3	— Dionísio Cerqueira	350
99.017857-9	— Capital.....	387
99.017968-0	— Santo Amaro da Imperatriz	373

APELAÇÕES CÍVEIS

50.783	— Canoinhas.....	324
00.001965-8	— Timbó	180
00.004917-4	— Taió	183
88.081886-6	— Balneário Camboriú	299
88.083613-6	— São Miguel do Oeste	302
88.087925-3	— Joinville	306
88.089043-4	— São Miguel do Oeste	311
96.001067-0	— Santo Amaro da Imperatriz	92
97.004816-5	— Capital.....	194
97.005026-7	— Canoinhas.....	314
97.005569-2	— Joinville	161
97.006808-5	— Lages	112
97.008353-0	— Brusque	202
97.010589-4	— São José.....	261

97.010803-6	—	Imaruí.....	223
97.012520-8	—	Criciúma.....	226
97.014211-0	—	Joaçaba	120
98.000741-0	—	Capital.....	234
98.006669-7	—	Lages	293
98.007265-4	—	Capital.....	129
98.008141-6	—	Tubarão.....	211
98.012985-0	—	Blumenau.....	102
98.013663-6	—	São Francisco do Sul.....	217
98.013677-6	—	Blumenau.....	96
98.015773-0	—	Piçarras.....	105
98.016377-3	—	Cunha Porã.....	256
99.002251-0	—	Capital.....	188
99.002902-6	—	Balneário Camboriú	134
99.005336-9	—	Capital.....	266
99.005379-2	—	Blumenau.....	271
99.005493-4	—	Blumenau.....	108
99.006134-5	—	Orleans	98
99.010107-0	—	Içara	192
99.012966-7	—	Gaspar	144
99.013619-1	—	Rio do Sul	276
99.014213-2	—	Lages	332
99.014382-1	—	Brusque	295
99.021423-0	—	Campos Novos	289

APELAÇÕES CÍVEIS EM MANDADOS DE SEGURANÇA

99.000835-5	—	Rio do Sul	79
99.006854-4	—	Timbó.....	82
99.021115-0	—	Curitibanos.....	86

APELAÇÕES CRIMINAIS

00.003215-8	—	Itajaí	567
00.003308-1	—	Videira.....	519
00.004684-1	—	Capital.....	571
00.007874-3	—	Itajaí	531
00.010374-8	—	São Bento do Sul.....	580
97.010305-0	—	São Bento do Sul.....	536
98.003473-6	—	Blumenau.....	540
98.003979-7	—	Itajaí	544
98.006576-3	—	Pinhalzinho	548
98.007153-4	—	Capital.....	557
98.009146-2	—	Itajaí	493
98.017734-0	—	Criciúma.....	499
99.007569-9	—	Lages	585
99.009150-3	—	Ibirama	561
99.012537-8	—	Timbó	610

99.012548-3	— Itaiópolis.....	617
99.012764-8	— Itajaí	506
99.012837-7	— Itajaí	512
99.013776-7	— Timbó	610
99.013826-7	— Itajaí	627
99.014418-6	— Itajaí	595
99.015043-7	— São José do Cedro	599
99.015207-3	— Papanduva	605
99.015705-9	— Itajaí	508
99.015818-7	— Balneário Camboriú	591
99.017136-1	— Xanxerê	631
99.020466-9	— Balneário Camboriú	565
99.021493-1	— Lauro Müller	637

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NAS APELAÇÕES CÍVEIS

97.013282-4	— Brusque	426
98.009468-2	— São Miguel do Oeste	428
99.007935-0	— Capital.....	435

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS

99.012133-0	— Capital.....	654
-------------	----------------	-----

HABEAS CORPUS

00.000812-5	— Balneário Camboriú	487
99.010625-0	— Capital.....	447
99.013019-3	— Capital.....	470
99.014191-8	— Brusque	451
99.014700-2	— Balneário Camboriú	474
99.016474-8	— Capital.....	477
99.018060-3	— São José.....	457
99.018246-0	— Gaspar	485
99.020527-4	— Laguna.....	462
99.022661-1	— Blumenau.....	437

MANDADOS DE SEGURANÇA

5.837	— Capital.....	59
22.604	— Santa Catarina (STJ).....	673
98.000446-2	— Capital.....	69

RECURSOS DE AGRAVO

99.010072-3	— Lages	651
-------------	---------------	-----

RECURSOS ESPECIAIS

161.010	— Santa Catarina (STJ)	685
228.942	— Santa Catarina (STJ)	688

ÍNDICE POR ASSUNTO

A

ABUSO DE AUTORIDADE

- Delito configurado — Cidadãos presos em sua residência por policiais e mantidos encarcerados sem autorização legal. Condenação mantida. 585

AÇÃO ANULATÓRIA

- Ato jurídico — Compra e venda. Apartamento. Escritura rasurada. Comprovação. Vício de consentimento. Pleito procedente. 234

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

- Loteamento — Irregularidades. Comprovação. Aprovação pelo município. Incabimento. Dano ao consumidor. Responsabilidade solidária do ente público e dos loteadores. Pleito procedente. 324
- Relação de consumo — Montadora de veículos. Garantia ao consumidor. Dano de âmbito nacional. Competência da Capital do Estado para o processamento e julgamento da demanda. Aplicação do art. 93, II, do CDC. 377

AÇÃO COMINATÓRIA

- Vide Cominatória.

AÇÃO DE COBRANÇA

- Seguro — Veículo furtado. Prescrição. Inocorrência. Correção monetária e lucros cessantes. Cabimento. Termo inicial..... 112

AÇÃO DE DESPEJO

- Vide Locação.

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO

- Vide Indenização.

AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANO

- Vide Responsabilidade civil do município.

AÇÃO DEMOLITÓRIA

- Muro — Construção em área verde. Comprovação. Licenciamento. Irrelevância. Custo da demolição atribuído ao município por falta na fiscalização. Incabimento. Pleito procedente. 194
- Prazo prescricional — Obediência ao preceituado no art. 177 do CC. 194

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

- Emenda constitucional — Iniciativa parlamentar. Possibilidade. Alegada ofensa aos arts. 50, § 2º, II, e 71, II e IV, ambos da CE. Inocorrência. Suspensão liminar indeferida. 665

AÇÃO PENAL

- Denúncia — Conduta que não constitui crime. Inépcia reconhecida. 477
- Denúncia — Inépcia e ausência de justa causa. Distinção. 477
- Trancamento — Alegação de inépcia da denúncia. Inocorrência. Ordem de habeas corpus denegada. 470

AÇÃO RESCISÓRIA

- Documento novo — Inexistência. Prova disponível à parte durante a instrução da demanda. Inércia constatada. Pleito improcedente. . 422
- Sentença cível — Decisão lastreada em sentença criminal condenatória reformada em revisão criminal. Erro de fato. Inteligência do art. 485, IX, do CPC. Pleito procedente. 415

ACIDENTE DE TRÂNSITO

- Atropelamento — Lesão corporal grave. Disputa entre veículos. Excesso de velocidade. Local inadequado. Fatos comprovados. Dolo eventual caracterizado. Condenação mantida. 512
- Motocicleta — Empréstimo a menor. Morte do piloto. Ação penal contra o proprietário do veículo por homicídio culposo. Inadmissibilidade. Conduta típica descrita no art. 310 do CTB. Adequação da pena. 617

ACIDENTE DO TRABALHO

- Morte do obreiro — Culpa do empregador. Caracterização. Obrigação de indenizar. 120

ADOÇÃO

- Menor — Guarda deferida, incidentalmente, com a concordância da mãe biológica. Perda do pátrio-poder. Decretação. Atendimento aos superiores interesses da infante. 96

ADVOGADO

- Apropriação indébita — Causídico que dispõe do dinheiro de cliente, recusando-se a prestar-lhe contas. Delito caracterizado. Ressarcimento após a denúncia. Irrelevância. Condenação mantida..... 531
- Dativo — Defesa deficiente. Inocorrência. Atuação em todo o processo. Inexistência de prejuízo. Aplicação da Súmula 523 do STF. . 548
- Patrocínio simultâneo ao autor e ao litisdenunciado — Impossibilidade. Incompatibilidade de interesses. 295

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

- Busca e apreensão — Depositário infiel. Prisão civil. Descabimento. Depósito como reforço das garantias. Pleito improcedente. ... 105
- Garantia — Constituição do gravame sobre bem já pertencente ao devedor. Admissibilidade. Exegese da Súmula 28 do STJ..... 105

ALIMENTOS

- Pensão à ex-esposa — Obrigatoriedade. Cônjuge necessitado. Pensão ao filho. Elevação do percentual. Admissibilidade. Recurso provido..... 98

ANTÔNIO JULIÃO DA SILVA (Bel.)

- Plano Nacional de Segurança Pública e o Sistema Penitenciário. . 33

APELAÇÃO CRIMINAL

- Vide Recurso crime.

APOSENTADORIA

- Funcionário público — Tempo de serviço rural. Contagem recíproca. Inadmissibilidade. Contribuição não comprovada. Remessa e recurso providos..... 82
- Funcionário público — Tempo de serviço rural. Contagem recíproca. Admissibilidade. Reconhecimento pelo órgão previdenciário da condição de segurado rural. Averbação. 69
- Proventos — Alteração de forma unilateral pela administração pública. Descabimento. Agravo desprovido..... 671

APROPRIAÇÃO INDÉBITA

- Advogado — Causídico que dispõe do dinheiro de cliente, recusando-se a prestar-lhe contas. Delito caracterizado. Ressarcimento após a denúncia. Irrelevância. Condenação mantida. 531

ARREMATÇÃO

- Vide Venda judicial.

ARRENDAMENTO

- Mercantil — Busca e apreensão. Máquinas. Bens indispensáveis à atividade econômica da empresa. Determinação da devedora como depositária. 369
- Mercantil — Contrato com instituição financeira. Aplicabilidade do CDC. Juros reais. Limitação a 12% ao ano. Capitalização. Impossibilidade. Comissão de permanência e correção monetária. Cumulação. Descabimento. Multa contratual. Redução. Recurso parcialmente provido. 144

ATO JURÍDICO

- Anulação — Compra e venda. Apartamento. Escritura rasurada. Comprovação. Vício de consentimento. Pleito procedente. 234

B**BUSCA E APREENSÃO**

- Alienação fiduciária — Depositário infiel. Prisão civil. Descabimento. Depósito como reforço das garantias. Pleito improcedente. 105
- Máquinas — Bens indispensáveis à atividade econômica da empresa. Determinação da devedora como depositária. 369

C**CALÚNIA**

- Vide Crime contra a honra.

CERCEAMENTO DE DEFESA

- Advogado — Patrocínio simultâneo ao autor e ao litisdenunciado. Impossibilidade. Incompatibilidade de interesses. Preliminar acolhida. 295
- Inocorrência — Inquirição de testemunhas. Recusa pelo magistrado. Efeito protelatório. Preliminar afastada. 548
- Inocorrência — Julgamento antecipado da lide. Admissibilidade. Desnecessidade de outras provas além das existentes nos autos. . 144

- Inocorrência — Prova. Diligência. Indeferimento. Desnecessidade para o deslinde da questão. Preliminar repelida. 256 e 631

CITAÇÃO

- Nulidade — Inocorrência. Postagem com AR. Recebimento por funcionário identificado. Validade. 112

COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO

- Vide Crime contra a administração da justiça.

COCAÍNA

- Vide Crime contra a saúde pública.

CÓDIGO BRASILEIRO DE AERONÁUTICA (Lei n. 7.565/1986)

- 314

CÓDIGO BRASILEIRO DE TELECOMUNICAÇÕES (Lei n. 4.117/1962)

- Art. 84..... 211

CÓDIGO CIVIL

- Art. 18..... 134
- Art. 20..... 79
- Art. 82..... 234
- Art. 85..... 217
- Art. 94..... 234
- Art. 177 194 e 276
- Art. 178, § 10, IX 194
- Art. 401..... 98
- Art. 551..... 302
- Art. 552..... 302
- Art. 572..... 194
- Arts. 695 a 712 375
- Art. 875..... 256
- Art. 920..... 161
- Art. 960..... 332
- Art. 1.056..... 332
- Art. 1.059..... 332
- Art. 1.165..... 217
- Art. 1.432..... 161
- Art. 1.438..... 102
- Art. 1.483..... 332
- Art. 1.518..... 202
- Art. 1.525..... 415
- Art. 1.547..... 211

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (Lei n. 8.078/1990)

— Art. 1º	324
— Art. 3º	350
— Art. 3º, § 2º	112
— Art. 27	112
— Art. 42	350
— Art. 43, § 1º	276
— Art. 47	377
— Art. 52, § 1º	144
— Art. 66	557
— Art. 81, parágrafo único, I, II e III	377
— Art. 81, parágrafo único, III	324
— Art. 82	324
— Art. 82, I	377
— Art. 90	377
— Art. 93, I e II	377

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

— Art. 20, § 3º, a, b e c	226
— Art. 20, § 4º	226
— Art. 20, §§ 3º e 4º	426
— Art. 20, §§ 3º e 5º	120
— Art. 21, caput	332
— Art. 21	428
— Art. 22	299
— Art. 47	261
— Art. 81	234
— Art. 82	234
— Art. 83	234
— Art. 113, § 2º	377
— Art. 128	428
— Art. 130	408
— Art. 214, § 2º	144
— Art. 219, § 5º	435
— Art. 260	120
— Art. 266	293
— Art. 267, III	180
— Art. 267, IV, § 3º	188
— Art. 267, § 3º	428
— Art. 269, IV	302
— Art. 301, §§ 1º e 2º	134
— Art. 306	293
— Art. 333, II	332

— Art. 436.....	332
— Art. 460.....	86 e 256
— Art. 485, VII.....	422
— Art. 485, IX.....	415
— Art. 511.....	276
— Art. 515, §§ 1º e 2º.....	428 e 435
— Art. 516.....	428 e 435
— Art. 524, III.....	411
— Art. 526.....	411
— Art. 535.....	654
— Art. 585, II.....	299
— Art. 602.....	120
— Art. 618, I.....	299
— Art. 641.....	217
— Art. 649, IV.....	350
— Art. 665.....	192
— Arts. 677 e seguintes.....	348
— Art. 690, § 2º.....	345
— Art. 714, § 1º.....	345
— Art. 738, I.....	192
— Art. 791, III.....	180
— Arts. 794 e seguintes.....	180
— Art. 993, parágrafo único, II.....	373

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

— Art. 40.....	295
— Art. 41.....	470
— Art. 44.....	474
— Art. 158.....	637
— Art. 209.....	548
— Art. 222, § 2º.....	512
— Art. 226.....	571
— Art. 382.....	654
— Art. 383.....	617
— Art. 386, VI.....	493, 536 e 565
— Art. 475.....	457
— Art. 499.....	548
— Art. 500.....	548
— Art. 502.....	548
— Art. 594.....	508
— Art. 596.....	585
— Art. 617.....	637
— Art. 619.....	654
— Art. 647.....	462

CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO (Lei n. 9.503/1997)

— Art. 162.....	637
— Art. 165.....	477
— Art. 302.....	617
— Art. 306.....	477
— Art. 309.....	637
— Art. 310.....	617

CÓDIGO NACIONAL DE SAÚDE (Lei n. 2.312/1954)

— Art. 11.....	387
----------------	-----

CÓDIGO PENAL

— Art. 121, caput.....	457
— Art. 121, § 2º, I e IV.....	599
— Art. 121, § 3º.....	540 e 617
— Art. 129, § 1º, I e II.....	512
— Art. 138.....	474
— Art. 155, § 4º, II.....	599
— Art. 157, § 2º, I.....	548
— Art. 157, § 2º, I e II.....	567, 571 e 605
— Art. 157, § 2º, I, II e V.....	493
— Art. 157, § 3º.....	580
— Art. 158.....	561
— Art. 168, § 1º, III.....	531 e 610
— Art. 171.....	610
— Art. 180, caput.....	493 e 627
— Art. 180, §§ 1º e 2º.....	637
— Art. 213.....	631
— Art. 214.....	631
— Art. 224, a e b.....	631
— Art. 226, III.....	631
— Art. 288, parágrafo único.....	493 e 571
— Art. 297.....	234 e 637
— Art. 304.....	637
— Art. 307.....	506 e 627
— Art. 312, caput.....	591
— Art. 329, § 1º.....	544
— Art. 344.....	561
— Art. 355, parágrafo único.....	295

CÓDIGO PENAL (Lei n. 7.209/1984)

— Art. 14, II.....	457, 561 e 599
— Art. 18, II.....	617
— Art. 29, caput.....	599 e 605

— Art. 29.....	493, 580 e 617
— Art. 59.....	567 e 605
— Art. 61.....	605
— Art. 61, I.....	508 e 627
— Art. 62.....	605
— Art. 65, I.....	512
— Art. 65, III, d.....	493, 508 e 567
— Art. 69, caput.....	599
— Art. 69.....	493, 519, 567, 571 e 627
— Art. 71.....	571, 591, 631 e 685

CÓDIGO PENAL (Lei n. 9.714/1998)

— Art. 44, I e III.....	599
— Art. 45, § 1º.....	531

CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (Lei n. 5.172/1966)

— Art. 77.....	387
— Art. 79, I, a e b, II e III.....	387
— Art. 135, caput.....	79

COMINATÓRIA

— Contrato — Conta corrente. Cancelamento. Infração contratual comprovada. Restabelecimento do pacto. Impossibilidade. Pleito improcedente.....	223
— Promessa de doação — Pacto com características de contrato oneroso. Interpretação da vontade das partes. Condenação do acionado ao cumprimento do avençado. Viabilidade. Pleito procedente.	217

COMPETÊNCIA

— Ação civil pública — Relação de consumo. Montadora de veículos. Garantia ao consumidor. Dano de âmbito nacional. Competência da Capital do Estado para o processamento e julgamento da demanda. Aplicação do art. 93, II, do CDC.	377
— Exceção de incompetência — Promissória vinculada a contrato com cláusula de eleição de foro. Título protestado em comarca diversa. Irrelevância. Prevalência do foro eleito. Arguição procedente.	411
— Exceção de incompetência — Suspensão do processo. Decisão exarada no curso do lapso suspensivo. Impossibilidade. Aplicação do art. 306 c/c o 266, ambos do CPC.	293

COMPRA E VENDA

— Apartamento — Escritura rasurada. Comprovação. Vício de consentimento. Ação anulatória de ato jurídico. Procedência.	234
---	-----

CONCORDATA PREVENTIVA

- Multa fiscal — Cobrança. Empresa concordatária. Inexigibilidade. Interpretação do art. 112, II, do CTN. 271

CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO (Decreto-Lei n. 5.452/1943)

- Art. 516..... 134

CONSTITUIÇÃO ESTADUAL

- 1989 — Art. 49 665
 - Art. 50, § 2º, II 665
 - Art. 71, II e IV 665

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

- 1988 — Art. 5º, XIII..... 86
 - Art. 5º, LIII 447
 - Art. 5º, LIV..... 69
 - Art. 5º, LV 144, 350 e 457
 - Art. 5º, LXI..... 585
 - Art. 5º, LXVII 437
 - Art. 5º, LXVIII 462 e 654
 - Art. 5º, LXIX 462
 - Art. 7º, X..... 350
 - Art. 7º, XXVIII..... 314
 - Art. 8º, II 134
 - Art. 8º, IV..... 306
 - Art. 30, I e VIII..... 194
 - Art. 37, XXI, § 6º 202
 - Art. 93, IX 451
 - Art. 125, § 2º 665
 - Art. 127 324
 - Art. 129, III 377
 - Art. 129, III e IX..... 324
 - Art. 145, caput 387
 - Art. 145, II 387
 - Art. 145, § 2º 387
 - Art. 149 82
 - Art. 150, I 387
 - Art. 151, III 82
 - Art. 192, § 3º 144
 - Art. 202, § 1º 82
 - Art. 202, § 2º 69 e 82

CONSTRANGIMENTO ILEGAL

- Habeas corpus — Policial militar. Indícios de envolvimento com tráfico de entorpecentes. Interceptação telefônica. Meio adequado. Constrangimento inexistente. Ordem denegada. 451

CONTRATO

- Abertura de crédito em conta corrente — Título executivo extrajudicial não tipificado. Exegese da Súmula 14 do TJSC. 299
- Arrendamento mercantil — Pacto com instituição financeira. Aplicabilidade do CDC. Juros reais. Limitação a 12% ao ano. Capitalização. Impossibilidade. Comissão de permanência e correção monetária. Cumulação. Descabimento. Multa contratual. Redução. Recurso parcialmente provido. 144
- Bancário — Ação revisional pendente. Inscrição dos devedores no cadastro do Serasa. Impossibilidade. Ofensa ao princípio constitucional do contraditório. Recurso desprovido. 350
- Bancário — Código de Defesa do Consumidor. Aplicabilidade. .. 350
- Bancário — Revisão. Cláusula autorizativa de retenção automática de proventos de aposentadoria para pagamento de saldo devedor de cheque especial. Ilegalidade. Inteligência do art. 649, IV, do CPC. 350
- Conta corrente — Cancelamento. Infração contratual comprovada. Restabelecimento do pacto. Impossibilidade. Cominatória im procedente. 223
- Promessa de doação — Pacto com características de contrato oneroso. Interpretação, pelo juiz, da vontade das partes. Exegese do art. 85 do CC. 217

CORREÇÃO MONETÁRIA

- Cumulação com comissão de permanência — Descabimento. 144
- Seguro — Veículo furtado. Termo inicial. 112

CRIME CONTINUADO

- Aumento da pena — Critério. 631
- Inocorrência — Loteamento irregular. Venda de diversos lotes. Delito único. Caracterização. 610

CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

- Coação no curso do processo — Ameaça a advogado. Delito do art. 344 do CP. Tipificação. 561

CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

- Parcelamento de solo urbano — Loteamento irregular. Regularização posterior. Irrelevância. Delito caracterizado. Condenação mantida. 610
- Resistência ao cumprimento de mandado de penhora — Delito configurado. Condenação mantida. 544

CRIME CONTRA A HONRA

- Calúnia — Expressões empregadas por advogado sem autorização do cliente. Falta de justa causa. Trancamento da ação penal. Ordem de habeas corpus concedida. 474

CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

- Relações de consumo — Venda de produtos sem data de fabricação, prazo de validade e ingredientes. Delito do art. 66 do CDC e não o previsto no art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/90. 557

CRIME CONTRA A PAZ PÚBLICA

- Quadrilha ou bando — Cumulação com roubo qualificado. Confissão e elementos probatórios que justificam o decreto condenatório. 493

CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA

- Narcotraficância — Fornecimento gratuito de droga em estabelecimento prisional. Delito configurado. Causa especial de aumento de pena. Condenação mantida. 595
- Tráfico de entorpecente — Delito configurado. Materialidade e autoria comprovadas. Condenação mantida. 519
- Tráfico de entorpecente — Desclassificação para uso próprio. Admissibilidade. Ínfima quantidade da droga e dúvida acerca da narcotraficância. Recurso parcialmente provido. 519
- Tráfico de entorpecente — Porte ilegal de arma. Delitos caracterizados. Condenação mantida. Vínculo associativo. Inconfiguração. Recurso defensivo parcialmente provido. 499

CRIME CONTRA OS COSTUMES

- Estupro — Forma simples. Hipótese que não constitui crime hediondo. 631
- Estupro — Vítima menor. Violência presumida. Autoria evidenciada pela palavra da vítima corroborada pelas provas testemunhais. Condenação mantida. 631

CRIME DE TRÂNSITO

- Delito inconfigurado — Condução de veículo sem habilitação. Mera infração administrativa. 637
- Embriaguez ao volante — Conduta que não tipifica o delito do art. 306 do CTB. Mera infração administrativa. Ordem de habeas corpus concedida. Trancamento da ação penal. 477
- Motocicleta — Empréstimo a menor. Morte do piloto. Ação penal contra o proprietário do veículo por homicídio culposo. Inadmissibilidade. Conduta típica descrita no art. 310 do CTB. Adequação da pena. 617

D**DANO MORAL**

- Cumulação com dano material — Possibilidade. Exegese da Súmula 37 do STJ. 202
- Indenização — Compra a prazo. Pagamento. Inscrição indevida no SPC. Abalo psicológico demonstrado. Verba devida. 183
- Indenização — Critério. 211 e 276
- Indenização — Prisão em estabelecimento bancário. Nota de dinheiro falsa. Circunstâncias vexatórias. Credibilidade do ofendido abalada. Verba devida. 211
- Indenização — Serasa. Homonímia. Fornecimento de informação negativa. Negligência caracterizada. Verba devida. 276
- Quantum — Fixação. Critério. 120

DENÚNCIA

- Inépcia — Inocorrência. Ordem de *habeas corpus* denegada. 470
- Inépcia — Reconhecimento. Conduta que não constitui crime. .. 477
- Inépcia e ausência de justa causa — Distinção. 477

DEPOSITÁRIO INFIEL

- Habeas corpus preventivo — Intimação para entrega do bem sob pena de prisão. Ato judicial lícito. Constrangimento ilegal incoerente. Ordem denegada. 437
- Prisão civil — Admissibilidade. Pacto de São José da Costa Rica. Inaplicabilidade. Obediência às limitações do art. 5º, LXVII, da CF. ... 437

DOCTRINA

- Considerações sobre afastamento de prefeitos à luz do ordenamento brasileiro — Dr. Nilton João de Macedo Machado, Juiz de Direito Substituto de Segundo Grau, e Vilian Bollmann, Bacharel em Direito. 3
- Contratos bancários: natureza jurídica e tutela jurisdicional — Munir Karam, Juiz do Tribunal de Alçada do Paraná..... 39
- Descaracterização do contrato bancário — arrendamento mercantil — quando cobrado antecipadamente o VRG (Valor Residual Garantido) — Dr. Paulo Afonso Sandri, Juiz de Direito Substituto. .. 25
- Plano Nacional de Segurança Pública e o Sistema Penitenciário — Antônio Julião da Silva, Bacharel em Direito. 33

E**EMBARGOS À EXECUÇÃO**

- Vide Execução.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

- Vide Recurso e Recurso crime.

EMBARGOS DO DEVEDOR

- Execução — Contrato de abertura de crédito em conta corrente. Título executivo extrajudicial não tipificado. Exegese da Súmula 14 do TJSC. 299

EMENDA CONSTITUCIONAL

- N. 18/1999 (Estadual) 665
- N. 20/1998 (Federal) — Art. 4º 69

ESTATUTO DA ADVOCACIA E DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (Lei n. 8.906/1994)

- Art. 23 332 e 428

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (Lei n. 8.069/1990)

- Art. 45, § 2º 96

ESTATUTO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS CIVIS DE SANTA CATARINA (Lei n. 6.745/1985)

- Art. 90, § 1º 59

- Art. 124, I..... 69

ESTELIONATO

- Continuidade delitiva — Reconhecimento. Reexame de provas. Impossibilidade. Aplicação da Súmula 7 do STJ. 685
- Delito descaracterizado — Estabelecimento de ensino. Fechamento sem reembolso aos alunos. Ilícito civil configurado. Não-comprovação da prévia intenção de fraudar. Absolvição decretada. 536
- Não-configurado — Inadimplemento contratual. Ilícito civil caracterizado. Absolvição decretada. 610

ESTUPRO

- Vide Crime contra os costumes.

EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA

- Vide Competência.

EXECUÇÃO

- Arrematação — Falta de licitantes. Segunda praça. Adjudicação por preço inferior ao do edital. Descabimento. Inteligência do art. 714 do CPC. 345
- Bens penhoráveis — Inexistência. Extinção do processo. Impossibilidade. Suspensão da execucional requerida pela credora. Atendimento. Inteligência do art. 791, III, do CPC 180
- Embargos do devedor — Contrato de abertura de crédito em conta corrente. Título executivo extrajudicial não tipificado. Exegese da Súmula 14 do TJSC. 299
- Penhora — Realização em dois momentos distintos. Embargos aforados após a segunda constrição. Intempestividade. Entendimento do art. 738, I, do CPC. 192

EXECUÇÃO FISCAL

- Faturamento mensal da empresa — Penhora. Possibilidade. Observância das cautelas do art. 677 e seguintes do CPC. 348

EXECUÇÃO PENAL

- Remição — Dias trabalhados na confecção de artesanato. Deferimento. 651

F

FALÊNCIA

- Protesto irregular — Pleito desacolhido. 188

FALSA IDENTIDADE

- Delito descaracterizado — Nome fictício. Autodefesa. Absolução mantida. Recurso ministerial desprovido. 506
- Delito descaracterizado — Utilização do nome de outrem. Autodefesa. Absolução mantida. 627

FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO

- Concurso de pessoas — Intermediação e venda de carteira nacional de habilitação. Delito caracterizado. Condenação. 637

FRANCISCO XAVIER MEDEIROS VIEIRA (Des.)

- Discurso proferido na posse dos Desembargadores Volnei Ivo Carlin, Irineu João da Silva, Luiz César Medeiros e Galvão Nery Caon. 695

FUNCIONÁRIO PÚBLICO

- Aposentadoria — Tempo de serviço rural. Contagem recíproca. Inadmissibilidade. Contribuição não comprovada. Remessa e recurso providos. 82
- Aposentadoria — Tempo de serviço rural. Contagem recíproca. Admissibilidade. Reconhecimento pelo órgão previdenciário da condição de segurado rural. Averbação. 69
- Mandado de segurança — Cargo comissionado. Agregação. Correlação com cargos da atual estrutura administrativa. Impossibilidade. Direito líquido e certo inexistente. Ordem denegada. 59

G

GALVÃO NERY CAON (Des.)

- Discurso de posse. 695

H

HABEAS CORPUS

- Ação penal privada — Intervenção do querelante. Desnecessidade. 654
- Constrangimento ilegal — Inexistência. Policial militar. Índícios de envolvimento com tráfico de entorpecentes. Interceptação telefônica. Meio adequado. Ordem denegada. 451
- Crime de trânsito — Embriaguez ao volante. Conduta que não tipifica o delito do art. 306 do CTB. Mera infração administrativa. Ordem concedida. Trancamento da ação penal. 477
- Júri — Prova nova. Surpresa para a defesa. Ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, e ao disposto no art. 475 do CPP. Novo julgamento. Ordem concedida. 457
- Nulidade processual — Reconhecimento por meio do writ. Descabimento. Não conhecimento. 462
- Preventivo — Depositário infiel. Intimação para entrega do bem sob pena de prisão. Ato judicial lícito. Constrangimento ilegal incoerente. Ordem denegada. 437
- Prisão em flagrante — Condenação a penas restritivas de direitos. Recurso ministerial. Manutenção da segregação. Impossibilidade. Interpretação extensiva do art. 596 do CPP. Ordem concedida. 485
- Prisão em flagrante — Tráfico de entorpecente. Crime hediondo. Liberdade provisória. Impossibilidade. Ordem denegada. Maioria de votos. 487
- Queixa-crime — Calúnia. Expressões empregadas por advogado sem autorização do cliente. Falta de justa causa. Trancamento da ação penal. Ordem concedida. 474
- Substituição ao recurso em sentido estrito — Admissibilidade. Conhecimento. 447
- Trancamento da ação penal — Inépcia da denúncia. Inocorrência. Ordem denegada. 470
- Trancamento de inquérito policial — Inexistência de justa causa e incompetência territorial. Argumentos improcedentes. Ordem denegada. 447

HOMICÍDIO

- Responsabilidade civil do Estado — Crime praticado por policial civil, com arma da instituição, fora da jornada de trabalho. Risco integral do ente público. Obrigação de indenizar. 202

HOMICÍDIO CULPOSO

- Delito caracterizado — Morte de criança causada por arma de fogo deixada ao alcance de menor. Negligência comprovada. Condenação mantida. 540

HONORÁRIOS DE ADVOGADO

- Acidente do trabalho — Fixação de acordo com os arts. 20, § 3º, e 260, ambos do CPC. 120
- Demanda extinta — Inexistência de condenação. Fixação da verba conforme o disposto no art. 20, § 4º, do CPC. 226
- Fixação — Obscuridade. Reconhecimento. Embargos declaratórios acolhidos. 426

I**IMÓVEL**

- Reinvidicatória — Bem adquirido por meio de compromisso de compra e venda. Usucapião ordinário como matéria de defesa. Justo título e boa-fé. Pressupostos presentes. Carência da ação. .. 302
- Seguro — Bem financiado pelo SFH. Falhas de construção e risco de desmoronamento. Cobertura prevista na apólice. Indenização devida. 161

IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE PREDIAL E TERRITORIAL URBANA

- IPTU — Majoração. Lei municipal. Publicação. Validade. Atendimento às exigências legais. 311

INDENIZAÇÃO

- Acidente do trabalho — Morte do obreiro. Culpa do empregador. Verba devida. 120
- Ato ilícito — Morte de estudante no interior de escola pública. Culpa objetiva do município. Verba devida. Pensão mensal. Adequação. Recurso e remessa parcialmente providos. 108

- Dano moral — Compra a prazo. Pagamento. Inscrição indevida no SPC. Abalo psicológico demonstrado. Verba devida. 183
- Dano moral — Prisão em estabelecimento bancário. Nota de dinheiro falsa. Circunstâncias vexatórias. Credibilidade do ofendido abalada. Verba devida. 211
- Imóvel — Lei municipal declarando área particular de preservação permanente. Direito de propriedade do autor restringido. Legitimidade do Município para figurar no pólo passivo. Reconhecimento. Ressarcimento devido. 688
- Perdas e danos — Edifício em construção. Prazo para entrega. Retardamento. Verba devida. Inteligência dos arts. 1.056 e 1.059, ambos do CC. 332
- Responsabilidade civil — Dano moral. Serasa. Homonímia. Fornecimento de informação negativa. Negligência caracterizada. Verba devida. 276
- Responsabilidade civil — Queda de avião. Morte do piloto. Culpa levíssima e risco objetivo do empregador. Quantum indenizatório. Redução. Critério. Apelo parcialmente provido. 314
- Responsabilidade civil do Estado — Homicídio praticado por policial civil, com arma da instituição, fora da jornada de trabalho. Risco integral do ente público. Verba devida. 202
- Responsabilidade civil do município — Ponte em condições precárias. Morte de pessoa. Negligência do poder público. Verba devida. 92
- Seguro — Veículo. Perda total. Verba devida conforme o estipulado na apólice. 102

INQUÉRITO POLICIAL

- Trancamento — Inexistência de justa causa. Arguição improcedente. Peça meramente informativa. Ordem de habeas corpus denegada. 447

INTERROGATÓRIO

- Réu menor — Ausência de curador. Irrelevância. Defensor dativo que acompanhou o ato processual. Inexistência de prejuízo. Aplicação da Súmula 352 do STF. 548

INTIMAÇÃO

- Arrematação — Notificação de sócio que aparentava deter poderes de administração da empresa. Validade. Aplicação da teoria da aparência. Embargos à arrematação improcedentes. 289

INVENTÁRIO

- Sociedade comercial — Apuração de haveres. Necessidade. Pressupostos. 373

IRINEU JOÃO DA SILVA (Des.)

- Discurso de posse..... 695

J**JEFFERSON LUIZ KRAVCHYCHYN (Dr.)**

- Discurso proferido na posse dos Desembargadores Volnei Ivo Carlin, Irineu João da Silva, Luiz César Medeiros e Galvão Nery Caon..... 695

JOSÉ GALVANI ALBERTON (Dr.)

- Discurso proferido na posse dos Desembargadores Volnei Ivo Carlin, Irineu João da Silva, Luiz César Medeiros e Galvão Nery Caon..... 695

JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE

- Admissibilidade — Desnecessidade de outras provas além das existentes nos autos. Cerceamento de defesa incorrente. 144

JÚRI

- Decisão manifestamente contrária à prova dos autos — Inocorrência. Veredito com suporte no conjunto probatório. 599
- Prova nova — Surpresa para a defesa. Ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, e ao disposto no art. 475 do CPP. Novo julgamento. 457

JUROS

- Capitalização — Quando permitida..... 144
- Reais — Limitação a 12% ao ano. Auto-aplicabilidade do art. 192, § 3º, da CF. 144

L

LEGISLAÇÃO ESTADUAL**LEIS**

- N. 6.745/1985 — Vide Estatuto dos Funcionários Públicos Civi-
s de Santa Catarina.
- N. 8.240/1991..... 59

LEGISLAÇÃO FEDERAL**DECRETOS**

- N. 75.572/1975..... 266

DECRETOS-LEIS

- N. 4.657/1942 — Vide Lei de Introdução ao Código Civil.
- N. 5.452/1943 — Vide Consolidação das Leis do Trabalho.
- N. 7.661/1945 — Vide Lei de Falências.

LEIS

- N. 2.252/1954 — Art. 1º 599
- N. 2.312/1954 — Vide Código Nacional de Saúde.
- N. 4.117/1962 — Vide Código Brasileiro de Telecomunica-
ções.
- N. 4.591/1964 — Vide Lei de Condomínio.
- N. 4.898/1965 — Art. 3º, a 585
- Art. 4º, a 585
- Art. 6º, § 3º, a 585
- N. 5.172/1966 — Vide Código Tributário Nacional.
- N. 5.250/1967 — Vide Lei de Imprensa.
- N. 6.015/1973 — Vide Lei dos Registros Públicos.
- N. 6.368/1976 — Vide Lei Antitóxicos.
- N. 6.515/1977 — Vide Lei do Divórcio.
- N. 6.766/1979 — Art. 1º e parágrafo único 324
- Art. 50, I, parágrafo único, I 610
- N. 6.830/1980 — Vide Lei de Execução Fiscal.
- N. 7.209/1984 — Vide Código Penal.

— N. 7.210/1984	— Vide Lei de Execução Penal.	
— N. 7.347/1985	— Art. 2º	377
	— Art. 16.....	377
— N. 7.565/1986	— Vide Código Brasileiro de Aeronáutica.	
— 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. 1º, II	685
	— Art. 7º, IX.....	557
— N. 8.177/1991		144
— N. 8.213/1991	— Art. 55, § 2º	69 e 82
— N. 8.625/1993	— Vide Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.	
— N. 8.906/1994	— Vide Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil.	
— N. 9.099/1995	— Art. 8º, § 1º	306
	— Art. 43.....	369
— N. 9.296/1996	— Art. 2º	451
	— Art. 3º, I	451
	— Art. 5º	451
— N. 9.437/1997	— Art. 10, caput	508 e 567
	— Art. 10.....	499
	— Art. 10, § 1º	540
	— Art. 10, § 2º	519
— N. 9.494/1997		377
— N. 9.503/1997	— Vide Código de Trânsito Brasileiro.	
— N. 9.714/1998	— Vide Código Penal.	

LEGISLAÇÃO MUNICIPAL

LEIS

— N. 1.747/1983 (Canoinhas)	— Art. 53, V e parágrafo único	324
— N. 1.827/1981 (Florianópolis)	— Art. 4º.....	387
	— Art. 10	387

LEI

— Municipal — Publicação. Validade. Atendimento às exigências legais.....		311
---	--	-----

LEI ANTITÓXICOS (Lei n. 6.368/1976)

— Art. 12.....	470, 487, 499, 519 e 595
— Art. 14	499
— Art. 16	499 e 519

— Art. 18, IV	595
— Art. 22.....	499
LEI DE CONDOMÍNIO (Lei n. 4.591/1964)	
— Art. 43, II.....	332
LEI DE EXECUÇÃO FISCAL (Lei n. 6.830/1980)	
— Art. 11, § 1º	348
LEI DE EXECUÇÃO PENAL (Lei n. 7.210/1984)	
— Art. 117, I, II, III e IV	487
— Art. 32, § 1º	651
LEI DE FALÊNCIAS (Decreto-Lei n. 7.661/1945)	
.....	188
— Art. 23, parágrafo único, III.....	271
LEI DE IMPRENSA (Lei n. 5.250/1967)	
— Art. 53, I e II.....	211
LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL (Decreto-Lei n. 4.657/1942)	
— Art. 2º, § 2º	369
LEI DO DIVÓRCIO (Lei n. 6.515/1977)	
— Art. 19.....	98
LEI DOS CRIMES HEDIONDOS (Lei n. 8.072/1990)	
—	487
LEI DOS REGISTROS PÚBLICOS (Lei n. 6.015/1973)	
—	134
LEI ORGÂNICA NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (Lei n. 8.625/1993)	
— Art. 25, IV, a.....	324 e 377
LEIS COMPLEMENTARES	
— N. 36/1991 (Estadual) — Art. 9º	59
— N. 43/1992 (Estadual) — Art. 3º, §§ 1º e 4º.....	59
LESÃO CORPORAL GRAVE	
— Atropelamento — Disputa entre veículos. Excesso de velocidade. Local inadequado. Fatos comprovados. Dolo eventual caracterizado. Condenação mantida.	512

LIBERDADE PROVISÓRIA

- Habeas corpus — Prisão em flagrante. Tráfico de entorpecente. Crime hediondo. Impossibilidade do benefício. Ordem denegada. Maioria de votos. 487

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

- Inconfiguração — Ausência de elementos caracterizadores da penalidade. 276

LITISCONSÓRCIO ATIVO NECESSÁRIO

- Interesse de terceiro para integrar a lide — Comprovação. Agravo retido provido. 261

LOCAÇÃO

- Despejo — Falta de pagamento. Entrega das chaves. Perda de objeto da lide principal. Prosseguimento da cobrança dos alugueres. Pagamento a mais. Comprovação. Dedução. Recurso parcialmente provido. 129

LOTEAMENTO

- Irregular — Regularização posterior. Irrelevância. Crime contra a administração pública. Condenação mantida. 610
- Irregularidades — Comprovação. Aprovação pelo município. Incabimento. Dano ao consumidor. Responsabilidade solidária do ente público e dos loteadores. Ação civil pública procedente. 324

LUCROS CESSANTES

- Seguro — Veículo furtado. Utilização no transporte de mercadorias. Cabimento da verba. Marco inicial. 112

LUIZ CÉZAR MEDEIROS (Des.)

- Discurso de posse. 695

M**MANDADO DE SEGURANÇA**

- Funcionário público — Cargo comissionado. Agregação. Correlação com cargos da atual estrutura administrativa. Impossibilidade. Direito líquido e certo inexistente. Ordem denegada. 59

- Pensão especial — Disputa entre herdeiras. Filha que contraiu nupcias. Perda da quota-parte. Reversão do benefício em face de separação consensual posterior. Impossibilidade. Direito adquirido da co-beneficiária. Segurança deferida. 673
- Sociedade comercial — Recusa de inscrição no cadastro de contribuintes do ICMS por existência de dívidas de outra empresa. Descabimento. Irrelevância de um dos sócios participar de ambas. Ilegalidade do ato. Ordem concedida. 79
- Taxa de esgoto — Compulsoriedade do serviço. Base de cálculo no consumo de água. Estabelecimento de alíquota por resolução interna da Casan. Inadmissibilidade. Inteligência do art. 145, § 2º, da CF. Sustação da cobrança. Liminar deferida. Maioria de votos. . 387

MEDIDAS PROVISÓRIAS

- N. 1.523/1996..... 82

MENOR

- Adoção — Guarda deferida, incidentalmente, com a concordância da mãe biológica. Perda do pátrio-poder. Decretação. Atendimento aos superiores interesses da infante. 96

MINISTÉRIO PÚBLICO

- Ação civil pública — Legitimidade ativa do órgão do Parquet. Reconhecimento. Tutela de interesses individuais homogêneos. 324
- Ação civil pública — Relação de consumo. Direitos individuais homogêneos. Legitimidade ativa do órgão do Parquet. 377
- Anulação de negócio jurídico — Intervenção ministerial. Desnecessidade. Demanda sobre direito privado. 234

MULTA

- Contratual — Limitação. Atendimento ao disposto no art. 920 do CC. 161
- Contratual — Redução ex officio. Aplicação do art. 52, § 1º, do CDC. 144
- Fiscal — Cobrança. Empresa concordatária. Inexigibilidade. Interpretação do art. 112, II, do CTN. 271

MUNICÍPIO

- Vide Pessoa jurídica de direito público.

MUNIR KARAM (Dr.)

- Contratos bancários: natureza jurídica e tutela jurisdicional. 39

N

NARCOTRAFICÂNCIA

- Vide Crime contra a saúde pública.

NILTON JOÃO DE MACEDO MACHADO (Dr.)

- Considerações sobre afastamento de prefeitos à luz do ordenamento brasileiro. 3

NOTICIÁRIO

- Posse dos Desembargadores Volnei Ivo Carlin, Irineu João da Silva, Luiz César Medeiros e Galvão Nery Caon. 695

NULIDADE

- Inocorrência — Citação. Postagem com AR. Recebimento por funcionário identificado. Validade. 112
- Processo — Decretação. Patrocínio simultâneo ao autor e ao litisdenunciado. Impossibilidade. Incompatibilidade de interesses. ... 295
- Sentença — Decretação. Decisão extra petita configurada. 256
- Sentença — Decretação. Prestação jurisdicional não efetivada integralmente. 86

NULIDADE (matéria penal)

- Processo crime — Decretação. Sentença condenatória prolatada sem a ciência da defesa sobre documentos acostados aos autos. Violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Preliminar acolhida. 591
- Processual — Reconhecimento por meio de habeas corpus. Descabimento. 462
- Sentença extra petita — Inocorrência. Preliminar afastada. 637

P

PAULO AFONSO SANDRI (Dr.)

- Descaracterização do contrato bancário — arrendamento mercantil — quando cobrado antecipadamente o VRG (Valor Residual Garantido). 25

PENA CRIMINAL

- Adequação — Extensão da decisão aos co-réus. Admissibilidade. 637
- Narcotraficância — Crime cometido em estabelecimento prisional. Causa especial de aumento de pena. 595
- Privativa de liberdade — Substituição por restritivas de direitos. Descabimento. Crime praticado com violência real. 599
- Redução — Adequação do cálculo. 605
- Redução — Impossibilidade. Reprimenda aplicada no mínimo legal. 580
- Roubo e porte ilegal de arma — Cumulação das penas. Admissibilidade. Inocorrência do bis in idem. 567

PENA PECUNIÁRIA

- Mitigação — Impossibilidade. Aplicação dentro dos ditames legais. 585

PENHORA

- Execução — Inexistência de bens. Extinção do processo. Impossibilidade. Suspensão da execucional requerida pela credora. Atendimento. Inteligência do art. 791, III, do CPC. 180
- Execução — Realização em dois momentos distintos. Embargos aforados após a segunda constrição. Intempestividade. Entendimento do art. 738, I, do CPC. 192
- Execução fiscal — Constrição do faturamento mensal da empresa. Possibilidade. Observância das cautelas do art. 677 e seguintes do CPC. 348

PENSÃO

- Especial — Disputa entre herdeiras. Filha que contraiu núpcias. Perda da quota-parte. Reversão do benefício em face de separação consensual posterior. Impossibilidade. Direito adquirido da co-beneficiária. Segurança deferida. 673

PERDAS E DANOS

- Indenização — Edifício em construção. Prazo para entrega. Retardamento. Verba devida. Inteligência dos arts. 1.056 e 1.059, ambos do CC. 332

PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO

- Município — Ação de reparação de dano. Ponte em condições precárias. Morte de pessoa. Negligência do poder público. Indenização devida. 92
- Município — Indenização. Ato ilícito. Morte de estudante no interior de escola pública. Culpa objetiva do ente público. Verba devida. . 108
- Município — Lei municipal declarando área particular de preservação permanente. Direito de propriedade do autor restringido. Legitimidade do ente público para figurar no pólo passivo. Reconhecimento. Ressarcimento devido. 688

PETIÇÃO INICIAL

- Inépcia — Reconhecimento. Narrativa fática insuficiente e ausência da causa de pedir. 226

PORTE ILEGAL DE ARMA

- Crime permanente — Consumação. Aquisição de arma sem autorização legal. 567
- Delito caracterizado — Autoria e materialidade comprovadas. Condenação mantida. 508
- Delito caracterizado — Falta de autorização e licença da autoridade competente. Comprovação. Condenação mantida. 499
- Delito caracterizado — Réu que admite a posse de arma sem a devida autorização legal. Condenação mantida. 519

PRESCRIÇÃO

- Ação demolitória — Obediência ao preceituado no art. 177 do CC. . 194
- Seguro de veículo — Contagem do prazo. Aplicação do art. 27 do CDC. 112

PRISÃO CIVIL

- Depositário infiel — Admissibilidade. Pacto de São José da Costa Rica. Inaplicabilidade. Obediência às limitações do art. 5º, LXVII, da CF. 437
- Depositário infiel — Descabimento. Depósito como reforço das garantias. Pleito improcedente. 105

PRISÃO EM FLAGRANTE

- Habeas corpus — Condenação a penas restritivas de direitos. Recurso ministerial. Manutenção da segregação. Impossibilidade. Interpretação extensiva do art. 596 do CPP. Ordem concedida... 485
- Habeas corpus — Tráfico de entorpecente. Crime hediondo. Liberdade provisória. Impossibilidade. Ordem denegada. Maioria de votos..... 487

PROCEDIMENTO

- Equívoco na eleição do rito — Nulidade do feito. Incabimento. Ausência de prejuízo à defesa. 276

PROCESSO

- Nulidade — Decretação. Patrocínio simultâneo ao autor e ao litisdenunciado. Impossibilidade. Incompatibilidade de interesses. ... 295
- Suspensão — Exceção de incompetência. Decisão exarada no curso do lapso suspensivo. Impossibilidade. Aplicação do art. 306 c/c o 266, ambos do CPC. 293

PROCESSO CRIME

- Nulidade — Decretação. Sentença condenatória prolatada sem a ciência da defesa sobre documentos acostados aos autos. Violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Preliminar acolhida..... 591

PROTESTO

- Irregularidade do instrumento — Pleito falimentar desacolhido.... 188

PROVA

- Diligência — Indeferimento. Desnecessidade para o deslinde da questão. Cerceamento de defesa inócurrete. 256
- Testemunha — Vínculo empregatício com a empresa autora. Compromisso legal. Admissibilidade. Ausência de interesse no deslinde da causa. 234
- Testemunhal — Desistência. Concordância da parte adversa. Necessidade. Aplicação do princípio da comunhão da prova..... 408

PROVA CRIMINAL

- Documentos — Juntada. Sentença condenatória prolatada sem a ciência da defesa sobre a prova acrescida. Violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Processo anulado. 591
- Júri — Prova nova. Surpresa para a defesa. Ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, e ao disposto no art. 475 do CPP. Novo julgamento. 457

- Reexame — Impossibilidade. Aplicação da Súmula 7 do STJ. 485
- Sentença condenatória — Decisão baseada em prova produzida unicamente na fase policial. Impossibilidade. Reforma do decum. Absolvição decretada. 565
- Testemunha — Inquirição. Recusa pelo magistrado. Efeito protelatório. Cerceamento de defesa incorrente. Preliminar afastada. 548
- Testemunhas — Número superior ao fixado em lei. Nulidade processual. Inocorrência. Mera irregularidade. 499

Q

QUADRILHA OU BANDO

- Vide Crime contra a paz pública.

QUEIXA-CRIME

- Calúnia — Expressões empregadas por advogado sem autorização do cliente. Falta de justa causa. Trancamento da ação penal. Ordem de habeas corpus concedida. 474

R

RECEPTAÇÃO

- Delito caracterizado — Bens furtados apreendidos com o acusado. Autoria e materialidade demonstradas. Condenação mantida... 627

RECEPTAÇÃO QUALIFICADA

- Sujeito ativo — Identificação. 637

RECURSO

- Embargos de declaração — Questões não ventiladas na petição inicial nem no recurso. Omissão inexistente. Aplicação do art. 128 do CPC. 428
- Embargos de declaração — Ausência de pronunciamento acerca da prescrição. Omissão inexistente. Matéria não suscitada. 435
- Embargos de declaração — Obscuridade na fixação da verba honorária. Reconhecimento. Acolhimento. 426

RECURSO CRIME

- Apelação — Desistência pelo causídico. Desconsideração. Inexistência de procuração com poderes específicos e falta de aquiescência do condenado. Conhecimento. 571
- Apelação — Intempestividade. Inocorrência. 548
- Embargos de declaração — Efeito infringente. Quando admissível. 654
- Embargos de declaração — Omissão. Inocorrência. Rejeição. ... 654

RECURSO ESPECIAL

- Ação de indenização — Lei municipal declarando área particular de preservação permanente. Direito de propriedade do autor restringido. Legitimidade do Município para figurar no pólo passivo. Reconhecimento. Ressarcimento devido. 688
- Estelionato — Continuidade delitiva. Reconhecimento. Reexame de provas. Impossibilidade. Aplicação da Súmula 7 do STJ. Apelo desprovido. 685

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

- Agravo de instrumento — Aposentadoria. Proventos. Alteração de forma unilateral pela administração pública. Descabimento. Recurso desprovido. 671
- Mandado de segurança — Pensão especial. Disputa entre herdeiras. Filha que contraiu núpcias. Perda da quota-parte. Reversão do benefício em face de separação consensual posterior. Impossibilidade. Direito adquirido da co-beneficiária. Segurança deferida. 673

REGISTRO DE IMÓVEIS

- Sentença homologatória de partilha — Inscrição juntada à matrícula do imóvel prometido a venda. Suspensão. Incabimento. Inexistência de dano aos promissários compradores. Agravo provido. 365

REIVINDICATÓRIA

- Imóvel — Bem adquirido por meio de compromisso de compra e venda. Usucapião ordinário como matéria de defesa. Justo título e boa-fé. Pressupostos presentes. Carência da ação. 311

RESISTÊNCIA

- Vide Crime contra a administração pública.

RESPONSABILIDADE CIVIL

- Acidente do trabalho — Morte do obreiro. Culpa do empregador. Obrigação de indenizar. 120
- Indenização — Dano moral. Prisão em estabelecimento bancário. Nota de dinheiro falsa. Circunstâncias vexatórias. Credibilidade do ofendido abalada. Verba devida. 211
- Indenização — Dano moral. Serasa. Homônimia. Fornecimento de informação negativa. Negligência caracterizada. Verba devida. .. 276
- Indenização — Queda de avião. Morte do piloto. Culpa levíssima e risco objetivo do empregador. Quantum indenizatório. Redução. Critério. Apelo parcialmente provido. 314

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

- Indenização — Homicídio praticado por policial civil, com arma da instituição, fora da jornada de trabalho. Risco integral do ente público. Verba devida. 202

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO

- Ação de reparação de dano — Ponte em condições precárias. Morte de pessoa. Negligência do poder público. Indenização devida. 92
- Indenização — Ato ilícito. Morte de estudante no interior de escola pública. Culpa objetiva do município. Verba devida. Pensão mensal. Adequação. Recurso e remessa parcialmente providos. 108

ROUBO

- Emprego de arma — Palavras firmes e coerentes da vítima. Agente identificado e arma apreendida. Manutenção do decreto condenatório. 548

ROUBO QUALIFICADO

- Assalto a banco — Emprego de arma e concurso de pessoas. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação. Continuidade delitiva. Incomprovação. Exclusão. Recurso parcialmente provido. 571
- Assalto a banco — Emprego de arma e concurso de pessoas. Autoria e materialidade comprovadas. Habitualidade criminosa. Condenação mantida. 571
- Concurso de pessoas — Desclassificação para furto. Inviabilidade. Uso de violência física. Comprovação. Condenação mantida. 580
- Cumulação com formação de quadrilha ou bando — Confissão e elementos probatórios que justificam o decreto condenatório. 493
- Emprego de arma e concurso de agentes — Autoria e materialidade comprovadas. Condenação mantida. 605

- Emprego de arma e concurso de agentes — Delito caracterizado. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação mantida. 567

S

SEGURO

- Veículo — Perda total. Indenização conforme o valor estipulado na apólice. 102
- Veículo furtado — Ação de cobrança. Prescrição. Inocorrência. Correção monetária e lucros cessantes. Cabimento. Termo inicial. 112

SEGURO HABITACIONAL

- Imóvel — Bem financiado pelo SFH. Falhas de construção e risco de desmoraonamento. Cobertura prevista na apólice. Indenização devida. 161

SENTENÇA

- Ação rescisória — Decisão no juízo cível lastreada em sentença criminal condenatória reformada em revisão criminal. Erro de fato. Inteligência do art. 485, IX, do CPC. Pleito procedente. 415
- Decisão extra petita — Configuração. Nulidade decretada. 256
- Nulidade — Decretação. Prestação jurisdicional não efetivada integralmente. 86

SENTENÇA CRIMINAL

- Condenação — Decisão baseada em prova produzida unicamente na fase policial. Impossibilidade. Sentença reformada. Absolvição decretada. 565
- Continuidade delitiva — Ausência de apreciação. Nulidade inexistente. Possibilidade de averiguação no juízo da execução. 610
- Decisão extra petita — Inocorrência. Nulidade afastada. 637

SEPARAÇÃO JUDICIAL

- Litigiosa — Culpa recíproca. Pensão alimentícia ao cônjuge necessitado. Obrigatoriedade. Pensão ao filho. Elevação do percentual. Admissibilidade. Recurso provido. 98

SERVIDÃO

- Passagem — Aparente. Contrato de constituição. Averbação no registro de imóveis. Desnecessidade. Exigência restrita às servidões não-aparentes. 375
- Passagem — Proteção possessória. Prédio não encravado. Desnecessidade. Requisito indispensável somente para passagem forçada. 375

SERVIDOR PÚBLICO

- Vide Funcionário público.

SINDICATO

- Coexistência — Representação da mesma categoria profissional. Impossibilidade. Titularidade daquele que teve precedência na inscrição do estatuto social no registro civil de pessoas jurídicas. ... 134
- Contribuição assistencial — Cobrança. Inadmissibilidade. Norma do art. 8º, IV, da CF, não auto-aplicável. Pleito inacolhido. 306

SOCIEDADE

- Comercial — Conflito entre marca e parte do nome comercial. Empresas com atividades distintas. Possibilidade de convivência de ambas. 266
- Comercial — Inventário. Apuração de haveres. Necessidade. Pressupostos. 373
- Comercial — Recusa de inscrição no cadastro de contribuintes do ICMS por existência de dívidas de outra empresa. Descabimento. Irrelevância de um dos sócios participar de ambas. Ilegalidade do ato caracterizada. Segurança concedida. 79
- Mercantil — Marca e nome comercial. Distinção. 266

SUCUMBÊNCIA

- Ônus — Distribuição proporcional. Exegese do art. 21, caput, do CPC. 332

SÚMULAS**SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

- N. 7 685
- N. 28 105

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

- N. 229 314
- N. 352 548

— N. 491..... 108
 — N. 523..... 548
 — N. 545..... 387

TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS

— N. 78..... 112

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

— N. 14..... 299

T

TAXA

— Esgoto — Compulsoriedade do serviço. Base de cálculo consistente no consumo de água. Estabelecimento de alíquota por resolução interna da Casan. Inadmissibilidade. Inteligência do art. 145, § 2º, da CF. Sustação da cobrança. Liminar deferida. Maioria de votos..... 387
 — Tarifa — Distinção..... 387

TESTEMUNHA

— Vide Prova e Prova criminal.

TRÁFICO DE ENTORPECENTE

— Vide Crime contra a saúde pública.

U

USO DE DOCUMENTO FALSO

— Carteira nacional de habilitação — Delito caracterizado. Condenação mantida. Absolvção do co-réu por ausência de perícia no documento. 637

USUCAPIÃO

— Ordinário — Justo título e boa-fé. Pressupostos presentes. Pretensão dominial reconhecida. 302

V**VEÍCULO**

- Furto — Seguro. Ação de cobrança. Prescrição. Inocorrência. Correção monetária e lucros cessantes. Cabimento. Termo inicial. ... 112
- Perda total — Seguro. Indenização conforme o valor estipulado na apólice. 102

VENDA JUDICIAL

- Arrematação — Falta de licitantes. Adjudicação por preço inferior ao do edital. Descabimento. Inteligência do art. 714 do CPC. 345
- Arrematação — Intimação de sócio que aparentava deter poderes de administração da empresa. Validade. Aplicação da teoria da aparência. Embargos improcedentes..... 289

VILIAN BOLLMANN (Bel.)

- Considerações sobre afastamento de prefeitos à luz do ordenamento brasileiro. 3

VOLNEI IVO CARLIN (Des.)

- Discurso de posse..... 695

Composição, revisão e paginação executadas
pela Seção de Revisão
da Divisão de Acórdãos e Publicações
da Diretoria de Infra-Estrutura
do Tribunal de Justiça.

Chefe de Divisão

Idalete Souza

Chefe da Seção de Revisão

Léa dos Santos Sousa

Composição

José Tadeu de Miranda

Revisores

Cleusa Maria de Souza
Christiane Monique Callado Silva
Eliane Cardoso de Melo
Inge Ignez Ruschel Horn
João Paulo da Silva
Maria Fernandes Bez
Sandra Mello Bottaro Vieira
Valmecir José de Souza
Wânia Mara Valentim da Silva

Índice Numérico e Legislativo

Jorge Silveira

Índice por Assunto

Juvenaldo Zangelini

Editoração Eletrônica

Léa dos Santos Sousa

Montagem, impressão e acabamento
realizadas pela Divisão de Artes Gráficas,
da Diretoria de Material e Patrimônio
do Tribunal de Justiça.