

Aceitar a idéia, brilhantemente defendida pelos ilustres autores acostados às razões do apelante, de que a legitimidade da pretensão *pode ser putativa*, é construir, ao lado do art. 345, norma *não inserida* no texto penal.

Acrescente-se, ainda, "ad argumentandum", que os acusados não possuíam a seu favor nem sequer o "fumus iuris" e tanto isto é verdade que somente após estarem na posse do cheque extorquido puderam ingressar em juízo sem que fosse tal lide considerada temerária.

Verdade é que o deslinde da questão na jurisdição civil foi desfavorável ao apelante Adolpho, considerada, assim, em definitivo, indevida a vantagem pretendida, vale dizer: os acusados não tinham direito ao que pretendiam.

Sendo inegável que o elemento "ameaça" existiu na conduta dos agentes executores do delito (pois não há outra explicação para a entrega inusitada do malfadado cheque), está perfeitamente configurada a infração do artigo 158 do C. P.

Quanto à negativa de participação no evento, feita pelo apelante, é a mesma inaceitável, face aos precisos termos do art. 25 do C. P.

Evidente o dolo de extorquir por parte de Adolpho, mesmo que se possa aceitá-lo como eventual. A ação levada a efeito por Ulisses e Luis Carlos foi consequência lógica do prévio ajuste que haviam feito, voluntariamente e consententemente com o apelante.

FACE A TODO O EXPOSTO, conclui o M. P. que acertada é a capitulação do delito no art. 158 e justa a condenação do apelante, ressaltando as objeções já expendidas na apelação da promotoria (fls. 471).

Guanabara, 26 de outubro de 1974.

LENY COSTA DA SILVA — 36ª Defensora Pública — Promotora Comissionada

A CUMULAÇÃO DE CLAUSULA PENAL E DOS

HONORÁRIOS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

1. Quando a multa contratual de 10% é de caráter meramente moratório, não há dúvida que a mesma pode ser cumulada com as perdas e danos, conforme tem entendido a jurisprudência, mansa e pacífica do Supremo Tribunal Federal.
2. Efetivamente, ainda em 1952, o Excelso Pretório julgando o Recurso Extraordinário nº 19.633, cujo acórdão foi publicado na Revista Forense, vol. 147, pág. 108, decidiu que:

"PODE CONVENCIONAR-SE A CUMULAÇÃO DA CLÁUSULA PENAL COM AS PERDAS E DANOS".

3. Mais recentemente, a mesma tese foi consagrada no acórdão da Egrégia Segunda Turma no Recurso Extraordinário nº 61.897-GB, que se encontra publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. 50, pág. 481.
4. Quando não se trata de mútuo, mas sim de confissão de dívida, a fim de ressarcir os danos decorrentes de irregularidades anteriormente cometidas, a jurisprudência é mansa e pacífica no sentido de não aplicar a Lei de Usura (Revista dos Tribunais, vol. 157/371; Revista Forense, vol. 11/374 etc...), admitindo, assim, a possibilidade da cumulação de cláusula penal moratória com as perdas e danos e com os honorários de advogado.

5. O Professor SILVIO RODRIGUES teve o ensejo de ponderar que:

"... merece aplauso essa jurisprudência que limitou a abrangência do Decreto nº 22.626, de 7.4.1933, para entendê-lo como só alcançando as cláusulas penais estipuladas em contratos de mútuo." (SILVIO RODRIGUES, *Direito Civil — Parte Geral das Obrigações*, vol. II, 4ª edição, S. Paulo, Saraiva, 1973, pág. 97, nº 49, *in fine*).

6. Concluimos que a multa contratual é devida independentemente dos honorários de advogado, pois:

a) é inaplicável, no caso, o art. 8º do Decreto nº 22.626, por não se tratar de mútuo;

b) a cláusula penal de 10% é moratória e não compensatória;

c) os honorários de advogado são devidos em virtude do princípio da sucumbência e nenhuma relação têm com a multa contratual moratória, que constitui uma penalidade imposta ao devedor relapso;

d) os honorários beneficiam o advogado (art. 9º, § 1º da Lei nº 4.215, de 27.4.1963 — Estatuto da Ordem dos Advogados), enquanto a cláusula penal beneficia o credor, não podendo, pois, serem confundidas ambas as posições.

7. A doutrina e a jurisprudência têm admitido a cumulação da condenação à multa moratória e aos honorários de advogado.

8. Assim, o Professor WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO no seu *Curso de Direito Civil — Direito das Obrigações*, vol. 1º (São Paulo, Saraiva, 1960, pág. 222), esclarece que:

"Geralmente, incluem-se nela (cláusula penal), honorários de advogado, custas e outras despesas. NADA IMPEDE, TODAVIA, SE CONVENCIONE O PAGAMENTO, ALÉM DA MULTA, DE SEMELHANTES INDENIZAÇÕES COMPLEMENTARES. EFETIVAMENTE, É POSSÍVEL INCLUIR RESSALVA ESPECIAL NO TÍTULO OBRIGACIONAL, POSSIBILITANDO A COBRANÇA DAS QUESTIONADAS VERBAS, ALÉM DA PENA CONVENCIONAL. LÍCITA ENTENDEMOS TAL ESTIPULAÇÃO QUE NÃO CONTRARIA QUALQUER PRINCÍPIO DE ORDEM PÚBLICA."

9. No mesmo sentido, decidiu o Tribunal de Alçada de São Paulo em acórdão unânime de 8.3.1968, na Apelação Cível nº 101.410 que:

"Em virtude da aplicação do princípio da sucumbência É ADMISSÍVEL A CONDENAÇÃO EXECUTADA EM EXECUTIVO HIPOTECÁRIO NO PAGAMENTO DE MULTA CONTRATUAL E DE VERBA PARA HONORÁRIO DE ADVOGADO". (Ap. SILVIO RODRIGUES, *ob. cit.*, pág. 97, nota A).

10. Acresce que se justifica considerar, no caso, que a Lei de Usura foi revogada pelo art. 20 do Código de Processo Civil. Efetivamente, enquanto o art. 9º do Decreto nº 22.626, de 1933 estabelecia um teto de 10% para a cláusula penal, que o mencionado diploma entendia ser destinado ao atendimento de despesas judiciais e honorários de advogado (art. 8º do Decreto citado), o art. 20 do novo Código de Processo Civil determina que os honorários poderão variar entre 10% e 20%, ficando, assim, evidenciado que o teto fixado pela Lei da Usura não mais pode prevalecer. O Supremo Tribunal Federal teve o ensejo de discutir a questão no Recurso Extraordinário nº 79.174, julgado pelo plenário

em 27 de novembro de 1974, mas como, no caso, o litígio era anterior ao novo diploma processual, a matéria não logrou solução definitiva. É, todavia, interessante salientar que, no seu voto, o Ministro CORDEIRO GUERRA chegou a afirmar que:

“Adotado o critério da sucumbência, na legislação processual civil, não me parece possível considerar em vigor a limitação prevista nos artigos 8º e 9º da Lei de Usura na fixação dos honorários de advogado.”

No mencionado voto, entende, pois, o magistrado que estaria revogada a Lei de Usura pelo Código de Processo Civil e acrescenta:

“Objeta-se que o novo Código de Processo Civil, por ser geral, não revoga nem modifica a Lei de Usura. (§ 2º do art. 2º da Lei de Introdução do Código), nesse particular.

Data venia, não acolho a objeção.

A limitação do art. 8º do Decreto nº 22.626, de 7 de abril de 1933, se baseava no princípio de que os honorários de advogado não eram devidos *ex vi legis*, e, em consequência, os limitava por presunção.

Consagrado o princípio da sucumbência, responde pelos honorários aquele que, sem razão, fez o chamamento de outrem a juízo, não pode prevalecer a presunção de art. 8º do Decreto 22.626, de 1933, contra o mandamento do § 3º do art. 20 do Novo Código de Processo Civil, sob pena de criar-se uma desigualdade de tratamento nos procedimentos judiciais.

De fato, a prevalecer a tese da intangibilidade da Lei de Usura, não obstante toda legislação sobre mercado de capitais, e o novo Código de Processo Civil, a sucumbência só seria aplicável em juízo, nos processos estranhos a empréstimos em dinheiro.

Com a liberdade e atenção que me dá o Eg. Tribunal ousou sustentar que, se o art. 20, § 3º, do CPC, determina que “os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%)”, como manter-se a cláusula penal de dez por cento para tudo, da Lei de Usura, quando, na realidade econômica, freqüentemente, não chega nem para as despesas do processo?”

No mencionado acórdão, afirmou o Ministro ALIOMAR BALEEIRO que “o Banco não empresta o seu dinheiro, mas o dos seus depositantes, aos quais não paga juros.” Se a afirmação do eminente Professor se aplica aos bancos comerciais, não é, todavia aplicável aos Bancos de Investimentos — e naquele caso era recorrido o Banorte — Banco de Investimentos S. A. — que, como é sabido, pagam aos seus clientes não só os juros mas, também, a correção monetária prefixada até os limites máximos admitidos pelo Banco Central. Discutindo a matéria, o Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE considerou válidas as ponderações do Ministro CORDEIRO GUERRA para os casos posteriores à vigência do novo Código de Processo Civil, dele divergindo, todavia, no caso específico, pois, no caso tanto a sentença como o acórdão eram anteriores ao novo diploma legal.

11. Em certos casos há estipulação das partes no sentido de cumular a multa moratória com os juros e os honorários de advogado, não se justificando a exclusão da multa moratória, tanto mais que, excluindo a sentença, a correção monetária, ocorre, no caso, evidente prejuízo para a autora que recebe juros quando o dinheiro no mercado financeiro lhe custa os juros acrescidos da correção monetária que se tem mantido nos últimos anos numa base superior a 30% ao ano, conforme é público e notório.

12. As instituições financeiras recebem depósitos pelos quais pagam juros e correção monetária, sendo o que ocorre com todos os bancos. É, pois, justo que numa operação entre entidades financeiras, a plena reparação dos danos determinada pelo Código Civil, inclua a correção monetária sob pena de ocorrer evidente prejuízo para a credora e enriquecimento indevido por parte da devedora, que, ao tardar no pagamento, está, na realidade, obtendo vantagem financeira, o que, evidentemente, contraria todos os princípios gerais do direito.

13. Em numerosos acórdãos, já se tem decidido que o réu em mora deve indenizar o autor, repondo-o na situação em que se encontraria se o ilícito não tivesse ocorrido, numa reparação integral na qual se deve restaurar o *statu quo ante*. Para tal fim, impõe-se a correção monetária, especialmente tratando-se de operação financeira entre entidades do sistema financeiro no qual a correção monetária constitui o elemento básico de toda operação.

14. Um primeiro passo foi feito pelo Supremo Tribunal Federal ao assegurar, de um lado, a comissão de permanência ao credor e de outro a correção monetária dos danos materiais, conforme decisões históricas que marcaram o ano de 1975 do Excelso Pretório.

15. Ocorre, todavia, que nos primeiros meses de 1976, o aumento de custo de vida foi de mais de 4% ao mês, enquanto os juros máximos permitidos são de 1% ao mês e a comissão de permanência é de 2%. Assim sendo, o devedor moroso passa a contar com dinheiro a taxa de 3% ao mês, enquanto a simples correção monetária é superior em 1% ao mês a essa taxa. Assim sendo, voltamos ao sistema do juro negativo para o devedor moroso, incentivando o atraso no pagamento e multiplicando assim os feitos, como aliás reconheceu o próprio Supremo Tribunal Federal no relatório que elaborou para a reforma do Poder Judiciário

16. Como os honorários de advogado se destinam ao profissional liberal e a cláusula penal ao credor, é justo que se cumulem as duas sanções para que a pena moratória acrescida aos juros e à comissão de permanência permita que se faça incidir sobre o devedor moroso carga suficiente para impedir que tenha interesse em estar em mora. Somente assim, o regime jurídico do devedor moroso passará a ser pior do que o do devedor pontual, sendo que essa distinção de regime jurídico é imprescindível para que se evite o interesse em procrastinar os feitos e multiplicá-los, transformando a justiça tardia em injustiça.

17. Como do devedor pontual se pode exigir a correção monetária efetiva acrescida dos juros de 12% ao ano, é importante e indispensável que o devedor moroso sofra ônus maior em benefício do credor, sob pena de incentivar o atraso nos pagamentos.

ARNOLDO WALD — Procurador do Estado.