REVISTA
DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE
JUSTIÇA

REVISTA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ano 3 número 27 novembro 1991

© SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Praça dos Tribunais Superiores
70.095-900 — Brasília — DF

Livraria Brasília Jurídica Ltda.
SDS Bl. O - Ed. Venâncio VI - Lj. 27
Tels. (061) 224-4607 e 225-8494 - CEP 70.393-900

Tiragem 8.000 exemplares

Revista do Superior Tribunal de Justiça. a (1989-) — Brasília, Superior Tribunal de Justiça, 1989 —

Mensal

ISSN 0103-4286

1. Direito — Periódicos — Brasil. 3. Jurisprudência — Periódicos — Brasil. I. Superior Tribunal de Justiça

CDD 340.605
CDU 340.142 (81) (05)

REVISTA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro FRANCISCO DIAS TRINDADE
Diretor

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro Antônio TORREÃO BRAZ — 19-12-77 — Presidente (*)
Ministro WILLIAM Andrade PATTERSON — 3-8-79 — Vice-Presidente (**)
Ministro JOSÉ Fernandes DANTAS — 29-10-76
Ministro WASHINGTON BOLÍVAR de Brito — 19-12-77
Ministro Romildo BUENO DE SOUZA — 8-4-80
Ministro JOSÉ CÂNDIDO de Carvalho Filho — 23-6-80
Ministro PEDRO da Rocha ACIOLI — 23-6-80
Ministro AMÉRICO LUZ — 23-6-80
Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO — 23-6-80
Ministro Cid FLAQUER SCARTEZZINI — 7-5-81
Ministro Jesus COSTA LIMA — 9-12-81
Ministro GERALDO Barreto SOBRAL — 16-12-82 — Corregedor-Geral (**)
Ministro CARLOS Augusto THIBAU Guimarães — 10-6-83
Ministro Paulo Roberto Saraiva da COSTA LEITE — 25-9-84
Ministro NILSON Vital NAVES — 11-4-85
Ministro EDUARDO Andrade RIBEIRO de Oliveira — 12-6-85
Ministro Francisco DIAS TRINDADE — 9-1-86 — Diretor da Revista
Ministro JOSÉ DE JESUS Filho — 9-1-86
Ministro Francisco de ASSIS TOLEDO — 30-3-87
Ministro EDSON Carvalho VIDIGAL — 9-12-87
Ministro Jacy GARCIA VIEIRA — 8-9-88
Ministro ATHOS Gusmão CARNEIRO — 18-5-89
Ministro Luiz VICENTE CERNICCHIARO — 18-5-89
Ministro WALDEMAR ZVEITER — 18-5-89
Ministro Luiz Carlos FONTES DE ALENCAR — 18-5-89
Ministro Francisco CLÁUDIO de Almeida SANTOS — 18-5-89
Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO Teixeira — 18-5-89
Ministro Raphael de BARROS MONTEIRO Filho — 18-5-89
Ministro HÉLIO de Mello MOSIMANN — 9-8-90
Ministro Francisco PEÇANHA MARTINS — 5-2-91
Ministro DEMÓCRITO Ramos REINALDO — 27-6-91
Ministro Humberto GOMES DE BARROS — 27-6-91

(*) Não integra as Turmas, preside a Sessão Plenária e a Corte Especial, onde tem, apenas, voto de qualidade (Art. 21, itens III e VI, do RI).
(**) Não integram as Turmas, integram o Plenário e a Corte Especial, com as funções de Relator e Revisor (Art. 22, § 1º, e 23, § 1º, do RI).

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PLENÁRIO(*)

Presidente: Ministro TORREÃO BRAZ

CORTE ESPECIAL
(2ª quinta-feira de cada mês)

Presidente: Ministro TORREÃO BRAZ
Vice-Presidente: Ministro WILLIAM PATTERSON
Ministro JOSÉ DANTAS
Ministro WASHINGTON BOLÍVAR
Ministro BUENO DE SOUZA
Ministro JOSÉ CÂNDIDO
Ministro PEDRO ACIOLI
Ministro AMÉRICO LUZ
Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO
Ministro FLAQUER SCARTEZZINI
Ministro COSTA LIMA
Ministro GERALDO SOBRAL
Ministro CARLOS THIBAU
Ministro COSTA LEITE
Ministro NILSON NAVES
Ministro EDUARDO RIBEIRO
Ministro DIAS TRINDADE
Ministro GARCIA VIEIRA
Ministro ATHOS CARNEIRO
Ministro VICENTE CERNICCHIARO
Ministro WALDEMAR ZVEITER
Ministro FONTES DE ALENCAR
Ministro CLÁUDIO SANTOS
Ministro SÁLVIO DE FIGUEIRERO
Ministro BARROS MONTEIRO

PRIMEIRA SEÇÃO
(2ª e última terças-feiras de cada mês)

Presidente: Ministro PEDRO ACIOLI

1ª TURMA (Sessões às quartas-feiras e 1ª e 3ª segundas-feiras de cada mês)

Ministro PEDRO ACIOLI — Presidente
Ministro GARCIA VIEIRA
Ministro DEMÓCRITO REINALDO
Ministro GOMES DE BARROS

(*) O Plenário, quando convocado, reunir-se-á no dia de sessão da Corte Especial (Resolução nº 1-STJ, art. 3º).

2ª TURMA (Sessões às quartas-feiras e 1ª e 3ª segundas-feiras de cada mês)

Ministro AMÉRICO LUZ — Presidente
Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO
Ministro JOSÉ DE JESUS
Ministro HÉLIO MOSIMANN
Ministro PEÇANHA MARTINS

SEGUNDA SEÇÃO
(2ª e última quartas-feiras de cada mês)

Presidente: Ministro NILSON NAVES

3ª TURMA (Sessões às terças-feiras e 2ª e última segundas-feiras de cada mês)

Ministro NILSON NAVES — Presidente
Ministro EDUARDO RIBEIRO
Ministro DIAS TRINDADE
Ministro WALDEMAR ZVEITER
Ministro CLÁUDIO SANTOS

4ª TURMA (Sessões às terças-feiras e 2ª e última segundas-feiras de cada mês)

Ministro ATHOS CARNEIRO — Presidente
Ministro BUENO DE SOUZA
Ministro FONTES DE ALENCAR
Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO
Ministro BARROS MONTEIRO

TERCEIRA SEÇÃO
(1ª e 3ª quintas-feiras de cada mês)

Presidente: Ministro JOSÉ CÂNDIDO

5ª TURMA (Sessões às quartas-feiras e 1ª e 3ª segundas-feiras de cada mês)

Ministro FLAQUER SCARTEZZINI — Presidente
Ministro JOSÉ DANTAS
Ministro COSTA LIMA
Ministro ASSIS TOLEDO
Ministro EDSON VIDIGAL

6ª TURMA (Sessões às terças-feiras e 2ª e última segundas-feiras de cada mês)

Ministro JOSÉ CÂNDIDO — Presidente
Ministro WASHINGTON BOLÍVAR
Ministro CARLOS THIBAU
Ministro COSTA LEITE
Ministro VICENTE CERNICCHIARO

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL
(terças-feiras)

Ministro TORREÃO BRAZ — Presidente
Ministro WILLIAM PATTERSON — Vice-Presidente

Membros Efetivos

Ministro GERALDO SOBRAL — Corregedor-Geral
Ministro CARLOS THIBAU
Ministro COSTA LEITE

Membros Suplentes

Ministro NILSON NAVES
Ministro EDUARDO RIBEIRO
Ministro DIAS TRINDADE

COMISSÕES PERMANENTES

Comissão de Coordenação

Ministro COSTA LIMA
Ministro GERALDO SOBRAL
Ministro VICENTE CERNICCHIARO
Ministro FONTES DE ALENCAR — Suplente

Comissão de Documentação

Ministro JOSÉ CÂNDIDO
Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO
Ministro ASSIS TOLEDO
Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO — Suplente

Comissão de Regimento Interno

Ministro EDUARDO RIBEIRO
Ministro EDSON VIDIGAL
Ministro ATHOS CARNEIRO
Ministro WALDEMAR ZVEITER — Suplente

Comissão de Jurisprudência

Ministro JOSÉ DANTAS
Ministro NILSON NAVES
Ministro DIAS TRINDADE
Ministro JOSÉ DE JESUS — Suplente

Comissão Especial de Obras

Ministro CARLOS THIBAU
Ministro COSTA LEITE
Ministro JOSÉ DE JESUS
Ministro BARROS MONTEIRO
Ministro HÉLIO MOSIMANN

SUMÁRIO

	Pág.
JURISPRUDÊNCIA	13
Agravo Regimental no Agravo de Instrumento	15
Conflito de Competência	47
Habeas Corpus e Recursos	65
Mandado de Segurança e Recursos	133
Recurso Especial	245
Índice Sistemático	511
Índice Analítico	517

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO

Nº 6.328 — PA

(Registro nº 90.0010579-0)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Fontes de Alencar*

Agrtes.: *Rosane Baglioli e outro*

Agrdo.: *R. Despacho de Folhas 48*

Advogados: *Drs. Hugo Mósca e outro e Edilea Rodrigues Valério dos Santos e outro*

EMENTA: INCOMPETÊNCIA RELATIVA. PRECLUSÃO.

I — Em se tratando de incompetência relativa — e é o caso dos autos —, não ocorrendo a sua argüição em tempo e modo próprios, opera-se a preclusão.

II — Dissídio de jurisprudência alegado sem atendimento ao art. 255, parágrafo único, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 291 do Supremo Tribunal Federal.

III — Agravo regimental denegado. Unânime.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 27 de novembro de 1990 (data do julgamento).

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente. Ministro FONTES DE ALENCAR, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Cuida-se de agravo regimental interposto contra o seguinte despacho:

> "Trata-se de agravo de instrumento a despacho que indeferiu recurso especial contra decisão assim ementada:
>
> "AÇÃO DE INDENIZAÇÃO.
>
> COBRANÇA DE VALOR CORRESPONDENTE A DANOS CAUSADOS EM IMÓVEL LOCADO. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS DEVIDAMENTE REALIZADA E HOMOLOGADA. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO NÃO CONHECIDA POR PRECLUSÃO E IMPROPRIEDADE DA ALEGAÇÃO DE EXCEÇÃO. NO MÉRITO, CONFIRMA-SE A DECISÃO EM VISTA DA EXISTÊNCIA DE CONTRATO DEVIDAMENTE ASSINADO PELAS PARTES, COMPROVANDO O RECEBIMENTO EM PERFEITAS CONDIÇÕES." (fl. 19).
>
> Nos termos postos pelo v. acórdão inocorrem as alegadas violações dos arts. 132 e 113, § 1º, do Código de Processo Civil.
>
> Em face do exposto, nego provimento ao presente agravo (art. 254, I, do RISTJ)."

Sustenta o agravante que

> "Há uma nulidade, na decisão agravada, nulidade, rogando *venias*, para a qual não admite, nem a Doutrina, nem a Jurisprudência, preclusão, porque se refere à incompetência do Juízo, de modo que o acórdão agravado tem, inato, imantado, um vício que não pode prosperar, na sua essência, nem das suas conseqüências diretas e indiretas." (fls. 51 e 52).

Acrescenta, ainda, que

"O r. despacho agravado de fls. 48, *data venia*, não examinou o elenco de acórdãos divergentes trazidos à colação, à luz da Súmula 291, do Egrégio Supremo Tribunal Federal e, também, deixou de ponderar, concretamente, sobre o **único** fulcro da controvérsia, que é a incompetência absoluta do MM. Dr. Juiz prolator da decisão agravada, incompetência essa contra a qual a regra do artigo 245 do Código de Processo Civil não influi, nem concorre, porque é de ordem pública e pode ser decretada, até, *ex officio*, como ninguém o nega." (fls. 54 e 55).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): No presente caso não há infringência dos dispositivos legais apontados, porquanto, na hipótese dos autos, não se cuida de incompetência absoluta, mas sim, de incompetência relativa. E, em se tratando de incompetência relativa, não se argüindo a nulidade na primeira oportunidade, tal matéria se acha coberta pela preclusão.

O aresto recorrido com grande acerto bem afastou a preliminar de incompetência, merecendo destaque as seguintes considerações:

"Analisando a preliminar, verifica-se que o processo pertencia a 3ª Vara Cível, que posteriormente perdeu a Competência do Cível e Comércio passando para a Vara Privativa de Menores. Sua titular ao tempo de transformação solicitou remoção para 16ª Vara Cível, cuja Competência é Assistência Judiciária, mas como já havia iniciado a instrução, estava vinculada ao feito, por este motivo o processo continuou a tramitar perante a juíza da 16ª Vara para qual foi distribuído. Com sua promoção, a vinculação da 16ª Vara acabou, passando novamente a 3ª Vara, que devido a sua Competência Privativa, a titular não poderia atuar no mesmo, então deveria o processo ser redistribuído a qualquer Vara Cível e Comércio, entre ela a 6ª Vara, mas isto não ocorreu, não sabemos se por engano ou qualquer motivo o processo foi encaminhado a 6ª Vara, cuja a titular realizou a continuação da audiência e julgou, não tendo a apelante argüido nada, somente o fazendo na apelação.

Tratando-se de incompetência relativa, uma vez que o juízo da 6ª Vara tem Competência Cível e Comércio, somente faltando uma redistribuição, a argüinte teria ingressar com a devida excessão — (*sic*) — na forma do artigo 307 do Código de Pro-

cesso Civil, não o fazendo essa alegação está preclusa, por este motivo não tomo conhecimento da preliminar, em vista da preclusão e do meio impróprio utilizado para alegação da incompetência." (fl. 21)

Por outro lado, o recurso não logra firmar-se sob o prisma do dissídio jurisprudencial, pois os arestos foram trazidos à colação tão-somente pelas respectivas ementas, além da matéria fática ser diversa do caso *sub judice*. Incidindo pois, a Súmula 291 do STF, e o art. 255, parágrafo único, do RISTJ.

Em face do exposto, nego provimento ao presente agravo.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AgRg no Ag nº 6.328 — PA — (90.0010579-0) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Fontes de Alencar. Agrtes.: Rosane Baglioli e outro. Agrdo.: R. Despacho de Fls. 48. Advs.: Drs. Hugo Mósca e outro e Edilea Rodrigues Valério dos Santos e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental. (4ª Turma — 27.11.90).

Os Srs. Ministros Barros Monteiro e Athos Carneiro votaram com o Relator. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Bueno de Souza e Sálvio de Figueiredo. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.

♦

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO
Nº 8.226 — PR
(Registro nº 91.753-6)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Cláudio Santos*

Agravante: *Comfloresta — Cia. Catarinense de Empreendimentos Florestais S/A*

Agravada: *R. Decisão de Fls. 1.765*

Partes: *Comfloresta — Cia. Catarinense de Empreendimentos Florestais S/A e Valdir Bueno de Faria e outros*

Advogados: *Antonio Daniel de Carvalho Neto e outros, Alir Ratacheski e outros*

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. NÃO PROVIMENTO.

Julgamento *ultra petita* em ação possessória porque a área reclamada na inicial constante dos títulos de propriedade invocados é inferior à declarada na sentença.

Vício processual não configurado na espécie.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, retomando o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 14 de maio de 1991 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente. Ministro CLÁUDIO SANTOS, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Srs. Ministros, como todos receberam o bem elaborado memorial da agravante, em mãos, peço vênia para, à guisa de relatório, ler a decisão que proferi e tópicos fundamentais do agravo regimental em mesa.

> "Do longo arrazoado, observa-se que o inconformismo manifestado no agravo de instrumento representa reprodução, quase que literal, das razões que foram deduzidas no recurso especial interposto contra o acórdão recorrido, assim ementado (fls. 1.663):
>
> "POSSESSÓRIA — MANUTENÇÃO DE POSSE — PETIÇÃO INICIAL — PROVA.
>
> "A posse considerada em si mesma funda-se em mero fato e se apresenta como um estado de fato", de tal sorte que sua prova independe de documentos comprovadores de

sua aquisição. O autor tem que comprovar sua posse e não que tem o direito a ela. O laudo pericial que se conforma com o restante da prova e vem sustentado por substanciosa prova levantada na inspeção do imóvel objeto do litígio, tem total condição de sustentar a convicção do legislador. A petição inicial da possessória deve individualizar o imóvel, todavia, essa descrição pormenorizada pode ser feita no decorrer da instrução probatória, sem que haja inépcia exordial, porquanto, sendo matéria de fato, pode ser comprovada na fase processual adequada".

No agravo de instrumento, sustenta a recorrente que o acórdão recorrido está embasado em conclusões infundadas do laudo oficial que não considerou (...) os demais elementos de convicção constantes dos autos, partindo de premissas falsas que levaram a admitir a possibilidade de os agravados terem a posse legítima inclusive sobre as áreas de mata virgem e arrendadas a terceiros, não obstante, na inicial, só tenham se referido a terras agricultu ráveis, de pastagem e todas cercadas". Conclui-se, portanto, que a pretensão recursal envolveu reexame dos fatos e provas ensejando, assim, a aplicação da Súmula nº 7.

Quanto as demais questões suscitadas no recurso especial, em face do acerto da fundamentação da decisão agravada, nego seguimento ao agravo de instrumento" (Pág. 1.765).

No agravo regimental, argumenta a recorrente:

"A simples enunciação da questão já demonstra, de forma clara, insofismável, induvidável e indiscutível, ter sido a mesma proferida fora de foco, errada e maliciosamente, tratando-se de verdadeira decisão *ultra petita*, proveniente, além do mais, como se não bastasse, de má valoração da prova". (Fl. 1.769).

Adiante:

"A ÁREA RECLAMADA NA INICIAL.

13. Permita-se aqui à agravante interromper o breve relato dos fatos para analisar detalhadamente a área reclamada pelo autor, em sua petição inicial.

14. Lê-se, do item 1 da petição inicial de fls. 2:

"O autor é senhor e legítimo possuidor duma área de terreno rural, na qual exerce posse mansa e pacífica há longos anos, inclusive foi inventariada por morte de sua primei-

ra esposa, cuja Partilha foi **Transcrita sob o nº 1.457 e 1.458, Livro 3-A, do 2º Ofício desta Comarca** (*sic*)."

15. Atente-se para o fato que a transcrição 1.457, do livro 3º, do 2º Ofício, refere-se a um imóvel com

"13,00 alqueires, 11 litros e 278 metros quadrados".

16. Por outro lado, a transcrição 1.458 do mesmo livro, refere-se a uma área de

"15 alqueires, 35 litros e 31 metros quadrados".

17. Verifica-se assim que a soma das duas áreas reclamadas pelo autor é inferior a trinta alqueires." (Fls. 1.771/1.772).

A "esdrúxula sentença" é outro tópico do agravo regimental. Nele encontra-se o seguinte:

21. "Apesar de tudo, levados todos esses aspectos em consideração, inacreditavelmente, o juiz singular houve por bem, ou por mal, julgar "finalmente" (?) procedente a ação, para manter o agravado na posse de 300 alqueires (!)

JULGAMENTO *ULTRA PETITA*.

22. O simples e claro relato dos fatos é suficiente para concluir que a infeliz decisão singular — tristemente confirmada na instância superior — é a típica e exemplar decisão *ultra petita* a que se referem os legisladores, os doutrinadores e a jurisprudência, nos quintos cantos do mundo, há mais de dois mil anos" (fl. 1.773).

Traz, em seguida, a recorrente, o registro do julgamento de alguns recursos extraordinários, sem a indicação dos repertórios que os publicaram, e referências doutrinárias, para comprovação do dissídio, bem assim reafirma a violação, de acordo com o que consta na petição de recurso especial, dos arts. 295, I; 128; 460; 286, I; 927 do Código de Processo Civil. Pede, finalmente, que seja dado provimento ao regimental, para que o recurso especial venha subir e seja apreciado por esta Turma.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Sr. Presidente, o pedido da ação possessória, na inicial, já foi lido, porque transcrito na petição de agravo regimental. Ocorre que, para que possamos examinar

a extensão dessa alegação de julgamento *ultra petita*, é importante conhecermos os termos da contestação.

A sentença explicita:

> "Aduz, também, a requerida, que respeita a área de três alqueires, onze litros e duzentos e setenta e oito metros quadrados do autor e que, na verdade, tem uma reserva de 1.076.560.52m², que supostamente pertencem aos autores, desde que venham comprovar o seu domínio e a posse mansa, pacífica e inconteste".

Na contestação, que tive o cuidado de ler e examinar, a COMFLORA repele afirmação das testemunhas. Na réplica, os autores afirmam que têm a posse sobre trezentos alqueires e pedem, logicamente, o prosseguimento do feito. A ação, de início, foi julgada antecipadamente, para declarar-se a ação improcedente. O Tribunal, entretanto, reformou decisão e mandou que fosse instaurada a fase probatória, devolvendo, assim, a controvérsia à instância inaugural.

Feita a prova, a ação, desta vez, foi julgada procedente nos seguintes termos: para assegurar a posse dos promoventes sobre 300 alqueires. É o que está claramente dito na sentença:

> "O perito judicial não deixa dúvidas ao afirmar conclusivamente que houve invasão pela requerida, de terrenos possuídos pelos autores nas localidades de "Rio Fojo", "Saltinho" e "Palmital", no município de Tijucas (fls. 652). Disse claramente o Senhor perito que o imóvel **possuído** pelos autores se constitui duma área de 300 alqueires, mais ou menos, situada no lugar denominado "Rio do Fojo", "Saltinho" e "Palmital", no município de Tijucas do Sul (fls. 642)" (fl. 1.542).
>
> Adiante, conclui o julgador:
>
> "Conforme o laudo oferecido pelo perito judicial (fls. 635 a 1.277), a manutenção de posse deve ser deferida para que os autores sejam manutenidos nas áreas de posse I, II, III, IV e V (Volume 3 e 4 dos autos); e, na conformidade do disposto pelo quesito nº 4 do laudo, folhas 646" (fl. 1.543)

Essa sentença foi confirmada pelo Tribunal de Alçada do Estado do Paraná daí o recurso especial.

Com relação às alegadas afrontas à lei, S. Exa. o Presidente do Tribunal de Alçada, a cujo despacho me reportei na decisão agravada, disse:

> "Não se constata a alegada afronta ao **art. 295**, inciso I, do CPC, senão o acerto do V. acórdão recorrido, que ao examinar

esta questão esclareceu, a fls. 1.835-1.836, ter sido a peça exordial complementada no decorrer da ação." (fl. 1.736).

A complementação a que se reporta é exatamente aquela constante da réplica, onde os autores disseram ter a posse de 300 alqueires, após a contestação, em que a ré admitiu que os autores teriam algo além dos 30 alqueires, mas que não teriam os 300 alqueires declarados pelas testemunhas na justificação.

"Isto é, se a princípio faltava-lhe a descrição pormenorizada da área sobre a qual se discutia a posse, "após a contestação, dita área veio a ser exaustivamente descrita e, agora, nenhuma dúvida poderá assaltar quanto a sua localização e especificação, ...". Diante do fato de que os esclarecimentos necessários foram trazidos aos autos, não se pode falar de inépcia da inicial, muito menos ter sido o citado dispositivo processual contrariado.

Também não houve ofensa aos **arts. 128 e 460**, do CPC, como quer a recorrente, insistindo no fato de que a r. decisão monocrática, confirmada pelo v. acórdão impugnado, decidiu *"extra petita"*. O raciocínio aqui alinhado tem estreita relação com aquele outro, aqui já rechaçado, sobre a inépcia da inicial. Como, inicialmente, não puderam os autores-recorridos delimitar com precisão a área sobre a qual disputaram a posse, o que foi feito *a posteriori*, entendeu a ré-recorrente que foi concedido, aos ora recorridos, posse sobre área muito maior daquela pleiteada na exordial. A princípio cumpre esclarecer que se tivesse a recorrente razão, e não tem, a decisão **impugnada seria *ultra petita*,** pois teria sido dados aos recorridos mais do que pediram, advindo daí conseqüências **bem diferentes do caso quando a decisão é *extra petita***. Bem andou o v. acórdão recorrido, e com total propriedade esclareceu que o pedido dos autores-recorridos **se baseou na posse** e não no domínio, para logo em seguida concluir que "a exordial no requerimento final se refere a manutenção na posse sobre o imóvel de sua posse e domínio, denominado Rio do Fojo e Palmital, situado nesta Comarca" (*sic*, fls. 3), que em nada se ajusta à pequena área descrita por aquelas transcrições imobiliárias". (*sic*, fls. 1.837). E, ao assim decidir, apoiou-se no previsto pelo art. 286, I, do CPC, por entender que a delimitação da área em questão dependia de prova a ser produzida, o que autoriza o pedido genérico (Súmula 400 do STF).

Mais uma vez sem razão a recorrente no que diz respeito à alegada afronta ao art. 927, do CPC. A bem da verdade,

provaram os recorridos a sua posse e os demais requisitos previstos nos incisos do artigo citado, mediante prova documental, pericial e testemunhal, apreciada em primeira e segunda instâncias. Ademais, frente à Súmula 279 do STF, não pode, agora, o recorrente pretender vê-las reexaminadas barrando-se, aqui, o cabimento do recurso sob este ângulo de análise.

No que diz respeito ao cabimento deste recurso pela alínea *c*, do permissivo constitucional, melhor sorte não traz à recorrente, pois, em que pese a imprestabilidade dos julgados trazidos à colação a título de paradigma, sobre o que tratar-se-á mais adiante, não foi, em nenhum momento, feito o necessário confronto analítico entre os seus enunciados e os termos da decisão impugnada, para que se pudesse constatar as semelhanças entre os casos e, por óbvio, a dissidência jurisprudencial. Assim, diante do parágrafo único, do art. 255, do RISTJ, é de inadmitir-se o presente recurso, também sob este prisma." (fls. 1.737/1.738).

A decisão que examinou a prévia admissão do recurso especial é longa, por isso, na minha decisão, apenas salientei que não se podia reexaminar a prova e, quanto à questão da decisão *ultra petita*, reporteime à bem lançada decisão do Dr. Luís Gastão Franco de Carvalho, Presidente, então, do Tribunal de Alçada do Paraná.

Srs. Ministros, diante da exposição feita, com referência às transcrições relativas ao imóvel com uma área de 30 alqueires, aproximadamente, pode parecer absurdo que, na sentença final, se tenha reconhecido a posse sobre uma área de 300 alqueires. A verdade é que, na inicial, os autores não fizeram referência direta à área sobre a qual eles tinham a posse. E isso, aliás, parece-me de difícil delimitação, porque, tratando-se de uma ação possessória, a ilicitude contra a qual a parte investe, seja a nível de esbulho ou de mera turbação, é indefinida. Quando a parte postula uma reintegração de posse, a situação fática é de difícil determinação para fins de se postular um pedido certo. Nesses casos, o que é importante para definir o pedido é o *an* e não o *quantum*.

Confesso que, apesar do inusitado da questão e até do aparente absurdo, e de meu empenho em procurar deslindar o caso, de modo a não cometer nenhuma ofensa ao direito das partes e, inclusive, nenhuma injustiça, não encontro elementos para vislumbrar um julgamento *ultra petita*, porque o pedido é relativo a um estado (posse), contra o qual houve uma investida ilegal da parte adversa; e esta ação não poderia ser, de forma alguma, plenamente determinada, exatificada, na inicial, tocante ao pedido.

Por último, restou provado que os autores tinham a posse de 300 alqueires, não só apenas as testemunhas dizem isso. Há uma perícia nos autos que, salvo engano, chega a preencher dois volumes dos autos. Nessa perícia foi constatado que, numa área de 300 alqueires, os autores exerciam, de alguma forma, a posse, seja através da exploração de alguma cultura, ou de outra atividade peculiar à região.

De modo que, diante do exposto, não vejo onde está o julgamento *ultra petita*, e, por isso, meu voto é no sentido de negar provimento ao agravo regimental, para confirmar a decisão proferida.

VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Pedi vista para pensar um pouco mais na alegação de que, na ação de manutenção de posse, em grau de agravo regimental neste Tribunal, teria ocorrido, na origem, julgamento *ultra petita*, conforme essa informação contida no memorial que recebemos:

> "2. Por intermédio dessa ação o autor pretende lhe seja deferida posse sobre uma área por ele descrita na inicial como estando transcrita sob os nºs 1.457 e 1.458, do Livro 3-A, do 2º Ofício da Comarca de São José dos Pinhais, Estado do Paraná.
>
> 3. A metragem total das duas áreas indicadas na inicial corresponde a menos de 30 (trinta) alqueires, segundo revelam certidões do cartório do registro de imóvel juntadas às folhas 1.753 e 1.754 daqueles autos.
>
> 4. Não obstante, a decisão proferida pela 2ª Câmara Cível do Tribunal do Estado do Paraná, e que prevalece até este momento, concedeu ao autor posse sobre uma área cuja metragem é superior a 300 (trezentos) alqueires; portanto 10 (dez) vezes superior à área reclamada na inicial."

2. Feito o exame, não tenho por que divergir do Sr. Relator. Disse a S. Exa., em seu voto: "A verdade é que, na inicial, os autores não fizeram referência direta à área sobre a qual eles tinham a posse". É o que também a mim me pareceu, conferindo a inicial, quanto ao pedido nela formulado, *verbis*:

> "Requerem a V. Exa. se digne conceder-lhe mandado liminar de manutenção de posse sobre o imóvel de sua posse e domínio, denominado 'Rio do Fojo' e 'Palmital', situado nesta Comarca, ..."

3. Por isso, como disse, não tenho dúvida em acompanhar o voto já proferido, que passo a ler a partir de fl. 04.

4. Nego provimento ao agravo regimental.

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Sr. Presidente, meu pedido de vista prendeu-se ao fato de que me impressionaram afirmações contidas no acórdão, bem como nos votos que me antecederam. Assim, aquela a que deu grande importância o julgado recorrido, no sentido de que, tratando-se de possessória, a área sobre a qual versava o litígio não precisava ser individualizada. Admita-se que, em princípio, seja razoável certa imprecisão, relativamente aos lindes exatos da área esbulhada, mas não da área possuída. No caso a diferença entre o indicado e o constante da decisão foi muito grande. Também impressinou-me a afirmação de que se teve como suprida a falta, eventualmente existente na inicial, porque, após a contestação, complementou-se a indicação. Tenho como certo que isto não era mais possível. Não é dado modificar os termos da inicial, em parte que lhe é fundamental, após ofertada a contestação.

Por fim, a invocação feita, no julgado, do art. 286, I, do Código de Processo Civil, para justificar a apontada falha da inicial. Diz esse dispositivo com pedido genérico, tratando-se de ações universais, hipótese que não corresponde à dos autos.

A princípio afigurou-se-me que poderia ser caso de inépcia da inicial por falta de individualização da área. Ou estaria devidamente descrita naquela peça, e a decisão teria sido *ultra petita*. Da leitura dos termos do acórdão, entretanto, verifiquei que não era possível acolher qualquer das alegações. Com relação à possível inépcia, o acórdão deixou especificado, entre outras razões, que teria havido preclusão:

> "A questão já está pacificada nos autos, a esta altura do processo, podendo-se afirmar que, apesar da insistência da apelante, se encontra preclusa."

Em relação a esse fundamento, o recurso especial nada argüiu que pudesse invalidá-lo. É tema, pois, que não se pode aqui examinar. No que diz respeito à decisão além do pedido, vários fundamentos foram dados pelo acórdão para recusar a existência do vício. Um deles diz com a interpretação do pedido:

> "2) a exordial no requerimento final se refere a manutenção na posse sobre "o imóvel de sua posse e domínio, denomi-

nado Rio do Fojo e Palmital, situado nesta Comarca" (*sic,* fls. 3), que em nada se ajusta a pequena área descrita por aquelas transcrições imobiliárias."

Essas transcrições imobiliárias são exatamente aquelas a que o recorrente procura vincular o pedido. O acórdão, interpretando o pedido, considerou-o abrangente de área outra que não aquela relativa às transcrições.

Não se pode dizer que haja contrariado a lei por haver interpretado a inicial de um determinado modo.

Os dois fundamentos que me pareceriam relevantes são afastados, na via estreita do especial, em vista dos termos do acórdão.

Nego provimento ao agravo.

EXTRATO DA MINUTA

AgRg no Ag nº 8.226 — PR — (91.753-6) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Cláudio Santos. Agrte.: Comfloresta — Cia. Catarinense de Empreendimentos Florestais S/A. Agrda.: R. Decisão de Fls. 1.765. Partes: Comfloresta — Cia. Catarinense de Empreendimentos Florestais S/A e Valdir Bueno de Faria e outros. Advs.: Antonio Daniel de Carvalho Neto e outros, Alir Ratacheski e outros.

Decisão: Retomando o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental (em 14.05.91 — 3ª Turma).

Os Srs. Ministros Dias Trindade, Waldemar Zveiter, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.

♦

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO
Nº 9.206 — RS
(Registro nº 91.3536-0)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Cláudio Santos*
Agravante: *Ivonete Lopes dos Reis — Sucessão*
Agravada: *A R. Decisão de Fls. 478/480*

Advogados: *Ruy Carlos de Barros Monteiro e outros e Itamar Santo Freitas e outro*

Partes: *Ivonete Lopes dos Reis — Sucessão, e Glacyr Domingos Venzon*

EMENTA: AGRAVO. SOCIEDADE DE FATO. PATRIMÔNIO COMUM. DISSÍDIO. AUSÊNCIA. NÃO PROVIMENTO.

Sociedade de fato entre concubinos e formação do patrimônio resultante do esforço comum reconhecidas com apoio nas provas dos autos. Inadmissibilidade de reexame das provas e dos fatos através do recurso extremo.

Inexistência de dissídio com a Súmula 380 do STF.

Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao gravo regimental, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 21 de junho de 1991 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente. Ministro CLÁUDIO SANTOS, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Sr. Presidente, referem-se os autos à ação de dissolução de sociedade de fato proposta pelo ora agravado contra o espólio da recorrente, com o objetivo de obter a meação dos bens deixados por falecimento da concubina, sob a alegação de que foram adquiridos com recursos financeiros dele.

Nas instâncias ordinárias, ficou reconhecida a sociedade de fato e do acórdão do Eg. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foi interposto recurso especial, não admitido a teor da seguinte decisão da Presidência daquela Corte:

"Em atenção ao despacho exarado pelo Min. Sydney Sanches (fl. 560), veio a recorrente aos autos desdobrando seu recurso, antes apresentado, em extraordinário e especial (fls. 595/589 e 600/612).

Observo, inicialmente, que o cabimento do recurso extraordinário já foi examinado, decisão que comportou agravo de instrumento, ora em tramitação no Pretório Excelso. Não cabe mais a este Juízo apreciar a matéria, mesmo porque esse não é o sentido da decisão comunicada à fl. 590, onde, oportunizando-se o desdobramento, se pede informações apenas sobre a eventual admissão do recurso especial. É esse, pois, o único recurso que deve agora ter sua admissibilidade apreciada.

Em recurso especial, com fundamento no art. 105, III, letras *a* e *c*, da Constituição Federal, tem o recorrente por ofendidos os arts. 333, I, do CPC, e 104 do Código Civil. Alegam, ainda, dissídio jurisprudencial com a Súmula do STF, verbete 380, e outras decisões da Suprema Corte, que traz para cotejo.

Os recursos foram impugnados (fls. 615/636 e 637/639).

Emitiu parecer o Procurador-Geral de Justiça, opinando pela inadmissão dos recursos (fls. 641/644).

Não merece prosperar o recurso especial no que diz com a letra *a* do permissivo constitucional.

Quanto ao art. 333, I, do CPC, não se vislumbra qualquer contrariedade, posto que se teve como devidamente comprovado nos autos o concubinato existente entre Ivonete e Glacir.

De outra parte, não logrou a Sucessão comprovar que teria Ivonete possibilidade de adquirir bens com recursos próprios. Pelo contrário, o que ficou amplamente estabelecido foi que: "Avaliadas as provas no sentido de perquirição da possibilidade da existência de meios suficientes para Ivonete construir apreciável patrimônio, chega-se à verdade inobscurecível de que ela não os tinha, e nunca os teria sem que alguém lhes fornecesse" (fls. 484).

No que respeita ao art. 104 do CC, também aqui inexiste, por parte da decisão, ofensa ao dispositivo, eis que, conforme dispôs o acórdão recorrido, em sede de embargos declaratórios, "... detivemo-nos no conjunto probatório em favor da relação obrigacional entre os concubinos para extrair a conclusão de que eles negociaram em harmonia pelo mútuo respeito e consideração existentes em sociedade de fato por eles gerida, usando

os meios ao seu alcance para atingir o objetivo de lucro da *affectio societatis*. (fl. 499).

Melhor sorte não socorre a postulante, no que refere à letra *c* do permissivo constitucional, eis que as decisões trazidas para confronto tratam de hipóteses distintas da dos autos. Imprestáveis, desta forma, para o pretendido cotejo.

Também no que se refere à Súmula do STF, verbete 380, inexiste a divergência. A Câmara Julgadora, examinando a prova carreada para os autos, entendeu comprovada a existência da sociedade de fato. Ante tal afirmação, o estudo da matéria implicaria em reexame de prova, o que é vedado nesta via recursal, a teor da Súmula do STF, verbete 279.

Isto posto, nego seguimento a esse recurso especial." (fls. 428/430).

Veio o recurso de agravo de instrumento. O Ministério Público, através de parecer firmado pelo Eminente Subprocurador, Dr. Nelson Parucker, é contundente no sentido de não se poder conhecer do recurso, porque se estaria reexaminando prova, apesar da parte reiterar tratar-se de valoração de prova.

Confirmei a decisão agravada através do seguinte provimento:

"Referem-se os autos a ação de dissolução de sociedade de fato proposta pelo ora agravo contra o espólio da recorrente, com o objetivo de obter a meação dos bens deixados por falecimento da concubina, sob a alegação de que foram adquiridos com recursos financeiros do outro.

Nas instâncias ordinárias ficou reconhecida a sociedade de fato e a decisão agravada contém a seguinte motivação referente às questões infraconstitucionais remanescentes do desdobramento do recurso extraordinário interposto para o Supremo Tribunal Federal, com argüição de relevância (fls. 429/430):

Não merece prosperar o recurso especial no que diz com a letra *a* do permissivo constitucional.

Quanto ao art. 333, I, do CPC, não se vislumbra qualquer contrariedade, posto que se teve como devidamente comprovado nos autos o concubinato existente entre Ivonete e Glacir.

De outra parte, não logrou a Sucessão comprovar que teria Ivonete possibilidade de adquirir bens com recursos próprios. Pelo contrário, o que ficou amplamente estabelecido foi que: "Avaliadas as provas no sentido de perquirição da possibilidade

da existência de meios suficientes para Ivonete construir apreciável patrimônio, chega-se à verdade inobscurecível de que ela não os tinha, e nunca os teria sem que alguém lhes fornecesse" (fl. 484).

No que respeita ao art. 104 do CC, também aqui inexiste, por parte da decisão ofensa ao dispositivo, eis que, conforme dispôs o acórdão recorrido, em sede de embargos declaratórios, "... **detivemo-nos no conjunto probatório em favor da relação obrigacional entre os concubinos para extrair a conclusão de que eles negociaram em harmonia pelo mútuo respeito e consideração existentes em sociedade de fato por eles gerida, usando os meios ao seu alcance para atingir o objetivo de lucro da *affectio societatis***" (fl. 499).

Melhor sorte não socorre à postulante, no que refere à letra *c* do permissivo constitucional, eis que as decisões trazidas para confronto tratam de hipóteses distintas da dos autos. Imprestáveis, desta forma, para o pretendido cotejo.

Também no que refere à Súmula do STF, verbete 380, inexiste a divergência. A Câmara Julgadora, examinando a prova carreada para os autos, entendeu comprovada a existência da sociedade de fato. Ante tal afirmação, o estudo da matéria implicaria em reexame de prova, o que é vedado nesta via recursal, a teor da Súmula do STF, verbete 279".

Através do parecer de fls. 470/473, o Ministério Público Federal opina pelo improvimento do agravo de instrumento, destacando-se com relação à pretensão recursal, a seguinte conclusão (fls. 472/473):

"Ora, o exame de tal questão, no particular do recurso especial, demandaria, inexoravelmente, *permissa venia*, revolver a matéria probatória, inviável, no caso, a teor do constante da Súmula 297 — STF e entendimento reproduzido na Súmula 7 — STJ.

Foi igualmente afirmado no agravo desrespeito do Ven. Aresto atacado e não acolhido no r. despacho recorrido, ao preceito inscrito no art. 333, inciso I, do CPC. Todavia, tal sustentáculo, *concessa venia*, inexistia no recurso extraordinário, apresentado inicialmente (fls. 346/358), de sorte que a sua introdução no especial, resultante do desdobramento, não se conforta com as regras que disciplinam dita insurgência, que não permitem

agitar-se matéria nova na inconformidade desdobrada e que antes não se continha na irresignação originária.

A seu turno, a suposta violação do Ven. Acórdão impugnado ao disposto no art. 104, da lei civil, não foi assim entendida pelo Ven. Julgado, que considerou inocorrida a pretensa simulação entre os amásios, pois a entrega de dinheiro pelo concubino à companheira, a fim de que esta administrasse os recursos pecuniários, seria providência muito comum em casais dessa espécie, questão que, muito a propósito, *data venia*, também envolveria reexame da prova produzida (Súmula 297 — STF e 7 — STJ).

Assim, embora o Agravante insista tratar-se de mera **valoração da prova**, pois a Ven. Decisão recorrida teria aceitado simples indícios e presunções para firmar o seu entendimento em prol da tese sustentada pelo Autor, em lugar da prova real, efetiva e documental, como lhe competia, o certo é que, *rogata venia*, isto importa, iniludivelmente, em **reexame de prova** produzida no processado, para afirmar-se que o caso não comportaria na previsão da Súmula 380 — STF, para que se pudesse concluir que o patrimônio da companheira não houvesse sido constituído com a contribuição do concubino, ou, segundo outra alternativa proposta pelo Espólio, mediante recursos por ele doados à amásia, o que significaria a transferência do respectivo domínio do dinheiro, descaracterizada, destarte, a comunhão nos bens com ele adquiridos.

Por mais, reiterou-se no agravo que o indigitado verbete sumular do Pretório Excelso exige a **demonstração** da existência da alegada sociedade de fato, o que não se teria confirmado, no caso, por não haver o concubino conseguido evidenciar a conjugação de esforços dos amásios na consecução do referido patrimônio tido como comum.

Outra vez de ser assinalado, com a devida vênia, que tal apreciação, sem dúvida, não escaparia da situação destacada nas aludidas súmulas, que impedem o reexame da prova, nos recursos extraordinário e especial.

Nestas condições, desmerece prosperar o agravo de que se trata".

No caso dos autos, não vejo como invalidar o reconhecimento da sociedade de fato, bem como as ilações do acórdão recorrido relacionadas com a formação do patrimônio emergen-

te do relacionamento mantido pelos concubinos, independente de nova e ampla aferição, nesta Corte, das circunstâncias fáticas e das provas, justificando-se, assim, aplicação da Súmula nº 7.

Inexistindo as sustentadas configurações de divergência jurisprudencial com o enunciado da Súmula nº 380 e com os julgados do Supremo Tribunal Federal indicados no recurso especial, de acordo com os fundamentos da decisão agravada e do parecer emitido pelo Ministério Público Federal, nego seguimento ao agravo de instrumento." (fls. 478/480)

Daí o presente agravo regimental muito bem escrito pelo Dr. Rui Barros Monteiro, onde faz várias considerações sobre o julgamento de 2º grau e recolhe alguns trechos de votos — as decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul não foram pacíficas, houve voto-vencido tanto no julgamento da apelação, como no julgamento dos embargos infringentes.

No final do agravo, aduz a parte interessada:

"De qualquer modo, para pautar o cabimento do presente recurso, respaldos consistentes podem ser tirados de julgamento recentíssimo — do REsp 3.715-RS, no qual a egrégia 3ª Turma, acompanhando o relator, Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves, admitiu, pela vez primeira, a possibilidade da verificação da "base fática" da decisão recorrida se negada a existência da sociedade de fato.

No precedente submetido ao reexame da Corte (cujo acórdão ainda pende de publicação), S. Exa. passou a verificar a relação causal, a partir da posição que o Exmo. Sr. Ministro CÉLIO BORJA assumiu nos ERE 109.091.

"Tanto a Súmula 380, como o precedente efetivamente transcrito nas razões, e na interposição do recurso, antes aludidas, são expressos quanto à indispensabilidade da existência de uma relação causal entre o patrimônio, ou seu acréscimo, e o esforço comum."

É o que objetiva o recurso interposto pela sucessão de IVONETE LOPES DOS REIS, em ação da mesma natureza, da mesma espécie, onde, igualmente, se acha negada a existência da sociedade de fato." (fls. 486/487)

Com este agravo, pede a reconsideração ou a reforma da decisão agravada para a subida do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Sr. Presidente, quero, inicialmente, chamar atenção para o trecho do agravo destacado, onde S. Exa., o ilustre advogado da agravante, dá a entender que as situações seriam idênticas, entre este caso e o precedente invocado. Não me parece, entretanto, que ocorra tal identidade. Neste, a existência da sociedade de fato foi reconhecida à luz das provas. O voto vencedor, no julgamento da apelação, do Eminente Desembargador Galeno Lacerda, é muito claro:

> "Ao contrário do que pareceu ao eminente Relator, tenho como comprovado que Ivonete não possuía bens nem rendimentos suficientes que justificassem a aquisição, por ela, do vultoso patrimônio que figura em seu nome. Com efeito, quando se desquitou do marido, em 1955, não passava de modesta comerciária, e o casal não possuía bens a inventariar. Se dispensou alimentos, é porque o salário lhe bastava e o marido, motorista, certamente não teria possibilidade de pagá-los (fls. 14 e 15). Quando passou a conviver com o autor em 57, era promitente-compradora de um pequeno lote, no bairro Sarandi, com 10 metros de frente por 30 de fundos, lote do qual não se desfez, como se vê da declaração de bens no inventário, feita pelo réu (fls. 19). Daí, portanto, não poderia tirar dinheiro para compra do vastíssimo patrimônio."

A respeito do companheiro, diz o notável jurista gaúcho:

> "Neste particular, está provado nos autos que exercia ele a profissão de corretor de valores mobiliários, em época em que, como é notório, o mercado de títulos no País, com a fundação de inúmeras corretoras, teve excepcional incremento. A prova testemunhal convence de que o apelado, efetivamente, ganhava muito na profissão. Assim sendo, não há como duvidar de sua afirmação de que entregava os ganhos à mulher, para que os investisse em bens em nome dela." (fl. 217).

Termina dizendo:

> "Não tenho a menor dúvida de que essa sociedade existiu. Foram nada menos do que 22 anos de vida em comum, inclusive com filho próprio, ou criado, pouco importa. As rendas auferidas pelo companheiro eram entregues à companheira, que as administrava de comum acordo, forjando significativo patrimônio, o qual, embora colocado em nome dela, não se teria efetivado sem o concurso fundamental dele." (fl. 219)

O voto do Eminente Desembargador Galeno Lacerda foi acompanhado na Turma, pelo Desembargador Luiz Melíbio Machado e, posteriormente, em grau de embargos infringentes. O acórdão veio a ser confirmado em decorrência do exame dos fatos e da análise das provas; provas que, ao contrário do que afirma seu agravo e no memorial distribuído, decorreram de testemunhos, de documentos e de outras circunstâncias, não de meros indícios como dá a entender no agravo.

O voto proferido pelo Desembargador João Aimoré Barros Costa — Relator dos embargos, na verdade, fala em indícios, como se constata:

> "Avaliadas as provas no sentido de perquirição da possibilidade da existência de meios suficientes para Ivonete construir apreciável patrimônio, chega-se à verdade inobscurecível de que ela não os tinha, e nunca os teria sem que alguém lhos fornecesse. A falecida Sra. Ivonete gozava de boa reputação e conduta moral inatacada. Necessariamente os bens no seu nome deveriam ter uma origem. Incumbia ao embargante provar os fatos extintivos da relação jurídica deduzida pelo embargado. Não achamos esta prova; em contrapartida, entendemos, com os doutos votos vencedores, *data venia* do eminente prolator do especioso voto vencido, existir indícios suficientes do fato constitutivo da sociedade de fato." (332).

Mas os votos manifestados no julgamento da apelação e dos embargos são firmes no sentido de evidenciar que as provas dos autos são claras e suficientes para que se chegasse à conclusão da existência da sociedade de fato — mais de vinte e dois anos — e de que a formação do patrimônio tinha resultado muito mais do esforço do companheiro, quase que exclusivamente, que do esforço comum. Portanto, a situação fática diverge do precedente citado.

Tenho em mãos o voto do Sr. Ministro Nilson Naves dado no Recurso Especial nº 3.715-RS.

Lembro que S. Exa. realmente admitiu que, quando a instância ordinária nega a existência da sociedade de fato, é preciso investigar-se a relação causal entre a constituição do patrimônio e o esforço para sua formação. A conclusão do Eminente Ministro Nilson Naves, naquele caso, é idêntica à dada a esse, só que inversa a situação. Com efeito, S. Exa. disse: "Ante o exposto, vejo verificada, na espécie, a sociedade de fato qual a verificou as instâncias ordinárias. Ir além do que fui, estaria, agora e aí, sim, entrando no simples reexame das provas". S. Exa. julgou inviável e incabível o Recurso Especial nº 3.715-RS.

Diante do exposto, não vejo como dar provimento ao presente agravo. Nego-lhe, pois, provimento, confirmando a decisão recorrida.

É como voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Fui trazido à colação, em decorrência do voto que proferi no REsp nº 3.715, atinente à sociedade de fato. Realmente, é indispensável, a meu ver, a relação de causalidade entre o patrimônio, ou o seu acréscimo, e o esforço comum. Entretanto, no caso em exame, lendo os memoriais, a decisão agravada, e ouvindo agora o Sr. Relator, ficou-me, de tudo, a impressão de se cuidar de sociedade comprovada. Corri os olhos no acórdão dos embargos infringentes, e não encontrei motivo para dissentir do Sr. Relator. Acompanho, portanto.

VOTO

O SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Sr. Presidente, também estou de acordo com o Sr. Ministro-Relator. O agravante tece considerações sobre prova indiciária como se esta valesse nada, quando sabemos que, na verdade, é a suma de todas as provas. O que é indício? O fato provado, do qual se retira uma conclusão. Se o fato está provado no sentido de que só quem constituiu o patrimônio foi o companheiro e que ela não tinha recursos para tal, tira-se a conclusão lógica de que as aquisições decorriam do patrimônio que ele constituiu.

EXTRATO DA MINUTA

AgRg no Ag nº 9.206 — RS — (91.3536-0) — Relator: Ministro Cláudio Santos. Agravante: Ivonete Lopes dos Reis — Sucessão. Agravada: A R. Decisão de Fls. 478/480. Advogado: Ruy Carlos de Barros Monteiro e outros e Itamar Santo Freitas e outro.

Decisão: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental." (21.06.91 — 3ª Turma)

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Dias Trindade.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Waldemar Zveiter.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO

Nº 11.580 — MG

(Registro nº 91.0008916-8)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro José de Jesus Filho*

Agravante: *Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais*

Agravada: *Laborterápica Bristol — Química e Farmacêutica Ltda.*

Advogados: *Drs. Ronald Magalhães de Sousa e outro, José Luiz de Gouveia Rios e outros*

EMENTA: I.C.M. FILIAL DE FIRMA PRODUTORA.

O Estado onde tem domicílio o comprador não pode cobrar o I.C.M. da filial do vendedor quando a venda é feita pela matriz.

Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 28 de agosto de 1991 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente. Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Trata-se de agravo manifestado pela FAZENDA DO ESTADO DE MINAS GERAIS contra decisão prolatada por mim nestes termos:

"Trata-se de agravo de instrumento manifestado pela FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS contra

decisão que inadmitiu recurso especial, no qual se discute se é devido o ICM na operação de compra e venda por correspondência epistolar ou telegráfica.

Afirma a agravante que a decisão impugnada negou vigência aos artigos 1º, inciso I, e seu § 1º, artigo 3º, e seu § 1º e § 2º, do artigo 6º, todos do Decreto-lei 406/68; artigo 1.087, do Código Civil, 9º da LICC, e artigo 195, do Código Comercial.

Improcede o inconformismo da agravante para a cobrança do ICM, na forma em que foi colocada a questão. Esclarecedora é esta passagem do voto do Des. Hugo Bengtson: "A séria perícia levada a efeito esclarece que a autora mantém, em Belo Horizonte, apenas um Escritório de Propaganda e que a única atividade exercida pelo escritório é a divulgação ou propaganda. Não mantém, aqui, estoques. Além do mais, as Notas Fiscais, bem como documentos de natureza fiscal, conhecimentos de transporte e duplicatas, são efetuadas diretamente da empresa matriz em São Paulo aos distribuidores situados em Minas Gerais" (fl. 76).

Na verdade a pretensão da agravante esbarra no enunciado da Súmula 07 desta Corte.

Correta, pois, a decisão que inadmitiu o recurso especial, em razão de inexistir negativa de vigência dos dispositivos legais invocados no recurso, a toda evidência.

Pelo exposto, nego seguimento ao agravo, com base no artigo 38 da Lei nº 8.038/90 c/c o artigo 34, parágrafo único, do RISTJ."

É este o relatório que submeto aos meus ilustres colegas.

VOTO PRELIMINAR (VENCIDO)

EMENTA: I.C.M. FILIAL DE FIRMA PRODUTORA.

O Estado onde tem domicílio o comprador, não pode cobrar o I.C.M. da filial do vendedor quando a venda é feita pela matriz.

Agravo desprovido.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): A decisão agravada veio a ser publicada no DJ de 17.06.91, conforme certificado às

fls. 143 dos autos. O agravo veio a ser interposto no dia 25 do mesmo mês, quando já ultrapassado o qüinqüídio legal, sendo, portanto, intempestivo o recurso da Fazenda nos precisos termos do art. 39 da Lei nº 8.038 c/c o art. 258 do RISTJ. Este é o entendimento firmado no AgRg 6.018-RS — Rel. Ministro Pedro Acioli. O acórdão veio espelhado nesta ementa:

> "AGRAVO REGIMENTAL. PRAZO. LEI Nº 8.038/90, ART. 28, § 5º, E ART. 39 RISTJ, ART. 258.
>
> I — O prazo para o agravo regimental no STJ é de cinco dias. É prazo assinado por lei especial que o denomina de simplesmente "agravo", não sendo aplicada regra geral do CPC que confere prazo em dobro para a Fazenda Pública — Lei nº 8.038/90, art. 28, § 5º, e art. 39, c/c art. 258, do RISTJ.
>
> II — A própria Lei nº 8.038/90, art. 42, renumera os recursos possíveis no CPC, dando nova redação ao art. 496, donde ela mesma exclui o regimental do rol dos recursos.
>
> III — Agravo não conhecido."

Penso que esse entendimento bem retratado na ementa do acórdão se harmoniza com o princípio da igualdade processual consagrado no art. 5º da Constituição Federal que estabelece: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de **qualquer natureza**... o grifo é meu. Observo que essa diferenciação não existia no art. 153, § 1º, da Constituição revogada, daí me parecer acertada a decisão da Colenda 1ª Turma desta Corte. Com essas breves considerações, adoto, como razão de decidir, o entendimento daquela Turma.

Pelo exposto, não conheço do agravo por ter sido manifestado a destempo.

EXTRATO DA MINUTA

AgRg no Ag nº 11.580 — MG — (91.0008916-8) — Relator: Exmo. Sr. Ministro José de Jesus. Agrte.: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais. Agrdo.: Laborterápica Bristol — Química e Farmacêutica Ltda. Advs.: Ronald Magalhães de Sousa e outro e José Luiz de Gouveia Rios e outros.

Decisão: "Após o voto do Sr. Ministro-Relator (José de Jesus) não conhecendo do agravo regimental, no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro Hélio Mosimann, pediu vista o Sr. Ministro Peçanha Martins.

Aguardam os Srs. Ministros Américo Luz e Pádua Ribeiro. (Segunda Turma — 14.8.91).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.

VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Senhor Presidente: *Data maxima venia* do Eminente Relator e da Egrégia 1ª Turma, divirjo do voto e do precedente. É que interpreto a regra da igualdade consoante a lição de Rui Barbosa:

> "A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade material, é que se acha a verdadeira lei da igualdade."
>
> "Tratar com desigualdade a iguais ou desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real". (Elogios Acadêmicos e Orações de Paraninfo, Ed. da "Revista de Língua Portuguesa", 1924, página 359, *apud* "Dicionário de Conceitos e Pensamentos de Rui Barbosa", Ed. Edart., 1967, pág. 187).

Não posso igualar a defesa do interesse coletivo público ao privado. Do mesmo modo que defendo a submissão do Estado à lei, para só lhe permitir fazer o legalmente permitido, defendo a prevalência do interesse coletivo e não ignoro os percalços que envolvem a sua defesa e que justificaram, sempre, sob todas as Constituições, o deferimento de prazos mais alongados aos seus defensores. É que o Robson Crusoé é uma ficção literária. E no interesse coletivo se confunde o individual. Demais disso, a própria máquina burocrática, insuficiente e desatendida nos seus reclamos, até para que se não agrave a arrecadação de meios junto aos cidadãos, precisa ser processualmente amparada, como sempre foi no direito processual brasileiro.

Acresce, ainda, o fato de este Tribunal, no seu Regimento Interno, art. 109, parágrafo único, consagrar o velho privilégio:

> "Art. 109 — Os prazos não especificados em lei ou neste Regimento serão fixados pela Corte Especial, pelo Presidente, pelas Seções, pelas Turmas, ou por seus Presidentes, ou pelo relator, conforme o caso.
>
> Parágrafo único — Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e, em dobro, para recorrer, quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público."

Conheço, pois, do agravo regimental manifestado tempestivamente no oitavo (8º) dia do prazo.

No mérito, contudo, lhe nego provimento. É que a matéria é pacífica nesta Turma: o Estado onde tem domicílio o comprador não pode cobrar o ICM da filial do vendedor quando a venda é feita pela matriz.

VOTO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Também acompanhei o ilustre Ministro José de Jesus, mas agora me alertei e adiro ao voto do Eminente Ministro Peçanha Martins.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Sr. Presidente, tenho ponto de vista firmado ainda no antigo Tribunal Federal de Recursos, quando do julgamento, pelo Plenário, do Agravo Regimental na Apelação Cível nº 107.577-ES, ensejo em que fui Relator designado, no sentido de fazer jus a Fazenda Pública ao prazo em dobro para recorrer. O acórdão acha-se publicado na Revista do Tribunal Federal de Recursos nº 138, página 55.

Aduzo, ainda, como o fez o ilustre Ministro Peçanha Martins, que o nosso Regimento, no seu art. 109, parágrafo único, é expresso ao dizer que:

> "Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e, em dobro, para recorrer, quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público".

Portanto, o ponto de vista que prevaleceu no antigo Tribunal Federal de Recursos encontra-se hoje, inclusive, referendado pelo próprio Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Acredito que não se justifica que o próprio Tribunal, sem alterar o seu regimento, dê uma exegese aos textos legais em dissintonia com a regra nele contida.

Com essas observações, peço vênia ao ilustre Relator para acompanhar o Sr. Ministro Peçanha Martins.

VOTO — MÉRITO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): Nego provimento. Como bem ressaltou o eminente Ministro Peçanha Martins, "a

matéria é pacífica nesta Turma: o Estado onde tem domicílio o comprador não pode cobrar o ICM da filial do vendedor quando a venda é feita pela matriz."

EXTRATO DA MINUTA

AgRg no Ag nº 11.580 — MG — (91.0008916-8) — Relator: Exmo. Sr. Ministro José de Jesus. Agrte.: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais. Agrdo.: Laborterápica Bristol — Química e Farmacêutica Ltda. Advs.: Ronald Magalhães de Sousa e outro e José Luiz de Gouveia e outros.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Peçanha Martins conhecendo do agravo regimental, no que foi acompanhado pelos Srs. Ministros Américo Luz e Pádua Ribeiro, vencidos na preliminar, os Srs. Ministros Relator e Hélio Mosimann, no mérito, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental." (2ª Turma — 28.08.91).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Américo Luz, Pádua Ribeiro, José de Jesus e Hélio Mosimann.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.

♦

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMMENTO
Nº 13.769 — RJ
(Registro nº 91.0013611-5)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro José de Jesus Filho*

Agravante: *Caixa Econômica Federal — CEF*

Agravada: *Maria Eugênia Silva de Sá Roriz*

Advogados: *Drs. João Menezes Sobrinho e outros, Dante Braz Limongi e outros e Amadeu Gonçalves*

EMENTA: CASA PRÓPRIA — QUITAÇÃO DO DÉBITO PELO SEGURO.

É incabível querer discutir cláusula contratual inserida na escritura de financiamento contra risco coberto pela apólice compreensiva hipotecária. Incidência das Súmulas 05 e 454 do STJ e STF.

Agravo a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 16 de outubro de 1991 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente. Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Trata-se de agravo manifestado pela CAIXA ECONÔMICA FEDERAL contra decisão por mim prolatada nestes termos:

> "Trata-se de agravo de instrumento manifestado pela CAIXA ECONÔMICA FEDERAL contra decisão que inadmitiu recurso especial, no qual se discute a liberação de seguro para quitação da casa própria, em face do falecimento do marido e pai das agravadas.
>
> É incabível a pretensão da agravante em querer discutir cláusula contratual inserida na escritura de financiamento contra riscos cobertos pela apólice compreensiva hipotecária. Incidência das Súmulas nºs 05 e 454 do STJ e STF.
>
> Pelo exposto, nego seguimento ao agravo com fulcro no artigo 38 da Lei 8.038/90 c/c o art. 34, parágrafo único, do RISTJ."

É este o relatório, que submeto à consideração de meus ilustres pares.

VOTO

EMENTA: CASA PRÓPRIA — QUITAÇÃO DO DÉBITO PELO SEGURO.

É incabível querer discutir cláusula contratual inserida na escritura de financiamento contra risco coberto pela

apólice compreensiva hipotecária. Incidência das Súmulas nºs 05 e 454 do STJ e STF.

Agravo a que se nega provimento.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): Volta novamente a Caixa Econômica Federal a persistir que restou provado que os agravados não efetivaram o pagamento do prêmio relativo a totalidade da importância que entendeu coberta pelo seguro. E que pagara apenas o prêmio correspondente a parte da dívida. Assim restou violado o § 3º do artigo 6º do Decreto nº 60.459, de 13/03/67, que dispõe:

"Artigo 6º...

§ 3º — Qualquer indenização decorrente do contrato de seguros dependerá de prova de pagamento do prêmio, antes da ocorrência do sinistro."

Deflui das afirmações da agravante e da própria legislação invocada, que o pagamento de qualquer indenização dependerá de prova de pagamento. E esta questão está inserida em cláusula contratual que foi objeto de exame no Tribunal Federal local. É incabível, portanto, a pretensão da agravante em insistir na interpretação de cláusula contratual como se esta Corte fosse uma terceira instância.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

AgRg no Ag nº 13.769 — RJ — (91.0013611-5) — Relator: Exmo. Sr. Ministro José de Jesus Filho. Agrte.: Caixa Econômica Federal — CEF. Agrda.: Maria Eugênia Silva de Sá Roriz. Advs.: Drs. João Menezes Sobrinho e outros, Dante Braz Limongi e outros e Amadeu Gonçalves.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. (2ª Turma, em 16.10.91)

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann, Américo Luz e Pádua Ribeiro. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Peçanha Martins. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 1.478 — RJ
(Registro nº 90.95212)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli*

Suscitante: *Juízo Federal da 28ª Vara-RJ*

Suscitado: *Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Santa Cruz no Rio de Janeiro*

Autora: *Maria de Lourdes Pinheiro da Silva*

Réu: *Geraldo Clemente da Silva*

Advogado: *Dr. Roberto Gomes Lima*

EMENTA: COMPETÊNCIA. BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA.

I — É da competência da Justiça Federal o processamento e julgamento das causas atinentes a benefícios previdenciários. Precedentes.

II — Conflito conhecido. Competência que se define a favor do juízo suscitado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Egrégia Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, pela competência do Juízo de Direito da Segunda Vara

Cível de Santa Cruz no Rio de Janeiro, suscitado, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes destes autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 30 de outubro de 1990 (data do julgamento).

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente. Ministro PEDRO ACIOLI, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: MARIA DE LOURDES PINHEIRO DA SILVA promoveu junto à Justiça Estadual — Juiz de Direito da 2ª Vara Cível de Santa Cruz-RJ — com vistas a perceber benefícios previdenciários, DECLARAÇÃO DE AUSÊNCIA em face de Geraldo Clemente da Silva, seu esposo, que encontra-se em lugar incerto e não sabido, desde fevereiro de 1974.

Acolhendo promoção do Ministério Público Estadual, o MM. Juiz de Direito declinou sua competência a favor da Justiça Federal, sob a alegação de que figurando no pólo passivo se encontra uma autarquia federal.

Diante de tal ato, a douta Juíza Federal da 8ª Vara-RJ suscitou o presente conflito, colacionando precedentes que apontam como sendo competente o juízo suscitado.

Com vista, a douta SGR pronunciou-se pela competência Estadual.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): Adotando as razões do Juízo suscitante, o MPF assim se manifestou:

> "Ao suscitar o conflito, argumentou a Juíza Federal:
>
> 'Com efeito, hipóteses similares, objetivando benefício previdenciário, o sempre Egrégio Tribunal Federal de Recursos cristalizou seu pronunciamento na Súmula nº 53, a teor da qual:
>
> > 'Compete à Justiça Estadual processar e julgar questões pertinentes ao Direito de Família, ainda que estas objetivem reivindicações de benefícios previdenciários.'

Na trilha deste mesmo entendimento, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou jurisprudência no sentido da incompetência da Justiça Federal, para processar Justificação Judicial, objetivando a comprovação de dependência econômica para fins de obtenção do benefício previdenciário junto ao INSTITUTO NACIONAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL — INPS. (Acórdão prolatado nos autos do Conflito de Competência nº 127-GO, 1ª Seção, Relator Ministro Miguel Ferrante, julgado em 13.06.1989, *in* Lex-Jurisprudência do STJ, Vol. 1º, pág. 126/127)

Em agosto passado, decidindo o Conflito de Competência nº 1.210-RJ (90.00041252), a 2ª Seção da Colenda Corte, confirmou, por unanimidade, esse entendimento, em processo onde figurava como requerido o INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDADE SOCIAL — INSS.

Mais recentemente, ainda, em 29.08.90, outra decisão unânime do Egrégio Tribunal ratificou aquele pronunciamento, desta vez figurando como requerida a UNIÃO FEDERAL. (Conflito Negativo de Competência nº 1.209-RJ (90.00041244), Processo nº 89.001513-4, da 11ª Vara Federal-RJ).

A hipótese vertente de Declaração de Ausência para efeitos de reivindicação de benefícios previdenciários enquadra-se inteiramente no comando jurisprudencial suso referido.'

Adotando esses fundamentos, estamos que se deve conhecer a competência da Justiça Estadual." (fls. 13/14).

Correto o entendimento acima esposado. Ele expressa com toda fidelidade a jurisprudência dominante nesta Corte.

Conheço pois do Conflito e declaro competente o Juízo Estadual, o suscitado.

É como voto.

EXTRATO DE MINUTA

CC nº 1.478 — RJ — (90.95212) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli. Suscitante: Juízo Federal da 28ª Vara-RJ. Suscitado: Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Santa Cruz no Rio de Janeiro. Autor: Maria de Lourdes Pinheiro da Silva. Réu: Geraldo Clemente da Silva. Advogado: Dr. Roberto Gomes Lima.

Decisão: "A Seção, por unanimidade, decidiu pela competência do Juízo de Direito da Segunda Vara Cível de Santa Cruz no Rio de Janeiro, suscitado" (em 30.10.90 — 1ª Seção).

Os Srs. Ministros Américo Luz, Ilmar Galvão, José de Jesus, Garcia Vieira, Vicente Cernicchiaro e Hélio Mosimann votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Geraldo Sobral. Presidiu a sessão o Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.

♦

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 1.870 — SP
(Registro nº 91.4128-9)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro*
Autor: *Francisco Antunes Bezerra*
Réu: *Banco Bradesco de Investimento S/A*
Suscitante: *Juízo de Direito da 29ª Vara Cível de São Paulo-SP*
Suscitado: *Juízo de Direito da 2ª Vara de Iguatu-CE*
Advogados: *Drs. José Amarilo Sampaio e João Afrânio Montenegro e outro*

EMENTA: COMPETÊNCIA. CONSIGNATÓRIA. LUGAR DO PAGAMENTO.

Sobre a cláusula genérica relativa à eleição de foro prevalece a norma especial do art. 891 do CPC. Hipótese, ademais, em que a cláusula estipuladora do foro de eleição, firmada em contrato de adesão, acarretaria pesado gravame à parte aderente, que haveria de deslocar-se do interior do Ceará à Capital paulista.

Conflito conhecido, declarado competente o suscitado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o Juízo de Direito da 2ª Vara de Iguatu-CE, o suscitado, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 11 de setembro de 1991 (data do julgamento).

Ministro EDUARDO RIBEIRO, Presidente. Ministro BARROS MONTEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Francisco Antunes Bezerra, firma individual sediada em Carius-CE, ajuizou perante o Juízo da Comarca de Iguatu-CE ação de consignação em pagamento contra o Banco Bradesco de Investimento S/A. Alegou ter efetuado operação financeira junto ao estabelecimento bancário através do Contrato FINAME nº 736.577.650 e que, considerando-se beneficiário da anistia constitucional (art. 47 do ADCT), tentou realizar o pagamento do empréstimo sem correção monetária, o que, porém, foi recusado pelo gerente do referido banco.

Citado, o réu opôs exceção de incompetência, alegando que, de conformidade com a cláusula 21ª da avença, se celebrou a eleição do foro da Comarca de S. Paulo para a solução dos litígios oriundos do contrato.

O MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Iguatu acolheu a exceção, sob o fundamento de que a vontade específica das partes superou a determinação genérica (art. 891 do CPC), com a eleição do foro de São Paulo, remetendo, por conseguinte, o feito a uma das Varas Cíveis da Capital paulista.

Todavia, o MM. Juiz de Direito da 29ª Vara Cível da Comarca de S. Paulo, entendendo que o foro de eleição é genérico e assim cede lugar à norma especial, deu-se por incompetente, suscitando o presente conflito negativo de competência.

Com vista dos autos, a Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo conhecimento do conflito, declarando competente o Juízo de Direito da 2ª Vara da Comarca de Iguatu — o suscitado.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): A autora efetua o pagamento dos débitos na agência local mantida pelo réu na cidade de Iguatu-CE. Prevalece no caso a norma especial sobre competência, inserta no art. 891 do Código de Processo Civil, consoante a qual a consignação requerer-se-á no lugar do pagamento.

Assim vem decidindo o Tribunal de Justiça de S. Paulo por sua Câmara Especial, com remissão a parecer do Dr. Antônio Carlos Marcato, hoje Juiz do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de S. Paulo, *in verbis:*

> "Nem se argumente com a cláusula de eleição de foro, visto que, no caso vertente, duas são as regras de fixação de competência que devem ser observadas: aquela relativa ao foro de eleição, adequada para a solução de quaisquer questões relativas ao contrato, e aquela relativa ao local de pagamento, dada a não coincidência entre ambos os foros mencionados. Explicitando: os eventuais litígios do contrato devem ser submetidos à apreciação e julgamento do Juízo do foro eleito, exceto os que envolvem o cumprimento da obrigação pecuniária, já que neste caso há de prevalecer o *forum solutionis.*" (RJTJESP, vol. 112, pág. 296).

Ainda que assim não fosse, esta Eg. 2ª Seção já de uma feita desconsiderou a cláusula estipuladora do foro de eleição firmada em contrato de adesão, em detrimento da parte mais fraca, o segurado. Refiro-me ao Conflito de Competência nº 1.339-RS, de que foi relator o Eminente Ministro Nilson Naves, que, por sinal, se reportou a um precedente do extinto Tribunal Federal de Recursos, Ag nº 50.793-PA, relator o ilustre Ministro Ilmar Galvão, com a ementa seguinte:

> "PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DA CASA PRÓPRIA. COMPETÊNCIA. FORO DE ELEIÇÃO. CPC, ART. 94, § 4º.
>
> A cláusula de eleição de foro, quando inserta em contrato de adesão, não pode ser considerada, quando na prática significa o fechamento das portas do Poder Judiciário à parte aderente, no caso, mero mutuário do Sistema Financeiro da Habitação, a braços com o problema do reajustamento das prestações da casa própria em bases superiores ao percentual do aumento salarial obtido e, conseqüentemente, sem meios para ir litigar no foro eleito, situado na Capital de outro Estado, seja, no foro de seu poderoso credor, o qual, de resto, também tem domicílio na praça do imóvel financiado.
>
> Agravo desprovido."

A situação retratada no caso ora em apreciação é similar, tanto que a autora, prevalecente acaso o foro de eleição, haveria de deslocar-se do interior do Ceará para a Capital do Estado de S. Paulo.

Ante o exposto, conheço do conflito e declaro competente o MM. Juiz de Direito suscitado, ou seja, o da 2ª Vara da Comarca de Iguatu-CE.

É o voto.

VOTO

O SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Sr. Presidente, acompanho o Eminente Ministro-Relator, fiel ao voto que proferi no precedente, relatado pelo Eminente Ministro Nilson Naves, ante o evidente desequilíbrio da relação processual de um devedor no Ceará ser obrigado a propor ação em São Paulo.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 1.870 — SP — (91.4128-9) — Rel.: Exmo. Sr. Min. Barros Monteiro. A.: Francisco Antunes Bezerra. R.: Banco Bradesco de Investimento S/A. Suscte.: Juízo de Direito da 29ª Vara Cível de São Paulo-SP. Suscdo.: Juízo de Direito da 2ª Vara de Iguatu-CE. Advs.: Drs. José Amarildo Sampaio e João Afrânio Montenegro e outros.

Decisão: "A Seção, por unanimidade, conheceu do conflito e declarou competente o Juízo de Direito da 2ª Vara de Iguatu-CE, o Suscitado." (2ª Seção, em 11.09.91).

Votaram com o Relator os Srs. Mins. Dias Trindade, Waldemar Zveiter, Fontes de Alencar, Cláudio Santos e Sálvio de Figueiredo. Na ausência justificada do Sr. Min. Bueno de Souza, assumiu a Presidência o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Ausentes, justificadamente, os Srs. Mins. Nilson Naves e Athos Carneiro. Presidiu o Sr. Min. EDUARDO RIBEIRO.

♦

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 1.885 — PR
(Registro nº 9144784)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Carlos Thibau*
Autora: *Justiça Pública*
Réu: *Vilson Antonio Teza*
Suscitante: *Juízo de Direito de Guaíra-PR*
Suscitado: *Juízo de Direito de Eldorado-MS*
Advogados: *Drs. Irene Maria dos Santos Almeida e outro*

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. EXECUÇÃO PENAL. CUMPRIMENTO DA PENA EM OUTRO ESTADO DA FEDERAÇÃO. COMPETÊNCIA.

I — Segundo o disposto nos artigos 66, II, *g*, e 86, *caput*, da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), a administração da execução da pena e a solução dos respectivos incidentes compete ao Juízo da Execução Penal para onde o condenado foi transferido.

II — Conflito conhecido, para declarar-se competente o MM. Juiz de Direito da Comarca de Guaíra-PR, ora suscitante.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o MM. Juiz de Direito de Guaíra-PR, ora suscitante, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 15 de agosto de 1991 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ CÂNDIDO, Presidente. Ministro CARLOS THIBAU, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: O MM. Juiz de Direito de Guaíra-PR suscita conflito negativo de competência para decidir incidente da execução da pena privativa de liberdade imposta ao condenado Vilson Antônio Teza (fls. 127/129).

Alega o suscitante: que o Juízo de execução seria o da Comarca de Eldorado-MS, onde o réu foi condenado e cumpria pena, e onde também obteve livramento condicional; que a permissão para o condenado cumprir o benefício em Guaíra, local que alega residir e possuir emprego, não alteraria a competência do Juízo executório; que ao Juízo suscitante competiria apenas fiscalizar e observar o cumprimento do benefício pelo liberado.

Parecer da douta SGR, às fls. 133/136, pela competência do MM. Juiz de Direito de Eldorado.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: O MM. Juiz suscitado, ao conceder ao condenado o benefício do livramento condicional, fixou o Juízo da execução em Guaíra, com a seguinte fundamentação:

> "Em razão do reeducando residir na cidade e Comarca de Guaíra-PR, e pelo fato de seu emprego também ser naquela localidade, fixo o Juízo da Execução penal, na referida Comarca, para onde determino seja expedida a Carta de Guia." (fl. 120).

O art. 86 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84) autoriza a execução em outro Estado, das penas privativas de liberdade, aplicadas pela Justiça de diversa unidade da Federação, quando a medida se justifique no interesse do próprio condenado, como ocorre no caso concreto.

Não se trata, pois, o encargo, de simples delegação do Juiz de um Estado ao de outro, mas de modificação da competência, em razão da transferência da execução da pena imposta para outra unidade federativa, o que poderá ser decidido pelo Juízo originário da execução, conforme dispõe o art. 66, V, *g*, da Lei nº 7.210/84.

Tal modificação, no caso em exame, é conseqüência da decisão concessiva do livramento condicional ao condenado, que determinou que o cumprimento restante da pena se fizesse na localidade onde ele reside e possui emprego (fls. 119/121).

Para tanto foi expedida carta de guia ao Juízo de Direito de Guaíra-PR (fl. 02), que passou, assim, a ser o Juízo competente para a execução da pena e de seus incidentes.

No Conflito de Competência 827-MS, de que fui relator, idêntico a este, esta Seção declarou competente o Juízo da Comarca de domicílio do sentenciado. A única diferença era que, ali, tratava-se de resolver pedido de cumprimento da pena em regime domiciliar, e aqui, de acompanhamento do cumprimento do livramento condicional, também na Comarca de domicílio do apenado.

Ante o exposto, conheço do conflito, para declarar competente o MM. Juiz de Direito da Comarca de Guaíra-PR, ora suscitante.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 1.885 — PR — (9144784) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Carlos Thibau. Autora: Justiça Pública. Réu: Vilson Antônio Teza. Suscitante: Juízo de Direito de Guaíra-PR. Suscitado: Juízo de Direito de Eldorado-MS. Advs.: Irene Maria dos Santos Almeida e outro.

Decisão: A Seção, à unanimidade, conheceu do conflito e declarou competente o MM. Juiz de Direito de Guaíra-PR (15.08.91).

Votaram de acordo os Srs. Ministros Costa Leite, Assis Toledo, Edson Vidigal, Vicente Cernicchiaro, José Dantas, Flaquer Scartezzini e Costa Lima. Licenciado o Sr. Ministro Washington Bolívar. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ CÂNDIDO.

♦

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 2.096 — RN
(Registro nº 91102636)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Carlos Thibau*

Autor: *Justiça Pública*

Réu: *José Jerônimo de Queiroz*

Suscitante: *Juízo Federal da 2ª Vara-RN*

Suscitado: *Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Mossoró-RN*

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. CRIMES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA. LEI 8.176/91. COMPETÊNCIA.

I — Compete à Justiça Comum do Estado processar e julgar os crimes contra a ordem econômica, previstos na Lei nº 8.176/91.

II — Conflito conhecido e declarado competente o Juízo de Direito Criminal de Mossoró-RN.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o Suscitado, Juízo

de Direito da 1ª Vara Criminal de Mossoró-RN, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 07 de novembro de 1991 (data do julgamento).

Ministro FLAQUER SCARTEZZINI, Presidente. Ministro CARLOS THIBAU, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: O MM. Juiz Federal em exercício na 2ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte suscita conflito negativo de competência para processar e julgar José Jerônimo de Queiroz, indiciado em inquérito policial pela prática de crime contra a ordem econômica (art. 1º, II, da Lei nº 8.176, de 08.02.91), por ter sido preso em flagrante usando gás liquefeito de petróleo, como combustível, em veículo de sua propriedade (fls. 02/03).

Alega o suscitante que a competência seria da Justiça Estadual, porque a Lei nº 8.176/91 não determinou, expressamente, a competência da Justiça Federal para processar e julgar os crimes nela previstos.

A douta SGR opinou pela competência da Justiça Estadual.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU (Relator): A Constituição Federal, em seu art. 109, VI, dispõe que compete aos Juízes Federais processar e julgar:

> "Os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira."

Por isso, a apreciação dos crimes cometidos contra a ordem econômico-financeira somente será da competência da Justiça Federal quando a lei ordinária, expressamente, estabelecer essa competência, como ocorre, por exemplo, com os crimes contra o sistema financeiro nacional, para os quais o art. 26 da Lei nº 7.492/86, que os tipificou, expressamente fixou tal competência.

O mesmo não ocorre, no entanto, em relação aos crimes contra a ordem econômica previstos na Lei nº 8.176/91, que nada dispõe sobre

competência, devendo, no silêncio da norma, permanecer a competência da Justiça Estadual.

Ante o exposto, conheço do conflito para declarar competente o MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal de Mossoró, ora suscitado.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 2.096 — RN — (91.0010263-6) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Carlos Thibau. Autor: Justiça Pública. Réu: José Jerônimo de Queiroz. Suscte.: Juízo Federal da 2ª Vara-RN. Suscdo.: Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Mossoró-RN.

Decisão: "A Seção, por unanimidade, conheceu do conflito e declarou competente o Suscitado, Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Mossoró-RN" (3ª Seção — 08.11.91).

Votaram de acordo os Srs. Mins. Costa Leite, Edson Vidigal, Vicente Cernicchiaro, José Dantas e Costa Lima. Ausentes, por motivo justificado, os Srs. Mins. José Cândido, Washington Bolívar e Assis Toledo.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro FLAQUER SCARTEZZINI.

♦

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 2.203 — SP
(Registro nº 9100135593)

Relator: *Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro*

Autora: *Cansel Fornecedora de Mão-de-Obra Ltda.*

Réu: *Serviço Social da Indústria da Construção e do Mobiliário do Estado de São Paulo — SECONCI*

Suscitante: *Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*

Suscitado: *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*

Advogados: *Drs. Orlando Ernesto Lucon e outros (Autora), Roberto Chiminazzo e outros (Réu)*

EMENTA: Competência. Execução de sentença proferida pela Justiça do Estado de São Paulo, em ação de cumprimento de acordo coletivo.

I — A regra é que o "Juiz da ação é o Juiz da execução". Por isso, é da competência da Justiça Estadual apreciar ação de cumprimento de acordo coletivo, homologado judicialmente ora objeto de liquidação de sentença, que transitou em julgado antes da vigência da atual Constituição.

II — Conflito de que se conhece, a fim de declarar-se competente o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, declarar competente o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, suscitado, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 11 de outubro de 1991 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: O parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, da lavra do Dr. José Arnaldo da Fonseca, ilustre Subprocurador-Geral, assim resumiu a controvérsia e sobre ela se manifestou (fls. 480/481):

> "O Serviço Social da Indústria da Construção e do Mobiliário do Estado de São Paulo — SECONCI — intentou, em 1981, Ação de Cumprimento contra empresa privada, perante a Justiça do Trabalho, e após os trâmites regulares, com proferição de sentença e interposição de recursos, resultou em ser encaminhados os autos à Justiça Comum, consoante acórdão do TST (fl. 163).
>
> No Juízo Cível, foi julgada procedente a ação, e mantida a sentença pelo Tribunal de Justiça (fls. 299/302).
>
> Baixados os autos para execução, foi interposto recurso contra a decisão que homologou os cálculos, para o Tribunal de

Justiça, e o seu il. Vice-Presidente, ao invés de submeter o recurso à apreciação da Corte, ainda que só para exame da preliminar de incompetência, despachou meramente para o Tribunal Regional do Trabalho.

Presentes os autos, o TRT suscitou o conflito, justificando:

"*Permissa venia,* não cabe a este Tribunal trabalhista conhecer e decidir de recurso que envolve a matéria de comepetência da justiça comum e que foi processado e dirigido ao segundo grau da jurisdição civil, no caso o Tribunal de Justiça do Estado.

Nem se argumente com o princípio da fungibilidade recursal, para evidenciar entendimento em contrário.

No âmbito do processo do trabalho, o recurso específico, em fase de execução, é o agravo de petição, com características e pressupostos inconfundíveis com a apelação.

Mais do que isso, afigura-se juridicamente incorreto que este tribunal, de jurisdição especializada, viesse a reformar ou manter sentença proferida na jurisdição civil, sob pena de flagrante invasão de competência material e também recursal.

De outra parte, não existe dúvida de que recurso dirigido a segundo grau deve ser conhecido e julgado por órgão colegiado, vedado a relator e até mesmo Presidente da Corte decidi-lo singularmente.

Por isso mesmo e sempre com a devida vênia, não cabe a este Tribunal Trabalhista conhecer do recurso, que, ressalte-se, deve ser apreciado pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado e não por simples despacho administrativo como resultou de fls. 458."

Adotando esse entendimento, deverão os autos retornar ao Tribunal suscitado."

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Competência. Execução de sentença proferida pela Justiça do Estado de São Paulo, em ação de cumprimento de acordo coletivo.

I — A regra é que o "Juiz da ação é o Juiz da execução". Por isso, é da competência da Justiça Estadual apreciar ação de cumprimento de acordo coletivo, homologado, judicialmente, ora objeto de liquidação de sentença, que transitou em julgado antes da vigência da atual Constituição.

II — Conflito de que se conhece, a fim de declarar-se competente o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Trata-se, no caso, de execução de sentença, proferida pela Justiça do Estado de São Paulo, em ação de cumprimento de acordo coletivo, homologado pela Justiça do Trabalho, sendo importante ressaltar que o trânsito em julgado da decisão exeqüenda ocorreu sob a égide da anterior Constituição, segundo se depreende do despacho de fls. 328.

Contra a decisão homologatória dos cálculos de liquidação (fls. 436/437) houve apelação (fls. 438/441) e, subindo os autos ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o Vice-Presidente deste, por despacho (fls. 459), ordenou a remessa dos autos ao Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, que suscitou o presente conflito (fls. 472/475).

A regra é que o "Juiz da ação é o Juiz da execução". No caso, não há qualquer razão para alterá-la, tanto mais que, conforme assinalei, trata-se de execução de sentença, proferida em ação de cumprimento, que transitou em julgado anteriormente a atual Constituição.

Isto posto, conheço do conflito e declaro competente o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, para apreciar o feito.

EXTRATO DA MINUTA

CC nº 2.203 — SP — (9100135593) — Rel.: Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Autora: Cansel Fornecedora de Mão-de-Obra Ltda. Réu: Serviço Social da Indústria da Construção e do Mobiliário do Estado de São Paulo — SECONCI. Suscitante: Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Suscitado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Advogados: Drs. Orlando Ernesto Lucon e outros (Autora). Roberto Chiminazzo e outros (Réu).

Decisão: A Seção, por unanimidade, declarou competente o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, suscitado (1ª Seção — 11.10.91).

Os Srs. Ministros Garcia Vieira, Hélio Mosimann, Peçanha Martins, Demócrito Reinaldo, Gomes de Barros e Américo Luz votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. José de Jesus. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.

HABEAS CORPUS Nº 567 — SE
(Registro nº 90.0014250-4)

Relator: *Ministro José Cândido*
Impetrantes: *José Anchieta da Silva e outros*
Impetrado: *Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe*
Paciente: *Nilson Tenório de Oliveira*
Advogados: *Lorena de Castro Abreu e outros*

EMENTA: *HABEAS CORPUS* PREVENTIVO. DEPOSITÁRIO INFIEL. AMEAÇA DE PRISÃO.

O despacho judicial que determina, sob promessa de prisão, a restituição da coisa entregue ao depositário, não pode ser entendido como ameaça indevida ou coação ilegal iminente à sua liberdade, desde que é obrigação expressamente definida na lei civil.

Liminar cassada.

***Habeas Corpus* indeferido.**

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus* e, em conseqüência, cassar a liminar, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do rela-

tório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 12 de março de 1991 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente. Ministro JOSÉ CÂNDIDO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO (Relator): NILSON TENÓRIO DE OLIVEIRA, por se encontrar ameaçado de prisão, interpôs *Habeas Corpus* contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, manifestada em acórdão denegatório de mandado de segurança, no qual o paciente pretendia fosse desconstituído despacho do juízo de 1º grau, ordenando-lhe, na condição de depositário, a entrega em dinheiro, no prazo de 24 horas, do equivalente a 55.200 toneladas de cana, colhidas e alienadas, em evidente fraude à execução promovida pelo BANCO BRASILEIRO DE DESCONTOS S/A contra a AGRO INDUSTRIAL GRANDE VALE LTDA., da qual o paciente é representante legal.

O paciente argúi em sua defesa que inexiste na espécie a figura de depositário infiel. Isso porque os bens, dados em penhora, eram perecíveis, fungíveis e de safra sazonal, e já se encontravam em condições de corte à época da penhora, não restando outra alternativa, ao paciente, senão proceder à colheita.

Concedida, às fls. 81, medida liminar para sustar a execução do mandado de prisão do referido paciente, até o julgamento do presente *Habeas Corpus*.

As informações, solicitadas por este egrégio Tribunal, foram fornecidas às fls. 89.

A decisão impugnada encontra-se assim ementada:

> "Não constitui ilegalidade sanável pela via do *writ* o despacho que ordena o depósito em dinheiro do equivalente ao bem penhorado, sob pena de prisão, ao depositário que, a pretexto de evitar o perecimento, alienou a safra de cana penhorada, sem avaliação, nem autorização judicial" (fls. 58).

Conforme o acórdão, ressalta o eminente relator que, se o depositário tinha que evitar o perecimento da safra, deveria, nos termos do art. 670 da lei processual, pedir autorização ao juiz, que, se atendesse, de-

terminaria fosse feita a avaliação. Não tendo pedido, tendo alienado e não depositado o dinheiro, não lhe restaria qualquer direito líquido e certo no âmbito estreito do *writ*.

A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, em parecer firmado pela Dra. Márcia Dometila, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: *HABEAS CORPUS* PREVENTIVO. DEPOSITÁRIO INFIEL. AMEAÇA DE PRISÃO.

O despacho judicial que determina, sob promessa de prisão, a restituição da coisa entregue ao depositário, não pode ser entendido como ameaça indevida ou coação ilegal iminente à sua liberdade, desde que é obrigação expressamente definida na lei civil.

Liminar cassada.

Habeas Corpus indeferido.

O SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO (Relator): Parece-me irrefutável o argumento do ilustrado órgão do Ministério Público Federal, firmado pela Dra. MÁRCIA DOMETILA LIMA DE CARVALHO, em seu Parecer de fls. 108/10, ao destacar:

"Assim, entendido o presente *habeas corpus* como substituto de recurso ordinário daquele outro, competente torna-se este Superior Tribunal de Justiça.

b) No mérito, razão inassiste ao impetrante, consoante demonstrado nas decisões do Tribunal de Justiça de Sergipe.

A prisão do depositário infiel é medida prevista constitucionalmente (inciso LXVI, art. 5º, da Constituição Federal de 1988).

A favor dela vem manifestando-se este Superior Tribunal de Justiça, através de suas Turmas Criminais como é exemplo a ementa a seguir transcrita:

"A prisão civil, decretada pelo juízo de execução por quantia certa, não se constitui em ilegalidade se comprovada a condição de depositário infiel do devedor.

Pedido de *habeas corpus* a que se nega provimento." Origem: STJ, HC nº 0000115-DF, Publ. DJ, 20.11.89; pág. 17.298. Rel. Min. Flaquer Scartezzini.

Ao paciente não aproveita o falacioso argumento de que os frutos penhorados foram colhidos e não alienados porque, na verdade, a cana-de-açúcar colhida foi utilizada por ele no fabrico de álcool, posteriormente alienado, ficando a executante sem qualquer garantia.

Pela denegação do *writ* em face da inexistência de qualquer direito líquido e certo a justificar a concessão da ordem." (fl. 110).

Observe-se ainda que o impetrante quer desconstituir decisão do egrégio Tribunal de Justiça de Sergipe, que convalidou despacho proferido pelo doutor Juiz de Direito da Comarca de Neópolis.

Nas informações prestadas pelo Tribunal de Justiça, ficou dito:

"1 — que, perante a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Sergipe, tramitou o pedido de *Habeas Corpus* Preventivo nº 138/90, formulado em favor do mesmo NILSON TENÓRIO DE OLIVEIRA, sendo ao final, por unanimidade, denegada a ordem.

2 — que, em data de 10 de outubro de 1990, em sessão plenária, o Tribunal de Justiça de Sergipe, unanimemente, indeferiu o Mandado de Segurança nº 16/90, figurando como impetrante a firma AGRO INDUSTRIAL GRANDE VALE LTDA., e impetrado o MM. Juiz de Direito da Comarca de Neópolis.

3 — Embargos de Declaração opostos ao Acórdão 624/90, foram, também, unanimemente rejeitados pelo Tribunal de Justiça, em data de 21 de novembro de 1990." (fl. 89).

A alegação de que nos autos não está presente a "figura de depositário infiel" (fl. 13), não pode ser aqui considerada, porque envolve tema de natureza jurídica, incompatível com o pedido.

O que resta até então incontroverso é que o impetrante é depositário infiel, por isso que submetido à regra do art. 1.287, do Código Civil, que estabelece:

"Art. 1.287 — seja voluntário ou necessário o depósito, o depositário, que o não restituir, quando exigido, será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e a ressarcir os prejuízos (art. 1.273)".

Com estes fundamentos, não vejo como esteja o impetrante a "sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir...", por isso que não merece a proteção do art. 647, do Código de Processo Penal.

Em conseqüência, casso a liminar que determinou fosse sustada a execução do mandado de prisão do impetrante-paciente, NILSON TENÓRIO DE OLIVEIRA, e indefiro a ordem de *habeas corpus*.

É o meu voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: Sr. Presidente, entendi que há uma execução e que o credor é o BRADESCO, tendo sido nomeada à penhora uma safra de cana pelo devedor. Esta execução vem se frustrando, porque, desde 1987, a safra foi dada à penhora, tendo, entretanto, sido essa safra, como as subseqüentes, colhida e vendida pelo devedor.

No início, pensei que, dada a brilhante exposição oral do eminente advogado, o credor, o banco, fosse um verdadeiro "Shylock" de Shakespeare. Na verdade, vejo que não é bem assim; existe um crédito não satisfeito, uma penhora que foi frustrada, e o depositário infiel, instituto de Direito Civil perfeitamente caracterizado pelo Tribunal de Justiça de Sergipe. De maneira que se me afigura perfeita a ordem judicial.

Acompanho, também, o eminente Ministro-Relator.

VOTO — VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: Senhor Presidente, preliminarmente, registro, embora sem suscitar o problema, porque me curvo à jurisprudência desta Turma, com o respaldo do Egrégio Órgão Especial, em se tratando de prisão civil, a matéria tem como causa da relação jurídica causa civil; portanto, a competência seria da Egrégia Segunda Turma.

Quanto ao mérito, o brilhante voto do Eminente Ministro-Relator esclareceu suficientemente. Trata-se de devedor civil que alienou o bem da penhora. Estava obrigado a dar conta ao Juízo. Não o fazendo, poderá ainda livrar-se do incômodo do constrangimento. Basta substituir a garantia. Do contrário, é evidente, deverá sofrer as conseqüências. Não

se pode, no *habeas corpus*, discutir a legalidade ou não da extensão dos ônus assumidos com o contrato de financiamento.

Acompanho o Eminente Ministro-Relator, denegando a ordem.

EXTRATO DA MINUTA

HC nº 567 — SE — (90.0014250-4) — Relator: Ministro José Cândido. Imptes.: José Anchieta da Silva e outros. Impdo.: Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Pacte.: Nilson Tenório de Oliveira. Advs.: Lorena de Castro Abreu e Silva, e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, denegou a ordem de *habeas corpus* e, em conseqüência, cassou a liminar, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 12.03.91 — 6ª Turma).

Os Srs. Ministros Carlos Thibau, Costa Leite, Vicente Cernicchiaro e William Patterson votaram de acordo com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.

♦

RECURSO DE *HABEAS CORPUS* Nº 655 — PB
(Registro nº 90.0004572-0)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Edson Vidigal*
Recorrente: *João Henrique de Souza*
Recorrido: *Tribunal de Justiça da Paraíba*
Paciente: *José Romildo Pereira da Silva*

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. REFORMA DO ACÓRDÃO.

Incabível a reforma do acórdão para revogação de prisão preventiva já pronunciado o réu.

Recurso não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 08 de agosto de 1990 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente. Ministro EDSON VIDIGAL, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: O paciente deste pedido é o mesmo do "RHC nº 412-PB", julgado em 14 de fevereiro deste ano e que, por intempestividade, não foi conhecido.

O Ministro Carlos Thibau, da Eg. 6ª Turma, para onde foram distribuídos estes autos, lembrou, às fls. 120, prevenção desta Eg. 5ª Turma e, por isso, sou o Relator.

O Acórdão que se busca derrogar disse que "o pronunciado aguardará preso o seu julgamento pelo júri, se dos autos consta a conveniência da custódia decretada pelo prolator da sentença."

O Ministério Público Federal opina pelo não provimento do recurso.

Relatei.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Senhor Presidente, embora reitere alegações constantes no RHC nº 412-PB, que não foi conhecido por ter sido interposto fora do prazo, este recurso traz fato novo, registrado em Acórdão, pelo que dele, e por isso, o conheço.

No mérito, contudo, não se sustenta a argumentação de que a prisão do ora paciente constitui constrangimento ilegal. O Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba está conforme a jurisprudência. (STJ, HC nº 069-MG, Relator o Sr. Ministro Dias Trindade, DJ 16.10.89, pág. 15.860; STJ, HC nº 224-SP, Relator o Sr. Ministro José Cândido, DJ 19.03.90, pág. 1.953; STJ, RHC nº 337-RS, Relator o Sr. Ministro José Cândido, DJ, 05.02.90, pág. 461; STJ, RHC 170-RS, Relator o Sr. Ministro Anselmo Santiago, DJ 06.11.89, pág. 16.694 e STJ, RHC nº 003-RS, Relator o Sr. Ministro José Dantas, DJ 21.08.89, pág. 13.328).

Nego provimento ao recurso.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 655 — PB — (90.0004572-0) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Edson Vidigal. Recorrente: João Henrique de Souza. Recorrido: Tribunal de Justiça da Paraíba. Paciente: José Romildo Pereira da Silva.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 08.08.1990 — 5ª Turma).

Votaram de acordo com o Sr. Ministro Relator, os Srs. Ministros José Dantas, Flaquer Scartezzini e Costa Lima. Ausente o Sr. Ministro Assis Toledo.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

♦

RECURSO DE *HABEAS CORPUS* Nº 787 — SP

(Registro nº 900008665-5)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Costa Lima*

Recorrente: *Alvadir Fachin*

Recorrido: *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*

Paciente: *José Rodolfo da Silva Filho*

Advogado: *Dr. Alvadir Fachin*

EMENTA: PROCESSUAL E CONSTITUCIONAL. PRISÃO PREVENTIVA. RÉU PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE.

1 — A Constituição — artigo 5º, inciso LVII —, mesmo declarando que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória", não proíbe a prisão cautelar processual.

2 — Denunciado residente em local diverso do distrito da culpa e que, de forma inequívoca, emba-

raça a ação da Justiça, ainda que seja primário e tenha bons antecedentes, deve ter mantida a sua segregação celular, inclusive para evitar prejudique a colheita de prova, tendo em vista a periculosidade revelada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 10 de outubro de 1990 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente. Ministro COSTA LIMA, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO COSTA LIMA: O Dr. GETÚLIO RIVERA VELASCO CANTANHEDE, ilustrado Subprocurador-Geral da República em substituição, às fls. 78/81, assim narrou os fatos:

"ALVADIR FACHIM impetrou *habeas corpus* com o objetivo de obter a revogação da custódia preventiva de JOSÉ RODOLFO DA SILVA FILHO, alegando não ser necessária tal medida, uma vez que o paciente justificou o seu não comparecimento ao interrogatório, além do que a presunção de sua inocência é total, ferindo essa restrição à liberdade o inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal, sendo certo ainda que não tem cabimento a desconfiança de que irá prejudicar a instrução criminal. Alegou, ainda, que foi obstado no exercício do direito recursal, na medida em que não foi admitido o recurso em sentido estrito que interpôs contra decisão não revogadora da custódia preventiva.

O Eg. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO denegou *Writ*, tendo em conta que o paciente vem recalcitrando na cooperação para o deslinde da causa, e também para evitar que prejudique a colheita da prova, em razão de sua

acentuada periculosidade. O Tribunal julgou, também, que a garantia constitucional de presunção de inocência não é incompatível com a prisão processual.

Irresignado, o impetrante interpõe recurso ordinário, aduzindo que não houve a melhor prestação jurisdicional, uma vez que, sendo o réu primário, deve aguardar em liberdade o resultado do processo, não se podendo considerá-lo ausente do distrito de culpa, por não ter sido ainda decretada a revelia, daí ferir a custódia o art. 5º, LVII, LXVI, da Carta Magna os arts. 310, parágrafo único, e 594 do CPP. Renova, ainda, o mesmo argumento relativo à inadmissão do recurso em sentido estrito interposto." (fls. 78/79).

Conclui seu parecer opinando pelo improvimento do recurso, à vista da alta periculosidade do paciente, gravidade do delito e procrastinação do feito. E mais. A primariedade, não comprovada, não obsta a prisão preventiva, conforme entende o Supremo Tribunal Federal. RHC 65.118-6-DF e RHC 63.448.

Relatei.

VOTO

EMENTA: PROCESSUAL E CONSTITUCIONAL. PRISÃO PREVENTIVA. RÉU PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE.

1 — A Constituição — artigo 5º, inciso LVII —, mesmo declarando que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória" não proíbe a prisão cautelar processual.

2 — Denunciado residente em local diverso do distrito da culpa e que, de forma inequívoca, embaraça a ação da Justiça, ainda que seja primário e tenha bons antecedentes, deve ter mantida a sua segregação celular inclusive para evitar prejudique a colheita da prova e acentuada periculosidade.

O SR. MINISTRO COSTA LIMA (Relator): Decidiu a eg. Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

"Ao denunciar o paciente pela prática da infração prevista no art. 121, § 2º, inciso I (vingança) e IV (recurso que impossibilitou a defesa do ofendido), do Código Penal, o Dr. Promotor

de Justiça requereu a decretação da sua prisão preventiva. A medida de força, inicialmente, foi indeferida.

Posteriormente, em razão do não comparecimento do paciente à audiência designada para seu interrogatório — embora dela tivesse ciência —, a sua prisão cautelar foi decretada. Diz o MM. Juiz, em seu despacho "já agora, na fase instrutória do processo o réu simplesmente desapareceu. Fechou a empresa e mudou-se para local incerto e não sabido, não permitindo com sua conduta a regular instrução do feito.

Designada uma segunda data para seu interrogatório voltou a se escusar "de comparecer em juízo, obstruindo, assim, a regular instrução do feito" (despacho que confirmou aquele decreto).

In casu, provada a existência do crime e sendo suficientes os indícios da autoria (aliás, foi o paciente reconhecido como autor do crime) necessária se mostra a segregação celular do paciente dada a sua recalcitrância em não cooperar com o deslinde da causa. Conveniente a sua prisão, não só para que se dê a regular reconstrução fática do evento delituoso, mas também para evitar que ele prejudique a colheita da prova, dada a sua acentuada periculosidade." (fls. 64).

As diversas formas de prisão de caráter processual, ao contrário do que insinua o impetrante, continuam em plena vigência, ainda se considere os termos do inciso LVII, do artigo 5º, da Constituição.

A prisão preventiva é uma medida cautelar permitida por lei, visando a evitar que se fruste a aplicação da lei penal, não seja prejudicada a instrução e como garantia da ordem pública.

Ao assim proceder o Juiz não está, previamente, considerando o réu culpado.

De outro modo, o mesmo artigo 5º no inciso LXVI admite essa e outras formas de prisão processual ao declarar que "ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança."

Portanto, permanecer solto o réu representa, na prática, o comum nos processos criminais, a não ser que razões legais e de fato indiquem o contrário como ocorre neste processo.

Além de não residir no distrito da culpa, citado por edital, embora com advogado constituído, o recorrente tudo tem feito para embaraçar a ação da Justiça.

É como observa o ilustrado Subprocurador-Geral da República, os fatos narrados "mostram, por conseguinte, a alta periculosidade do paciente, a gravidade do crime, e uma inclinação para, em procrastinando a ação da Justiça, furtar-se à aplicação da lei penal, tudo a recomendar a permanência da custódia preventiva."

A alegada primariedade e os bons antecedentes, em casos tais, não impede se decrete a prisão cautelar.

Dito o que, nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 787 — SP — (900008665-5) — Relator: O Sr. Ministro Costa Lima. Recte.: Alvadir Fachin. Recdo.: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Pacte.: José Rodolfo da Silva Filho. Advogado: Alvadir Fachin.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 10.10.90 — 5ª Turma).

Votaram de acordo os Srs. Mins. Assis Toledo, Edson Vidigal, José Dantas e Flaquer Scartezzini. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

♦

RECURSO DE *HABEAS CORPUS* Nº 835 — PE
(Registro nº 90.0010322-3)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Flaquer Scartezzini*
Recorrente: *Antônio Bartholomeu de Faria Machado*
Recorrido: *Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco*
Pacientes: *José Edival de Souza, José Roberto Bento e Luiz Alfredo Lima*

EMENTA: RECURSO DE *HABEAS CORPUS* — PRISÃO PREVENTIVA — INEXISTÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO — REVOGAÇÃO.

O decreto de prisão preventiva há que ser devidamente fundamentado, não sendo suficiente a sim-

ples referência genérica aos pressupostos determinados no dispositivo procedimental, bem como a circunstância do magistrado se limitar a encampar manifestação da autoridade requerente, que expresse mero pedido sem demonstrar cabalmente a necessidade da medida.

Se omisso quanto às razões de ordem fática, pelas quais se pode inferir da necessidade da medida externa, impõem-se a sua revogação.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer e prover o recurso, para anular o decreto de prisão preventiva contra os pacientes, sem embargo de que outro seja expedido com observância das determinações legais, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 21 de agosto de 1991 (data do julgamento).

Ministro FLAQUER SCARTEZZINI, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Trata-se de recurso constitucional de *habeas corpus* (art. 105, II, *a*, da CF) impetrado em favor de José Edival de Souza, José Roberto Bento e Luiz Alfredo Lima, procurando desconstituir o v. acórdão da Seção Criminal do Tribunal de Justiça de Pernambuco, que, à unanimidade de votos, denegou a ordem impetrada objetivando anular decreto de prisão preventiva contra os pacientes, em autos do inquérito policial que os mesmos foram indiciados pela prática de duplo homicídio, por deficiência na fundamentação do decreto constritivo.

Devidamente contra-arrazoado o recurso, subiram os autos e nesta Superior Instância a douta Subprocuradoria-Geral da República, ao entendimento de que o decreto ressente-se de fundamentação, opina pela anulação do mesmo, sem prejuízo de nova decretação.

Por despacho do então Ministro Relator foram solicitadas informações sobre a situação do processo e dos pacientes, as quais foram prestadas às fls. 45, dando conta de que um dos pacientes teve sua prisão relaxada e os demais encontram-se foragidos.

Os autos me foram redistribuídos e determinei nova vista à douta Subprocuradoria-Geral da República que reiterou o provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: RECURSO DE *HABEAS CORPUS* — PRISÃO PREVENTIVA — INEXISTÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO — REVOGAÇÃO.

O decreto de prisão preventiva há que ser devidamente fundamentado, não sendo suficiente a simples referência genérica aos pressupostos determinados no dispositivo procedimental, bem como a circunstância do magistrado se limitar a encampar manifestação da autoridade requerente, que expresse mero pedido sem demonstrar cabalmente a necessidade da medida.

Se omisso quanto às razões de ordem fática, pelas quais se pode inferir da necessidade da medida extrema, impõe-se a sua revogação.

Recurso conhecido e provido.

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Srs. Ministros, eis na íntegra o despacho referido:

"O Representante do Ministério Público, às fls. 37 do presente inquérito, requereu a prisão preventiva dos acusados José Edvaldo de Souza, José Roberto Bento e de Luiz Alfredo de Lima em razão do crime cometido por ambos contra as vítimas Tereza Francisca Bezerra e Marcos Antonio Bezerra, fato ocorrido no dia 28 de agosto do fluente ano, às 23 horas nas proximidades da TELPE em Piedade neste Município do Jaboatão.

Portanto, acolho o pedido do órgão Ministerial e decreto a prisão preventiva dos acusados acima mencionados, para assegurar a aplicação da lei penal, de forma que em liberdade sig-

nifica perigo para a Ordem Pública, terão ensejo de perturbar a prova e se condenados criarão embaraços ao cumprimento da pena, afastando-se do Distrito da Culpa.

Fundamenta-se, pois, a prisão preventiva, na forma do que preceitua os arts. 311, 312 e 313 da nossa lei adjetiva penal, e para conveniência da instrução criminal e segurança de futura aplicação da nossa lei substantiva penal.

Desta forma expeçam-se os competentes mandados de prisão, tudo na forma da lei. Finalmente solicito, digo determino ao Sr. Delegado de polícia que logo efetuadas as prisões, comunique a este juízo incontinentemente, deixando assim os acusados à disposição deste Juízo, os quais deverão ser recolhidos ao Presídio Professor Aníbal Bruno. Jaboatão 26 de setembro de 1989. Em tempo determino ao Sr. Escrivão que se oficie ao Sr. Delegado da 14ª DPM, remeter os boletins individuais dos acusados." (*sic*, fls. 09).

Tenho que o despacho constritivo da liberdade dos pacientes não se mostra satisfatoriamente fudamentado, eis que limitou-se a repetir os ditames legais, o que, por si só, não justifica a sua expedição.

Entendo que em se tratando de medida de exceção, não é suficiente a simples referência genérica aos pressupostos determinados no dispositivo procedimental, bem como insuficiente, parece-me, a circunstância do Magistrado limitar-se a encampar a manifestação da autoridade requerente, que expresse mero pedido sem demonstrar cabalmente a necessidade da medida.

Por outro lado, conforme informações prestadas pela digna autoridade coatora, um dos pacientes teve sua prisão relaxada e os outros dois encontram-se foragidos, não se encontrando, portanto, à disposição do juízo.

Nestas condições, conheço e dou provimento ao recurso para anular o decreto de prisão preventiva contra os pacientes decretado, sem embargo de que outro seja expedido, observadas as normas legais.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 835 — PE — (90.0010322-3) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Flaquer Scartezzini. Recte.: Antônio Bartholomeu de Faria Machado. Recdo.: Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Pactes.: José Edival de Souza, José Roberto Bento e Luiz Alfredo Lima.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu e proveu o recurso, para anular o decreto de prisão preventiva contra os pacientes, sem embargo de que outro seja expedido com observânia das determinações legais (5ª Turma — 21.08.91).

Votaram de acordo os Srs. Mins. José Dantas, Costa Lima, Assis Toledo e Edson Vidigal. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FLAQUER SCARTEZZINI.

♦

RECURSO DE *HABEAS CORPUS* Nº 932 — RJ
(Registro nº 90.0013704-7)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Costa Lima*

Rectes.: *Cláudio Vieira e outros*

Recdo.: *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*

Pactes.: *Cláudio Vieira, Celso Roberto Dias Mendes e Fernando Passos Domingues*

Advogado: *Dr. Mario Any Cury*

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. RECURSO DE *HABEAS CORPUS*. FLAGRANTE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL.

I — Possível irregularidade na realização das prisões em flagrante não é causa para o trancamento da ação penal, se a denúncia descreve crime em tese e aponta a atividade de cada um dos denunciados, permitindo-lhes defenderem-se amplamente.

II — Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 17 de dezembro de 1990 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente. Ministro COSTA LIMA, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LIMA: A espécie refere-se a recurso ordinário de *habeas corpus* interposto por CLÁUDIO VIEIRA, denunciado como incurso nas penas do art. 12 da Lei nº 6.368/76, CELSO ROBERTO DIAS MENDES e FERNANDO PASSOS DOMINGUES, ambos denunciados como infratores do art. 14 do mesmo diploma legal, visando a reforma do v. acórdão denegatório do *writ* (fls. 36/37), proferido pela Colenda Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que assim fundamentou sua decisão:

> "O Dr. Procurador de Justiça opinou pela denegação em Parecer que se acolhe. Realmente, pouco importa que a assinatura do advogado não conste da cópia do auto de prisão em flagrante. Além disso, estando soltos, aquela peça não gerou qualquer constrangimento ilegal.
>
> O trancamento da ação penal é pretensão absolutamente inviável. O Dr. Promotor de Justiça ofereceu denúncia acusando os pacientes de traficarem entorpecente e não se pode impedir que o Ministério Público procure fazer a prova do alegado." (fls. 36/37).

Em suma, pretendem os recorrentes o trancamento da ação penal, sustentando que a denúncia se apoiou em flagrante nulo, por ter sido preparado pelos policiais e pelos réus não terem sido informados de seus direitos.

O Dr. VICENTE DE PAULA SARAIVA, ilustrado Subprocurador-Geral da República, opina pelo desprovimento do recurso, resumindo seu entendimento neste verbete:

> "RO em HC. Materialidade e autoria inequívocas. Impropriedade do *Habeas Corpus* para trancar a ação penal. Justa causa para o oferecimento da denúncia.
>
> Desprovimento do Recurso." (fl. 64)

Relatei.

VOTO

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. RECURSO DE *HABEAS CORPUS*. FLAGRANTE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL.

I — Possível irregularidade na realização das prisões em flagrante não é a causa para o trancamento da ação penal, se a denúncia descreve crime em tese e aponta a atividade de cada um dos denunciados, permitindo-lhes defenderem-se amplamente.

II — Recurso improvido.

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LIMA (Relator): 1. A discussão em torno do flagrante é despicienda, uma vez que, ao encaminhar a denúncia o Dr. Promotor de Justiça pediu o relaxamento das prisões dos denunciados, reconhecendo a irregularidade das custódias. E os pacientes estão sendo processados em liberdade.

2. Sustenta nas suas razões, no entanto, o ilustre advogado recorrente:

> "Por fim, ainda, a EMENTA projetada, por sua vez, não retrata o julgamento feito uma vez que a expressão "denúncia regularmente oferecida", pode, até, se referir sob o seu aspecto de forma, mas quanto ao aspecto de fundo, o que motiva a ação penal, a mesma foi irregularmente oferecida, apoiada "num flagrante preparado" onde toda sorte de inconstitucionalidade foi cometida." (fls. 46/47).

E acrescenta:

> **"Se o flagrante é nulo,** conforme detectou o Fiscal da Lei, tudo o mais o será, *primo* porque as peças que serviram à acusação, tidas depoimentos dos policiais, se revestem de inverdades e carentes que são de idoneidade jurídica processual para serem cridos; *secondo*, porque o que consta como "confissões", verdadeiras auto-acusação dos pacientes não foram feitas pelos recorrentes; e *tertius* porque não lhes foi dado o direito de se comunicarem com seus advogados e com seus familiares, em flagrante desobediência a mandamento constitucional." (fl. 48).

3. A denúncia, que se encontra reprografada nas fls. 27/29 descreve com minúcias o fato delituoso; refere qual a atividade desenvolvida por cada um dos acusados, desde o contacto telefônico feito por um poli-

cial, e as diligências desenroladas em diversos locais com a apreensão da droga.

Ora, se o flagrante é irregular como reconheceu o órgão do Ministério Público e em decorrência do que o paciente responde ao processo solto, esse fato não invalida o oferecimento da denúncia. Basta atentar-se, por exemplo, para o fato de que se uma pessoa acusada de assassinar outra, resta presa em flagrante, mas é posta em liberdade, a seguir, por nulidade da prisão, o fato principal, o delito, apenas por essa nulidade, deixa de existir? Evidentemente que não. A irregularidade ou a nulidade da prisão do acusado de praticar um crime não é causa excludente de ilicitude.

Aos pacientes é imputada a prática de delitos em tese capitulados nos artigos 14 e 12 da Lei nº 6.368/76. Se são inocentes, isso somente a sentença de mérito o dirá.

4. Temos nesta 5ª Turma, em casos especiais, decidido que para se vencer a ilegalidade e se concluir sobre a atipicidade é, em certa medida, impossível chegar-se sem o exame da prova trazida pela acusação. Jamais perquirir e comparar provas apresentadas pelo Ministério Público e a Defesa (RHC nº 758-CE, julgados a 05.11.90).

5. Entretanto, temos decidido que se tranca a ação penal por meio do *habeas corpus* quando das investigações, às claras, conclui-se que os acusados não praticaram qualquer infração penal (RHC nº 637-PR, julgado em 18.06.90).

6. Não é isso o que se vê nos autos. Apenas insiste a impetração que, irregulares tendo sido as prisões, a ação penal ressente-se de base.

À vista do exposto, nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 932 — RJ — (90.0013704-7) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Costa Lima. Rectes.: Cláudio Vieira e outros. Recdo.: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Pactes.: Cláudio Vieira, Celso Roberto Dias Mendes e Fernando Passos Domingues. Adv.: Dr. Mário Any Cury.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 17-12-90 — 5ª Turma).

Votaram de acordo os Srs. Mins. Assis Toledo, Edson Vidigal e José Dantas. Ausente o Sr. Min. Flaquer Scartezzini. Presidiu o julgamento o Sr. Min. JOSÉ DANTAS.

RECURSO DE *HABEAS CORPUS* Nº 1.206 — SP
(Registro 9186088)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro William Patterson*
Recorrente: *Vera Regina de Almeida Braga*
Recorrido: *Tribunal Regional Federal da 3ª Região*
Paciente: *Ronaldo Luiz Mascato Borges ou Ronaldo Luiz Moscato Borges*

EMENTA: PENAL. RECEPTAÇÃO. DESCAMINHO. OCORRÊNCIA.

A receptação (art. 180, do CP) configura-se mesmo que a coisa adquirida seja produto de crime não classificado como de natureza patrimonial, motivo pelo qual há de se entender tipificada a infração quando o bem é produto de descaminho.

Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, em 04 de junho de 1991 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Leio às fls. 52/54 o relatório da lavra do eminente Juiz Dr. Aricê Amaral, do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que expõe, minuciosamente, a matéria discutida nestes autos, *verbis*:

"A Advogada Vera Regina de Almeida Braga e os estagiários Marcelo Bueno Gaia e Eduardo Martines Júnior impetram

ordem de *habeas corpus* em favor de Ronaldo Luiz Mascato Borges, objetivando o trancamento da ação penal a que responde perante o Juízo Federal da 11ª Vara de São Paulo, como incurso no artigo 180, *caput*, do Código Penal, eis que o paciente não praticou o ilícito penal que lhe é imputado.

Na inicial dizem que o paciente adquiriu um bem (motocicleta) de origem estrangeira, introduzido clandestinamente no território nacional por outra pessoa.

Com esteio no sistema penal vigente sustentam que o crime de receptação inscreve-se entre os crimes patrimoniais, cujo bem juridicamente tutelado é o patrimônio.

Como o delito anterior, contrabando ou descaminho, não protege bens patrimoniais do Estado, mas, sim, a evasão de rendas, entendem que a conduta do paciente não se adequa ao fato-tipo descrito no artigo 180 do Código Penal, pois ele não cometeu qualquer crime contra o patrimônio.

Diante da inexistência do crime, pretendem a concessão da ordem, em face do manifesto constrangimento ilegal que padece o paciente.

Requisitadas as informações, prestou-as o MM. Juiz Federal da 11ª Vara de São Paulo, dizendo, em resumo, que a lei deferiu ao Juiz o poder de verificar, no curso da instrução, do acerto ou não da tipificação contida na denúncia.

Acrescenta, a seguir, que o crime de receptação se tipifica independentemente da coisa adquirida ser produto de crime contra o patrimônio ou de crime que atinja outra objetividade jurídica.

Nesse sentido, anota que a doutrina e a jurisprudência admitem, pacificamente, que o contrabando ou descaminho possam figurar como crime pressuposto de receptação.

Com as informações, vieram os documentos de fls. 20/39.

O douto Procurador da República, Dr. Antônio Augusto Cesar, em seu parecer de fls. 40/48, escudado na doutrina e na jurisprudência, sustenta que a topologia do crime anterior é de todo irrelevante para a caracterização de receptação, no que concluiu opinando pela denegação do pedido."

Indeferida a ordem pela 2ª Turma daquela Corte, recorreu a Impetrante oferecendo as extensas razões de fls. 67/72, com as quais procura elidir os argumentos que conduziram à denegação do *writ*.

Com as contra-razões de fls. 85/91, subiram os autos a esta instância, onde o MPF, condignamente representado pelo Dr. Raimundo Francisco Ribeiro De Bonis, em exercício na Subprocuradoria-Geral da República, opinou pelo desprovimento do recurso interposto (fls. 95/97).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: A impetração objetiva ver descaracterizada a figura penal da receptação (art. 180 do CP) ao fundamento de que esta só alcança delitos de natureza patrimonial, circunstância que não ocorre no contrabando ou descaminho.

O equívoco é manifesto. A doutrina e a jurisprudência, embora inicialmente vacilantes, congregam, atualmente, opinião uniforme em sentido oposto.

Vale pôr em destaque esses registros de Damásio de Jesus (*in* "Código Penal Anotado", 1989, pág. 525):

> "Natureza do crime anterior.
>
> Não é preciso que seja contra o patrimônio. Assim, o sujeito pode adquirir objeto material de peculato, que não constitui delito contra o patrimônio. Nesse sentido: RT 441/242 e 565/407; RTJ 102/610. Contra: TACRIMSP 456.089, RT, 621/331."

O próprio voto condutor do v. acórdão recorrido dá notícia de outras decisões, no mesmo sentido, oriundas do Supremo Tribunal Federal e do extinto Tribunal Federal de Recursos. É ler-se:

> "A propósito, o inesquecível CELSO DELMANTO, *in* "Código Penal Comentado", Freitas Bastos, 1986, p. 326, anota:
>
> "Objeto material: a receptação pressupõe que seu objeto material seja produto de crime, compreendendo-se na expressão qualquer crime (STF, RHC 59.951, RTJ 102/610 e RT 565/407)".
>
> MÁRCIA DOMETILA LIMA DE CARVALHO, em preciosa obra que tem por título "Crimes de Contrabando e Descaminho", Saraiva, 2ª ed., 1988, p. 96, traz à colação julgado do extinto Tribunal Federal de Recursos, assim ementado:
>
> EMENTA: Criminal. Descaminho. Desclassificação para receptação, com resguardo da defesa do agente. Pratica receptação quem adquire, para uso próprio e sem fina-

lidade de revenda, mercadoria estrangeira que sabe ser produto de crime ou descaminho. Precedentes do Tribunal Federal de Recursos." (Publicado no DJ, 18 de junho de 1980).

Como se não bastasse, a orientação doutrinária dá amplo respaldo ao entendimento, com se vê, por exemplo, na lição de Magalhães Noronha, segundo o qual nada impede que a receptação seja produto de várias espécies de crimes, entre outros, os elencados por Heleno Cláudio Fragoso, aí incluído o contrabando (Direito Penal, vol. 2, pág. 108). Emoldurando essa linha conceptiva, encontra-se o ensinamento do Mestre Nelson Hungria, citado no aresto, *verbis*:

> "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 o crime *a quo* (strabfar Vortat): pode ser pressuposto dela todo crime que haja proporcionado ao seu autor um proveito econômico, que vem a ser consolidado ou assegurado, *animo lucrandi*, pelo receptador. Não somente o furto, 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". ("Comentários ao Código Penal", vol. VII, Forense, 3ª ed., 1967, p. 302).

Surpresa, para mim, será encontrar posicionamento diverso, diante da clareza do texto repressivo (art. 180, do CP), onde se prescreve que basta a aquisição, recebimento ou ocultação, em proveito próprio ou alheio, de coisa que se sabe produto de crime, sem distinção de qualquer espécie. A atuação delituosa, a que remete a norma, é genérica, não cabendo ao intérprete, alterar o sentido do preceito, de sorte a limitá-lo aos crimes patrimoniais.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 1.206 — SP — (9186088) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro William Patterson. Recte.: Vera Regina de Almeida Braga. Recdo.: Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Pacte.: Ronaldo Luiz Mascato Borges ou Ronaldo Luiz Moscato Borges.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (04.06.91 — 6ª Turma).

Votaram os Senhores Ministros José Cândido, Carlos Thibau e Costa Leite. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.

♦

RECURSO DE *HABEAS CORPUS* Nº 1.207 — SP
(Registro nº 91.8609-6)

Relator: *O Sr. Ministro Assis Toledo*
Recorrente: *Vicentina Valinote*
Recorrido: *Tribunal Regional Federal da 3ª Região*
Paciente: *Vicentina Valinote*
Advogado: *Dr. Romeu Falconi*

EMENTA: PENAL. FALSIFICAÇÃO E SONEGAÇÃO FISCAL.

O *falsum* destinado exclusivamente a suprimir ou reduzir tributos não constitui crime autônomo diferente da sonegação fiscal. Tendo sido, entretanto, falsificados pelo agente da sonegação recibos de terceira pessoa que, em razão disso, foi injustamente envolvida em procedimento fiscal, a existência desta segunda vítima possibilita a caracterização do delito de falsificação documental (art. 298) ou o aditamento da denúncia para a descrição de alguma lesão patrimonial.

Extinta a punibilidade do delito de sonegação fiscal, pela prescrição, declara-se a incompetência da Justiça Federal e determina-se a remessa dos autos à Justiça Estadual para prosseguir em relação aos fatos remanescentes.

Recurso de *habeas corpus* provido parcialmente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso e decretar a extinção da punibilidade do crime de sonegação fiscal pela prescrição da pretensão punitiva, determinando a remessa dos autos da ação à Justiça Estadual de origem, para apreciação dos crimes remanescentes, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 03 de junho de 1991 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente. Ministro ASSIS TOLEDO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: O egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região negou ordem de *habeas corpus* pelas seguintes razões expostas no douto voto acolhido por unanimidade:

> "O EXMO. SR. JUIZ ARICÊ AMARAL: A denúncia deflagradora da ação penal, em que a paciente figura como ré, foi posta nos seguintes termos — fls. 02/03:
>
> > "Consta do incluso inquérito que, durante o ano de 1979, a Dra. Vicentina Valinote, cirurgiã-dentista, forneceu a vários pacientes recibos de honorários profissionais em nome de sua colega Dra. Lúcia Salles de Faria Belliboni, falsificando-lhe a assinatura.
> >
> > Tal artifício tinha por finalidade diminuir sua própria receita contábil, sem que os clientes fossem prejudicados. Entretanto, o aparecimento desses recibos fez com que a Receita Federal entendesse ter Lúcia Salles omitido rendimentos e lançasse uma notificação suplementar. Lúcia estranhou o fato e, ao conferir a relação dos supostos abatedores que haviam utilizado seus recibos, percebeu que não haviam sido seus clientes, requerendo a instauração de inquérito policial.
> >
> > O laudo de fls. 256/266 comprovou a falsificação das assinaturas de Lúcia por Vicentina.

Isto posto, denuncio VICENTINA VALINOTE, qualificada às fls. 203, como incursa no artigo 171, § 3º, do Código Penal e requeiro seja processada na forma da lei."

Os impetrantes pretendem o trancamento da ação penal, por inépcia da denúncia, ao argumento que, se crime houvesse a punir, seria o de sonegação fiscal e não o de estelionato, porquanto este — estelionato — teria sido apenas o meio para se alcançar o fim desejado, ou seja, a sonegação fiscal.

Por oportuno, da impetração leio — fls. 6:

"No caso em tela, a sonegação abrange as demais condutas, deslocando-as para a esfera do *iter criminis*. Como ademais disso, prevalecerá a ilicitude contida no artigo 1º da lei especial (4.729/65) sobre essa figura do estelionato aqui pretendida".

Diante das alegações dos impetrantes, insta saber, em face do princípio da especialidade, se *in casu* a norma especial prefere à norma geral.

Nesse preciso sentido, Damásio Evangelista de Jesus adverte: "a prevalência da norma especial sobre a geral se estabelece *in abstracto*, pela comparação das definições abstratas contidas nas normas" ("Direito Penal", 1º vol., Saraiva, 13ª ed., 1988, p. 95).

Como os impetrantes não indicaram, entre os diversos tipos descritos nos incisos do artigo 1º da Lei nº 4.729/65, aquele em que arrima a prevalência da norma especial sobre a norma geral, imprescindível se faz, para o necessário confronto, que se ponham em destaque as citadas normações.

A Lei nº 4.729, de 14.07.65, em seu artigo 1º, dispõe: "Constitui crime de sonegação fiscal: I — prestar declaração falsa ou omitir, total ou parcialmente, informação que deva ser produzida a agentes das pessoas jurídicas de direito público interno, com a intenção de eximir-se, total ou parcialmente, do pagamento de tributos, taxas e quaisquer adicionais devidos por lei; II — inserir elementos inexatos ou omitir rendimentos ou operações de qualquer natureza em documentos ou livros exigidos pelas leis fiscais, com intenção de exonerar-se do pagamento de tributos devidos à Fazenda Pública; III — alterar faturas e quaisquer documentos relativos a operações mercantis com o propósito de fraudar a Fazenda Pública; IV — fornecer ou emitir documentos graciosos ou alterar despesas, majorando-as, com o

objetivo de obter dedução de tributos devidos à Fazenda Pública, sem prejuízo das sanções administrativas; V — exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte da paga, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida do Imposto sobre a Renda como incentivo fiscal".

A seu turno, o Código Penal, em seu artigo 171, § 3º, dispõe: "Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento". O § 3º reza: "A pena aumenta-se de um terço, se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência".

Do confronto e da análise acurada das entidades criminais definidas nos incisos I *usque* V do artigo 1º da lei especial com a norma descritiva do estelionato (Código Penal, artigo 171), exsurge à evidência que as normas tipificadoras do crime de sonegação fiscal, em suas várias modalidades, não se ajustam à definição legal contida no artigo 171 do Estatuto Repressivo, diante dos fatos narrados na denúncia.

Demais disso, não há que se falar que aquele que "fornecer ou emitir documentos graciosos ou alterar despesas, majorando-as, com o objetivo de obter dedução de tributos devidos à Fazenda Pública...", comete o mesmo crime daquele que "obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo em erro, mediante artifício...".

Com efeito, no caso concreto, é de se ver que a paciente não forneceu ou emitiu documentos graciosos, nem alterou despesas, majorando-as. Pelo contrário, da denúncia emerge que a paciente forneceu recibos de honorários profissionais em nome de outra pessoa, mediante falsificação de assinatura, visando reduzir sua receita fiscal.

Forçoso, pois, se reconhecer que, na espécie, a norma especial não absorveu e, por conseqüência, não excluiu a norma geral definidora do crime de estelionato.

Logo, o crime, em tese, de estelionato não foi absorvido pelo crime de sonegação fiscal, como pretendem os impetrantes.

Por derradeiro, é inquestionável que a peça acusatória descreveu fatos que caracterizam a ação delitiva prevista no artigo 171, § 3º, do Código Penal.

De conseguinte, por não ser inepta a denúncia, rejeito o pedido de trancamento da ação penal.

Ante o exposto, denego a ordem." (Fls. 63/67).

Inconformada, recorre a paciente, pelos seus advogados, reiterando as alegações da inicial.

Preliminarmente, põe em destaque a desigualdade de tratamento em relação à paciente e impugna juntada de parecer do Ministério Público, na instância originária, a seu ver intempestivo.

No mérito, insiste na capitulação do fato objeto da denúncia nos incisos I e II do art. 1º da Lei nº 4.729/65, não na figura do estelionato, caso em que ocorreria a prescrição. Mas, se assim não se entender, que se reconheça a incompetência da Justiça Federal.

Nesta instância, a Subprocuradoria-Geral da República, em parecer da Dra. Railda Saraiva, opinou pelo improvimento nestes termos:

"2 — Pretende a recorrente, por via de *habeas corpus*, eximir-se de ação penal que lhe foi movida pelo Ministério Público Federal, sob a alegação de inépcia da denúncia, vez que o fato descrito na peça acusatória não se ajustaria ao tipo legal do art. 171, § 3º, do Código Penal, como ali indicado, e sim a dispositivos de lei especial que definem a sonegação fiscal.

3 — Ressalta que os fatos objeto da denúncia ocorreram em 1979, sendo que a denúncia só foi oferecida em 1989. Assim, a capitulação, que julga correta, na lei especial (4.729/65) acarretaria, necessariamente, o reconhecimento da prescrição, evitando-se o constrangimento a que vem sendo submetida, e que reputa ilegal.

4 — Parece-me improcedente a alegação de inépcia da denúncia. Os fatos ali descritos, e cuja autoria é imputada à paciente, constituem crime em tese.

Aliás, a paciente não nega a autoria daqueles fatos nem recusa sua ilicitude.

5 — Inexistente, portanto, ilegalidade ou abuso no recebimento da denúncia.

Eventual erro de capitulação do delito descrito não é de ser corrigido pelo Juiz logo ao recebimento da denúncia, mormente quando os fatos ali descritos indicam a necessidade de prova pericial, ouvida de testemunhas e exame de vários documentos, muitos deles apresentados diante de órgão público, e que são ditos falsos.

6 — Da denúncia questionada decorrem vários aspectos de ilicitude, englobando o *falsum*, o uso de documento falso, a obtenção de vantagem indevida em prejuízo de terceiros e a lesão ao Fisco.

Prudente, pois, me parece a posição do Julgador monocrático, aguardando o desenrolar da instrução criminal, para seu melhor convencimento.

7 — Merece mantido o v. aresto recorrido, denegando-se a ordem." (Fls. 84/85).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): A denúncia atribui à paciente falsificação da assinatura de uma colega de consultório, em recibos de honorários profissionais, com o objetivo de diminuir a própria receita contábil "sem que clientes fossem prejudicados", fato que acarretou procedimento fiscal contra a colega cuja assinatura fora falsificada. Esta, para se defender, requereu instauração de inquérito policial, que afinal revelou a trama.

Há, pois, nessa sucinta descrição duas vítimas: a União Federal, lesada no imposto de renda, e a colega dentista que se viu envolvida em procedimento fiscal, por ter tido sua assinatura falsificada em vários recibos.

A denúncia optou pela capitulação no estelionato. É discutível essa opção, já que o estelionato é crime patrimonial e, no caso, a denúncia objetiva pelos seus termos uma hipótese evidente de evasão tributária. Por outro lado, a recente Lei nº 8.137, de 27.12.90, em seu art. 1º, III, reforça o entendimento da impetração de que o *falsum* destinado a suprimir ou reduzir tributos não constitui crime autônomo, diferente da sonegação fiscal. É certo que não se pode, ante as peculiaridades do caso e a existência de vítima, excluir, desde logo, a possibilidade de desclassificação para falsificação documental (art. 298), não capitulada, mas descrita na denúncia. Por último, é ainda possível o aditamento da denúncia para descrição de alguma lesão patrimonial a vítimas particulares.

Posta a questão nesses termos, conclui-se: o crime de sonegação fiscal, lesivo à União, está evidentemente prescrito, tanto que nem foi capitulado na denúncia; o fato remanescente — falsificação de recibos da colega de consultório — seja crime de falsificação, seja de estelionato

(se apurada alguma lesão patrimonial) só pode ter como vítima a lesada, isto é, uma pessoa física, não a União, hipótese em que não se explica a competência da Justiça Federal, tal como se sustenta no recurso.

Ante o exposto, dou provimento parcial ao recurso para, declarada a extinção da punibilidade pela prescrição, em relação a sonegação fiscal, referente ao ano base de 1979, determinar o retorno dos autos à Justiça estadual comum, onde deverá ter prosseguimento como de direito, em relação aos fatos remanescentes, já que, da promoção do Ministério Público, de 15.02.83, requerendo a remessa do inquérito à Justiça Federal, não se infere pedido de arquivamento.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 1.207 — SP — (91.8609-6) — Rel.: O Sr. Ministro Assis Toledo. Recte.: Vicentina Valinote. Recdo.: Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Pacte.: Vicente Valinote. Adv.: Dr. Romeu Falconi.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso e decretou a extinção da punibilidade do crime de sonegação fiscal pela prescrição da pretensão punitiva, determinando a remessa dos autos da ação à Justiça Estadual de origem, para apreciação dos crimes remanescentes (em 03.06.91 — 5ª Turma).

Os Srs. Ministros José Dantas, Flaquer Scartezzini e Costa Lima votaram com o Relator. Ausente o Sr. Min. Edson Vidigal. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

♦

RECURSO DE *HABEAS CORPUS* Nº 1.227 — PR
(Registro nº 91.0009700-4)

Relator: *O Sr. Ministro José Dantas*
Recorrente: *Marco Antônio Pereira Mascarenhas*
Recorrido: *Tribunal de Alçada do Estado do Paraná*
Paciente: *Marco Antônio Pereira Mascarenhas*
Advogada: *Dra. Sílvia Carneiro Leão*

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. CITAÇÃO EDITALÍCIA.

Nulidade. À míngua de diligência do Oficial de Justiça, na procura, *in loco*, do citando no endereço constante dos autos, embora louvada a certidão negativa numa antiga informação do inquérito policial, nula resulta a revelia decretada a título da citação-edital.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, para conceder a ordem e anular o processo a partir da citação, inclusive, determinando a soltura do paciente, se por *al* não deva permanecer preso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 17 de junho de 1991 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: O paciente foi condenado (fls. 83/85) ao cumprimento da pena de reclusão de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses, pela prática do crime definido no artigo 171, *caput*, do Código Penal, por haver comprado dois relógios, pagando-os com cheque emitido quando já encerrara a sua respectiva conta corrente.

Pediu *habeas corpus* ao fundamento de que o processo condenatório continha nulidades absolutas, a saber: citação editalícia irregular, defesa dativa ineficiente e, ainda, negativa do direito de recorrer em liberdade.

Quanto à irregularidade da citação, o v. acórdão da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, lavra do MM. Juiz Ângelo Zattar, denegou a ordem à unanimidade, com estas considerações:

> "2. A autoridade policial diligenciou por diversas vezes com o objetivo de colher as declarações do paciente, no endereço

indicado pela vítima, Rua João Gualberto, nº 2.005, Bairro Juvevê, nesta cidade, recebendo, contudo, a informação do proprietário do imóvel respectivo, o irmão do paciente, de que há mais 30 (trinta) dias este não mais residia naquele local, tendo tomado rumo incerto e não sabido (fls. 23 vº e 24).

Por isto, constou do mandado de citação ser sua residência ignorada, certificando o Oficial de Justiça, depois de diligenciar (fls. 43 vº), achar-se ele em lugar incerto e não sabido, procedendo-se, então, a sua citação por edital.

Não há nenhuma irregularidade no procedimento, porque efetivamente o paciente se encontrava em lugar incerto e não sabido. Exite a certeza da veracidade desta assertiva, já que, inclusive, a impetrante não instruiu a petição inicial com documento provando a residência do paciente na época do ato impugnado.

Ora, a finalidade da certidão do Oficial de Justiça é a de firmar-se a presunção relativa de que o citando dirigiu-se para local desconhecido. Logo, no caso dos autos não há esta presunção, mas, sim, conforme acima exposto, a certeza de que se achava, naquela oportunidade, em lugar incerto e não sabido." (fls. 111).

Daí o presente recurso, com os mesmos fundamentos da inicial.

O parecer do Ministério Público Federal, lavra da Subprocuradora-Geral, Áurea Lustosa, é pela recusa das argüições de cerceamento de defesa e do direito de recorrer em liberdade, mas pelo acatamento da nulidade da citação editalícia, dado que, em síntese, diligência não houve por parte do Oficial de Justiça para localização do citando, senão que:

"Da Denúncia **não constava o endereço do Réu.**

Do inquérito Policial constava o endereço Av. João Gualberto nº 2.005, Juvevê, havendo sido expedida certidão pelo Escrivão de Polícia de não haver sido encontrado o mesmo no endereço (fls. 24).

Expedido Mandado de Citação, de fls. 43 (35 autos originais) consta:

"Mandado de citação

.....

Acusado(s): (nome, RG. ...)

MARCO ANTONIO PEREIRA MASCARENHAS, brasileiro, 27 anos, de profissão ignorada, filho de João Jorge

Mascarenhas e Elva Aracy Pereira Mascarenhas, de **residência ignorada.**" (Destacamos)

A fls. 43 v. (35 v. dos autos originais), certificou o Oficial de Justiça:

"(...) DEIXEI DE CITAR...

porque não consta o endereço no presente mandado (...)"

Em hipótese idêntica — réu qualificado indiretamente no Inquérito Policial — sem a prova através de certidão do oficial de justiça e da ausência do réu — prematura a citação por edital — foi decretada a nulidade.

Assim, Fernando de Almeida Pedroso — **Processo Penal — O Direito de Defesa: Repercussão, Amplitude e Limites**, RJ, Forense, 1986, nota 276, pág. 142, citando decisões anotadas por Damásio E. de Jesus — **Código de Processo Penal**. Anotado, comentário do art. 361 do CPP.

Confirmando:

— HC nº 123.878 (TJSP), Rel. Mendes França, RT 478/28;

— HC nº 88.443 (TJSP), Rel. Virgílio Manente, RT 382/69;

— HC nº 35.566 (TACrSP), Rel. Toledo de Assumpção, RT 439/398;

— ApCr nº 18.484 (TACrSP), Rel. Paulo Bueno, RT 419/281.

Acrescentando à enumeração, da Edição de 1989 consta, também:

— Ap nº 399.921-0 (TACrSP), Rel. Juiz P. Costa Manso, RT 608/350.

O Eg. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em Acórdão proferido na Revisão Criminal nº 90.01.07104-0-DF, Rel. Juiz Fernando Gonçalves, DJ 22.10.90, assim decidiu ementa, *verbis*:

"REVISÃO CRIMINAL. CITAÇÃO POR EDITAL EM VIRTUDE DE SIMPLES INFORMAÇÃO SEM EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA.

— **É presumido o prejuízo para a defesa do réu, citado por edital, quando dos autos consta seu endereço** em outra unidade da federação. Neste caso, impõe-se, a teor do art. 353, do CPP, a expedição de carta precatória para sua citação." (grifamos)

Tratando-se de citação inicial, absoluta a sua nulidade — por ser o prejuízo presumido." (fls. 138/140).

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhores Ministros, conquanto se saiba que o diligenciamento exigido do Oficial de Justiça se basta pela certificada verificação *in loco* de não mais residir o citando no endereço fornecido no inquérito policial, sabe-se, porém, que ao dito diligenciamento não corresponde a simples certificação daquela ausência informada pela autoridade policial, mas nunca verificada pessoalmente pelo meirinho.

Para o caso, essa asseveração distintiva serve de reparo ao v. acórdão recorrido, porquanto, ao que se viu do relatório, o Oficial mais não diligenciou a procura do réu, senão que em louvar-se na afirmação do agente policial que procurara o indiciado no endereço fornecido e ali não o encontrara, não sabendo de seu paradeiro os familiares informantes.

Ora, a fé pública merecida pela certidão do Oficial de Justiça, evidentemente não condiz com o registro de informação obtido por terceiros, pois que a verdade que dela se presume deve resultar de verificação pessoal do fato certificado. Desse modo, até podia ser verdadeiro o dado policial constante do inquérito, mas a citação jamais podia escapar à diligência pessoal do cumprimento do mandado citatório, só então se inteirando de fé pública a certidão negativa da localização do réu naquele endereço constante do inquérito.

Por outro lado, a ineficácia da discutida certidão não se releva pela circunstância de não provar documentalmente o impetrante que ali residia o réu, ou que agora resida no novo endereço dado na inicial. De fato, no interesse da legalidade da citação-edital, o que se reclama é motivação legal para a pressuposta frustração da citação pessoal, e disso não fez fé a certidão do meirinho.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso para conceder a ordem e anular o processo a partir da citação, inclusive.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 1.227 — PR — (91.0009700-4) — Relator: O Sr. Ministro José Dantas. Recorrente: Marco Antônio Pereira Mascarenhas. Recorrido:

Tribunal de Alçada do Estado do Paraná. Paciente: Marco Antônio Pereira Mascarenhas (réu preso). Advogada: Dra. Sílvia Carneiro Leão.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, para conceder a ordem e anular o processo a partir da citação, inclusive, determinando a soltura do paciente, se por *al* não deva permanecer preso (em 17.06.91 — 5ª Turma).

Votaram de acordo os Srs. Ministros Flaquer Scartezzini, Costa Lima, Assis Toledo e Edson Vidigal. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

♦

RECURSO DE *HABEAS CORPUS* Nº 1.236 — RJ
(Registro nº 91.0010556-2)

Relator: *O Sr. Ministro José Dantas*
Recorrentes: *José Cláudio Marques Barboza e outro*
Recorrido: *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*
Paciente: *Marco Aurélio da Silva Cordeiro*

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO POLICIAL. BUSCA E APREENSÃO.

***Mandado judicial.* Alertada por *notitia criminis* oriunda de órgão *policial militar*, não macula a busca e apreensão o cumprimento do respectivo mandado judicial pelo mesmo órgão, tanto mais que se seguiu a regular instauração do inquérito pela *polícia civil*, à qual foram entregues os bens apreendidos.**

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 26 de junho de 1991 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Trata-se de *Habeas Corpus* denegado em escusas à alegada nulidade do mandado judicial de busca e apreensão de mercadoria e valores sob suspeita de furto; nulidade que residiria no fato da diligência ter sido cumprida por policiais militares e não pela polícia civil; via de conseqüência, nulo também se escusaria qualquer inquérito instaurado com base naquela apreensão ilegalmente feita na residência do paciente.

Denegou-se a ordem, ao fundamento da legitimidade do malsinado mandado judicial (CF, art. 144, e CPP, art. 6º, III), posto tratar-se de atividade investigatória visando à manutenção da segurança pública (fls. 43).

Seguiu-se o presente recurso, apoiado nesta instância pelo Ministério Público Federal, pelo argumento da ilegal invasão da esfera exclusiva de competência da Polícia Civil para **apuração de infrações penais** (fls. 54/58).

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhores Ministros, tenha-se presente a informação do juiz impetrado, sobre as circunstâncias em que se deu a discutida apreensão. Ei-la:

> "Em 17 de abril passado recebi ofício do Comando do 11º Batalhão de Polícia Militar solicitando expedição de mandado de busca e apreensão na residência do paciente, apresentando a digna autoridade requerente os motivos justificadores da medida.
>
> Entendendo serem justos tais motivos, mesmo porque sobre o Paciente recaíam suspeitas de que tinha em sua posse objetos e valores provenientes de furtos, acolhi a solicitação, determinando fosse expedido o mandado.
>
> Cumprida a diligência, foi este Juízo noticiado do seu resultado, sendo no local apreendidos vários objetos, inclusive certa quantia em dólares americanos, tudo indicando que de origem ilícita.

Questionam os impetrantes sobre a ilegalidade do ato.

Sabe-se que à Polícia Militar deste Estado compete o policiamento ostensivo posto para prevenção e repressão ao crime. Além disso, criou-se no âmbito da Polícia Militar a Segunda Seção, que se constitui num grupo de serviço reservado, cuja tarefa é a de proceder também investigação, colaborando diretamente com a Polícia Judiciária.

Tanto que, efetuada a diligência sobre a qual se insurgem os Impetrantes, imediatamente foi dado conhecimento à autoridade policial, a quem foram apresentados todos os elementos colhidos, inclusive os objetos apreendidos." (fls. 19/20).

A partir desses dados, terminados pela notícia da imediata entrega dos objetos e valores à polícia civil incumbida da apuração da suspeitada infração penal, não vejo porque reputar imune o paciente ao regular inquérito policial, só porque a persecução teve origem em autorização judicial diligenciada por policiais militares. No ponto, louvo-me no excelente parecer do Ministério Público local, deste teor:

"6. O que transparece da impetração é o objetivo não de **Trancar** e sim de **Truncar** toda e qualquer providência que vise a apurar a responsabilidade, ou eventual responsabilidade criminal do paciente, decorrente da posse daqueles objetos, ditos como produto de roubo, encontrados no interior de sua residência e encontrados graças à diligente e oportuna iniciativa do Comando do 11º BPM.

7. A demarcação em sede constitucional, das atribuições das polícias militar e civil não se presta a inibi-las de sua função maior, de combate ao crime, e não desconstitui a **investigação** como atividade **estatal** da *persecutio criminis*. As polícias são de igual modo o braço do Estado, e não podem se furtar a propiciar-lhe os meios ao seu alcance para consecução de seus fins.

8. O Juiz, no caso, recebeu uma *notitia criminis,* ficando até obrigado a proceder como procedeu, sob pena de pecar por omissão imperdoável, e de conseqüências irreparáveis. Não há, pois, que se discutir a menor, ou seja, sobre categoria profissional das polícias, "competência" ou função das mesmas. Importante assinalar é que o mandado em tela se apresente formal, substancial e materialmente perfeito. É válido, pois.

9. Embora não sendo o *Habeas Corpus* a via própria para o questionamento acerca do mandado de busca e apreensão, legitimamente realizado, não custa lembrar que o Juiz, deter-

minando a extração e o cumprimento do mesmo, agiu no exercício de suas funções, igualmente firmadas na lei.

10. Descabida, portanto, a sugestão de invasão da PM na área de atuação da polícia judiciária, não só porque, além dela, outros órgãos podem realizar procedimentos preparatórios de investigação (parágrafo único do art. 4º do CPP), como porque, na realidade, o que está sendo posta em cheque é a própria atividade jurisdicional, retratada na expedição do mandado por ordem do Juiz, que poderia e deveria tê-la ditado, ante as **fundadas razões** (art. 240 do CPP) que chegaram ao seu conhecimento." (fls. 28 e v).

Forrado por esse parecer, a mim parece que o v. acórdão atacado se mostra incensurável.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 1.236 — RJ — (91.0010556-2) — Relator: O Sr. Ministro José Dantas. Recorrentes: José Cláudio Marques Barboza e outro. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Paciente: Marco Aurélio da Silva Cordeiro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 26.06.91 — 5ª Turma).

Votaram de acordo os Srs. Ministros Flaquer Scartezzini, Costa Lima, Assis Toledo e Edson Vidigal. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

♦

RECURSO DE *HABEAS CORPUS* Nº 1.274 — MT
(Registro nº 91.11468-5)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Flaquer Scartezzini*

Recorrente: *José Xavier Silva*

Recorrido: *Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso*

Pacientes: *José Xavier Silva, Wilson Aparecido Garbelini, Helio Xavier da Silva, Ceni Antonio Ferronato, Izaias Cândido Batista, Anesio Xavier da Silva e Abelardo Xavier de Macedo*

EMENTA: RHC — INQUÉRITO POLICIAL — DELITOS IMPUTADOS A PROFISSIONAL DO DIREITO — MATÉRIA *SUB JUDICE* VERSADA EM AÇÃO CÍVEL ADEQUADA — CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

Verificado que a investigação e indiciamento em inquérito policial, de advogado, tem o fim precípuo de lhe denegrir a imagem e o afã indisfarçável de intimidar ou coagir, seu prosseguimento constitui constrangimento ilegal.

Se os fatos buscados apurar se encontram *sub judice* em ação própria, é ali que terão que ser deslindados, constituindo-se, a abertura de inquérito com a mesma finalidade, em subversão da ordem processual, passível de reparação via *habeas corpus*.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, a fim de determinar o trancamento do inquérito policial instaurado contra os pacientes, sem embargo de que, no curso da ação cível, surgindo provas concretas, possa o ilustre julgador determinar a instauração de novo procedimento penal, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 21 de agosto de 1991 (data do julgamento).

Ministro FLAQUER SCARTEZZINI, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Trata-se de recurso de *habeas corpus* impetrado por José Xavier Silva, em seu nome e de outros seis recorrentes, contra Acórdão proferido pela Eg. Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, visando trancar o inquérito policial instaurado para apuração de responsabilidades criminais relativas às figuras de estelionato, furto qualificado, esbulho possessório e formação de quadrilha.

A Eg. Câmara Criminal, ao entendimento de que, mesmo existindo ação cível em tramitação na Comarca, o simples indiciamento de uma das partes ali envolvidas, em inquérito policial, não constitui constrangimento ilegal a ser corrigido, por intermédio de *habeas corpus*, denegou a ordem.

As razões de recurso, que desta decisão advieram, são, em suma, as seguintes: a) impossibilidade de instauração de inquérito policial contra profissional de direito e seus clientes que obtiveram no Juízo Cível medidas liminares, contra o Banco Progresso S/A; b) terá o Banco que provar no Juízo Cível ser injusta a posse dos autores, inclusive de acordo com o art. 859 do CC, c) que a representação que o Banco do Progresso fez ao MM., no sentido de instauração de inquérito policial tem caráter de medida de pressão e intimidação; d) que aplicável ao caso o art. 524 do CC; e) que o direito dos autores está consubstanciado nos votos proferidos no v. acórdão; e, f) que pedem o trancamento do inquérito policial, fazendo cessar o constrangimento ilegal.

O Ministério Público opina pelo não conhecimento do recurso, pois trata-se de questão complexa, impossível de ser dirimida por esta via.

Já a douta Subprocuradoria-Geral da República opina no sentido do conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: RHC — INQUÉRITO POLICIAL — DELITOS IMPUTADOS A PROFISSIONAL DO DIREITO — MATÉRIA *SUB JUDICE* VERSADA EM AÇÃO CÍVEL ADEQUADA — CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

Verificado que a investigação e indiciamento em inquérito policial, de advogado, tem o fim precípuo de lhe denegrir a imagem e o afã indisfarçável de intimidar ou coagir, seu prosseguimento constitui constrangimento ilegal.

Se os fatos buscados apurar se encontram *sub judice* em ação própria, é ali que terão que ser deslindados, constituindo-se, a abertura do inquérito com a mesma finalidade, em subversão da ordem processual, passível de reparação via *habeas corpus*.

Recurso conhecido e provido.

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Senhores Ministros, inicialmente quanto ao conhecimento do recurso, vê-se que o acórdão foi publicado no DJ de 03/05/91 (Certidão de fls. 183v^{o}) e que a petição de recurso é de 13 do mesmo mês e ano (fls. 185), logo, tempestiva, com o que conheço do recurso.

No mérito, existem várias ações cíveis, em tramitação na Comarca de Sinop-MT, cujos impetrantes são os mesmos ora recorrentes.

Para melhor esclarecimento, reporto-me ao relatório do acórdão fustigado, que assim diz, *verbis:*

> "Alega o impetrante que fora constituído procurador judicial da empresa PIERIN E FILHO LTDA. Para patrocinar a defesa de seus interesses com referência a áreas de terras situadas em Sinop-MT; que ajuizou, no interesse do seu constituinte, uma série de medidas e ações possessórias, tendo logrado da justiça a proteção invocada, e que foram concedidas várias liminares em favor do seu constituinte; aduz que em razão de ter o paciente atuado com proficiência e competência, feriu os interesses do Banco Progresso e de Osvaldo San Martini que seriam portadores de títulos viciados e papéis falsificados; que na tentativa de se fazer prevalecer o interesse deles, entraram com a ação demarcatória cuja pretensão era desalojar os clientes do paciente porque na demarcatória a citação é editalícia. Entretanto, tendo ciência da demarcatória o douto advogado paciente entrara com Embargos de Terceiro, elidindo mais essa tentativa de um benefício ilegal por parte do Banco Progresso e de Osvaldo San Martini.
>
> Prossegue alegando que todas as tentativas de grilagem com respaldo em documentos falsos foram feitas por parte desses interessados. Com tal intuito, como uma forma de coação ou uma forma de conseguir os seus objetivos ilícitos, resolveram entrar com um pedido de instauração de inquérito policial, alegando uma série de crimes contra o paciente e seus clientes: esbulho, formação de quadrilha, estelionato, etc. .... Sustenta, ainda, que, no caso, há um manifesto constrangimento ilegal, por existir ausência de justa causa para instauração de inquérito, porque se cuida de uma questão estritamente cível, uma vez que já se encontra em andamento no juízo cível, através de diversas medidas processuais adequadas; que os títulos do paciente e de seus clientes estão devidamente registrados no registro de imóveis competente; que as denúncias ofertadas são caluniosas; que há um constrangimento ilegal que deverá ser cessado via *Habeas Corpus.*"

A Eg. Câmara Criminal, ao denegar a ordem, o fez com a seguinte ementa do acórdão, *verbis*:

> "EMENTA — *HABEAS CORPUS* — INQUÉRITO POLICIAL — *NOTITIA CRIMINIS* CONTRA ADVOGADO PROFISSIONAL QUE NO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA LOGRA O RECONHECIMENTO DO DIREITO DE SEUS CONSTITUINTES EM JUÍZO CONTRARIANDO INTERESSES DOS AUTORES DA DENÚNCIA — ACUSAÇÃO QUE ENVOLVE FATOS QUE EM TESE CONSTITUEM CRIME — IMPOSSIBILIDADE DE AFASTAR DE PLANO AS INVESTIGAÇÕES — *HABEAS CORPUS* DENEGADO.
>
> Se há questões a serem deslindadas no juízo cível por onde tramitam várias ações, em princípio está afastada a esfera criminal que não pode ser abusivamente utilizada como forma de pressão contra a parte *ex adversa*.
>
> Se, entretanto, se noticia a prática simultânea de atos que, em tese, configuram crime, não está afastada a hipótese da necessidade de investigação policial via inquérito.
>
> Em tal hipótese denega-se a ordem de *Habeas Corpus*."

Não existe, primeiramente, nenhuma diferença em os motivos que ensejam o trancamento de ação penal ou de inquérito, que são, fundamentalmente, a inexistência de crime em tese, e inexistência da prova do envolvimento do paciente no fato tido como delituoso.

Como já sobejamente tivemos oportunidade de aqui relatar, sobre a inexistência de crime em tese, necessita resultar este da narração do próprio fato (RHC 6.003, DJ de 31/10/84).

E, sobre a inexistência da prova do envolvimento do paciente no fato tido por delituoso, a questão, como já vimos da parte do relatório do acórdão lida, é objeto de conflito na esfera cível.

O voto condutor do acórdão, ora atacado, buscando subsídios no parecer da Procuradoria-Geral da República, entendeu aplicável ao caso a orientação da Excelsa Suprema Corte no sentido de que "o simples indiciamento em inquérito policial não constitui constrangimento ilegal a ser corrigido por intermédio de *habeas corpus* (RHC 56.019, DJU de 16.06.78).

Disso não se discute, pois tal preceito sempre temos usado.

No entanto, é de se ver que nos presentes autos a matéria é outra.

Afirmam os recorrentes que pretendem provar, na esfera cível, e assim estão fazendo, seus legítimos interesses em glebas de terras, situa-

das na Comarca de Sinop-MT, tendo já obtido mercê do juízo local, com a expedição de várias liminares.

No decorrer dessas ações é que a parte *ex adversa* ingressa no juízo criminal com pedido de instauração de inquérito policial, tentando provar que seus atos são criminosos e, portanto, passíveis de serem, por aquela esfera, provados.

Não se discute, é evidente, que os dois juízos são estanques e que as decisões de um não interfere no outro. Mas o que se tenta provar, e que o que se assaca contra os ora recorrentes, já está sendo discutido no cível, e ali poderá ser provado.

À toda evidência, no decorrer da fase probatória das ações cíveis intentadas, com perícias e outros meios de provas adequadas, chegará o julgador à convicção de quem é o verdadeiro possuidor das terras em litígio e, se porventura ficar provado que qualquer das partes usou de qualquer falsidade no curso da lide, certamente enviará tais provas ao juízo criminal para ali ser instaurada a ação competente.

Se há o estelionato afirmado pelo Banco do Progresso, como uma das razões para abertura de inquérito, há que, previamente, existir o ilícito civil, que na esfera própria será demonstrado.

A mim me parece que a pretensão do Banco foi a de, indisfarçadamente, exercer pressão no juízo cível, com a abertura de inquérito contra o advogado que patrocina a causa, em seu próprio nome e em nome de terceiros.

Tanto é verdade que no voto da Sra. Des. Relatora, diz ela em determinado trecho, *verbis:*

> "... à primeira vista me parecia procedente a impetração — porque não se pode impedir o exercício da advocacia com inquéritos, nem coagir o profissional do direito via de ameaças, de instauração de ação penal. O que se coloca na impetração é que o paciente é advogado militante, já logrou na justiça o deferimento de várias postulações, o que lhe dá, pelo menos, respaldo no sentido de que o direito que ele defende vem amparado pelo *fumus boni juris*, tanto que ele conseguiu várias liminares (fls. 190)."

Não foi outro o entendimento do 1º Vogal, Des. Licínio Carpinelli Stefani, a saber, *verbis:*

> "... aparentemente, os fatos relatados têm fortes pinceladas, há indícios de que os atos realizados pelo profissional sejam de natureza cível, ou seja, compra e venda; todavia, quando

se trata de um simples inquérito e não de uma ação penal que poderá ser devidamente arquivada pelo MM. Juiz e, nessas circunstâncias habilitará até o profissional a ingressar com a respectiva ação de indenização, perdas e danos morais, se for o caso, *ad cautelam*, **embora não totalmente convencido do acerto da medida tomada**, acompanho o voto da ilustrada relatora (fls. 190/191)."

E o 2º Vogal, Des. Benedito Pompeu de Campos Filho, foi mais incisivo quando se pronunciou, às fls. 191, *verbis:*

"Estou de pleno acordo com a relatora. Admito que esta prática de instaurar inquérito policial para fazer prova em Juízo Cível, sobretudo em ação possessória, denegrindo a imagem de uma das partes, deve ser evitada a todo custo, *maxime* quando já em andamento a ação cível."

Cabe, para o momento, transcrever a ementa do acórdão proferido pelo Relator do RHC 401.179-SP, Dr. Canguçu de Almeida, Juiz do TACrim de São Paulo, *in* RT 601/343, *verbis:*

"INQUÉRITO POLICIAL — Apropriação indébita, desobediência e fraude processual — Delitos sequer em tese caracterizados — Desentendimento entre herdeiros — Matéria *sub judice* versada em ação cível adequada — Constrangimento ilegal — Falta de justa causa — Recurso de *habeas corpus* improvido.

Os atos de investigação e indiciamento em inquérito policial, se abusivamente provocados para o fim de incomodar e injustiçar alguém, podem, sem dúvida, caracterizar constrangimento ilegal, extravasando o âmbito da discricionariedade vedada. E, bem por isso, podem também encontrar justo reparo no *habeas corpus,* como remédio apropriado à cessação de qualquer irregular comprometimento ao *status dignitatis* do cidadão."

No corpo do acórdão, lê-se, *verbis:*

"... o inquérito policial instaurado foi autêntico instrumento de pressão de que se valeram alguns dos litigantes. Sua abertura, na verdade, não justificava pois tinha propósito indisfarçável de esclarecer facetas de um caso que se encontra *sub judice* (... JTACrim-SP 76/88), constituindo, em conseqüência, evidente constrangimento ilegal subvertendo a ordem processual e fugindo ao objetivo do inquérito como preliminar ou preparatório da ação penal (fls. 344)."

Apesar deste entendimento, que reputo certo, a nobre desembargadora relatora conclui pela possibilidade de instauração de inquérito policial, vislumbrando a possibilidade de estar havendo uma dilapidação patrimonial, através de retirada abusiva de madeiras, posto que "estaria sendo vendida e desmatada uma área maior da que os pacientes possuem", isto no dizer de um dos tópicos da representação feita pelo Banco do Progresso.

Ora, se tal procedimento for verdadeiro, nas próprias ações cíveis isto poderá ficar caracterizado, sem a necessidade de inquérito para disso se ocupar.

Não há dúvidas de que a tática usada pela parte *ex adversa* dos ora recorrentes teve o fim indisfarçável de intimidação ou coação, pela suposta prática de crimes; os mesmos que foram denunciados na esfera cível como sendo de autoria dos próprios representantes pela instauração do inquérito policial.

Desta forma, tendo como inexistente, por ora, justa causa para autorizar a instauração de inquérito policial contra os ora recorrentes, conheço de seu recurso e lhe dou provimento para o fim de determinar o trancamento do inquérito policial contra eles determinado, sem embargos de, no curso da ação cível, surgirem provas concretas que possibilitem ao I. Julgador determinar a instauração de novo inquérito.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 1.274 — MT — (91.11468-5) — Rel.: Sr. Ministro Flaquer Scartezzini. Recte.: José Xavier Silva. Recdo.: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Pactes.: José Xavier Silva, Wilson Aparecido Garbelini, Hélio Xavier da Silva, Ceni Antonio Ferronato, Izaias Candido Batista, Anésio Xavier da Silva e Abelardo Xavier de Macedo.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, a fim de determinar o trancamento do inquérito policial instaurado contra os pacientes, sem embargo de que, no curso da ação cível, surgindo provas concretas possa o ilustre julgador determinar a instauração de novo procedimento penal. (5ª Turma — 21.08.91).

Votaram de acordo os Srs. Mins. José Dantas, Costa Lima, Assis Toledo e Edson Vidigal. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FLAQUER SCARTEZZINI.

RECURSO DE *HABEAS CORPUS* Nº 1.313 — RJ
(Registro nº 91.12575-0)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Flaquer Scartezzini*
Recorrente: *Yolando Basilone Filho*
Recorrido: *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*
Paciente: *Mauro Christóvão Rebello*
Advogado: *Yolando Basilone Filho*

EMENTA: RECURSO DE *HABEAS CORPUS* — APELO EM LIBERDADE — PRIMARIEDADE — ART. 594 DO CPP.

A condição de primariedade, por si só, não dá ao réu condenado a possibilidade de apelar em liberdade, eis que a circunstância, também, de possuir bons antecedentes, é indispensável, a teor do artigo 594 do CPP.

Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 11 de setembro de 1991 (data do julgamento).

Ministro FLAQUER SCARTEZZINI, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Trata-se de recurso de *habeas corpus* impetrado contra v. acórdão da Terceira Câmara Criminal do Eg. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que em votação unânime denegou a ordem em que os pacientes buscavam apelar em liberdade.

Em grau de recurso sustenta ser o réu primário e os maus antecedentes afirmados na sentença não foram devidamente justificados.

Subiram os autos e, nesta Superior Instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República opina pelo improvimento do recurso em face da jurisprudência deste Eg. Superior Tribunal de Justiça.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: RHC — APELO EM LIBERDADE — PRIMARIEDADE — ART. 594 DO CPP.

A condição de primariedade, por si só, não dá ao réu condenado a possibilidade de apelar em liberdade, eis que a circunstância, também, de possuir bons antecedentes, é indispensável, a teor do art. 594 do CPP.

Recurso improvido.

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Senhores Ministros, conheço do recurso pois cabível e tempestivo.

No mérito, as alegações do recorrente não merecem prosperar, *data venia*. É que, pela letra do art. 594 do CPP, para que o réu apele em liberdade se exige a condição de primariedade e de bons antecedentes.

E o réu, pelo que se depreende dos autos, se é primário (sentença — fls. 06), afirmou o Dr. Juiz que não possui bons antecedentes (sentença — fls. 11), e prosseguiu dizendo que "é de rigor destacar-se que o acusado Mauro promoveu, organizou a cooperação nos crimes e dirigiu a atividade dos demais agentes, devendo ter, por isto, sua pena agravada, nos termos do art. 62, I, do CP."

Não é necessário, no entanto, que a sentença indique os maus antecedentes, como pretende o réu. Basta afirmá-lo. Isto porque, maus antecedentes, para o julgador, reveste-se de um juízo subjetivo que se forma durante toda a instrução criminal, não podendo ser apreciado por esta estreita via, contrariamente à primariedade, que pode ser aferida objetivamente pela folha de antecedentes criminais, por exemplo.

Em decisão bem recente (17/12/90) tive oportunidade de relatar o REsp nº 6.520-PR, no qual fui acompanhado à unanimidade pelos eminentes ministros que compõem a Quinta Turma deste Eg. Superior Tribunal, cuja ementa ficou assim redigida, *verbis:*

REsp — ART. 594 DO CPP — APELO EM LIBERDADE — EXIGIBILIDADE DE PRIMARIEDADE E BONS ANTECEDENTES.

Não basta, para que o réu condenado possa apelar em liberdade, a simples condição de primariedade, pois necessário se faz, a teor do art. 594 do CPP, que possua, também, bons antecedentes.

A ordem de recolhimento do réu é mera providência cautelar, calcada em circunstância presuntiva de que, se solto, possa furtar-se à execução da pena, caso confirmada a sentença pelo órgão superior de justiça.

Recurso conhecido e provido.

Se, por um lado, o réu comprovou sua primariedade, por outro, seus maus antecedentes foram afirmados na r. sentença condenatória, logo, a teor do art. 594 do CPP, não merece prosperar seu pedido pelo que, nestas circunstâncias, nego provimento ao recurso.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 1.313 — RJ — (91.12575-0) — Rel.: Sr. Min. Flaquer Scartezzini. Recte.: Yolando Basilone Filho. Recdo.: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Pacte.: Mauro Christóvão Rebello. Adv.: Yolando Basilone Filho.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (5ª Turma — 11.09.91).

Votaram de acordo os Srs. Mins. José Dantas, Costa Lima, Assis Toledo e Edson Vidigal. Presidiu o julgamento o Sr. Min. FLAQUER SCARTEZZINI.

♦

RECURSO DE *HABEAS CORPUS* Nº 1.321 — SP
(Registro nº 91.12763-9)

Relator: *Ministro José Cândido*
Recorrente: *Márcio Rodrigues de Carvalho Barros*

Recorrido: *Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo*
Paciente: *Dieter Ruthshilling*

EMENTA: RECURSO DE *HABEAS CORPUS*. SUPOSTA IRREGULARIDADE NA INTIMAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA.

Se o Oficial de Justiça esteve no endereço fornecido pelo acusado, quando do interrogatório em juízo, e ali foi informado, por seus familiares, de que ele estava em outro Estado, em endereço desconhecido, justificada está a sua intimação por Edital.

Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 17 de setembro de 1991 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ CÂNDIDO DE CARVALHO FILHO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: Trata-se de recurso de *Habeas Corpus*, interposto em favor de DIETER RUTHSHILLING, pretendendo a cassação do v. acórdão proferido pelo E. Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo e o conseqüente reconhecimento da nulidade, alegada desde o *writ* originário, da irregular intimação da sentença via edital, porque não esgotados todos os meios possíveis para a sua localização, tudo com o fito de readquirir o lapso temporal para a interposição do recurso de apelação.

O parecer do *parquet* estadual, ratificado pela douta Subprocuradoria-Geral da República, é do seguinte teor (fl. 169):

"Na espécie, conforme foi admitido na impetração e demonstram os documentos que a instruíram, se o mesmo não optou por conveniência própria pela pluralidade de residências, deveria ter fornecido todos os endereços ao Juízo, com o devido esclarecimento. Mas tal não se deu.

Conforme consta das informações, dois meses após a juntada da procuração onde constava seu endereço à rua Padre Ibanez, quando compareceu a Juízo declinou residir à Rua Dona Albertina, nº 246, Bairro do Tremembé (fl. 87). Onde não foi encontrado para a intimação.

Por outro lado, não demonstrou o impetrante por prova pré-constituída que, ao tempo da intimação o réu efetivamente residisse no endereço constante da procuração por si outorgada a seu defensor. O que, mesmo afastando sua culpa, ao procurar confundir o Juízo, afastaria a possibilidade de reconhecimento de qualquer nulidade (RHC 63.475/5, DJU de 29.11.85; RHC 65.147-0, DJU de 26.06.87).

Portanto, não ficou prejudicada a presunção de veracidade da certidão do oficial de justiça que, buscando o réu no endereço por si fornecido em Juízo, o deu como em lugar incerto e não sabido." (fl. 114).

Concluindo, pois, o Ministério Público Federal pelo improvimento do recurso, visto não existir o alegado cerceamento de defesa.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: RECURSO DE *HABEAS CORPUS*. SUSPOSTA IRREGULARIDADE NA INTIMAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA.

Se o Oficial de Justiça esteve no endereço fornecido pelo acusado, quando de seu interrogatório em juízo, e ali foi informado, por seus familiares, de que ele estava em outro Estado, em endereço desconhecido, justificada está a sua intimação por Edital.

Recurso improvido.

O SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO (Relator): Preliminarmente, tenho como improcedente a crítica ao Tribunal *a quo*, por não haver intimado o impetrante para o julgamento do *habeas corpus*. A ele compe-

tia acompanhar o feito junto à Secretaria da Câmara Criminal, tendo-se em vista que os *habeas corpus* são apresentados em mesa para julgamento, independentemente de intimação (fl. 138).

No mérito, não assiste razão ao impetrante. A citação editalícia está perfeita, a despeito do louvável esforço do advogado em demonstrar o contrário.

Objetiva o presente recurso a reforma do venerando acórdão impugnado, a fim de que se assegure ao paciente o direito de recorrer da sentença condenatória, em razão do irregular processo de sua intimação, feita por Edital, "sem antes esgotados todos os meios possíveis de sua localização..."

O Parecer do ilustre Procurador de Justiça de São Paulo, Dr. JOÃO CLÁUDIO LIMA LIBERTINI, retrata com fidelidade a sem-razão do recorrente, ao afirmar:

> "Conforme salientou o ilustre Procurador de Justiça aposentado, Dr. José Ferreira Nunes Júnior, em sua manifestação de fls. 113/115, "não pode o réu se beneficiar de eventual irregularidade a que tenha dado causa. Na espécie, conforme foi admitido na impetração e demonstram os documentos que a instruíram, se o mesmo optou por conveniência própria pela pluralidade de residências, deveria ter fornecido todos os endereços ao Juízo, com o devido esclarecimento. Mas, tal não se deu. Conforme consta das informações, dois meses após a juntada da procuração onde constava seu endereço à rua Padre Ibanes, quando compareceu a Juízo declinou residir à rua Dona Albertina, nº 246, Bairro do Tremembé (fl. 87). Onde não foi encontrado para a intimação. Por outro lado, não demonstrou o impetrante por prova pré-constituída que, ao tempo da intimação, o réu efetivamente residisse no endereço constante da procuração por si outorgada a seu defensor. O que, mesmo afastando sua culpa, ao procurar confundir o Juízo, afastaria a possibilidade de reconhecimento de qualquer nulidade (RHC nº 63.475/5, DJU de 29.11.85; RHC nº 65.147-0, DJU de 26.6.87)." (fl. 157).

Observe-se que, ao ser procurado o paciente, no endereço oferecido em Juízo (Rua D. Albertina), para ser intimado da sentença condenatória e preso, o Oficial de Justiça foi informado, por familiares do réu, de que ele se encontrava no Estado do Paraná, em endereço desconhecido (veja-se a Certidão de fl. 95 v.). Reafirme-se aqui que o impetrante não fez prova de que, ao tempo da intimação, estava no endereço da Rua Padre Ibanes.

Em face da documentação dos autos, não é possível reconhecer, no processo de intimação do paciente, qualquer irregularidade a justificar a pretensão da inicial.

Isto posto, nego provimento ao recurso.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 1.321 — SP — (91.12763-9) — Relator: Sr. Ministro José Cândido. Recorrente: Márcio Rodrigues de Carvalho Barros. Recorrido: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Paciente: Dieter Ruthshilling.

Decisão: A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 17.09.91).

Votaram os Ministros Carlos Thibau, Costa Leite e Vicente Cernicchiaro. Ausente, por motivo de férias, o Ministro Washington Bolívar.

Presidiu o julgamento o Ministro JOSÉ CÂNDIDO.

♦

RECURSO DE *HABEAS CORPUS* Nº 1.441 — ES
(Registro nº 91.0016250-7)

Relator: *O Senhor Ministro Costa Leite*

Recorrente: *Clevelande Nicásio de Souza*

Recorrido: *Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo*

Paciente: *Clevelande Nicásio de Souza*

EMENTA: Processo Penal. Trancamento da Ação Penal. Falta de Justa Causa.

Evidenciada a atipicidade de conduta, impende reconhecer a falta de justa causa para a persecução criminal.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso para conceder a ordem de *habeas corpus*, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 08 de outubro de 1991 (data do julgamento).

Ministro CARLOS THIBAU, Presidente. Ministro COSTA LEITE, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO COSTA LEITE: O advogado e contador CLEVELANDE NICÁCIO DE SOUZA impetrou ordem de *habeas corpus* em seu próprio favor, denunciado que está perante o MM. Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal de Barra de São Francisco-ES, como incurso nas sanções do art. 339, do Código Penal, objetivando o trancamento da ação penal, por falta de justa causa, seja porque não concluído o inquérito policial originado da *notitia criminis* que apresentou contra o contador Mário Emanoel Coelho, seja, também, por acreditar na veracidade dos fatos denunciados.

Denegada a ordem pelo e. Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, foi interposto o presente recurso ordinário, com as razões de fls. 133/138, renovando os fundamentos do pedido.

Recebido e processado o recurso, subiram os autos, neles lançando parecer o Ministério Público Federal, que opina pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório, Senhor Presidente.

VOTO

O SENHOR MINISTRO COSTA LEITE (Relator): É de acolher-se o parecer do Ministério Público Federal, em perfeita sintonia, aliás, com o lançado nos autos pelo Ministério Público Estadual, ambos postos em opinar favoravelmente à concessão da ordem.

Com efeito, não só a denúncia foi oferecida sem que arquivado o inquérito policial instaurado em decorrência da *notitia criminis* apresentada pelo paciente, em testilha, pois, com a opinião da maioria dos

nossos tratadistas — Nelson Hungria, Heleno Fragoso e Paulo Costa Júnior, entre outros — e a orientação jurisprudencial predominante a respeito do tema, como reponta evidente a atipicidade.

Para que se configure o crime de denunciação caluniosa, é mister que o denunciante tenha conhecimento da inocência da pessoa por ele acusada, daí dizer Hungria que a denunciação deve ser objetiva e subjetivamente falsa, isto é, deve estar em contradição com a verdade dos fatos e o denunciante deve estar plenamente ciente de tal contradição ("Comentários ao Código Penal", Forense, 2ª ed., pág. 463).

O tipo subjetivo do crime consiste na vontade conscientemente dirigida à provocação da investigação policial ou processo contra alguém, atribuindo-lhe crime de que o sabe inocente, segundo o correto magistério de Heleno Fragoso ("Lições de Direito Penal. Parte Especial", Forense, 5ª ed., pág. 505).

Pois bem. No caso vertente, a denúncia limita-se a afirmar que o paciente deu origem, maliciosamente, a investigação policial contra Mário Emanoel Coelho, atribuindo-lhe a prática de crime de apropriação indébita de que o sabia inocente, apegando-se à circunstância de os supostos lesados não terem reclamado ou noticiado qualquer irregularidade praticada pelo acusado. Isso não serve, porém, por si só, a induzir o raciocínio de que o paciente tivesse ciência da inocência do acusado, até porque há, nos autos do inquérito, como realçou o parecer de fls. 117/120, elementos que respaldam as afirmações feitas pelo paciente na *notitia criminis*.

Do quanto exposto, dou provimento ao recurso para conceder a ordem e determinar o trancamento da ação penal contra o paciente por crime de denunciação caluniosa. É como voto, Senhor Presidente.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 1.441 — ES — (91.0016250-7) — Relator: O Sr. Ministro Costa Leite. Recte.: Clevelande Nicásio de Souza. Recdo.: Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Pacte.: Clevelande Nicásio de Souza.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso para conceder a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. (Sexta Turma — 08/10/91)

Votaram os Srs. Ministros Vicente Cernicchiaro, Carlos Thibau e Washington Bolívar. Ausente, por motivo de férias, o Sr. Ministro José Cândido. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro CARLOS THIBAU.

RECURSO DE *HABEAS CORPUS* Nº 1.466 — DF

(Registro nº 91.0016638-3)

Relator: *O Senhor Ministro Costa Leite*

Recorrente: *Glei Roberto Vilela*

Recorrido: *Tribunal Regional Federal da 1ª Região*

Paciente: *Alfredo Ribeiro (réu preso)*

EMENTA: Processo Penal. Prisão Preventiva.

Decreto de prisão preventiva suficientemente fundamentado, com a indicação dos motivos que tornam necessária a medida constritiva, perfeitamente ajustados ao que dispõe o art. 312, do CPP.

Se o atraso verificado na formação da culpa foi provocado pela atuação da defesa, não há falar em constrangimento ilegal.

Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 16 de outubro de 1991 (data de julgamento).

Ministro CARLOS THIBAU, Presidente. Ministro COSTA LEITE, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO COSTA LEITE: Trata-se de recurso ordinário interposto contra o v. acórdão de fls. 73/82, da e. Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que indeferiu, por unani-

midade, ordem de *habeas corpus* impetrada pelo advogado Glei Roberto Vilela em favor de ALFREDO RIBEIRO, com o escopo de desconstituir o decreto de prisão preventiva do paciente, por falta de fundamentação e excesso de prazo na formação da culpa.

As razões recursais reeditam os fundamentos da impetração.

O parecer do Ministério Público Federal é pelo improvimento do recurso.

É o relatório, Senhor Presidente.

VOTO

O SENHOR MINISTRO COSTA LEITE (Relator): Para melhor compreensão dos fatos, leio a denúncia oferecida contra o paciente: (lê).

Requerida a prisão preventiva do paciente pelo Ministério Público, o MM. Juiz Federal houve por bem decretá-la, encampando a judiciosa manifestação ministerial, com a indicação precisa dos motivos que tornam necessária a medida constritiva, perfeitamente ajustados ao que dispõe o art. 312 do CPP.

Com efeito, a segregação provisória se justifica, na preservação da ordem pública, sobretudo em face da reiteração criminosa. Seja com a falsa, seja com a verdadeira identidade, os antecedentes criminais do paciente são dos mais desabonadores. Como visto na leitura da denúncia, já foi, inclusive, condenado pela Justiça Militar, por assalto a banco, mediante sentença transitada em julgado.

A propósito, destaca-se que, em petição juntada nesta instância (fls. 101), o advogado impetrante incorre em manifesto equívoco, ao aludir à ordem concedida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 68.860-8.

Dos termos do acórdão verifica-se que subsiste aquela condenação. Apenas foram anuladas as decisões proferidas pela Justiça Militar relativas à adaptação da pena, reconhecendo-se competente para tanto o Juízo de Execução da Justiça Comum. Eis a ementa que o ilustre Ministro Octávio Gallotti escreveu para o acórdão:

> "EMENTA: Crime anteriormente definido como contra a segurança nacional e que voltou a ser capitulado como delito comum (assalto a estabelecimento de crédito).
>
> Adaptação da pena à legislação penal comum.
>
> Competência do Juiz de Execução de Justiça Comum e não de Justiça Militar.
>
> Ordem concedida, de ofício."

No que concerne ao alegado excesso de prazo na formação de culpa, apresenta-se escorreito, por igual, o v. aresto recorrido.

Na verdade, embora se possa atribuir parte do atraso verificado na marcha do processo a falhas na condução do processo, não há negar que, em parte mais significativa, foi provocado pela atuação da defesa.

É o que se dessume do seguinte lance das informações do MM. Juízo impetrado:

> "O réu foi interrogado em 05.09.90.
>
> A única testemunha do Ministério Público foi ouvida em 20.11.90.
>
> O réu arrolou seis testemunhas, três delas residentes em São Paulo/SP, outra em Maringá/PR, outra, ainda, em Goiânia/GO, e só uma delas em Brasília.
>
> Conforme se constata das precatórias devolvidas a este Juízo, não foram localizadas uma das testemunhas de São Paulo e outra de Maringá, como também não foi localizada a testemunha residente em Brasília, com depoimento designado para o próximo dia 25.07. O processo está com vista para o advogado da defesa para manifestar-se sobre a testemunha não localizada."

Tais circunstâncias, Senhor Presidente, não se divisa constrangimento ilegal, daí porque nego provimento ao recurso. É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 1.466 — DF — (91.0016638-3) — Relator: O Sr. Ministro Costa Leite. Recte.: Glei Roberto Vilela. Recdo.: Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Pacte.: Alfredo Ribeiro (réu preso).

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso. (Sexta Turma — 16/10/91).

Votaram os Srs. Ministros Vicente Cernicchiaro, Carlos Thibau e Washington Bolívar. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro CARLOS THIBAU.

♦

RECURSO DE *HABEAS CORPUS* Nº 1.526 — RJ
(Registro nº 91.0018911-1)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro*

Recorrentes: *Felippe Zeraik e outros*

Recorrido: *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*

Paciente: *Arlindo Roberto da Cruz Rocha (réu preso)*

***EMENTA: RHC — INQUÉRITO POLICIAL — PRISÃO — COMUNICAÇÃO AO JUIZ COMPETENTE E À FAMÍLIA DO PRESO OU A PESSOA POR ELE INDICADA* (Const., art. 5º, LXII) — A Constituição da República visa a resguardar o *status libertatis*, ensejando a pessoas de confiança do preso o conhecimento do fato, a fim de, diante de qualquer ilegalidade, ser afrontado o vício jurídico. A participação imediata do juiz competente é impostergável. A comunicação à família ou a pessoa pelo preso indicada configura direito público, subjetivo. A interpretação, porém, deve ser finalística. Pode ocorrer que o preso não tenha interesse, ou mesmo não deseje que tal aconteça. Urge respeito à sua intimidade. Se terceira pessoa, ainda que estranha à família, ou pelo preso indicada, intervier, e de modo eficaz compensar a ausência de alguém do rol constitucional, suprida estará a situação jurídica. Exemplificativamente, a presença de defensor.**

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 29 de outubro de 1991 (data do julgamento).

Ministro CARLOS THIBAU, Presidente. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (Relator): Recurso ordinário interposto por Felipe Zeraik e outros, em favor de

Arlindo Roberto da Cruz Rocha, contra v. acórdão da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, denegatório de *habeas corpus*.

O Recorrente impetrou ordem de *habeas corpus* visando à obtenção de liberdade provisória do paciente com fulcro no art. 310, parágrafo único, do CPP, alegando nulidade do Auto de Prisão em Flagrante e ser o paciente primário, ter bons antecedentes e residir no distrito da culpa.

O v. acórdão (fls. 94/97) denegou a ordem, cuja ementa se transcreve:

> "*Habeas Corpus*. Homicídio. Não há que se falar em nulidade do flagrante quando o acusado foi assistido, por ocasião da sua lavratura e informado sobre seus direitos constitucionais. A prisão preventiva é ato discricionário do Juiz. Demais, o paciente já foi pronunciado, estando aguardando o julgamento. Constrangimento indemonstrado. Custódia necessária. Ordem denegada."

O Recorrente, nas razões de recurso, sustenta ser a liberdade provisória um direito do Paciente por incorrer qualquer das hipóteses que autorizem a prisão preventiva, não se admitindo, no caso, falar em poder discricionário do juiz.

O Ministério Público Federal, em parecer subscrito pela ilustre Procuradora da República Dra. Áurea Maria Etelvina Nogueira Lustosa Pierre, opina pelo não provimento (fls. 111/116).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (Relator): O v. acórdão recorrido, Relator o eminente Desembargador Dalmo Silva, referendou a fundamentação das informações do Juiz de 1º grau de jurisdição. Refutou, então, a nulidade do auto de prisão em flagrante e endossou a motivação da prisão cautelar, qual seja, em atenção à ordem pública. Além disso, após a impetração, sobreviera sentença de pronúncia.

O recurso reedita as considerações da impetração. Silencia, contudo, quanto à pronúncia.

O recurso devolve ao Tribunal *ad quem* o julgamento das questões decididas.

Na espécie dos autos, apesar da discordância de fundamentação do acórdão e do recurso, nada impede o conhecimento.

Em primeiro lugar, pelo menos parcialmente, foram enfrentadas as matérias expostas no Tribunal de origem. De outro lado, o colegiado invocou a sentença de pronúncia como reforço de argumentação.

Conheço do recurso.

A Constituição da República de 1988 estatui no art. 5º, LXII:

> "a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontra serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou a pessoa por ele indicada."

O dispositivo visa a resguardar o *status libertatis*, ensejando a pessoas de confiança do preso o conhecimento do fato, a fim de, diante de qualquer ilegalidade, ser afrontado o vício jurídico.

A participação imediata ao Juiz competente é impostergável. A prisão cautelar, em quaquer de suas modalidades, está sujeita à tutela jurisdicional. A Carta Magna é categórica no art. 5º, LXI.

A comunicação à família ou a pessoa por ele indicada configura direito público, subjetivo. Além do conforto moral ao preso, dará ensejo a defesa eficaz.

O dispositivo, porém, deve ser interpretado finalisticamente. Pode ocorrer que o preso não tenha interesse, ou mesmo não deseje que tal aconteça. É o primeiro interessado em que a família ou estranho não tenha ciência do fato. Urge respeito à sua intimidade.

Sempre entendi, se terceira pessoa, ainda que estranha à família ou pelo preso indicada, intervier e de modo eficaz compensar a ausência de alguém do rol constitucional, suprida estará a situação jurídica, ou seja, terceiro poder cuidar do preso.

No caso concreto, a indagação doutrinária perde maior interesse. O auto noticia a presença do defensor, que, inclusive, assinou a respectiva peça (fls. 12).

Assim, na ausência de maiores esclarecimentos não se projeta o prejuízo para o preso. Sem esta particularidade, não faz sentido proclamar qualquer nulidade. Vários caminhos levam a Roma!

A liberdade provisória, por seu turno, embora entenda, como postula o Recorrente, ser direito público, subjetivo, do povo, no caso não se projeta declaradamente.

A propósito, relembro o decreto constritivo:

> "... No mais, vemos, pelo que consta dos autos que o réu, apesar de primário não possui bons antecedentes, e cometeu um crime bárbaro, não existindo qualquer indício da alegada legítima defesa." (fls. 105).

Em outras palavras, o MM. Juiz invocou a ordem pública, referida no art. 312 do Cód. Proc. Penal.

A — ordem pública — há de ser entendida como prevenção de novos ilícitos e restauração jurídica da ofensa decorrente do crime.

No HC nº 856, como vogal, analisando o instituto, afirmei:

"No Brasil, confere-se realce à conveniência da instrução criminal e à aplicação da lei penal. Relega-se a plano secundário a "garantia da ordem pública".

O referido conceito compreende a preservação da sociedade contra eventual repetição do delito pelo mesmo agente. Todavia, não é tudo. Abrange também, poder-se-á dizer, o aspecto moral, respeito de acatamento ao Direito que a sociedade mesma tem como necessário ao convívio coletivo.

A ordem pública é afetada tanto quando o bem jurídico é destruído como afetado com a conduta que ocasione impacto social, pela sua extensão ou outra circunstância.

FREDERICO MARQUES, "Elementos de Direito Processual Penal", Rio, Forense, 1965, 1ª ed., vol. IV, pág. 49, escreveu:

"Desde que a permanência do réu, livre e solto, possa dar motivo a novos crimes, ou cause repercussão danosa e prejudicial no meio social, cabe ao juiz decretar a prisão preventiva 'como garantia da ordem pública'."

O festejado autor, em nota de rodapé faz remissão a STEFANI E LEVASSEUR:

"certaines infractions créent une telle émotion dans l'opinion publique que l'arrestation préventive du coupable peut contribuer au retablissement de l'ordre".

MAIA GONÇALVES, *in* "Código de Processo Penal — anotado", Coimbra, 1987, Almedina, pág. 255, examinando o art. 202, próprio da prisão preventiva, observa:

"O que existe são casos de crimes de tal gravidade, perante o quadro de valores criminalmente protegidos, o alarme social que provocam e a perigosidade dos seus autores, que a lei inculca a conveniência, em regra, da prisão preventiva".

A jurisprudência italiana também fala no alarme social:

"Il Nuovo Codice di Procedura Penale", Piacenza, 1991, Casa Editrice La Tribuna, 1991, 8ª edizione, pág. 711/712, indica decisões do Tribunal de Cassação:

"L'allarme sociale, pur non costituendo il fondamento della carcerazione preventiva, ancorchè questa sia correlata ad esigenze di tutela della collettività, può essere considerato come elemento rivelatore delle modalità e qualità dell'azione criminosa, la cui struttura, a differenza di quella dell'illecito civile, non si esaurisce nel mero rilievo dell'offesa al bene giuridico. Cass. pen., sez. I, 15 maggio 1978, nº 1.188, Rep. 1979, 853; Cass. Pen. Mass. Ann. 1979, 380, motivaz. e nota; sull'argomento, cfr. anche Cass. pen., sez. V, 14 ottobre 1981. Cassaz. penale, 1982, 1818, motivaz. e nota"."

A sociedade não transige com agressões excepcionais aos bens juridicamente protegidos. O Juiz de Direito, ciente do fato, das repercussões na comunidade, com sensibilidade, é quem melhor analisa o acontecimento, notadamente em localidade de população não muito grande.

Tal como pareceu ao Egrégio Tribunal, não diviso ilegalidade a ser corrigida.

De outro lado, a pronúncia superveniente é significativa.

Fato novo, desfavorável ao Paciente.

Embora, *data venia*, não concorde com a conclusão incondicional do Supremo Tribunal Federal no caso de impronúncia, útil se faz a tese do HC 68.807-1, Relator o Ministro Moreira Alves, do Supremo Tribunal Federal:

"EMENTA: *Habeas corpus*. Direito a apelar solto. Art. 594 do Código de Processo Penal.

É entendimento pacífico desta Corte o de que é inaplicável o disposto no artigo 594 do Código de Processo Penal a réu preso em virtude de flagrante ou preventivamente.

Havendo decreto de prisão preventiva, ainda que não cumprido por estar o réu foragido, é evidente que a não concretização dela por esse motivo não pode favorecer ao foragido.

Inexistência, no caso, do direito de apelar solto, apesar de a sentença condenatória, que determinou a expedição do mandado de prisão, não se ter manifestado sobre a primariedade e os antecedentes do réu, cuja prisão preventiva decretada só não foi cumprida por este permanecer foragido.

Habeas corpus indeferido."

Acrescente-se, por derradeiro, a primariedade e os bons antecedentes, por si mesmos, não afrontam a prisão cautelar. Somente a análise integral do fato enseja conclusão definitiva.

Nego provimento.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 1.526 — RJ — (91.0018911-1) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro. Rectes.: Felippe Zeraik e outros. Recdo.: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Pacte.: Arlindo Roberto da Cruz Rocha (réu preso).

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (6ª Turma — 29/10/91).

Votaram os Srs. Ministros José Dantas e Carlos Thibau. Ausente, por motivo de férias, o Sr. Ministro José Cândido. Ausentes, por motivo justificado, os Srs. Ministros Washington Bolívar e Costa Leite. O Sr. Ministro José Dantas compareceu à sessão para compor quórum. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro CARLOS THIBAU.

♦

RECURSO DE *HABEAS CORPUS* Nº 1.552 — SP
(Registro nº 91.00192996)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro*
Recorrente: *João Batista Antunes de Queirós*
Recorrido: *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*
Paciente: *João Batista Antunes de Queirós (réu preso)*
Advogado: *Dr. Fernando Aparecido Cantarelli*

EMENTA: *RHC — TESTEMUNHA — DESISTÊNCIA* — As testemunhas são indicadas pela acusação e defesa. Todavia, interessam à instrução criminal. Podem, independentemente de quem as arrolou, serem reperguntadas. Lícito a desistência do depoimento. Se a parte contrária desejar ouvi-la, poderá fazê-lo. Cumpre, porém, promover indicação específica da importância dessa prova.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 11 de novembro de 1991 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ CÂNDIDO, Presidente. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (Relator): Recurso ordinário interposto por João Batista Antunes Queirós, em seu favor, contra v. acórdão da 2ª Câmara de Férias do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, denegatório de *habeas corpus.*

O *habeas corpus* foi impetrado sob o fundamento de o Paciente haver sido condenado por infração ao art. 12 da Lei nº 6.368/76, sendo que a Sentença foi proferida antes do retorno de precatória expedida para oitiva de testemunha de acusação. Busca, assim, a declaração de nulidade da sentença.

O v. acórdão denegou a ordem, assim fundamentando:

> "A carta precatória fora expedida com prazo de 20 dias para o seu cumprimento, tratando-se de ação penal com réu preso. Decorrido o prazo, foi o feito sentenciado, mesmo sem o retorno daquela, o que não constitui nulidade alguma; antes, a deliberação do D. Magistrado, no prosseguimento dos demais atos, encontrou conforto no art. 222 e seus parágrafos, do Código de Processo Penal". (fls. 117)

Nas razões de recurso, alega que "os direitos constitucionais do ora Recorrente foram cerceados pela *R. CÂMARA JULGADORA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO*, porque inexistiu a ampla defesa, visto que o processo crime quando julgado em primeira *INSTÂNCIA* foi de maneira totalmente irregular e também feriu os direitos de defesa e constitucionais" (fls. 121).

Parecer do Ministério Público Federal, subscrito pela ilustre Procuradora da República, Dra. Áurea Maria Etelvina Nogueira Lustosa Pierre, opinando pelo não provimento do Recurso (fls. 132/138).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (Relator): Reproduzo a fundamentação do v. acórdão recorrido, Relator Desembargador Di Rissio Barbosa, às fls. 117:

> "Como anotado pela D. Procuradoria de Justiça, não há nulidade alguma a ser proclamada.
>
> A carta precatória fora expedida com prazo de 20 dias para o seu cumprimento, tratando-se de ação penal com réu preso. Decorrido o prazo, foi o feito sentenciado, mesmo sem o retorno daquela, o que não constitui nulidade alguma; antes, a deliberação do D. Magistrado, no prosseguimento dos demais atos, encontrou conforto no art. 222 e seus parágrafos, do Código de Processo Penal.
>
> Face ao exposto, denegam a ordem."

As testemunhas, vulgarmente denominadas "de acusação" e "de defesa" indicam somente a origem da indicação. Na realidade, são testemunhas no processo. Interessam, indistintamente, à acusação e à defesa. A prova testemunhal é meio para o esclarecimento do fato. Assim sendo, a defesa pode insistir no depoimento da testemunha arrolada pela acusação, como também o pode o Ministério Público relativamente à indicação da defesa. A busca da verdade real não é infensa a nenhuma espécie de prova, cujo limite é fixado pela legalidade e legitimidade de sua realização.

No caso dos autos, sem dúvida, a defesa teria o direito de ouvir e reperguntar a testemunha indicada pelo Ministério Público.

A nulidade, porém, só se justifica caso evidenciado prejuízo para quem o alegue. O vício jurídico não se exaure apenas na irregularidade formal.

No caso dos autos, o Impetrante afirmou, referindo-se à testemunha, que "a sua fala seria primordial para a sua defesa e até mesmo a sua absolvição" (fls. 3).

Não houve, assim, indicação específica da importância dessa testemunha para a defesa. Não basta referência genérica. Urge recordar o item XVII da Exposição de Motivos do Cód. Proc. Penal:

"Como já foi dito de início, o projeto é infenso ao excessivo rigorismo formal, que dá ensejo, atualmente, a infindável série de nulidades processuais. Segundo justa advertência de ilustre processualista italiano, "um bom direito processual penal deve limitar as sanções de nulidade àquele estrito "mínimo" que não pode ser abstraído sem lesar legítimos e graves interesses do Estado e dos cidadãos".

Acrescente-se, a evidência de prejuízo poderá ser analisada na amplitude da apelação.

Nego provimento.

EXTRATO DA MINUTA

RHC nº 1.552 — SP — (91.00192996) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro. Recte.: João Batista Antunes Queirós. Recdo.: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Pacte.: João Batista Antunes de Queirós (réu preso). Adv.: Fernando Aparecido Cantarelli.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Sexta Turma — 11/11/91).

Votaram os Srs. Ministros José Cândido, Carlos Thibau e Costa Leite. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Washington Bolívar.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ CÂNDIDO.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 106 — PR
(Registro nº 89109685)

Relator p/acórdão: *O Exmo. Sr. Ministro Geraldo Sobral*
Relator originário: *O Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli*
Recorrente: *Oadi Jorge Barbosa*
Recorridos: *Tribunal de Justiça do Paraná e Estado do Paraná*
Impetrado: *Governador do Estado do Paraná*
Advogados: *Drs. José Torquato Tillo e outro e Edgard Felipe Dantas Pimentel e outros*

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. APOSENTADORIA. GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. INCORPORAÇÃO.

I — Correto o v. acórdão que indeferiu a pretensão do impetrante, tocante à incorporação aos proventos de aposentadoria de gratificação de função como representante do Ministério Público perante o Conselho Penitenciário, por falta de lei que expressamente autorizasse esta incorporação.

II — Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 18 de fevereiro de 1991 (data do julgamento).

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente. Ministro GERALDO SOBRAL, Relator p/ Acórdão.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO PEDRO ACIOLI: OADI JORGE BARBOSA, ao se aposentar, requereu fizesse integrar em seus proventos, gratificação que, na atividade, percebia, por participar, como membro do Conselho Penitenciário Estadual.

Não obtendo sucesso administrativamente, socorreu-se da via judicial, impetrando Mandado de Segurança contra o Estado do Paraná.

Ainda dessa vez não obteve sucesso, sendo indeferida a segurança pleiteada. Interposto o presente recurso com vista a se modificar a decisão *a quo*.

Nesta instância a douta SGR manifestou-se favoravelmente à pretensão do recorrente.

É o relatório.

VOTO (VENCIDO)

O EXMO. SENHOR MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): Estou em que a douta SGR analisou e apontou a solução jurídica adequada para o caso.

Tomando o parecer como razões de decidir, transcrevo-o no essencial — (fls. 103/106):

> "Pretende o recorrente incluir nos seus proventos de aposentadoria a gratificação que percebia como membro do Conselho Penitenciário do Estado do Paraná.
>
> 2. O ven. ac. denegou a pretensão por entender que tal gratificação, por ser paga em razão do trabalho que se executa, *pro labore faciendo*, cessado este, deixa de existir o direito a ela.
>
> Decidiu, ainda, que não havendo determinação expressa de incorporação de tal gratificação aos vencimentos, ela não pode se integrar aos proventos da aposentadoria.

3. O recurso é ordinário e se lhe aplica o princípio: *Tantum devolutum quantum apellatum*, atinente à apelação, isto por força do disposto no art. 105, II, *b*, da CF/88.

4. O ven. ac. recorrido tem razão quando definiu a espécie de gratificação percebida pelo recorrente quando no desempenho da função de membro do Conselho Penitenciário.

5. Trata-se de gratificação percebida por trabalho executado, tanto é assim que o conselheiro percebe a gratificação por sessão a que compareça efetivamente.

Veja-se a propósito, que o Dec. 22.484/71, do Estado do Paraná, mandou aplicar ao Conselho Penitenciário o disposto no art. 14 e seu parágrafo único, do Dec. 20.538/70, do mesmo Estado (fls. 33).

Dizem referidos dispositivos, a fls. 32:

> "Art. 14 — O Conselho Diretor do FUNRESPOL reunir-se-á, obrigatoriamente, uma vez por semana, podendo realizar uma reunião extraordinária por mês, sempre com a presença mínima de 2/3 de seus conselheiros.
>
> Parágrafo único — Cada conselheiro receberá a importância de 30% (trinta por cento) do salário mínimo vigente na Capital do Estado, por sessão em que comparecer efetivamente".

6. Assim, como se vê, embora posteriormente esta gratificação venha sendo paga à base de dois e meio salários mínimos, ela continuou a ter a mesma natureza do chamado *jeton* ou gratificação pelo efetivo comparecimento à sessão.

7. Porém, não é a natureza da gratificação que excluiria sua integração aos proventos. O que a excluiria seria a expressa vedação legal ou estatutária.

No entanto, consultando-se os diplomas anexados nos autos e examinados todos os argumentos em contrário, tanto os contidos nas informações, no ven. acórdão e na impugnação ao recurso ordinário, não se descobre tal proibição. Ao contrário, reforça a posição do recorrente o disposto no art. 15, combinado com o art. 172, I e II, da Lei 6.174/70, do Estatuto dos Funcionários Civis do Estado do Paraná.

Diz o art. 15:

> "Art. 15. A função gratificada é vantagem acessória ao vencimento do funcionário, não constitui emprego e é atribuí-

da pelo exercício de encargos de chefia, assessoramento, secretariado e outros para cujo desempenho não se justifique a criação de cargo em comissão".

Reza o art. 172:

"Art. 172. Conceder-se-á a gratificação:

I — de função:

VII — pela participação em órgão de deliberação coletiva;".

8. Ora, se o recorrente percebia uma das gratificações previstas no art. 15, porque ali estão incluídas todas as gratificações criadas ou a serem criadas para atenderem a qualquer espécie de encargo ali não expressamente nomeado, é lógico que a gratificação pelo desempenho da função de membro do Conselho Penitenciário, se inclui entre aquelas criadas para atender os encargos não arrolados, expressamente, no transcrito art. 15.

9. Como não há, de outra parte, proibição à integração aos proventos, o ven. ac. que denegou a incorporação da referida gratificação atingiu o direito adquirido do impetrante, formado nos exatos termos do art. 140, III, do citado Estatuto, o qual se estende ao recorrente por força do disposto no art. 72 da Lei 5.489 de 25/9/68, Estatuto do Ministério Público do Paraná, que, neste particular, repete a norma inscrita no art. 96 da Lei 1.341/51, Lei Orgânica do Ministério Público da União".

Correto o parecer. Nada que se lhe possa acrescer.

Nestes termos, dou provimento ao recurso.

É como voto.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Sr. Presidente, vou acompanhar, a exemplo do Sr. Ministro Geraldo Sobral, o Eminente Ministro-Relator, reservando-me, para em outra oportunidade, melhor examinar a matéria.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Sr. Presidente. Se o Conselho Penitenciário se renova de quatro em quatro anos, a cada ges-

tão governamental, é evidente que pode o Ministério Público mudar seu representante no Conselho. Não podemos incorporar uma gratificação ao vencimento de quem servir por período de quatro ou até menos anos.

Não tendo base legal, peço vênia ao Eminente Ministro Relator para acompanhar o Eminente Ministro Garcia Vieira.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Sr. Presidente. Acho que no caso *sub judice* não se tem direito a esta incorporação, por não existir base legal.

Peço vênia para poder discordar, porque acho que aí precisava-se de uma lei que expressamente autorizasse esta incorporação.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL: Senhor Presidente, pedindo vênia ao Eminente Ministro-Relator, retifico o meu voto, porque também tenho dúvidas se, quando estive no Conselho, houve a incorporação desta gratificação. Acho que, apenas, houve *jeton*. Destarte, com a devida vênia do Eminente Ministro-Relator, acompanho o Sr. Ministro Garcia Vieira.

É o meu voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: *Data venia* do Sr. Ministro-Relator, também entendo que na espécie seria necessária regra expressa concedendo a gratificação.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 106 — PR — (89109685) — Relator p/ Acórdão: O Exmo. Sr. Ministro Geraldo Sobral. Relator originário: O Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli. Recte.: Oadi Jorge Barbosa. Recdos.: Tribunal de Justiça do Paraná e Estado do Paraná. Impdo.: Governador do Estado do Paraná. Advs.: Drs. José Torquato Tillo e outro e Edgard Felipe Dantas Pimentel e outros.

Decisão: A Turma, por maioria, vencido o Exmo. Sr. Ministro Relator, negou provimento ao recurso (em 18.02.91 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Geraldo Sobral, José de Jesus, Garcia Vieira e Armando Rollemberg. Lavrará o acórdão o Exmo. Sr. Ministro Geraldo Sobral. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.

♦

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 202 — PA
(Registro nº 89.130331)

Relator: *Sr. Ministro Hélio Mosimann*

Recorrente: *Maria José Lobato Rossy*

T. Origem: *Tribunal de Justiça do Estado do Pará*

Impetrados: *Procurador-Geral da Justiça do Estado do Pará e Colégio de Procuradores*

Advogados: *Drs. Roberto Mendes Ferreira e outros*

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. ATO ADMINISTRATIVO. ILEGALIDADE. COTEJO DE PROVAS. PROCEDIMENTO INCOMPATÍVEL COM A NATUREZA DA AÇÃO.

No mandado de segurança é imprescindível a demonstração de prova pré-constituída, pois o direito líquido e certo pressupõe fatos induvidosos, comprovados de plano.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, rejeitar a preliminar e no mérito negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas retro, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 19 de junho de 1991 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente. Ministro HÉLIO MOSIMANN, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Segurança impetrada pela DRª MARIA JOSÉ LOBATO ROSSY contra atos praticados pelo DR. PROCURADOR-GERAL DA JUSTIÇA e pelo Egrégio COLÉGIO DE PROCURADORES DO ESTADO, visando a anulação da punição imposta à impetrante, pelos seguintes fatos:

— como Promotora Pública do Termo Judiciário de Capitão Poço, na Comarca de Ourém, recebeu processo por crime eleitoral, oferecendo denúncia em 23.04.84;

— no crime, envolvendo políticos locais, viu sua tentativa de apuração dos fatos delituosos pressionada no sentido do não oferecimento da denúncia, culminando com uma determinação, da Procuradora de Justiça, Chefe da Secretaria do Ministério Público local, no sentido de que a ora impetrante devolvesse os autos;

— o oferecimento da denúncia após tal ordem implicou na expedição da Portaria nº 195/85, que redundou em punição da ora impetrante, por descumprimento de ordem superior e por invasão da jurisdição de outro Promotor que estaria em exercício no local;

— tal punição culminou com a exclusão da ora impetrante da lista de promoções, conforme documento de fls. 16.

As informações das autoridades ditas coatoras, em resumo, falam do incabimento do mandado de segurança contra ato disciplinar e, no mérito, defendem a legalidade da punição (fls. 73/81).

O Tribunal de Justiça iniciou por conhecer da segurança, asseverando apreciáveis pelo Judiciário os aspectos que dizem da legalidade do ato administrativo. No mérito, denegou a segurança ao argumento de que a autora não atendera a diversos pedidos de devolução dos autos e, também, porque ela não poderia ter funcionado nos autos sem designação do Procurador-Geral da Justiça, este que já havia designado outro Promotor para funcionar na sede da Comarca de Ourém (fls. 129).

Inconformada, recorreu a impetrante com as razões de fls. 130/136, postas no sentido da existência de direito líquido e certo em ver anulado o ato punitivo. Lembra fatos, provados nos autos, que conduzem ao equívoco do acórdão recorrido.

O recurso extraordinário interposto, indeferido na origem, foi, no STF, convertido em recurso ordinário (fls. 144).

Já o parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, preliminarmente, afirma a intempestividade do recurso e, no mérito, aduz inexistência de direito líquido e certo, opinando pelo não conhecimento do recurso (fls. 151/152).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Senhor Presidente, preliminarmente, considero o recurso tempestivo. Na realidade, o acórdão recorrido foi publicado no DO de 31.03.88 e o recurso foi interposto no dia 19.04.88 (fls. 193 v. e 140).

Ocorre que o dia 31.03.88 foi uma quinta-feira e, então, o prazo só começaria a contar no dia seguinte, dia 1º.04.88. Neste dia foi feriado — Paixão do Senhor. Então, o prazo só começou a contar no dia 04.04.88, a segunda-feira seguinte. O prazo, assim, esgotar-se-ia no dia 18.04.88, numa segunda-feira. Ocorre, ainda, que o feriado do dia 21.04.88 foi antecipado para o dia 18.04.88, dia do final do prazo. Tal informação me foi dada pelo envio da cópia da Portaria nº 257, de 15.04.88, do Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, e se encontra em meu poder. Assim, finalmente, o prazo esgotar-se-ia no dia 19.04.88, exatamente quando a ora impetrante deu entrada no seu recurso (fls. 130).

Rejeito, pois, a preliminar de intempestividade do recurso.

No mérito, a requerente pede a segurança "para ser anulada a punição ilegal" que lhe foi aplicada, pois em conseqüência dessa "injusta e iníqua punição" teve seu nome excluído da lista de promoções.

A rigor, não caberia mandado de segurança quando se trata de ato disciplinar, salvo se praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial. É o que diz o art. 5º, inciso III, da Lei nº 1.533/51.

Na espécie ataca-se um ato administrativo de natureza disciplinar, não se falando em incompetência da autoridade que o praticou, nem em preterição da formalidade considerada indispensável ou ainda violação a preceito legal autorizador da imposição de pena. Nenhuma irresignação surgiu nesse sentido, como se vê do acórdão impugnado: "A requerente, considerando injusta a punição, não reclama qualquer inobservância de formalidade essencial, nem alega cerceamento de defesa.

O processo foi instaurado para apuração da falta funcional cometida pela impetrante, por descumprimento consciente e deliberado de ordem dada àquela Promotora, transmitida à mesma pela Procuradoria de Justiça, dirigente da Secretaria Geral do Ministério Público, no sentido de que pela mesma fosse apresentado ao Procurador-Geral da Justiça, para exame, processo criminal em tramitação na comarca de Ourém que tinha sido encaminhado à Promotora de Capitão Poço com provável irregularidade, já que no mesmo estava funcionando, por designação, o Promotor de Justiça de Ourém.

O processo resultou da desobediência da impetrante ao deixar de encaminhar os autos ao Dr. Procurador-Geral de Justiça, no estado em que se encontrava, sem a denúncia.

O processo sumário tramitou e no final foi encaminhado ao Procurador-Geral de Justiça que concluiu impondo à impetrante a pena de advertência prevista no artigo 134, inciso I, da Lei Complementar nº 1, de 1º de novembro de 1982, que foi comunicada à Promotora, reservadamente, nos termos do artigo 135 da mesma lei.

Mas, ainda que se tempere o rigorismo da lei, segundo orientação mais moderna da doutrina e da jurisprudência, para apreciar a injustiça do ato administrativo, quando envolve ilegalidade — pois a restrição da lei é incompatível com a amplitude constitucional (Min. Carlos Velloso, *in* MS e Ação Popular, Hely Lopes Meirelles, pág. 25) — ainda assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal, em acórdão destacado por Theotonio Negrão (CPC, 21ª ed., pág. 944), "não cabe ao Juiz cotejar a prova, para concluir, em última análise, pela injustiça da pena disciplinar" (RTJ, 108/1.317).

Imprescindível seria, portanto, a demonstração de prova pré-constituída das situações e fatos que embassam o direito líquido e certo da requerente, sem exame minucioso da matéria probatória. Direito líquido e certo, como se sabe, pressupõe fatos incontroversos, induvidosos: é direito comprovado de plano (Hely L. Meirelles), por isso é que não há instrução probatória no mandado de segurança.

Para se avaliar o direito líquido e certo a proteger seria preciso verificar se a representante do Ministério Público desrespeitou deliberadamente a lei ou ordem expressa do Procurador-Geral.

Pois bem. Procurando evidenciar o seu direito, a agora recorrente transcreve na inicial as declarações que prestou no processo sumário a que respondeu, reproduzindo depois o depoimento prestado pela Juíza de Direito da Comarca, concluindo que as provas naquele processo desmentem a versão da autoridade, reduzindo às verdadeiras proporções as

declarações da testemunha Benedito Marques da Rocha, advogado e irmão de um dos co-réus, cujo depoimento reputa como de tal desvalia (fls. 4 a 11).

Colocada nestes termos a impetração, não havia mesmo como se reconhecer, em sede de mandado de segurança, direito malferido, muito menos líquido e certo. Mesmo que se louve o zelo da digna Promotora de Justiça no cumprimento dos deveres funcionais, coibindo a perniciosa interferência política no exercício das suas atribuições, a matéria comporta mais ampla discussão e exame de provas, confrontando-se as declarações prestadas, em processo contraditório, adequado à ação de procedimento comum.

Se a existência do direito for duvidosa, se a sua extensão ainda não estiver delimitada; se o seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais (MS e Ação Popular, Hely L. Meirelles, 13ª ed., pág. 14).

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso.

VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Senhor Presidente, trata-se de caso em que a Promotora Maria José Lobato Rosa insurge-se contra atos praticados pelo Dr. Procurador-Geral da Justiça que resultou numa punição àquela Promotora.

A alegação da Promotora é a de que havia sido punida porque oferecera denúncia contra políticos, e que, na verdade, a sua punição seria objeto de uma perseguição.

Pedi vista dos autos. O Eminente Ministro Hélio Mosimann, no seu voto, elucida todas as questões suscitadas. Voto com o Relator.

VOTO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Presidente): Acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 202 — PA — (89.130331) — Rel.: Sr. Ministro Hélio Mosimann. Recte.: Maria José Lobato Rossy. T. Origem: Tribunal de Justiça

do Estado do Pará. Impdos.: Procurador-Geral da Justiça do Estado do Pará e Colégio de Procuradores. Advs.: Drs. Roberto Mendes Ferreira e outros.

Decisão: "Após o voto do Sr. Ministro-Relator, rejeitando a preliminar, no que foi acompanhado por toda a Turma, e no mérito, negando provimento ao recurso, pediu vista o Sr. Ministro Peçanha Martins. Aguardam os Srs. Ministros Américo Luz e Ilmar Galvão" (24.04.91).

"Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Peçanha Martins, a Turma, por unanimidade, rejeitou a preliminar e no mérito, negou provimento ao recurso" (em 19.06.91 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Peçanha Martins, Américo Luz e Ilmar Galvão.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.

♦

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 272 — SP
(Registro nº 90.0001346-1)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Peçanha Martins*
Recorrente: *Livraria e Papelaria Saraiva S/A*
T. Origem: *Tribunal Regional Federal da 3ª Região*
Impetrado: *Juiz Federal da 5ª Vara-SP*
Litisconsorte: *União Federal*
Advogados: *José Carlos Graça Wagner*

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO SUBJETIVO DA PARTE — PRESSUPOSTOS ESSENCIAIS (ARTIGO 7º, INCISO II, DA LEI 1.533/51).

Satisfeitos os pressupostos essenciais, a parte tem direito subjetivo à concessão da liminar pleiteada. Revestida de caráter imperativo, o juiz deve conceder a medida sem sujeitá-la a qualquer exigência, sob pena de torná-la ineficaz.

Recurso provido para reformar a decisão atacada. Segurança concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 19 de junho de 1991 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente. Ministro PEÇANHA MARTINS, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Recurso Ordinário impugnando decisão do Egrégio TRF da 3ª Região em mandado de segurança de sua competência originária.

A LIVRARIA E PAPELARIA SARAIVA S/A impetrou mandado de segurança contra o Delegado da Receita Federal de São Paulo que lhe impusera o pagamento de correção monetária, instituída pela Lei 7.738/89, sobre o Imposto de Renda, requerendo o deferimento de liminar assegurando-lhe efetuar o pagamento das parcelas restantes do IR sem qualquer atualização e de não ser autuado pela autoridade fiscal em relação à diferença devida (fls. 33/52).

O MM. Juiz Federal da 5ª Vara-SP concedeu a liminar, condicionando-a, entretanto, ao depósito integral do valor impugnado (fl. 47).

Irresignada, a impetrante intentou nova segurança, agora, contra o mencionado ato judicial (fls. 2/28).

Prestadas as necessárias informações (fls. 96/98); devidamente contestado pela União (fls. 107/115) e oferecido parecer contrário à sua concessão pelo Ministério Público Federal (fls. 117/119), o *mandamus* foi denegado, por maioria, pelo Egrégio TRF, integrando o acórdão a declaração de voto (vencido) do Exmo. Juiz AMÉRICO LACOMBE (fls. 123/133).

Ainda inconformada, a impetrante interpôs o presente ordinário escorado no art. 105, II, *b*, da CF (fls. 138/153), que foi devidamente impugnado pela União (fls. 160/163) e regularmente processado.

Distribuído inicialmente ao Exmo. Sr. Ministro CARLOS VELLOSO (fls. 165), após parecer favorável ao seu provimento do douto Subprocurador-Geral da República (fls. 166/171), coube-me relatá-lo, por sucessão (fl. 173), o que ora faço.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS (Relator): O v. acórdão recorrido negou a segurança pleiteada por entender, em apertada síntese, que a concessão de liminar "não constitui o reconhecimento de um direito subjetivo da impetrante", ficando "a critério do juiz, se lhe parecerem relevantes os fundamentos da impetração", deferir a medida acautelatória de possíveis danos. "Como providência cautelar serve ao processo e não o direito da parte", não se cuidando "de questionar a existência de direito do impetrante à liminar, mas sim irreparabilidade do dano a ele causado" com a denegação. Exigindo o depósito, o juízo singular "procurou manter o equilíbrio das partes, dando-lhes tratamento isonômico."

Sem desmerecer esses argumentos, entendo que a matéria foi tratada com raro brilhantismo no voto (vencido) do eminente Juiz Américo Lacombe e no parecer do douto Subprocurador-Geral A. F. BARROS E SILVA DE SOUZA, dos quais destaco os seguintes trechos:

"
.....

A respeito da natureza constitucional da liminar, escreveu CLÓVIS BEZNOS:

> "Entretanto, muito embora não exista a previsão constitucional expressa da liminar, salta aos olhos que a mesma é absolutamente inerente ao próprio remédio constitucional, que, destinado à proteção de direito contra ato ilegal de autoridade, tornar-se-ia letra morta caso não se coibisse desde logo a ilegalidade, como nas hipóteses em que os efeitos do ato lesivo de direito viessem a ocasionar a irreversibilidade da lesão, pela demora no trâmite processual. Disso decorre, inelutavelmente, a conclusão da previsão constitucional **implícita** da liminar, pois não se poderia compreender tivesse pretendido o Constituinte prever um meio de defesa de direito eficiente algumas vezes e inócuo em determinadas circunstâncias." (a Liminar em Mandado de Segurança — Limites à Discricionariedade do Juiz *in* Revista Brasileira de Direito Processual, ed. Forense, vol. 31, p. 34).

8. Daí porque, como ensina GALENO DE LACERDA,

"a liminar na segurança se reveste de caráter imperativo para o juiz" (Comentários ao Código de Processo Civil — vol. VIII, tomo I, Forense — 1984 — 2ª Edição, p. 186).

E também, como assevera com precisão HELY LOPES MEIRELLES,

"A liminar não é uma liberalidade da Justiça; é medida acauteladora do direito do impetrante, que não pode ser negada quando ocorrem os seus pressupostos" (Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, *Habeas Data* — RT — 1989 — 13ª Edição — p. 51).

9. Não é por outra razão que o extinto Tribunal Federal de Recursos chegou à conclusão de que, presentes os pressupostos do art. 7º, inciso II, da Lei nº 1.533/51, "surge para a parte o **direito subjetivo** à liminar (MS nº 119.422-SP — Rel. Min. Carlos Mário Velloso e MS nº 150.721-SP — Rel. Min. Carlos Mário Velloso *in* DJU de 26.06.89 — p. 11.104), Também o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 371-DF, tendo como Relator o Min. Carlos Mário Velloso, já reconheceu que "quando ocorrentes ambos os pressupostos da medida liminar, inscritos no art. 7º, II da Lei nº 1.533, de 1951,... tem o impetrante direito subjetivo àquela medida" (1ª Seção — *in* DJU de 28.05.90, p. 4.717).

10. Portanto, ao contrário do que vem afirmado no voto vencedor do acórdão recorrido, presentes os pressupostos inscritos no art. 7º, inc. II, da Lei 1.533/51, a parte tem direito subjetivo à liminar."

.....

"A liminar no mandado de segurança é uma garantia constitucional, de modo que não pode ficar sujeita a condição que, na prática, lhe torna ineficaz, ainda que estabelecida a pretexto de manter o equilíbrio das partes. Ou estão presentes os requisitos previstos no art. 7º, inciso II, da Lei nº 1.533/51, e a parte o direito subjetivo de obter a liminar, sem qualquer condição, ou não estão presentes os pressupostos pertinentes e a liminar não pode ser concedida. Não há meio termo." (fls. 168/171).

.....

"A exigência de depósito, garantidor da liminar em mandado de segurança, é uma medida em tudo e por tudo excepcio-

nal. Está se tornando rotina! Está se tornando regra, aquilo que deveria ser exceção."

.....

"A Lei 1.533, de 31.12.51, em seu art. 7º, longe de exigir depósito, determina que o Juiz suspenda "o ato que deu motivo ao pedido quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida".

Assim, além de não exigir garantia, a lei impõe uma obrigação cogente ao juiz: suspender o ato impugnado quando relevante o fundamento e puder resultar a ineficácia da medida.

Que o fundamento é relevante, não há que se duvidar. Tanto o é que a liminar foi concedida. Além disso, estamos diante de uma lei votada em procedimento legislativo oriundo de uma medida provisória. Posto que tal irregularidade não tenha sido levantada pela Impetrante, nada impedirá ao Juiz considerar a questão. Não tenho dúvidas que as medidas provisórias são ilegítimas para iniciar procedimento de lei tributária. Para não me alongar, reporto-me ao magnífico estudo da Profª Misabel de Abreu Machado Derzi (Medidas Provisórias — Sua absoluta Inadequação à Instituição e Majoração de Tributos; *in* Rev. de Direito Tributário 45/130)".

.....

Reporto-me aqui a citação do ilustre Galeno Lacerda, trazida à colação no brilhante voto da Juíza Lúcia Figueiredo, no Processo nº 86/89, para demonstrar as diferenças entre as liminares em mandado de segurança e em medidas cautelares, ressaltando a observação de que no mandado de segurança o Juiz estará obrigado a concessão da liminar, se presentes os pressupostos." (fls. 131/132)

Por tudo isso, conheço do recurso e lhe dou provimento para reformar o aresto atacado, concedendo a segurança nos termos do pedido.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Sr. Presidente. Acompanhei a formação da jurisprudência do extinto Tribunal Federal de Recursos, no particular. Assim, não havendo motivo para modificar meu ponto de vista, acompanho o Eminente Relator.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 272 — SP — (90.0001346-1) — Rel.: Min. Peçanha Martins. Recte.: Livraria e Papelaria Saraiva S/A. T. Origem: TRF da 3ª Região. Impetrado: Juiz Federal da 5ª Vara-SP. Litisconsorte: União Federal. Adv.: José Carlos Graça Wagner.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (19.6.91 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Américo Luz, Ilmar Galvão, José de Jesus e Hélio Mosimann. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.

♦

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 406 — SP
(Registro nº 90.0003936-3)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Peçanha Martins*

Recorrentes: *Mauro Boccatelli Júnior e outro*

T. Origem: *Tribunal de Justiça de São Paulo*

Impetrado: *Governador do Estado de São Paulo*

Recorrida: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Walter de Almeida Campos, José Paulo Carvalho Braga e Paulo Édson de Oliveira*

EMENTA: ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. CARGO EM COMISSÃO. INEXISTÊNCIA DE ESTABILIDADE. ART. 19, § 2º, DO ADCT. RECURSO IMPROVIDO.

1 — Não adquire estabilidade, sendo exonerável *ad nutum*, o servidor admitido em caráter temporário e excepcional para exercer funções e cargos em comissão.

2 — O § 2º, do art. 91 do ADCT, exclui da garantia instituída no *caput* do artigo os ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão.

3 — Recurso conhecido a que se nega provimento para manter a decisão impugnada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 14 de agosto de 1991 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente. Ministro PEÇANHA MARTINS, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: MAURO BOCCATELLI JR. e SAID PACHÁ recorrem da decisão do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo que denegou a segurança por eles impetrada contra o Exmo. Sr. Governador daquele Estado, objetivando suas reintegrações no serviço público.

Aviam o recurso com amparo no art. 105, inc. II, letra *b*, da CF, alegando que o acórdão laborou em equívoco, pois foram dispensados em flagrante desrespeito à condição de estabilitários, direito líquido e certo adquirido por força do art. 19 do ADCT.

O apelo foi devidamente contra-arrazoado (fls. 152/158), manifestando-se o MP estadual pelo seu improvimento (fls. 160/161).

Remetido a esta Corte e originariamente distribuído ao Exmo. Ministro CARLOS VELLOSO (fl. 165), após parecer desfavorável da Subprocuradoria-Geral da República (fls. 166/169), coube-me relatar o recurso, por sucessão, em virtude da nomeação do referido Ministro para o Egrégio STF (fl.171).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS (Relator): A pretensão dos impetrantes lastreia-se, basicamente, no art. 19 do ADCT que, segundo eles, lhes teria assegurado a estabilidade no serviço público, direito líquido e certo impeditivo da concretizada dispensa *ad nutun*.

Incontroverso, porque declarado desde a inicial e repetido nas razões recursais, que os recorrentes foram admitidos "a título precário e em caráter excepcional".

A precariedade e a excepcionalidade, típicas de cargos em comissão — por eles sempre exercidos, como fartamente comprovado nos autos — jamais lhes poderiam conferir a alegada estabilização. Aliás, o § 2º do invocado art. 19 do ADCT preceitua:

> "O disposto neste artigo não se aplica aos ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, nem aos que a lei declare de livre exoneração, cujo tempo de serviço não será computado para os fins do *caput*, exceto se se tratar de servidores".

Vê-se, destarte, que o próprio dispositivo em que os impetrantes buscam escorar o *mandamus* não lhes favorece, sendo indevidas as inferências dele retiradas, como alertado no parecer do outro Subprocurador-Geral.

Acresce, ainda, não ter o v. acórdão incorrido em equívoco ao afirmar, à luz da exuberante prova, que os impetrantes "exerciam funções-atividades, de natureza permanente, correspondentes a cargos em comissão" (fls. 139/140). Leciona o renomado LOPES MEIRELLES:

> "Cargo em comissão é o que só admite provimento em caráter provisório. Destina-se às funções de confiança dos superiores hierárquicos. A instituição de tais cargos é permanente, mas o seu desempenho é sempre precário, pois quem os exerce não adquire direito à continuidade na função."

E mais adiante:

> "É por isso que os nomeados em comissão e os admitidos na forma do art. 37, IX, da Constituição, cujos vínculos empregatícios têm sempre um caráter provisório, jamais adquirem estabilidade." (Dir. Adm. Brasileiro, 16ª Ed., 1991, págs. 357 e 377).

Ora, reconhecido pelos impetrantes que foram admitidos em caráter temporário e excepcional, para exercerem funções-atividades de assistência técnica, e não tendo provado que ocupassem cargo de provimento efetivo, outra sorte não poderia ter o mandado senão aquela decretada pelo aresto impugnado.

Vale assinalar o sofisma da assertiva dos recorrentes de "que o disposto no art. 37, II, da Constituição, é uma exceção ao estatuído no art. 19 das suas Disposições Transitórias". (fl. 146).

Muito pelo contrário, para a aquisição da estabilidade prevista no art. 41 da CF, a regra é a contida no seu art. 37, II; a exceção é a estabelecida no art. 19 do ADCT, com a ressalva feita no § 2º deste dispositivo.

Por tudo isso, conheço do recurso e lhe nego provimento, para manter a decisão recorrida.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Sr. Presidente, tendo o Eminente Relator esclarecido que os interessados exerciam cargo em comissão, acompanho S. Exa., por conformar-se o caso ao § 2º do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Sr. Presidente. Acompanho o Eminente Relator, com os esclarecimentos dados pelo Sr. Ministro Pádua Ribeiro.

VOTO

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Senhor Presidente, acompanho o Relator com muita tranqüilidade, porque o voto de S. Exa. se afina com dois outros processos julgados nesta Turma, de que fui Relator.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 406 — SP — (90.0003936-3) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Peçanha Martins. Rectes.: Mauro Boccatelli Júnior e outro. T. Origem: Tribunal de Justiça de São Paulo. Impdo.: Governador do Estado de São Paulo. Recdo.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advs.: Walter de Almeida Campos e José Paulo Carvalho Braga.

Decisão: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator". (2ª Turma — 14/8/91).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Américo Luz, Pádua Ribeiro, José de Jesus e Hélio Mosimann.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 437 — BA
(Registro nº 9000048320)

Relator: *O Senhor Ministro Demócrito Reinaldo*
Recorrente: *Lânia Linhares Correia*
T. de Origem: *Tribunal de Justiça do Estado da Bahia*
Impetrado: *Secretário de Administração do Estado da Bahia*
Advogados: *Ronilda Noblat e outros*

EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. HABILITAÇÃO PARA O CARGO APÓS A INSCRIÇÃO.

Se o edital que rege o concurso exige a apresentação dos documentos de habilitação dos candidatos só após aprovados, quando da convocação para nomeação ou posse, não se pode desclassificar o concorrente que, à época da inscrição, não tinha ainda o diploma de graduação em universidade.

Ademais, a conclusão do curso ocorre quando do encerramento das atividades curriculares, com a colação de grau, servindo o diploma apenas para comprovar essa condição e assegurar ao concluinte os direitos e prerrogativas legais dela decorrentes.

Recurso provido. Decisão unânime.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 09 de outubro de 1991 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): LÂNIA LINHARES CORREIA impetrou mandado de segurança contra ato do Secretário de Administração do Estado da Bahia, que a desclassificou do Concurso Público realizado para a área de saúde, em razão de só ter a candidata impetrante apresentado o diploma de conclusão do curso de medicina, quando da entrega dos documentos necessários à investidura do cargo.

A segurança foi denegada pelas Egrégias Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça da Bahia, nos termos da decisão cujo acórdão encontra-se assim ementado:

> "MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. HABILITAÇÃO PARA O CARGO NA DATA DA INSCRIÇÃO.
>
> Se o edital do concurso estabelece, como condição para a inscrição, a habilitação profissional de médico, o fato de postergar a juntada da documentação para após o resultado das provas, não deixa de ensejar a desclassificação do candidato aprovado que só colou grau após o prazo das inscrições.
>
> Segurança denegada". (Fls. 37).

Inconformada, a impetrante interpôs recurso ordinário contra o v. aresto denegatório do *writ,* alegando, fundamentalmente, que a exigência de habilitação correspondente no cargo pleiteado (diploma de médica), "somente seria objeto de comprovação na fase de convocação do candidato aprovado, para admissão no cargo", e afinal concluindo que o ato de desclassificação violou direito líquido e certo da recorrente, a reclamar a prestação legal de *writ* (fls. 44/53).

A douta Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se favorável ao provimento do recurso (fls. 59/60).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): A questão apreciada no v. acórdão recorrido consiste em saber se a impetrante do mandado de segurança denegado, candidata aprovada em concurso público, pode ser desclassificada, em virtude de só ter apresenta-

do o diploma de médica na oportunidade marcada para apresentação dos documentos necessários à nomeação para o cargo.

No aresto recorrido entendeu-se que "o fato de postergar a juntada da documentação para após o resultado das provas, não deixa de ensejar a desclassificação do candidato aprovado que só colou grau após o prazo das inscrições".

A controvérsia há de ser deslindada à luz das normas estabelecidas no edital do concurso. Com efeito, ao estabelecer de forma genérica, as exigências para a inscrição no concurso, o edital relacionou entre elas a de que possuísse o candidato habilitação para o cargo (item 6). Em seguida, o ato editalício assim dispôs mais especificamente.

> "*Omissis.* 7. Para inscrever-se, o candidato deverá preencher o requerimento de inscrição fornecido nos locais indicados no item 3 deste capítulo, apresentar Cédula de Identidade e pagar a taxa correspondente ao cargo. (*Omissis*). 8. As exigências especificadas anteriormente, nos itens 5 e 6 e seus subitens, deverão ser comprovadas pelos candidatos habilitados nas provas quando convocados. 9. A falta de apresentação dos documentos aludidos, nos itens 5 e 6 e seus subitens, no prazo fixado quando da convocação, importará na desclassificação do candidato." (*Omissis).* (Fls. 9).

Da simples leitura destas disposições, é fácil concluir que, no ato da inscrição, além de preencher o requerimento, o candidato deveria apresentar a cédula de identidade e pagar a taxa correspondente ao cargo, ficando de atender as exigências dos itens 5 e 6, entre estas a relativa habilitação para o cargo, quando convocados, isto é, se aprovados.

Ora, foi assim que ocorreu no caso presente: a candidata apresentou os documentos exigidos para se inscrever, obteve a inscrição, e posteriormente, depois de aprovada em 3º lugar, foi desclassificada, na oportunidade de apresentar os demais documentos necessários à investidura no cargo, em conseqüência de só então ter trazido a comprovação de ser diplomada em medicina.

A insubsistência do ato atacado no mandado de segurança pode ser deduzida do próprio voto condutor da decisão recorrida, quando a digna Relatora afirma "que, no caso, o edital protelou a apresentação de documentos indispensáveis ao exercício das profissões, para uma fase seguinte à publicação da relação de aprovados." E acrescenta: "Entretanto, o edital não dispensou o candidato de, na data da inscrição, já possuir a habilitação profissional para o cargo, tanto que assim estabeleceu, no Título IV, itens 5 e 6" (fls. 41).

Fosse dessa forma e como sustenta a autoridade impetrada nas suas informações (fls. 21/22), *conditio sine qua non* para a inscrição possuir a candidata, naquela oportunidade, o título de médica, devidamente registrado no Conselho respectivo, não teria ela conseguido inscrever-se no concurso, concorrendo às provas e obtendo a aprovação, para afinal ser desclassificada.

Neste caso, estou de acordo com o entendimento manifestado pelo ilustre Representante do Ministério Público do Estado, ao opinar sobre a concessão da segurança impetrada:

> "*Omissis*. A nosso sentir, a conclusão do curso não se deu ao ensejo da diplomação, mas à data em que foram encerradas as atividades compreendidas no currículo correspondente ao curso. A partir desse momento o concluinte deixa de ser um simples estudante, por haver adquirido então a condição de portador de um curso completo na categoria de médico, veterinário, nutricionista ou odontólogo. O diploma apenas comprova essa condição e assegura ao concluinte os direitos e prerrogativas legais, dessa condição decorrentes, cabendo ao registro, no respectivo Conselho, disciplinar o exercício da profissão" *(Omissis)*. (fls. 34).

Como se encontra consignado na decisão recorrida (fls. 42) "o curso foi concluído no primeiro semestre de 1988" (fls. 42). Assim, embora a recorrente ainda não tivesse o diploma de médica ao inscrever-se para o concurso, por isso que só expedido posteriormente, apresentou esta prova de habilitação em tempo hábil, conforme exige o edital. A sua desclassificação, por não ter cumprido esta exigência, portanto, configura a violação de direito líquido e certo, a ser amparado em mandado de segurança.

Demais disso, adoto a mesma linha de entendimento esposada no parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, segundo a qual, desde o momento em que a candidata, logo em seguida à aprovação, apresentou o respectivo diploma em tempo hábil, seria "uma demasia desclassificá-la, por não estar em jogo fato de substância do ato, mas formalidade evidentemente acessória em tal contexto" (fls. 60).

Ante o exposto, meu voto é no sentido de dar provimento ao recurso, para o fim de reformar o acórdão recorrido e conceder a segurança, tornando sem efeito o ato de desclassificação da recorrente do concurso a que se submetera.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Sr. Presidente, no TFR já era tranqüilo o entendimento de que a prova de escolaridade deveria ser

feita por ocasião da posse, e não da inscrição. No caso, a situação ainda é mais favorável à impetrante, porque, como diz o Eminente Ministro-Relator, quando da inscrição ela já havia terminado o curso; não tinha os documentos em mãos.

S. Exa. está com inteira razão; por isso o acompanho.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 437 — BA — (9000048320) — Rel.: O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo. Recte: Lânia Linhares Correia. Impdo.: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Impdo.: Secretário de Adminsitração do Estado da Bahia. Advs.: Ronilda Noblat e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro-Relator (julgado em 09/10/91 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Gomes de Barros, Pedro Acioli e Garcia Vieira. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.

♦

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 444 — DF
(Registro nº 9059232)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli*
Impetrantes: *Deodato Batista Fabrício e Oswaldo Callai*
Impetrado: *Ministro de Estado do Exército*
Advogados: *Drs. Eloi Rosin Stoffels e outro*

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. ANISTIA. PROMOÇÕES. CRITÉRIOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS. EFEITOS FINANCEIROS. ART. 8º, ADCT E ART. 4º, DA EC 26/85.

I — Do confronto do art. 4º, da EC 26/85, e a interpretação fixada pelo Tribunal, o art. 8º, do ADCT, contém uma pequena parte do alcance daquela norma restritiva, ao passo que esta é ampla e consagra em si mesma a própria natureza de ato administrativo.

II — O art. 8º, do ADCT, que concede a anistia, asseguradas as promoções na inatividade ao posto "a que teriam direito se estivessem em serviço ativo", acrescenta que há necessidade de serem "respeitadas as características e peculiaridades das carreiras e observados os respectivos regimes jurídicos."

III — Não se aplicam aos anistiados as características, as peculiaridades e o regime jurídico atinentes ao critério subjetivo de merecimento e escolha e ao objetivo de curso de formação, mas aplicam-se-lhes o critério objetivo de antigüidade, por estarem na inatividade.

IV — As vantagens devidas são apenas aquelas inerentes às promoções, com efeito financeiro a partir da promulgação da Constituição.

V — Segurança concedida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Egrégia Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, deferir parcialmente o mandado de segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes destes autos e que ficam fazendo parte intergrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 11 de dezembro de 1990 (data do julgamento).

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente. Ministro PEDRO ACIOLI, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: Cuida-se de segurança impetrada por Deodato Batista Fabrício e outro, com a finalidade de serem promovidos na carreira militar, conforme discriminam seu pedido.

Em análise do pedido, a douta SGR analisou, sucintamente a *quaestio* assim tendo historiado — fls. 215:

> 1) ingressaram nas fileiras do Exército Brasileiro, respectivamente em 1953 e 1958, tendo galgado a graduação de 3º

Sargento, quando foram afastados da Força, em decorrência de atos excepcionais;

2) foram beneficiados sucessivamente pela Anistia de 1979 e 1985, tendo sido promovidos, na inatividade, à graduação de Subtenente;

3) sobrevindo a CF de 1988, pela letra do artigo 8º do ADCT, julgaram-se beneficiados, sem restrições, salvo as de permanência e de idade-limite, e requereram à autoridade impetrada a promoção ao posto de Capitão, com os consectários legais, tendo sido desatendidos.

Daí porque requerem a presente segurança para obterem judicialmente o que administrivamente não conseguiram.

Ao final opina pelo indeferimento da segurança.

As informações da autoridade apontada coatora repousam às fls. 193 *usque* 205.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): Na assentada em que foi julgado o MS nº 257-DF, proferi voto-vista no seguinte teor:

"7 — No precedente de minha lavra a que se refere o impetrante, procurei objetar o alcance daquele ato, porque, como já disse, o art. 8º, do ADCT, não é norma e nem preceito é um ato constitucional.

8 — O voto que expressei naquela oportunidade foi buscando o alcance do artigo e, agora, neste voto-vista, diante das preocupações da autoridade impetrada, fui buscar os precedentes do Tribunal acerca da interpretação dada ao art. 4º da Emenda Constitucional 26/85, sobretudo porque a ela aludem as informações e o Ministério Público Federal.

9 — Ao volver sobre este tema se fez necessário conferir se havia repetição de mandados de seguranças com os mesmos impetrantes, buscados no arquivo do Tribunal e nos precedentes citados.

10 — Mas, não encontrei duplicidade de pedidos, ao passo que verifiquei já existir no Tribunal intepretação fixada ao art.

4º, da EC 26/85, daí porque inicialmente faço transcrever o seu teor:

'Art. 4º É concedida anistia a todos os servidores públicos civis da Administração direta e indireta e militares, punidos por atos de exceção, institucionais ou complementares.

§ 1º É concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos, e aos dirigentes e representantes de organizações sindicais e estudantis, bem como aos servidores civis ou empregados que hajam sido demitidos ou dispensados por motivação exclusivamente política, com base em outros diplomas legais.

§ 2º A anistia abrange os que foram punidos ou processados pelos atos imputáveis previstos no *caput* deste artigo, praticados no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979.

§ 3º Aos servidores civis e militares serão concedidas as promoções na aposentadoria ou na reserva, ao cargo, posto ou graduação a que teria direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade, previstos nas leis e regulamentos vigentes'.

11 — Quanto a esta norma, o Plenário do Tribunal fixou-se o alcance do § 3º, do art. 4º, da EC 26/85, nas coordenadas básicas de que ali não se conferiu "aos anistiados mais direitos do que antes possuíam" e que "não se previu aí a promoção dos beneficiados pela anistia ao posto ou graduação que poderiam atingir se estivessem em atividade, e sim aquilo a que teriam direito, se não houvessem sido transferidos para a reserva."

12 — Fixou-se essa tese a partir do julgamento do MS 115.109-DF, *in* DJ 15.10.87, no qual acentuou o Relator que:

'No mérito, penso que a interpretação dada ao § 3º do artigo 4º da Emenda 26/85, pela digna autoridade impetrada, está correta.

Estavam ambos na reserva remunerada com a graduação de 3º Sargento. Após a referida Emenda Constitucional, por aplicação da anistia, foram parcialmente atendidos em sua pretensão, tendo sido contemplados, com escala sobre as graduações intermediárias, a Subtenentes. Daí por diante, para ingresso no Quadro Auxiliar de Oficiais (QAO), teriam os impetrantes que preencher os requisitos previs-

tos nos regulamentos vigentes, como consta expressamente da ressalva constante da parte final do § 3º do art. 4º da Emenda Constitucional em anexo. Entre esses requisitos, o Regulamento aprovado pelo Dec. 90.116, de 29.8.84, alterado pelo de nº 92.962, de 21.7.86, estipula o critério de merecimento e a idade máxima de 53 anos, 11 meses e 29 dias, na data da promoção. Note-se que essas exigências já constavam do Dec. 90.116/84, art. 4º, anterior à anistia, seja quanto ao merecimento, seja quanto à idade, ainda mais reduzida.

O segundo impetrante, OSVALDO SILVA, atingiu a idade-limite em 13.8.85 (fls. 90). E, com relação a ambos, "se estivessem em serviço ativo" (exigência expressa da Emenda Constitucional), seria imprescindível para o ingresso no Quadro Auxiliar a apuração do merecimento, por critérios regulamentares, aferidos na esfera administrativa, a qual não pode ser simplesmente suprimida ou substituída pelo Poder Judiciário.

Não tinham, pois, se na ativa, direito líquido e certo às promoções até o posto de Capitão, no Quadro Auxiliar de Oficiais. Como a anistia concede-lhes somente "as promoções... ao cargo, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo" (§ 3º do art. 4º da EC 26/85), a conclusão a que chego é que, por via de conseqüência, não se lhes conferiu, com a anistia, mais direito do que antes possuíam. Em outras palavras: se antes não possuíam direito líquido e certo ao ingresso no Quadro de Oficiais, continuam nessa mesma situação, após a anistia.

Diferente seria se tivessem sido colhidos pela punição quando já preenchidas as condições regulamentares para a promoção, o que não é o caso, como se demonstrou.'

13 — Nessa linha, o impetrante deveria à data da punição estar preenchendo as condições regulamentares para a promoção, interpretação portanto restritiva.

14 — Agora, por outro lado, se faz mister que transcreva o disposto no art. 8º e § 1º, do ADCT, para confronto, a fim de que se possa verificar se a interpretação a ser dada ou a firmada no precedente de que fui Relator se ajusta à "medida de interesse público, editada por generosa inspiração política e jurídica, para assegurar a paz social, apagando da memória do

País fatos considerados delituosos, em determinado momento histórico-condicionado. Assim, quer na esfera administrativa, quer na aplicação judiciária, as leis de anistia devem ter a interpretação mais ampla possível para que suas normas assumam adequação, eficácia e grandeza "*in* AC 83.735-RJ, *in* DJ 28.02.85, *apud* voto Min. Carlos Velloso, no MS 113.488-DF, *in* DJ 19.09.88.

15 — Como disse antes, o texto constitucional do art. 8º, do ADCT, é do seguinte teor:

> 'Art. 8º É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo nº 18, de 15 de dezembro de 1961, e aos atingidos pelo Decreto-Lei nº 864, de 12 de setembro de 1969, asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos.
>
> § 1º — O disposto neste artigo somente gerará efeitos financeiros a partir da promulgação da Constituição, vedada a remuneração de qualquer espécie em caráter retroativo.'

16 — Do texto, fazendo o confronto com o da EC 26/85, art. 4º, e a interpretação fixada pelo Tribunal, vislumbro que o art. 8º, do ADCT, contém uma pequena parte do alcance daquela norma restritiva, ao passo que esta é ampla e consagra em si mesma a própria natureza de ato administrativo.

17 — A atual disposição constitucional não é restritiva, é ampla e não sambarca a interpretação fixada pelo Tribunal nos precedentes de que mencionei.

18 — Mantenho o meu entendimento que esposei no MS 109-DF, *in* DJ 02.10.89, que foi nessa linha.

19 — A teor do art. 8º do ADCT, a anistia é concedida a todos aqueles que foram atingidos por atos de exceção, institucionais ou complementares em decorrência de motivação exclusivamente política.

20 — Esse ato constitucional, porque assim entendo, afirma que ficam "asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo".

21 — A clareza do ato não deixa dúvidas acerca do direito às promoções do impetrante.

22 — Verifico que existem as seguintes categorias de militares: a) militar da ativa; b) militar da reserva remunerada e c) militar na inatividade.

23 — A autoridade impetrada afirma que a promoção haveria de proceder a aferição de certos requisitos objetivos e subjetivos, além do curso de formação de Sargentos.

24 — O art. 8º, do ADCT, que concede a anistia, asseguradas as promoções na inatividade ao posto "a que teriam direito se estivessem em serviço ativo", acrescenta que há necessidade de serem "respeitadas as características e peculiaridades das carreiras e observados os respectivos regimes jurídicos."

25 — Entendo que é melhor verificar o alcance dessas expressões constantes do artigo 8º, que no seu todo quer dizer que a anistia é concedida, está concedida, e ficam asseguradas as promoções na inatividade ao posto, graduação ou cargo, só que o artigo coloca três condicionantes ao serem dadas as promoções, quais sejam, ao serem realizadas ditas promoções hão de ser respeitadas as características da carreira; hão de ser respeitadas as peculiaridades da carreira; e há de ser observado o regime jurídico da carreira.

26 — Pois, para isso, há necessidade que a autoridade impetrada ao fazer as promoções na inatividade observe as características, as peculiaridades e o regime jurídico da carreira do militar na inatividade, e só, nada mais.

27 — A autoridade administrativa pelo conteúdo do art. 8º, do ADCT, está impedida de trazer ou invocar normas das carreiras dos militares da ativa ou da reserva remunerada, para serem aplicadas aos militares na inatividade.

28 — Ao obedecer às características, às peculiaridades e ao respectivo regime jurídico, se o impetrante estivesse na atividade, as promoções ao posto de Capitão se dariam pelo critério objetivo de antigüidade e cursos de formação e pelo critério subjetivo de merecimento e escolha.

29 — No caso o impetrante esteve fora da carreira militar por força de um ato de exceção, daí não se lhe aplicam as características, as peculiaridades e o regime jurídico atinentes ao critério subjetivo de merecimento e escolha e ao objetivo de curso de formação, mas aplicando-se-lhe o critério objetivo de antigüidade, por estar na inatividade.

30 — Alude, ainda, o seguinte: "respeitadas as características e peculiaridades das carreiras" e, no caso, a carreira de que fez parte o impetrante é a do Quadro de Acesso, ou seja, o chamado QOA e QOE, que ao máximo os seus postulantes só chegam ao posto de Capitão, por promoção, e na inatividade, com os proventos de Major, acompanhando pois os paradigmas.

31 — Os paradigmas, que para o caso entendo devam ficar bem demonstrados, foram apresentados e delineados pelo impetrante, pois, assim já me manifestei no MS 109-DF, *in* DJ 02.10.89.

32 — Por outro lado, o § 1º desse artigo assegura os efeitos financeiros a partir da promulgação da Constituição de 1988.

33 — Ora, esses efeitos financeiros são aqueles decorrentes das promoções.

34 — As vantagens a que fez jus são apenas aquelas advindas das promoções e não genericamente como quer o impetrante."

Não discrepa do precedente trazido à colação o presente pedido. As razões são as mesmas, e assim defiro a segurança tão-somente para assegurar aos impetrantes as promoções aos postos pleiteados, restritas as vantagens inerentes às promoções, com efeitos financeiros a partir da promulgação da CF de 1988.

É como voto.

VOTO (VENCIDO)

EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO: Sr. Presidente, embora vencido nessa questão, vou manter-me nessa posição até que a matéria venha a ser examinada em instância superior.

Denego a segurança, nos termos de votos anteriormente proferidos.

VOTO (VENCIDO)

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Sr. Presidente. A exemplo do Sr. Ministro Ilmar Galvão, tenho sido voto-vencido nessa matéria.

Como ainda não há razão para modificar meu entendimento, peço vênia aos Eminentes Colegas para acompanhar o Ministro Ilmar Galvão.

VOTO (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: Senhor Presidente, peço vênia para acompanhar também o Sr. Ministro Ilmar Galvão e farei juntar voto idêntico.

ANEXO

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 253 — DF
(Registro nº 8900120697)

Relator: *Ministro Vicente Cernicchiaro*
Impetrante: *Alvim de Oliveira Rodrigues*
Impetrado: *Ministro de Estado do Exército*

VOTO

"O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (Relator): Senhor Presidente, o impetrante alega direito decorrente da Constituição da República de 1988, especificamente o art. 8º do ADCT.

Segurança distribuída aos 3 de novembro de 1989 (fls. 2). Ataca o indeferimento de sua pretensão, cujo despacho foi publicado no Diário Oficial da União de 13 de outubro de 1989, conforme esclarecem as informações da autoridade coatora (fls. 97), comprovadas pelos documentos de fls. 108/109 e 111/112. Postulara administrativamente no dia 24 de fevereiro de 1989 (fls. 108).

Evidencia-se, entre a decisão administrativa e o ingresso em juízo, transcorreram menos de trinta dias.

Indiscutível a tempestividade.

O art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias concedeu anistia a quem:

> a) no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foi atingido, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares;
>
> b) abrangido pelo Decreto Legislativo nº 18, de 15 de dezembro de 1961;
>
> c) atingido pelo Decreto-Lei nº 864, de 12 de setembro de 1969.

Em conseqüência, teria "asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos".

Esse dispositivo, como de regra qualquer outro, impõe interpretação lógico-sistemática.

A anistia, notadamente no referido dispositivo da Constituição de 1988, foi ampla, buscando reparar qualquer sanção decorrente de "motivação exclusivamente política".

O instituto, por sua natureza, impõe interpretação que se considerem dois aspectos; um restritivo, no sentido de que sendo excepcional, deve ser considerado restritivamente; outro finalístico, vale dizer, alcançar, respeitados os marcos normativos, todas as hipóteses enquadráveis no dispositivo.

Além disso, não se pode desprezar o princípio da isonomia. Na espécie, conferir tratamento mais benéfico ao anistiado em detrimento de colega que continuou no cargo público, emprego, posto ou graduação.

A anistia visou a reparar injustiça. Não teve o propósito, é lógico, de cometer outra injustiça, dando tratamento privilegiado ao seu beneficiário.

Em outras palavras, repõe-se, conforme o art. 8º, a situação e se reconhece o direito como se não houvesse a interrupção do exercício.

No caso dos autos, a promoção reclamada obedece ao critério de merecimento. Em conseqüência, interferem dados subjetivos, aferíveis individualmente e em confronto com os colegas. Nesses termos, impossível aferir merecimento fora do exercício da atividade.

Na espécie, projeta-se situação excepcional, qual seja, a anistia, que gera a presunção de tal exercício.

Cumpre, então, mentalizar se essa presunção se ajusta ao caso concreto, ou seja, se todos os colegas foram promovidos. Em sendo negativa a resposta, a isonomia repele, por ficção, contemplar o anistiado. Outra conclusão conferiria privilégio, incompatível com a lei da anistia. Se, ao contrário, todos os colegas de turma galgaram a promoção, por efeito legal (e só por isso), ter-se-ão como reais as exigências que, concretamente, deveriam ser satisfeitas pelo Impetrante.

Nas informações a ilustre autoridade coatora não informou que na turma do postulante ainda restam colegas na expectativa de promoção. Extrai-se a conclusão que todos ascenderam na carreira.

Aqui, e só por isso, é válido invocar a ficção de satisfazer os requisitos do merecimento. A pensar-se contrariamente, jamais o anistiado seria beneficiado porque, com a sua retirada da atividade, não pôde, porque lhe foi impedido, demonstrar satisfazer os requisitos subjetivos à promoção.

O invocado art. 8º volta-se para garantir as promoções "na inatividade". Acrescenta o § 1º, *verbis*:

> "O disposto neste artigo somente gerará efeitos financeiros a partir da promulgação da Constituição, vedada a remuneração de qualquer espécie em caráter retroativo."

Confiro a seguinte interpretação a esta norma: a *lex mater* buscou, esquecendo a sanção, o que é próprio da anistia, colocar o anistiado no posto que teria alcançado, caso não houvesse sido afastado compulsoriamente.

A Constituição, assim como não garantiu o retorno do militar à ativa, expressamente, proibiu qualquer percepção de vantagem patrimonial, em caráter retrooperante.

Somente a partir da promulgação da atual Carta Magna, evidentemente, considerada a situação por ela gerada, fluirão efeitos financeiros.

O pedido do Impetrante, além da promoção, pretende vantagens pecuniárias, como indenizações (fls. 23, 4, b), gratificação de tempo de serviço, correspondente a 8 (oito) qüinqüênios (fls. 24, 4.2).

Concedo a segurança, em parte, ou seja, para reconhecer o direito à promoção. Incabível, porém, qualquer efeito financeiro anterior à Constituição de 1988.

Sem honorários de advogado (Súmula 512, STF)."

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 444 — DF — (9059232) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli. Impetrantes: Deodato Batista Fabrício e Oswaldo Callai. Impetrado: Ministro de Estado do Exército. Advogados: Drs. Eldi Rosin Stoffels e outro.

Decisão: A Seção, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Ilmar Galvão, José de Jesus e Vicente Cernicchiaro, deferiu parcialmente o mandado de segurança (em 11.12.90 — 1ª Seção).

Os Srs. Ministros Américo Luz, Garcia Vieira e Hélio Mosimann votaram com o Sr. Ministro Relator. O Sr. Ministro Geraldo Sobral não compareceu à sessão por motivo justificado. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.

♦

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 452 — CE
(Registro nº 90.0005120-7)

Relator: *O Senhor Ministro Bueno de Souza*

Recte.: *Raimundo Cabral de Lima*

T. Origem: *Tribunal de Justiça do Estado do Ceará*

Impdo.: *Juízo de Direito da 10ª Vara Cível de Fortaleza — CE*

Litis.: *Ophelia Mascarenhas Façanha — Espólio*

Advogados: *Drs. Maria José Bentes Pinto e Pedro Maia*

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL.

1 — A ação mandamental não tem o condão de substituir recurso próprio.

2 — A via estreita do *mandamus* exige comprovação documental do direito líquido e certo, tido por violado.

3 — Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos e que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 03 de setembro de 1991 (data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente. Ministro BUENO DE SOUZA, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: RAIMUNDO CABRAL DE LIMA interpôs recurso ordinário constitucional contra v. acórdão que denegou mandado de segurança, impetrado originariamente perante o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, contra ato judicial que determinou a intimação do impetrante, ora recorrente, para desocupar o imóvel que ocupa na qualidade de sublocatário, por força de sentença proferida em ação de despejo com trânsito em julgado.

O recorrente impetrou o *mandamus* sob a alegação de que a mencionada coisa julgada não produz efeitos quanto à sua pessoa, porquanto não figurou no pólo passivo da ação de despejo, eis que não é sublocatário do imóvel, mas sim locatário.

Por sua vez o v. acórdão recorrido indeferiu o *writ* à míngua de comprovação de direito líquido e certo; e, bem assim, de não ser o mandado de segurança sucedâneo da via recursal adequada (fls. 67/71).

Daí o presente recurso ordinário com fundamento no artigo 105, inciso II, letra *b*, da Constituição Federal, onde o recorrente reprisa seus argumentos contra a ilegalidade da ordem de desocupação (fls. 73/80).

Nesta instância, o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral, José Ribamar de Castro Viana, opina pelo desprovimento do recurso (fls. 90/92).

VOTO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Senhor Presidente, leio o tópico do parecer a que venho de aludir, do ilustre Subprocurador-Geral da República, José Ribamar de Castro Viana, de fls. 90/92 dos autos, e que ajuda a compreender a hipótese:

> "Ação de mandado de segurança intentada por Raimundo Cabral de Lima contra o ato do Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito

da 10ª Vara Cível de Fortaleza, Ceará, que, nos autos de ação de despejo proposta pelo Espólio de Ophelia Mascarenhas Façanha contra CIAM — Comércio e Indústria de Artefatos de Madeira Ltda., determinou a intimação do impetrante para desocupar a casa em que reside, situada na Rua 24 de maio, nº 1.555, bem como um terreno vizinho.

Alegou o impetrante que não é sublocatário de CIAM — Comércio e Indústria de Artefatos de Madeira Ltda., mas locatário do espólio de Ophelia Mascarenhas Façanha, motivo por que a coisa julgada da ação de despejo não produz nenhum efeito com relação ao impetrante.

Pediu o impetrante fosse liminarmente sustada a ordem de despejo emanada da autoridade apontada como coatora e, no mérito, confirmada a liminar para determinar sua permanência no imóvel em que reside até o trânsito em julgado da sentença a ser prolatada na ação declaratória de nulidade da sentença, movida pelo impetrante contra o espólio de Ophelia Mascarenhas Façanha. (fls. 2 a 5).

Denegou-se a segurança sob o fundamento de ausência de direito líquido e certo a proteger, ficando o acórdão resumido na seguinte ementa:

> "EMENTA: Não se toma conhecimento do mandado de segurança, se não se evidenciam os pressupostos de sua admissibilidade, e, ainda, pretendendo-se validá-lo, como sucedâneo da via recursal adequada, prevista na legislação adjetiva vigente o que é defeso, segundo a orientação jurisprudencial dominante. Inadmissível cogitar-se de matéria de prova que implica em dilação probatória, pois, que o âmbito de "cognição especial" de *mandamus* diz respeito a prova pré-constituída". (fls. 67).

Recorreu o impetrante. (fls. 73 a 80).

Não comprovou o impetrante sua qualidade de locatário do imóvel em que reside. Pelo contrário, os documentos que instruíram a inicial indicam que o impetrante era sublocatário de CIAM — Comércio e Indústria de Artefatos de Madeira Ltda. (fls. 31).

A falta de prova de locação entre o impetrante e a proprietária do imóvel, Ophelia Mascarenhas Façanha, ou seu espólio, torna ilíquido e incerto o alegado direito do impetrante de não ser atingido pela coisa julgada da referida ação de despejo.

Em face do exposto, somos por que se negue provimento ao recurso."

E, assim, examinando o assunto pelo parecer que venho de reproduzir, tenho para mim que caberia acrescentar que, de fato, o impetrante, agora recorrente, bem poderia valer-se, se fosse o caso, contra a decisão que o afeta, de recurso de terceiro interessado, o que não o fez. De qualquer maneira, o êxito da sua pretensão dependeria substancialmente de que pudesse provar o fato certo e o seu direito líquido de locatário da empresa do espólio de Ophelia. Essa prova, eminentemente documental para os fins e para as restrições próprias do procedimento de mandado de segurança, não foi sequer ensaiada, como foi esclarecido no parecer a que me reporto.

Nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 452 — CE — (90.0005120-7) — Rel.: O Sr. Ministro Bueno de Souza. Recte.: Raimundo Cabral de Lima. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Impdo.: Juízo de Direito da 10ª Vara Cível de Fortaleza-CE. Litis.: Ophelia Mascarenhas Façanha — Espólio. Advogados: Drs. Maria José Bentes Pinto e Pedro Maia.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso. (em 03.09.91 — 4ª Turma)

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Fontes de Alencar e Barros Monteiro.

Ausentes, por motivo justificado, os Srs. Ministros Athos Carneiro e Sálvio de Figueiredo.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

♦

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 453 — CE
(Registro nº 90.0005121-5)

Relator para o Acórdão: *O Exmo. Sr. Ministro Gomes de Barros*
Relator Originário: *O Exmo. Sr. Ministro Demócrito Reinaldo*

Recorrentes: *José Maciel Braúna e outros*

T. Origem: *Tribunal de Justiça do Estado do Ceará*

Recorrido: *Secretário de Segurança Pública do Estado do Ceará*

Advogados: *Drs. Paulo Napoleão Gonçalves Quezado e outros*

EMENTA: "ADMINISTRATIVO — CARGO PÚBLICO — EDITAL QUE NÃO ADMITE SERVIDOR DENUNCIADO EM PROCESSO CRIMINAL.

O edital não pode vedar a matrícula em curso preparatório de ascenção funcional a servidor público, pelo fato de ele, sem estar condenado, responder a processo criminal.

Recurso que se provê, para conceder Mandado de Segurança."

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, dar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 09 de outubro de 1991 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro GOMES DE BARROS, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): Trata-se de recurso em mandado de segurança impetrado por JOSÉ MACIEL BRAÚNA e SALVIANO DE PÁDUA SALDANHA FREIRE contra o Exmo. Sr. SECRETÁRIO DE SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ, por terem sido impedidos de participar de curso interno para formação de delegados da Polícia Civil.

O *mandamus* foi denegado na instância *a quo* (folhas 63/64), donde o recurso ordinário (folhas 66/68).

Subindo a este Tribunal, a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pela manutenção do acórdão hostilizado (folhas 75/77).

Vieram-me conclusos para julgamento.

É o relatório.

VOTO (VENCIDO)

O SENHOR MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): Ajuizaram os impetrantes a presente ação por haverem sido obstados em sua pretensão de freqüentar o curso de preparação de delegados da Polícia Civil, devido a estarem respondendo, à época, a duas ações criminais, o primeiro (denunciado como sujeito às penas dos artigos 129 e 319 do Código Penal — folha 24), e um processo-crime, o segundo (por homicídio qualificado — Código Penal, artigo 121, § 2º, II e IV — folha sem numeração entre a 35 e a 36).

Alegam basicamente os recorrentes que o edital para habilitação ao curso (folhas 12/15 e 28/29) criou o impedimento com base na Lei Estadual nº 10.784, de 17 de janeiro de 1983, artigo 57, VII, o qual já teria sido revogado pela Lei Estadual nº 10.839, de 27 de setembro do mesmo ano.

Sustentam também que essa restrição feriria o artigo 5º, LVII, da Constituição de 1988, segundo o qual "ninguém será considerado culpado, até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

Quanto à primeira alegação, bem andou o parecer do Procurador-Geral da Justiça:

> "Não está evidente nem expresso este fundamento, pois o Edital não faz qualquer referência a nenhuma norma, até porque o dispositivo revogado abrangia situação diversa, ou melhor, não se reportava às condições para ingresso especificamente ao Curso de Especialização citado, mas às condições de acesso ou transferência de pessoal da polícia civil" (folha 59).

Além do mais, há certas irregularidades formais no processo. A cópia do texto da Lei nº 10.784/83, que os autores afirmam revogada (folha 06), não está completa, isto é, com o texto completo da lei. Já a cópia da Lei nº 10.839/83, que teria revogado a primeira, está quase que completamente ilegível (folhas 07/08). Tudo isto compromete o exato esclarecimento dos fatos, em prejuízo da ação, que exige prova pré-constituída.

Por seu turno, os editais hostilizados (folhas 12/15 e 28/29) estão com rasura no número e com datas apostas manualmente, além de não ter autenticação o primeiro.

Quanto ao segundo argumento, há que ressaltar que o artigo invocado não vigia por ocasião do ajuizamento do pedido, nem, muito menos, quando da feitura dos editais, donde não se lhes aplica.

Porém, mesmo que assim não fora, cabe citar o parecer do Ministério Público Federal:

> "Assim, dados os princípios rígidos que presidem as relações da Administração com seus servidores, dentre os quais sobressai a figura do "resíduo administrativo", são perfeitamente válidas as restrições impostas — notadamente quando visam a impedir a subida a posições hierárquicas mais relevantes — aos servidores que, mesmo sem incorrerem na tipicidade penal, não apresentarem, porém, antecedentes escorreitos, reputação ilibada. A existência concomitante de denúncia penal ou mesmo a condenação, mais do que o sinal caracterizador da infração, constituirá isto sim, apenas, em "plus" a agravá-la e contra-indicar a permanência no serviço público" (folha 76).

Assim sendo, nego provimento ao recurso.

É como voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO GOMES DE BARROS: Sr. Presidente, parece-me que, quando a Constituição, quando o Direito Positivo exige como requisito para investidura em um cargo a reputação ilibada, ele o faz de forma expressa, como é a hipótese da investidura no cargo de Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Nessa hipótese, se pende alguma denúncia, talvez até um inquérito criminal, é de se admitir que haja uma recusa válida, uma recusa jurídica, mas na hipótese trata-se de simples matrícula em um curso, e não há sequer denúncia.

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator) (Aparte): Os autos não afiançam essa circunstância, mas é presumível que ambos estejam respondendo a um processo criminal já com denúncia oferecida, senão tratar-se-ia de inquérito e não de ação penal.

O SR. MINISTRO GOMES DE BARROS: Mesmo em sendo processo, parece-me que há de prevalecer, na hipótese, aquele preceito que diz que todo cidadão, toda pessoa humana, é inocente até que seja convencido judicialmente, através da condenação, do contrário.

Por isso, peço vênia ao Eminente Ministro DEMÓCRITO REINALDO, para discordar, dando provimento ao recurso.

É como voto.

VOTO

O SR. MINSITRO PEDRO ACIOLI: Observa-se dos autos que os impetrantes foram impedidos de freqüentar o curso tão-somente pela existência do processo criminal; ao admitir tal circunstância, importaria considerá-los, *a priori*, culpados e, assim, punidos, o que, na verdade, é vedado pela Constituição Federal, artigo 5º, inciso LVII, o qual estabelece que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

Segundo se extrai do referido artigo, só se admite existência de culpa após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Os impetrantes respondem apenas a processo-crime e, enquanto não forem condenados por sentença transitada em julgado, são admitidos como inocentes.

Com essas ligeiras considerações, acompanho o Eminente Ministro Gomes de Barros.

É como voto.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Sr. Presidente, pelo que entendi do voto do Eminente Ministro-Relator, aos impetrantes foi permitido fazer a primeira parte do concurso, isto é, sem submeter às provas, e, como foram aprovados, passaram a freqüentar o curso que é ministrado logo depois dessas provas. Posteriormente, foram impedidos de continuar freqüentando o curso, pelo fato de estarem sendo processados criminalmente.

Se houvesse alguma dúvida anterior à atual Constituição, ela deixa de existir depois do disposto no art. 5º, inciso LVII, que diz o seguinte: (lê)

> "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória."

Ora, impedir que uma pessoa participe de um curso ou que se submeta a um concurso só pelo fato de estar sendo processada, é vedado pela Constituição, mesmo porque a pessoa pode ser absolvida durante o curso.

Peço vênia ao Eminente Ministro-Relator para acompanhar o Eminente Ministro Gomes de Barros.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 453 — CE — (90.0005121-5) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Demócrito Reinaldo. Rectes.: José Maciel Braúna e outro. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Impdo.: Secretário de Segurança Pública do Estado do Ceará. Advs.: Paulo Napoleão Gonçalves Quezado e outros.

Decisão: A Turma, por maioria, deu provimento ao recurso. Vencido o Exmo. Sr. Ministro-Relator que lhe negava provimento.

Lavrará o acórdão o Exmo. Sr. Ministro Gomes de Barros. (1ª Turma — 9/10/91).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Gomes de Barros, Pedro Acioli e Garcia Vieira.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.

♦

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 505 — RJ
(Registro nº 9065216)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Geraldo Sobral*

Recorrente: *Lourival da Motta Franco*

T. Origem: *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*

Impetrado: *Presidente do Conselho da Magistratura*

Recorrido: *Estado do Rio de Janeiro*

Advogados: *Drs. Francisco Antonio Fabiano Mendes e outros e Sérgio Ferraz*

EMENTA: SERVENTIA EXTRAJUDICIAL — EFETIVAÇÃO DO SUBSTITUTO DO TITULAR. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 208, EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 22, DE 29.06.82.

I — O art. 208 da Constituição Federal então vigente, ao disciplinar que "fica assegurada a efetivação no cargo de titular,... aos que contem ou venham a contar cinco anos na mesma serventia", quis evitar que se computasse o tempo de substituição em serventias diversas e não que o substituto, que serviu durante os cinco anos, naquela condição, estivesse, ao depois, jungido à mesma serventia.

II — Precedentes.

III — Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 25 de setembro de 1991 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro GERALDO SOBRAL, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL: LOURIVAL DA MOTTA FRANCO, Serventuário da Justiça, impetrou junto ao egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, mandado de segurança contra ato emanado do col. Conselho da Magistratura que confirmou a decisão do Eminente Desembargador Corregedor da Justiça, negando-lhe a efetivação na Titularidade do Cartório da 4ª Vara de Órfãos e Sucessões da Comarca da Capital.

Aduziu o impetrante, ao seu prol, o que preceitua o art. 208 da Constituição Federal então vigente, com a redação que lhe dera a Emenda Constitucional nº 22, de 29.06.82, assim posta:

> "Art. 208. Fica assegurada aos substitutos das serventias extrajudiciais e do foro judicial, na vacância, a efetivação no cargo de titular, desde que, investidas na forma da lei, contem ou venham a contar cinco anos de exercício, nessa condição e na mesma serventia, até 31 de dezembro de 1983."

Diz, concluindo, que preencheu tais requisitos por isso que fazia jus à efetivação, como pretendido.

O colendo Tribunal, ao decidir a controvérsia, denegou a ordem restando o v. aresto assim ementado:

> "Serventia do foro judicial. Vacância do cargo de titular. Para fazer jus à efetivação deve o substituto estar lota-

do na serventia onde a vacância se opera, além de, naturalmente, atender às demais exigências para o favor constitucional." (fls. 146).

Irresignado, o impetrante interpôs o presente Recurso Ordinário sustentando que o v. aresto, contra o qual investe, negou vigência ao art. 208 da Constituição Federal e malferiu o direito adquirido porque "o art. 208 da CF não exige que, para fazer jus ao direito à efetivação, esteja o substituto exercendo, na serventia declarada vaga, suas funções. Contenta-se, a norma constitucional, com a substituição — esta sim na mesma serventia — durante cinco anos. E esse requisito, o recorrente o preenche, visto que, reconhecido à f. 146, item 1, "permaneceu cinco anos e dois dias como substituto do titular da serventia da 4ª Vara de Órfãos e Sucessões da Capital."

Lê-se no art. 208 da Carta da República:

"Fica assegurada aos substitutos das serventias extrajudiciais e do foro judicial, na vacância, a efetivação, no cargo de titular, desde que, investidos na forma da lei, contem ou venham a contar cinco anos de exercício, nessa condição e na mesma serventia, até 31 de dezembro de 1983."

Não exige, o art. 208 da Carta Constitucional, que, ao tempo da vacância, esteja o favorecido — o impetrante — ainda no exercício da substituição. Contenta-se, ele, com o exercício das funções de substituto, na mesma serventia, por cinco anos. Antes de mais nada, a questão é lógica: se o art. 208 exige que o substituto exerça, por cinco anos, a substituição, para deferir-lhe o direito à titularidade, não faria sentido exigir que, no momento da vacância, ainda estivesse ele na substituição. Isso porque então não seriam necessários, tão-só, 5 anos na substituição, mas sim tantos anos quantos faltassem para a aposentadoria do titular." (fls. 162).

E conclui, assim:

"O v. acórdão acrescentou condição nova para a efetivação na titularidade da serventia: a permanência do substituto, na mesma serventia, não apenas por 5 anos, mas por tantos anos quantos se fizessem necessários, até a aposentadoria do titular. Logo, o intérprete exigiu mais do que a lei exige, impondo nova condição para exercício do direito.

A Constituição não prevê que o serventuário esteja no exercício da substituição, no momento da aposentadoria do titular. Pelo contrário, o art. 208 alcança não só os casos em que os cinco anos já estivessem completos, quando da edição da EC

22, mas também aquelas situações de fato ainda em curso. Ou o serventuário (este o caso dos autos) já contava todo o lustro, ou viria a completá-lo até 31.12.83. Ora, se ao serventuário que não tinha cinco anos de substituição, quando da edição do art. 208 (nova redação dada pela EC 22), foi permitido completá-los, até 31.12.83, para ter direito à titularidade, com maior razão gozará da proteção constitucional o serventuário que, em 1982, já contava os 5 anos completos." (fls. 163).

Refere, também, a seu favor, parecer da lavra do saudoso mestre HELY LOPES MEIRELLES (fls. 163/164).

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, em o seu parecer, opina pelo desprovimento do recurso.

Em seguida, o recorrente enviou Memorial onde refere decisões do egrégio Conselho da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, mudando de orientação para declarar que estão incluídos, na disposição do art. 208 da CF, "aqueles que, embora não estivessem na função, na data da vacância, a tenham exercido por um qüinqüênio completado anteriormente a 31.12.1983".

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL (Relator): Estou em que assiste razão ao recorrente. Com efeito, o texto constitucional aludido, *id est*, art. 208 da Constituição Federal então vigente, não fez a distinção anteriormente feita pelo Colendo Conselho da Magistratura. A confusão, parece-me, decorre da equivocada apreensão da *mens legis* do indigitado texto. É que ao dispor o legislador que "fica assegurada a efetivação no cargo de titular,... aos que contem ou venham a contar cinco anos de exercício na mesma serventia", quis evitar que se computasse o tempo de substituição em serventias diversas e, não, que o substituto, que serviu durante os 5 (cinco) anos, nessa condição, estivesse, ao depois, ligado à mesma serventia. A respeito, essa colenda Primeira Turma, julgando o RMS nº 268-RS (9013399), de que foi relator o eminente Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, proveu, à unanimidade, o recurso do postulante, louvando-me eu em secundar tal voto. Nesse paradigma que pude colher, o Escrivão Substituto **não estava na mesma Serventia.** E mais, nem estava ele no exercício da função, a dizer, Serventia, eis que exercendo mandato eletivo (Prefeito). Veja-se o que pôde expressar a douta Subprocuradoria-Geral da República, em seu Pa-

recer, o que foi adotado, como razão de decidir, no voto do eminente Relator, *verbis*:

> "Se, como sustentam as Informações, aliás, sem acolhida expressa no v. acórdão recorrido, o recorrente passou algum tempo afastado da Serventia, o período desse afastamento, por legalmente autorizado — já que se deu para o exercício de mandato político, como Prefeito Municipal — não pode ser deduzido de seu exercício na Serventia; se, ainda assim, operar-se tal dedução, nenhum óbice causará à sua efetivação, porque aquele licenciamento ocorreu somente a partir de 15.08.82 (Certidão de fls. 17), quando o recorrente já havia completado os cinco (5) anos exigidos pela EC nº 22, que é de 29.06.82.
>
> Assim, também sob esse aspecto, razão assiste, ao recorrente, para ver reconhecido seu direito à efetivação, como Titular, no Tabelionato da Comarca de Sarandi-RS.
>
> Isto posto, e tendo em vista que aquele Tabelionato encontrava-se vago à data da promulgação da EC nº 22, de 1982, nosso parecer — na conformidade do que decidiu o Excelso Pretório no citado RE 109.037-RS — é pelo provimento do recurso, a fim de que, concedida a segurança, o impetrante, ora recorrente, seja, afinal, efetivado, como Titular da aludida Serventia, o que poderá ser feito, como requerido, expedindo-se ato no qual se declare insubsistente a remoção impugnada e, ao mesmo tempo, a efetivação do impetrante no aludido cargo, ou, ainda, se assim o preferir a autoridade impetrada, mediante ato específico de nomeação do recorrente, tudo, obviamente, após o trânsito em julgado da decisão que lhe venha a reconhecer o direito à pretendida efetivação."

Assim, não vejo porque vislumbrar o julgador mais do que pretendeu o legislador. Aliás, repise-se: O próprio Colendo Conselho da Magistratura já não faz a distinção que antes fez, no caso do ora recorrente, como nos dá conta, dent'outros, o seguinte decisório, referido pelo ilustre patrono do recorrente, em o seu Memorial, assim ementado:

> "Serventia extrajudicial. Vacância. Efetivação de substituto. Art. 208 da CF com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 22/82. Na disposição do art. 208 da CF sobre a efetivação de substitutos estão incluídos aqueles que, embora não estivessem na função, da data da vacância, a tenham exercido por um qüinqüênio completado anteriormente a 31.12.83. Recurso provido". (Processo nº 549/87, Relator: Desembargador ARRUDA GUERREIRO".

Com estas considerações, dou provimento ao recurso, como pedido.

É o meu voto.

VOTO

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: A matéria, ao que me parece, já é do conhecimento da Egrégia 1ª Turma.

Em sessão anterior, ainda com a composição diferente, já havíamos-nos pronunciado sobre a matéria e hoje estamos renovando o julgamento.

Acompanho o voto do Eminente Ministro-Relator.

É como voto.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Sr. Presidente, o dispositivo constitucional exige apenas que o substituto tenha completado cinco anos de substituição, não exige que ele esteja em exercício. Tinha certas dúvidas porque essa hipótese levantada pelo Dr. Subprocurador, de que poderia ter um, dois ou três substitutos, não pode acontecer, porque existe uma coisa que se chama prescrição. É claro que, se entrasse um outro que completasse cinco anos, o que ficou no período anterior não teria mais que mover uma ação, porque estaria atingido pela prescrição, nos termos do Decreto-lei nº 20.919/32, e não aconteceria essa hipótese. Como o dispositivo constitucional não exige que ele esteja em exercício, acompanho o voto do Eminente Ministro-Relator.

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Senhor Presidente. Pedi vista dos autos, após o voto do nobre Ministro Relator e do Ministro GARCIA VIEIRA que o acompanhou, por ter dúvida, naquela ocasião, sobre se o impetrante preenchia os pressupostos configuradores do direito à investidura no cargo de Escrivão da 4ª Vara de Órfãos e Sucessões da Comarca da Capital.

Ao exame detido dos autos, cheguei à idêntica conclusão do Relator, porquanto a norma Constitucional que beneficiou o impetrante não exige, de forma expressa e nem implícita que, por ocasião da vacância de cargo, esteja, o substituto, no exercício da serventia em que se deu a

vaga. Basta, de acordo com a dicção da regra constitucional, que "o substituto, investido na forma da lei, conte cinco (5) anos de exercício na função substitutiva e na mesma serventia."

Admitindo-se, para argumentar, que o dispositivo da Lei Maior exigisse, de forma implícita, que, por ocasião da vacância da serventia, estivesse, o impetrante, no exercício da substituição, ainda assim, ao meu entender, esse requisito estaria preenchido pelo servidor recorrente. É que, permanecendo, ainda, em exercício na Escrivania da 1ª Vara de Órfãos e Sucessões da capital, o impetrante continua em atividade na mesma serventia. Realmente, o termo serventia inscrito no dispositivo constitucional não tem, como entendeu o Tribunal *a quo*, um sentido estrito e limitado, a ponto de significar o cargo de Escrivão, o Cartório ou a Escrivania da 4ª Vara de Órfãos e Sucessões. Por **serventia** entende-se o serviço da mesma natureza, o conjunto de atribuições de uma mesma classe ou categoria ou, por fim, a soma de serviços correspondentes às obrigações de um mesmo grupo de serventuários. Neste sentido, como entendem os doutrinadores, em uma Comarca, todos os Escrivães constituem uma mesma classe e compõem uma mesma serventia, o mesmo ofício de justiça, porque todos eles exercem uma mesma função, a do Escrivanato; todos os oficiais de justiça, outra classe de serventuários, compõem uma serventia; todos os distribuidores outra serventia. Portanto, se o Escrivão de uma Vara se transfere para o cargo de Escrivão de outra de numeração diferente, ele continua na mesma serventia, na mesma classe, no mesmo ofício, com as mesmas atribuições, exercendo a mesma função — o Escrivanato. Este é o escólio de De Plácido e Silva ao definir serventia, na linguagem forense e administrativa, "como sendo ofício ou a função de quem serve num ofício público". (Vocabulário jurídico, pág. 1.437). Ofício, destarte, é o conjunto de serviços ou de atribuições de uma mesma classe de servidores. Neste sentido, todos os Escrivães exercem uma mesma função, e pertencem ao mesmo ofício. Impossível é concluir-se que cada Escrivão exerce um ofício diferente, ou uma função pública também diversa. Em suma, serventia é o conjunto de serviços de uma mesma classe, de um mesmo ofício, com as mesmas atribuições e igual função no âmbito dos auxiliares da justiça. Estando, pois, o impetrante, no exercício da serventia da 1ª Vara de Órfãos, ao tempo em que se deu a vaga de Escrivão da 4ª Vara de Órfãos e Sucessões, ele atende aos requisitos ínsitos no preceito constitucional invocado, pois, foi encontrado no exercício de igual ofício, de conseguinte, na mesma serventia de justiça — isto é, na Escrivania de uma mesma Comarca. Não há, assim, como se lhe negar a efetivação no cargo que postula, estreitando excessivamente a compreensão e o sentido da regra constitucional de excessão. Convicto de que se dá, ao texto consti-

tucional, a melhor interpretação, não há como divergir do voto do eminente Ministro Relator, que adoto, em sua inteireza.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 505 — RJ — (9065216) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Geraldo Sobral. Recte.: Lourival da Motta Franco. T. Origiem.: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Impdo.: Presidente do Conselho da Magistratura. Recdo.: Estado do Rio de Janeiro. Advs.: Drs. Francisco Antonio Fabiano Mendes e outros e Sérgio Ferraz.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso. (em 25.09.91 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Pedro Acioli, Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo e Gomes de Barros. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.

♦

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 664 — RN
(Registro nº 90.10617-6)

Relator Originário: *Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro*

Relator p/ Acórdão: *Sr. Ministro Américo Luz*

Recte.: *Carlos Jussier Trindade Santos*

T. Origem: *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte*

Impdo.: *Governador do Estado do Rio Grande do Norte*

Recdo.: *Estado do Rio Grande do Norte*

Advs.: *Romildo Fernandes Gurgel e outros e Jalles Costa*

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PROCURADOR JURÍDICO DA JUNTA COMERCIAL DO RIO GRANDE DO NORTE. EXONERAÇÃO. CARGO. NATUREZA. ESTABILIDADE EXCEPCIONAL. ART. 19 DO ADCT.

Na espécie, preenchido pelo recorrente o requisito dos cinco anos de continuidade de serviço públi-

co exigidos pelo *caput* do art. 19 do ADCT, é de se lhe reconhecer o direito à estabilidade excepcional assegurada pelo referido dispositivo constitucional, pelo que não poderia ser exonerado do cargo efetivo para o qual foi nomeado.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, dar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 19 de junho de 1991 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (Relator): Trata-se de Recurso em Mandado de Segurança convertido a partir de Recurso Extraordinário (CF, art. 105, II, *b*) pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (fls. 382/383).

Recorre CARLOS JUSSIER TRINDADE SANTOS do v. acórdão do Tribunal de origem denegando mandado de segurança impetrado contra ato do Governador do Estado do Rio Grande do Norte que exonerou o impetrante do cargo de Procurador Jurídico da Junta Comercial daquele Estado. O acórdão possui a seguinte ementa:

"MANDADO DE SEGURANÇA. PROCURADOR JURÍDICO DA JUNTA COMERCIAL. DENEGAÇÃO.

I — Os atuais cargos de procurador jurídico da Junta Comercial do Estado, com a declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 5.551/87, pelo Supremo Tribunal Federal, voltaram a possuir natureza comissionada, podendo os seus eventuais titulares serem demitidos *ad nutum*.

II — Fere a ordem jurídica a nomeação para cargo efetivo sem a exigência de prévia seleção por concurso público, cabendo à administração, em obséquio à regra da autotutela, anular os seus próprios atos quando manchados pela eiva da ilegalidade.

III — A estabilidade do art. 19 do ADCT não atinge os titulares em cargos em comissão, bem assim exige que o lapso temporal de cinco anos contínuos de serviço, prestado antes da promulgação da Carta Magna atual, seja em favor da entidade perante a qual pretende o servidor estabilizar-se.

IV — Segurança denegada." (fls. 231).

O Recorrente sustenta que era ocupante de cargo criado nos termos da Lei nº 3.715, de 10.11.68, através da Resolução nº 09/86, de 20.10.86, do Conselho de Vogais da Junta e homologado pelo Decreto governamental nº 9.705, de 11.12.86. Tais diplomas legais não definiram expressamente a natureza efetiva do cargo, mas, de acordo com a doutrina e jurisprudência, no silêncio da lei, o cargo deve ser considerado efetivo. Apenas o decreto de nomeação denomina o cargo como sendo "em comissão", mas que os decretos de nomeação devem subordinar-se à forma e condição de provimento prescritos na legislação.

Alega ainda que: "O art. 19 do ADCT da nova Carta veio justamente normalizar tais situações, legitimadas com a estabilidade excepcional. Para obtê-la, o cargo ocupado pelo interessado teria que ser de natureza efetiva, não importando, ademais, que tivesse sido nomeado sem concurso, sendo necessário também satisfazer a exigência de cinco anos de serviço público continuado. Por conseguinte, não houve contrariedade a nenhum dispositivo legal ou constitucional..." (fls. 250).

Contra-razões às fls. 374/381.

Parecer do Ministério Público (fls. 388/391) opinando pelo provimento do recurso fundamentando: "Em mandado de segurança onde se discutia matéria idêntica à dos presentes autos, o Egrégio Tribunal de Justiça considerou o cargo de Procurador Jurídico da Junta Comercial do Estado como efetivo, em acórdão confirmado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, no RE 121.535-6, julgado em 21 de agosto do ano corrente, sendo Relator o eminente Ministro Octávio Gallotti, cujas notas taquigráficas seguem em anexo, e às quais nos reportamos." (fls. 389).

É o relatório.

VOTO (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (Relator): O Direito, na experiência, não é somente norma. Compreende também o fato.

No caso dos autos, o fato é o seguinte:

O Impetrante, ora Recorrente, foi nomeado para o cargo de Procurador Jurídico da Junta Comercial do Estado do Rio Grande do Norte, criado pelo Decreto nº 8.705, no dia 14 de janeiro de 1987 (fls. 60). O Decreto de nomeação menciona que o cargo é em comissão.

A Lei nº 5.551, de 16 de janeiro de 1987, dispôs no art. 3º:

> "Os atuais cargos de Procurador da Junta são providos em caráter efetivo, por livre nomeação do Governador do Estado, com remuneração e vantagens idênticas às de Procurador de 3ª Classe da Procuradoria-Geral do Estado, devendo como tal serem apostilados os títulos dos respectivos ocupantes, ficando nulos e sem efeito quaisquer atos em desacordo com as presentes disposições." (fls. 63).

O Impetrante não prestou concurso de provas e títulos para o referido cargo.

O Supremo Tribunal Federal, na Representação nº 1.390-1 — Rio Grande do Norte — declarou a inconstitucionalidade da mencionada lei (fls. 73). A respectiva ementa traduz conclusão própria de tal declaração:

> "O efeito da decisão que julga procedente a Representação é a declaração, em abstrato, da inconstitucionalidade da norma impugnada, não lhe cabendo analisar e definir situações individuais dos ocupantes de cargos previstos na lei invalidada ou em legislação pretérita."

Postos esses aspectos, passe-se à adequação normativa.

O Impetrante foi nomeado antes da edição da Lei nº 5.551/87, precisamente, na véspera.

Não lhe aproveita, portanto, em nada, a referida lei, notadamente com a declaração de inconstitucionalidade.

Lei inconstitucional *ex radice* é inválida porque editada afrontando norma que lhe é superior. Os efeitos dessa declaração são *ex tunc*, alcançando, pois, todas as situações jurídicas constituídas sob sua proteção.

Do art. 3º, da Lei nº 5.551/87, extrai-se a conclusão que os cargos de Procurador da Junta foram considerados de "caráter efetivo", porém, inexplicavelmente, de o provimento ser "por livre nomeação do Governador do Estado."

A Lei Estadual nº 3.715/65, ao transformar a JUCERN em autarquia, determinou:

> "Art. 39 — Todos os cargos e empregos do Quadro de Pessoal da Junta serão providos mediante concurso público de provas e títulos, realizado pela própria autarquia." (fls. 236).

Restou incontroverso que o Recorrente, de duas uma:

a) foi nomeado para cargo em comissão, podendo ser exonerado, sem nenhuma censura, a qualquer momento; ou

b) nomeado para cargo de provimento efetivo, sem o prévio concurso público de provas e títulos.

Faço essa alternativa porque os autos não informam a criação do cargo, antes da Lei nº 5.551/87.

O v. acórdão, por seu turno, extraiu a conclusão de o ser em comissão porque a referida lei estatuíra que seria provido em caráter efetivo. Afirmou: se assim é, evidente, antes não tinha esse caráter, sendo, pois, de nomeação precária. Cumpre considerar, prossigo, não havendo ressalva, trata-se de cargo de provimento efetivo, que é a regra na espécie.

De qualquer modo, o acolhimento do pedido, diante da Constituição da República de 1988, a teor do art. 19, ADCT, exigem-se os seguintes requisitos:

a) exercício na data da promulgação da Lei Maior;

b) há pelo menos cinco anos continuados;

c) não admitidos na forma do art. 37 da Constituição.

O Recorrente, evidenciada a irregularidade da nomeação, foi exonerado.

Entendo, "cinco anos continuados" significa exercício no mesmo cargo. A *Lex Mater* fechando os olhos às irregularidades, passou esponja nas situações anteriores, e contemplou os servidores com a estabilidade. Evidentemente, para socorrer quem, há pelo menos um lustro, vinha exercendo a atividade.

Não comungo da interpretação liberal de ser possível a soma de tempo em vários cargos. Não diviso a mera presença no serviço público, mas a presença no mesmo cargo.

Ainda que se adote outra orientação, *data venia*, impossível fazer, como pretende o Recorrente, contar tempo de mais de uma atividade.

O v. acórdão recorrido registra na fundamentação:

> "O tempo de serviço apresentado pelo Impetrante na JUCERN não atinge cinco anos antes de 05.10.89, mas, tão-só, 1 (hum) ano, 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias. Almeja, para perfazer o lustro do art. 19 do ADCT, computar intervalos de labor prestados a pessoas jurídicas de direito público diversas, tais como a Universidade Federal do Rio Grande do Norte (15 anos, 4 meses e 17 dias), a União Federal (Ministério do Exército, 1

ano, 7 meses e 19 dias) e o Município de Natal (3 anos, 5 meses e 27 dias) e a Companhia de Desenvolvimento Industrial (3 anos, 10 meses e 14 dias) o que tenho por algo flagrantemente inadmissível." (fls. 243).

A certidão de fls. 181/181-v. abona esses dados cronológicos.

Com efeito, como o Recorrente foi nomeado aos 14 de janeiro de 1987 para Procurador Jurídico da Junta Comercial, aí esteve apenas 01 ano, 10 meses e 28 dias.

O tempo de serviço no Ministério do Exército terminou no dia 03.08.63. Na Prefeitura de Natal, aos 18.03.71. Em conseqüência, não satisfaz a exigência de "pelo menos cinco anos continuados".

Resta considerar o tempo na Universidade. A certidão, embora indique o período final aos 30.11.86, acrescenta que não houve exoneração.

Ainda que inexista a interrupção, esse tempo será inaproveitável para o fim pretendido pelo Recorrente, a teor do próprio art. 19 da ADCT, cujo § 3º é imperativo:

> "O disposto neste artigo não se aplica aos professores de nível superior, nos termos da lei."

Assim, tempo de exercício como professor não pode ser ponderado.

Ainda que se afaste esse obstáculo, outro, *data venia*, impede acolha-se o pedido.

Se esse tempo foi contado, e o está sendo, para o magistério, "não constando sua exoneração" (fls. 181), é lógico, inviável contagem de tempo concomitantemente para a Universidade e a Junta Comercial. *Bis in idem* impossível.

Gostaria de fazer um adendo. A matéria exposta pelo advogado não foi de fato e sim contrariedade ao voto. Citado o parecer do Doutor Saulo Ramos, como Consultor-Geral da República, cuja conclusão se encontra às fls. 166, diversa da aqui apresentada.

O ilustre Consultor-Geral da República afirmou que "se computam os tempos, para efeito do art. 19, qualquer cargo, emprego em órgão da União Federal, Estado, do Distrito Federal e territórios." Quanto a isso, meu voto diz expressamente que não seguia essa orientação liberal. O ponto central da minha conclusão é que o impetrante está querendo somar, ao mesmo tempo, percebendo vantagens como professor, para tempo de qüinqüênio e outros, e também para obter a estabilidasde, quando o § 3º do art. 19 expressamente exclui os professores.

Sendo assim, parece-me, *data venia* não prospera a *soit disant* matéria de fato.

VOTO — VISTA (VENCIDO, EM PARTE)

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: O Dr. Carlos Jussier Trindade Santos impetrou mandado de segurança contra ato praticado pelo Governador do Estado do Rio Grande do Norte, que o exonerou do cargo de Procurador Jurídico da Junta Comercial.

São as seguintes, em resumo, as razões da impetração:

Foi nomeado, em 14-1-87, para o cargo de Procurador, assumindo no dia seguinte; pela Lei nº 5.551/87 os cargos de Procurador passaram a ser considerados de provimento efetivo; STF declarou inconstitucional a Lei nº 5.551, *in abstrato*, não implicando aquela decisão na análise e definição de situações individuais dos ocupantes dos cargos; a exoneração ocorreu em 08-02-89; sustenta o impetrante ser de natureza efetiva o seu cargo, pouco importando ter constado no ato de nomeação a qualificativa de comissionado; a representação de inconsticionalidade não afetou a Lei nº 3.715/68, com base na qual foi criado o cargo; está o requerente amparado pelo artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que lhe assegura estabilidade.

Com a negativa de liminar, informou a autoridade apontada coatora: não é efetivo o cargo de Procurador de Junta, tanto que não foi prestado concurso público; declarada inconstitucional a Lei nº 5.551/87 a decisão serviu de embasamento para o ato combatido; não houve afronta ao artigo 19 do ADCT, já que não satisfeito o requisito dos cinco anos continuados de exercício.

O Tribunal local, por maioria de votos, denegou a segurança (fls. 231 e 244).

Daí o recurso extraordinário (fls. 245 e 295) convertido em ordinário por despacho do Presidente do Egrégio Tribunal (fls. 382/383).

Trazendo o feito a julgamento, o eminente relator, Ministro Vicente Cernicchiaro, proferiu seu voto, negando provimento ao recurso, o que, pela complexidade da matéria, fez-me pedir vista dos autos para melhor examinar a espécie.

Passo a decidir, pelo meu voto.

No Tribunal de Justiça a negativa da segurança consubstancia-se na seguinte ementa:

> "MANDADO DE SEGURANÇA. PROCURADOR JURÍDICO DA JUNTA COMERCIAL. DENEGAÇÃO.
>
> I — Os atuais cargos de procurador jurídico da Junta Comercial do Estado, com a declaração de inconstitucionali-

dade da Lei Estadual nº 5.551/87, pelo Supremo Tribunal Federal, voltaram a possuir natureza comissionada, podendo os seus eventuais titulares serem demitidos *ad nutum*.

II — Fere a ordem jurídica a nomeação para cargo efetivo sem a exigência de prévia seleção por concurso público, cabendo à administração, em obséquio à regra da autotutela, anular os seus próprios atos quando manchados pela eiva da ilegalidade.

III — A estabilidade do art. 19 do ADCT não atinge os titulares em cargos em comissão, bem assim exige que o lapso temporal de cinco anos contínuos de serviço, prestado antes da promulgação da Carta Magna atual, seja em favor da entidade perante a qual pretende o servidor estabilizar-se.

IV — Segurança denegada." (fls. 231).

O primeiro ponto, portanto, a perquirir, para solução da controvérsia, é a resposta à indagação sobre a natureza do cargo: efetivo ou em comissão? Sim, porque se o cargo é em comissão o seu ocupante não adquire estabilidade. Se é efetivo, condição da estabilidade, cabe uma outra indagação: o seu ocupante seria também estável?

Trouxe o eminente Subprocurador-Geral da República, em sua manifestação, acórdão do Supremo Tribunal, confirmando a decisão recorrida, em que se discutia matéria idêntica a dos presentes autos, quando o Tribunal de Justiça considerou o cargo de Procurador Jurídico da Junta Comercial do Estado como efetivo. A situação é a mesma — concluiu o eminente parecerista — e em face da igualdade de situações, opinou pelo provimento do recurso (fls. 388 e 391).

Com efeito, o outro impetrante, Hemetério Fernandes Gurgel, exonerado de cargo idêntico, pelos mesmos motivos, pelos mesmos considerandos, notadamente porque o cargo era de provimento em comissão (fls. 57 e 74), teve deferida a segurança, como se lê nos fundamentos dos votos majoritários:

"A questão principal trazida à colação diz respeito a se situar o cargo de Procurador do Impetrante, como cargo efetivo ou de provimento em comissão.

Entendemos que o cargo do impetrante sempre foi efetivo. O cargo para ser em comissão deve ser, pela lei, assim estabelecido, se a lei silencia, o cargo é efetivo. O impetrante, na inicial, citou as melhores lições:

De Carlos Medeiros e Silva, conceituado Consultor Jurídico do DASP (no DOU de 19-07-49, pg. 10.294), *in verbis*:

"Na ausência de cláusula legal declarando o cargo de provimento em comissão, ou de acordo com a linguagem menos precisa, da Constituição, de provimento em confiança, de livre nomeação e demissão, se deve entender que o mesmo é de provimento efetivo".

Convém salientar que a Divisão de Pessoal do DASP, adotou o entendimento jurídico do insigne jurista Carlos Medeiros e Silva. Assim, não se pode dizer que o cargo é em comissão porque a lei não declarou, taxativamente, que o cargo era efetivo. Concordo com este entendimento.

O silêncio da lei quanto à natureza do cargo, deixa evidente tratar-se de cargo efetivo, pois somente para o cargo em comissão a especificação legal autoriza a sua qualificação.

Diante desta certeza jurídica, torna-se indubitável que o cargo em que foi exonerado o impetrante era, como o é, cargo efetivo.

Para reforçar esta certeza, valem as anotações, ou apostilas, no título de nomeação do impetrante, de onde se vê que o seu cargo é efetivo." (fls. 395/396).

Aplicou a Justiça local, ainda, àquele caso, o art. 19 do ADCT.

Por força de recurso do Estado do RN, o processo subiu ao STF que, decidindo, assim ementou:

"Estabilidade. Art. 19, e seu § 2º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 1988. Dispositivos não contrariados, porquanto afastada pelo acórdão, perante consistente interpretação da lei estadual, a natureza, de cargo em comissão, daquele exercício pelo funcionário." (fls. 392).

O voto do eminente Ministro Octávio Gallotti, acolhido pela unanimidade dos seus pares, deixou claro:

"Na verdade, a assertiva de contrariedade do art. 19, § 2º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, torna-se inconsistente, nesta Instância, por vir atrelada ao pressuposto (necessário ao êxito da tese) de que seria de provimento, em comissão, o cargo de Procurador Jurídico da Junta Comercial. Mas essa característica do cargo foi recusada, pelo acórdão, com base em consistente exegese da legislação estadual (especialmente da Lei nº 3.715-68).

O mesmo sucede com relação à suposta ofensa ao art. 97, § 1º, da Carta Política de 1967, que adviria da declaração de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 5.551/87, do Rio Gran-

de do Norte, perante aquela norma constitucional. Mas, tendo sido estabelecido vínculo efetivo, sob a égide de lei anterior, permanece a investidura sobranceira aos efeitos da decisão do Supremo Tribunal, na Representação nº 1.390.

A douta Procuradoria-Geral da República, em seu parecer de fls. 483/5, admite que era de provimento efetivo o cargo ocupado pelo Recorrido, mas opõe, ao reconhecimento da estabilidade constitucional, a glosa de parcelas de tempo de serviço, relativas a emprego em sociedade de economia mista, em assistência a parlamentares, e nas fileiras da Aeronáutica Militar (cert. de fls. 99).

Acontece, porém, que essa questão não foi, em absoluto, ventilada no acórdão recorrido, nem suscitada na interposição do extraordinário. O que neste se alega, para fundamentar a asserção de contrariedade do § 2º do art. 19 (não do *caput* desse dispositivo do ADCT), é a natureza comissionada do cargo em apreço (afastada pelo Tribunal *a quo*, perante o exame da lei estadual). Não a imprestabilidade de períodos do tempo de serviço anterior, matéria inovada pelo Ministério Público Federal.

Ante o exposto, não conheço do Recurso Extraordinário" (RE 121.536-6-RN, 21-8-90). (pág. 404/405).

Em conseqüência, reconheceu a Corte Maior, que o cargo era efetivo e, como tal, não teria pertinência o § 2º, do artigo 19 do ADCT (exclui da estabilidade excepcional os cargos em comissão), não examinando o STF a hipótese da soma de parcelas de tempo de serviço para garantia da estabilidade.

Ressalvando ponto de vista pessoal, pois a conclusão a que fui chegando é de que há pelo menos sérias dúvidas a respeito do provimento do cargo, no caso concreto aqui sob julgamento, tanto que, não bastasse a clareza do título de nomeação (fls. 59), logo após a Lei nº 5.551, que considerou efetivos os cargos, o requerente exibiu o título para averbação como efetivo (fls. 60-v), numa autêntica confissão de que até então era comissionado; mas ressalvando a convicção pessoal, curvo-me à decisão da Suprema Corte — o cargo é efetivo —, como, aliás, também concluiu aqui o voto do eminente relator, proclamando: — "cumpre considerar, prossigo, não havendo ressalva, trata-se de cargo de provimento efetivo, que é a regra na espécie".

Da mesma forma, endosso os argumentos do voto proferido pelo relator, ao descartar a aplicabilidade do artigo 19, *caput*, do ADCT, porque se pretende, para tanto, somar tempo de cargos e entidades diferen-

tes. Diz o voto, neste particular: "Entendo, 'cinco anos continuados' significa exercício no mesmo cargo. A *Lex Mater*, fechando os olhos às irregularidades, passou esponja nas situações anteriores, e contemplou os servidores com a estabilidade. Evidentemente, para socorrer quem, há pelo menos um lustro, vinha exercendo a atividade.

Não comungo da interpretação liberal de ser possível a soma de tempo em vários cargos. Não diviso a mera presença no serviço público, mas a presença no mesmo cargo.

Ainda que se adote outra orientação, *data venia*, impossível fazer como pretende o Recorrente, contar o tempo de mais de uma atividade".

Cumpre assinalar que o § 3º do art. 19 da ADCT, no meu entendimento, não tem pertinência.

As decisões referidas nos autos e nos memoriais foram todas prolatadas sob a égide das Constituições anteriores (de 1946 e 1967), onde os dispositivos, embora consagrem fórmulas de estabilidade excepcional, extraordinária, diferem na sua redação e na sua abrangência. A Carta de 67, basta cotejar, falava em **serviço público**, enquanto a atual foi mais restritiva, referindo-se a cinco anos continuados. Bem a propósito, em estudo publicado na Revista de Direito Administrativo, vol. 174, págs. 239 a 242, de outubro/dezembro de 1988, sob o título "A Estabilidade na Disposição Transitória da Constituição", o Professor Raimundo Nonato Fernandes fez as seguintes observações:

> "A exemplo das Constituições de 1946 (Ato das Disposições Transitórias, art. 23) e 1967 (art. 177, § 2º), a Constituição de 05 de outubro de 1988 também concedeu, aos servidores públicos não-concursados, com pelo menos cinco anos de serviço, o direito de permanência na função, mas em termos não exatamente idênticos aos dos textos anteriores (Ato das Disposições Transitórias, art. 19, §§ 1º e 2º)."

Estabelcendo as diferenças nos textos das diversas Constituições, arremata o mestre:

> "4. A Constituição atual colocou a questão nos seguintes termos: a) A estabilidade concedida é no serviço público, não no cargo ou emprego;
>
> b) São beneficiados os servidores da administração direta, das autarquias... excluídos os ocupantes de cargo, função ou emprego de confiança ou, de qualquer modo, passíveis de exoneração, e os professores de nível superior;
>
> c) O período de cinco anos há de ser continuado e, portanto, prestado à mesma entidade pública, sendo computável o

afastamento para o exercício de cargo, função ou emprego de confiança;

d) o servidor estabilizado não fica dispensado de concurso público...

5. Como se vê, há duas mudanças importantes, em relação às Constituições anteriores: a primeira, quando se exclui a efetivação no cargo ou emprego, ainda dependente de ulterior concurso, e **a segunda**, quando se exige a continuidade do período de cinco anos, que equivale, assim, a efetivo exercício e não a tempo de serviço público, definido pelo art. 40, do § 3º, do texto permanente como abrangente do trabalho prestado a quaisquer entidades públicas, no âmbito federal, estadual ou municipal.

6. A estabilidade concedida afasta-se do conceito tradicional, prevalente não só na doutrina como na jurisprudência" (pág. 240).

Efetivamente, sendo o dispositivo de caráter excepcional, transitório, anômalo, de favor, premiativo — ainda que de reconhecida eficácia plena e imediata — não comporta interpretação ampliativa, caso em que teria sido consignada a mesma expressão ampla das Constituições passadas. Arranhou-se o mesmo princípio da moralidade tão judiciosamente insculpido pela própria Carta no seu art. 37. (O Servidor Público na Constituição de 1988, de Ivan Barbosa Rigolin, pág. 209).

A história se repete, criando-se, assim, um círculo vicioso. Uma Constituição proíbe o ingresso pelo concurso, a proibição não é observada e a Constituição subseqüente sacramenta a admissão feita ao arrepio da anterior (Wolgran Junqueira Ferreira, Comentários, vol. 3, pág. 1.236).

Daí o cuidado na interpretação do dispositivo, não se admitindo, aí sim, lei que restrinja seu alcance ou condicione sua eficácia (Celso A. B. de Mello, *in* MS nº 21.101-6-DF, STF, 19-10-90, Min. Celso de Mello).

Concluindo-se, então, que o servidor-recorrente é **efetivo** mas não **estável** — a efetividade representa o menos e a estabilidade o mais — não poderia ser simplesmente exonerado como o foi. Só mediante a observância das normas legais é que se poderia proceder à exoneração. É ainda Rigolin quem esclarece: "Inobstante o baralhamento, propositado ou não, mas agora definitivo, dos conceitos jurídicos; continua a efetividade sendo atributo do cargo estatutário de provimento efetivo" (pág. 144). "O funcionário efetivo está protegido contra a livre exoneração ou demissão (Súmula 21, STF), mas não contra a extinção do cargo (Súmu-

la 22), de que só estável, nessa hipótese, conserva as respectivas vantagens" (CF, art. 41, § 3º) — RDA, 174/241, citada. "Os efetivos, assevera com sua autoridade Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro, 14ª ed., pág. 381) não são exoneráveis *ad nutum*, qualquer que seja o tempo de serviço no cargo, porque a nomeação com esse caráter traz ínsita a condição de permanência enquanto bem ocorrem à Administração. Somente através de apuração judicial ou administrativa, em que se comprove motivo ensejador de dispensa, é que se legitima a desenvestidura do funcionário efetivo."

Reside aqui, neste ponto, *data venia*, a divergência fundamental do meu voto com o do eminente relator. Considero o ato de exoneração, tal como praticado, uma vez reconhecida a condição de efetividade pelo STF, ilegal, merecendo o impetrante, nesta parte, a proteção do *mandamus*.

Registro, finalmente: não há que se confundir o julgamento deste recurso com o interposto por Donaldo Santos de Carvalho (RMS nº 663-RN — Min. Vicente Cernicchiaro, 19-11-90). Naquele não restou dúvida de que a nomeação foi para o cargo de Procurador Jurídico, em comissão (fls. 74 e 85) e ali o impetrante desejava ser efetivado no cargo, o que acabou não conseguindo.

Dou, por tudo isso, parcial provimento ao recurso.

É o meu voto.

VOTO — VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: O recorrente, Dr. CARLOS JUSSIER TRINDADE SANTOS, pleiteia nestes autos o provimento do apelo, buscando a reforma do acórdão exarado pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado, que ostenta a seguinte ementa:

> "MANDADO DE SEGURANÇA. PROCURADOR JURÍDICO DA JUNTA COMERCIAL. DENEGAÇÃO.
>
> I — Os atuais cargos de procurador jurídico da Junta Comercial do Estado, com a declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 5.551/87, pelo Supremo Tribunal Federal, voltaram a possuir natureza comissionada, podendo os seus eventuais titulares serem demitidos *ad nutum*.
>
> II — Fere a ordem jurídica a nomeação para cargo efetivo sem a exigência de prévia seleção por concurso público, cabendo à Administração, em obséquio à regra da

autotutela, anular os seus próprios atos quando manchados pela eiva da ilegalidade.

III — A estabilidade do art. 19 do ADCT não atinge os titulares em cargos em comissão, bem assim exige que o lapso temporal de cinco anos contínuos de serviço, prestado antes da promulgação da Carta Magna atual, seja em favor da entidade perante a qual pretende o servidor estabilizar-se.

IV. Segurança denegada."

O recurso extrordinário foi convertido em ordinário pelo despacho de fls. 382/383, do qual destaco:

"Alega que o v. acórdão recorrido "negou direito líquido e certo à estabilidade excepcional do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 1988 e à reintegração no cargo de Procurador Jurídico da Junta Comercial do Estado do Rio Grande do Norte (Constituição Federal, art. 41, §§ 1º e 2)".

2. Trata-se de decisão denegatória de mandado de segurança.

O art. 105, II, *b*, da Constituição Federal, dispõe:

"Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I — ... (*omissis*);

II — Julgar, em recurso ordinário:

a) ... (*omissis*);

b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão".

Evidente, assim, que, com a nova ordem constitucional, cabível é o recurso ordinário e não o extraordinário.

3. Isto posto:

a) Converto o recurso extraordinário interposto em ordinário, admitindo-o, conseqüentemente;

b) Dê-se vista ao recorrido para responder, em que pese a manifestação de fls. 374/381;

c) Publique-se."

Na sessão desta Turma, em 17.12.90, após o voto do Relator, eminente Ministro VICENTE CERNICCHIARO, negando provimento ao recurso, pediu vista o preclaro Ministro HÉLIO MOSIMANN, que con-

cluiu pelo provimento parcial, ocasião em que, também eu, solicitei vista (Sessão de 10.04.91).

A divergência entre os dois votos acima referidos está em que o Ministro-Relator considera o cargo ocupado pelo Recorrente na Junta Comercial do Estado como sendo de provimento em comissão, conquanto o Sr. Ministro HÉLIO MOSIMANN o considere de provimento efetivo, aduzindo (página 04 do voto):

> "Ressalvando ponto de vista pessoal, pois a conclusão a que fui chegando é de que há pelo menos sérias dúvidas a respeito do provimento do cargo, no caso aqui sob julgamento, tanto que, não bastasse a clareza do título de nomeação (fls. 59), logo após a Lei nº 5.551, que considerou efetivos os cargos, o requerente exibiu o título para averbação como efetivo (fls. 60-v.), numa autêntica confissão de que até então era comissionado; mas ressalvando a convicção pessoal, curvo-me à decisão da Suprema Corte — o cargo é efetivo —, como, aliás, também concluiu aqui o voto do eminente relator, proclamando: — "cumpre considerar, prossigo, não havendo ressalva, trata-se de cargo de provimento efetivo, que é a regra na espécie".

S. Exa., Ministro HÉLIO MOSIMANN, obtemperou, todavia:

> "... endosso os argumentos do voto proferido pelo relator, ao descartar a aplicabilidade do artigo 19, *caput*, do ADCT, porque se pretende, para tanto, somar tempo de cargos e entidades diferentes."

E a fls. 06/07 do seu douto pronunciamento argumentou:

> "Concluindo-se, então, que o servidor-recorrente é **efetivo** mas não **estável** — a efetividade representa o menos e a estabilidade o mais — não poderia ser simplesmente exonerado como o foi. Só mediante a observância das normas legais é que se poderia proceder à exoneração. É ainda Rigolin quem esclarece: "Inobstante o baralhamento, propositado ou não, mas agora definitivo, dos conceitos jurídicos; constituía a efetividade sendo o atributo do cargo estatutário de provimento efetivo" (pág. 144). "O funcionário efetivo está protegido contra a livre exoneração ou demissão (Súmula 21, STF), mas não contra a extinção do cargo (Súmula 22), de que só estável, nessa hipótese, conserva as respectivas vantagens" (CF, art. 41, § 3º) — RDA, 174/241, citada. "Os efetivos, assevera com sua autoridade Hely Lopes Meireles (Direito Administrativo Brasileiro, 14ª ed., pág. 381) não são... ... do funcionário efetivo".

Reside aqui, neste ponto, *data venia*, a divergência do meu voto com o do eminente relator. Considero o ato de exoneração, tal como praticado, uma vez reconhecida a condição de efetividade pelo STF, ilegal, merecendo o impetrante, nesta parte, a proteção do *mandamus*.

Registro, finalmente: não há que se confundir o julgamento deste recurso com o interposto por Donaldo Santos de Carvalho (RMS nº 663-RN — Min. Vicente Cernicchiaro, 19.11.90). Naquele não restou dúvida de que a nomeação foi para o cargo de Procurador Jurídico, em comissão (fls. 74 e 85) e ali o impetrante desejava ser efetivado no cargo, o que acabou não conseguindo."

O recorrente socorreu-se de Pareceres de consagrados jurisconsultos, dentre os quais constam dos autos os seguintes: professor CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (fls. 92 a 127) e ALFREDO BUZAID (fls. 163/173). Ambos, respondendo aos itens da Consulta formulada, concluíram que:

"I — O cargo de Procurador Jurídico da Junta Comercial em que foi provido o Consulente era e é cargo de provimento efetivo, sendo incogitável atribuir-lhe a natureza de cargo em comissão;

II — A segunda nomeação do Consulente constituiu-se em ato inexistente, írrito, de nenhum efeito, mas, ainda que assim não fora, seria irrelevante para caracterizar ou identificar a natureza do cargo em questão, em nada concorrendo para infirmar-lhe a tipologia de cargo de provimento efetivo;

III — A declaração de inconstitucionalidade, pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, da Lei nº 5.551, de 16.01.87, proferida à vista da Representação nº 1.390-1, não acarretava nenhum efeito sobre o cargo ou a situação jurídica do Consulente, os quais, em face desta, permanecem, de direito, inalterados;

IV — O art. 19 das Disposições Transitórias da Constituição de 1988 tem aplicação imediata. Assim, se o Consulente, à data da promulgação da Lei Maior contava cinco anos continuados de serviço público, não podia ser exonerado, pois seu direito à estabilização se perfez com o só preenchimento dos requisitos constitucionais, prescindindo de qualquer declaração administrativa;

V — O direito que o Consulente postula é defensável por mandado de segurança. Preenche os requisitos de liquidez e certeza e não demanda instrução probatória para sua exibição."

Vieram às minhas mãos, também, Pareceres dos Professores JOSÉ MANOEL DE ARRUDA ALVIM NETTO, PAULO BONAVIDES e IVAN BARBOSA RIGOLIN, acompanhando Memorial do Recorrente, todos com as mesmas conclusões dos anteriormente mencionados, quanto a responderem aos quesitos formulados da mesma maneira com que o fizeram os Professores BANDEIRA DE MELLO e ALFREDO BUZAID.

Pedindo respeitosamente vênia aos prolatores dos votos até agora proferidos, divirjo integralmente do Ministro-Relator e, em parte, do Ministro MOSIMANN, no aspecto em que S. Exa. endossa o daquele, "ao descartar a aplicabilidade do artigo 19, *caput*, do ADCT, porque se pretende, para tanto, somar tempo de cargos e entidades diferentes".

A propósito desse aspecto, o Professor ARRUDA ALVIM preleciona:

> "Ora, se por um lado, como já frisamos, deve-se dar ao *caput* do art. 19 do ADCT interpretação com vistas a dar ao mesmo o maior rendimento possível, por outro lado, também, com vistas a esse maior e exato rendimento, por uma questão de lógica e coerência, devem-se interpretar as exceções ao mesmo o mais restritamente possível, prevenindo-se e assegurando-se, assim, a regularização de um maior número possível de situações ilegais, objetivo maior do poder constituinte.
>
> Assim, quando o § 3º, do art. 19 diz que "o disposto neste artigo não se aplica aos professores de nível superior...", deve-se entender que OS PROFESSORES UNIVERSITÁRIOS, DAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS, NÃO ADMITIDOS POR CONCURSO, AINDA QUE CONTEM COM MAIS DE CINCO ANOS DE SERVIÇO, NÃO ADQUIREM A ESTABILIDADE EXCEPCIONAL NO SERVIÇO PÚBLICO.
>
> Entretanto, NÃO PRETENDE O IMPETRANTE ESTABILIDADE NO SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL, COMO PROFESSOR DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE. ESTA SIM É VEDADA PELO § 3º, DO ART. 19 DO ADCT.
>
> A pretensão do Impetrante é ver reconhecida sua estabilidade, por força do citado art. 19, NO SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL, como ocupante do **cargo efetivo** de Procurador Jurídico da Junta Comercial.
>
> Pretende, sim, o Impetrante, para o gozo desse benefício, que se compute, como prova incontestável e para que se chegue aos cinco anos continuados de serviço exigidos pelo *caput* do art. 19, que valha como pressuposto para o tempo de serviço

público estadual, o tempo de serviço público federal, na Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

Em nenhum momento o aproveitamento desse tempo de serviço, nesses termos, foi vedado no referido art. 19 do ADCT. O que seria impossível, como já se frisou, seria pretender-se estabilidade no serviço público federal, pelo exercício de cargo de professor de nível superior. É ISTO QUE SE ENTENDE DO § 3º, DO ART. 19, E SÓ ISTO. QUALQUER INTERPRETAÇÃO MAIS ABRANGENTE DESSA EXCEÇÃO, IMPORTARIA EM RESTRINGIR INDEVIDAMENTE AS HIPÓTESES DE APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO CONSTITUCIONAL.

Releva notar que não dispõe a respeito, o citado artigo, de qualquer exigência outra, para usufruir do benefício da estabilidade, além da circunstância de o beneficiário ter sido servidor público por cinco anos consecutivos.

Entender-se, por exemplo, que esses cinco anos de serviço deveriam ter sido prestados no mesmo cargo, implicaria restringir a norma constitucional, em negar direitos, contrariando e limitando, o sentido finalístico da norma e os valores encampados e preservados por ela.

Evidentemente, o direito à estabilidade, na espécie, se apresenta como execeção às exigências consubstanciadas no próprio corpo de Constituição Federal, mas haurida ela dos direitos e garantias individuais.

E por ser uma regra geral, que outorga direitos em oposição às regras comuns, reclama o art. 19, do ADCT, interpretação que confira maior eficácia à estabilidade, não impondo à aquisição desse direito, óbice ou requisitos a mais do que os introduzidos na mesma norma constitucional.

A própria autoridade coatora chega a admitir que essa seja a correta interpretação do § 3, do art. 19, ao afirmar, em suas informações:

"É claro que, se um professor houvesse deixado a Universidade para assumir um cargo público estadual poderia contar o tempo de serviço público federal, com o estadual para efeito da estabilidade prevista no art. 19, do ADCT" (item 16, p. 11).

Ora, se a própria Constituição Federal, como vimos, permite a cumulação de cargos públicos remunerados, quando um deles for o de professor, a exigência da autoridade coatora, de que o Impetrante tivesse abandonado o cargo de professor para

que pudesse beneficiar-se da estabilidade excepcional é, no mínimo, inconstitucional. Essa pretendida interpretação do art. 19 do ADCT colidiria, frontalmente, com o art. 37, XVI, *b* da Constituição Federal, o que seria inadmissível, obviamente.

Portanto, também o requisito de cinco anos continuados de serviço público encontrava-se preenchido pelo Impetrante quando da promulgação da Constituição Federal em 4 de outubro de 1988."

Em igual diapasão, sustenta o Professor PAULO BONAVIDES:

"Preenche-se o requisito constitucional dos cinco anos de continuidade, verificados na data da promulgação da lei básica, computando o tempo de serviço prestado em cargos distintos e em entidades diferentes, seja da União, do Estado-membro ou do Município, da administração direta, autarquias e fundações públicas. O que se mensura é unicamente o tempo de exercício. A referência constitucional não estabelece laços nem dependências que importem restrições; requer tão-somente tempo de serviço público, de modo lato e genérico, prestado aos entes que nomeia, com a continuidade estatuída. Exigência temporal, dir-se-ia até meramente aritmética ou quantitativa, que uma vez atendida confere ao servidor a estabilidade excepcional do art. 19, já referido.

Ora, o Consulente, com vinte e cinco anos de magistério na Universidade Federal do Rio Grande do Norte, preencheu o requisito básico daquele artigo, comprovando continuidade de exercício no serviço público, em inteira conformidade com as exigências ali formuladas."

Afina-se com o mesmo raciocínio o Professor IVAN BARBOSA RIGOLIN, neste tópico que transcrevo:

"... não parece possível outra conclusão senão a de que basta que seja contínuo no tempo o exercício qüinqüenal de qualquer servidor daqueles níveis ou daquelas entidades, somando-se todo e qualquer tempo permanente para que o benefício constitucional se implemente para os servidores;

.....

"Estabilidade não diz respeito propriamente a um ou a outro cargo, mas pura e tão-somente ao serviço público."

.....

"Uma única aparente restrição, que não existia na Carta de 1967, é aquela prevista no § 3º do art. 19 do ADCT, relativa aos Professores de nível superior. Ocorre que esta polêmica e aparente restrição ainda não pode ser considerada aplicável nem implementada, pois está condicionada aos "termos da lei" segundo a Constituição, a qual lei não foi ainda editada. Assim sendo, não serve como argumento, ainda, no sentido de que foi menos benevolente a Carta de 1988 ao servidor que a de 1967, nessa questão de estabilização excepcional de Professores."

Em conclusão para o quesito, no sentido acima explicitado, parece-nos evidentemente ampliado o rol de benefícios e beneficiários da estabilização excepcional, aquele da Carta de 1988, com relação à anterior Constituição de 1967."

Afinal, no Recurso Extraordinário nº 89.376-SP, de que foi relator o ínclito Ministro MOREIRA ALVES, 2ª Turma, (RTJ 95/767), decidiu-se em consonância à seguinte ementa:

"A jurisprudência do STF se firmou no sentido de que, para a composição do qüinqüênio exigido pelo § 2º do art. 177 da Constituição de 1967, **se deve computar o tempo de serviço prestado a diferentes pessoas jurídicas de direito público interno".**

Para o meu entendimento, após paciente exame da espécie, concluo que o impetrante foi nomeado para cargo efetivo e desfruta de estabilidade assegurada nos termos da interpretação correta do artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta de 1988.

Dou, portanto, provimento integral ao recurso.

É como voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Senhor Presidente, apesar deste julgamento ter sido iniciado antes de minha posse nestre Tribunal, sinto-me inteiramente à vontade para julgar. Não só por ter estado presente às sessões posteriores, mas, sobretudo, pela clareza do voto-vista proferido por V. Exa.

Bastaria, por exemplo, saber que é a própria autoridade coatora quem admite a soma dos tempos de serviço, inclusive de professor. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é, também, pacífica. E é do espírito desta Constituição a ampliação da contagem do tempo de

serviço. Assim, há de se considerar como de serviço efetivo não só o prestado diretamente a órgão público, mas também o consagrado às entidades previdenciárias. O alcance desta nova Constituição, *data venia* do Eminente Ministro Relator, é maior que o da Constituição de 1967, ao tempo em que foi proferida aquela decisão do Supremo Tribunal Federal.

Concordo com o voto de V. Exa. Defiro a segurança.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 664 — RN — (90.10617-6) — Rel. Originário: Min. Vicente Cernicchiaro. Rel. p/ acórdão: Min. Américo Luz. Recte.: Carlos Jussier Trindade Santos. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Impdo.: Governador do Estado do Rio Grande do Norte. Recdo.: Estado do Rio Grande do Norte. Advs.: Romildo Fernandes Gurgel e outros e Jalles Costa.

Decisão: "Após o voto do Sr. Ministro-Relator, negando provimento ao recurso, pediu vista ao Sr. Ministro Hélio Mosimann. Aguardam os Srs. Ministros Américo Luz e Ilmar Galvão." (2ª Turma — 17.12.90).

"Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Hélio Mosimann dando parcial provimento ao recurso, pediu vista o Sr. Ministro Américo Luz. Aguarda o Sr. Ministro Ilmar Galvão." (2ª Turma — 10.04.91).

"Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Américo Luz, a Turma, por maioria, vencido *in totum* o Sr. Ministro-Relator e, em parte, o Sr. Ministro Hélio Mosimann, deu provimento integral ao recurso. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Américo Luz." (2ª Turma — 19.06.91).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann, Américo Luz, Ilmar Galvão e Peçanha Martins.

Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.

♦

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 667 — RJ
(Registro nº 90.107539)

Relator: *Sr. Ministro Hélio Mosimann*

Recorrentes: *Antônio Vilela Correia Dias e outro*

T. Origem: *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*

Impetrado: *Secretário da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro*

Recorrido: *Estado do Rio de Janeiro*

Advogados: *Drs. Mirian Servia Magalhães e Roberto Benjo*

EMENTA: ADMINISTRATIVO. DETETIVES-INSPETORES DA POLÍCIA CIVIL DO RIO DE JANEIRO. ASCENSÃO AO CARGO DE DELEGADO. MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

Reservadas que foram as vagas para eventual preenchimento, se constatada a presença do direito postulado pelos impetrantes, não há falar-se em direito líquido e certo à sustação do concurso público, que visa preencher vagas restantes.

Manutenção do acórdão denegatório da segurança.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas retro, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 12 de junho de 1991 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente. Ministro HÉLIO MOSIMANN, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Trata-se de mandado de segurança interposto por ANTONIO VILELA CORREIA DIAS e outro, ocupantes do cargo de Detetive-Inspetor da 1ª Classe da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro, contra o ato do Exmo. Sr. Secretário de Estado do Rio de Janeiro, contra ato do Exmº Sr. Secretário de Estado da Polícia Civil que determinou a realização de concurso público para os cargos de Delegado e Escrivão de 3ª Classe, pretendendo seja suspenso *initio litis* o referido concurso, até que sejam os requerentes acessados ao cargo a que se acham com direito.

Alegam, em resumo, que a realização do concurso público para o referido cargo vem lhes ferir direito líquido e certo, pois em sendo eles Detetives-Inspetores de 1ª Classe e preenchendo todos os requisitos exigidos por lei, já poderiam ter sido alçados ao cargo ora pretendido, entendendo assim que a Administração Pública não poderia promover um concurso público sem antes realizar os acessos devidos. Pedem, por fim, a suspensão das provas do concurso em referência até que sejam acessados ao cargo a que têm direito.

O Egrégio Terceiro Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado denegou segurança, pela inexistência de ilegalidade ou abuso de poder no ato questionado, estando o julgado assim ementado:

> "EMENTA: Mandado de Segurança objetivando a suspensão de concurso público para o cargo de Delegado de Polícia de 3ª Categoria, impetrado por Detetives-Inspetores. Tendo sido garantido aos Detetives-Inspetores com mais de dez anos de exercício, portadores de diploma de bacharel em direito, a reserva de vagas e possibilidade de ascensão ao cargo de Delegado de Polícia, não há abuso por parte de autoridade que determina a abertura de concurso para preenchimento do restante das vagas. Inexistência de prejuízo ao direito líquido e certo dos impetrantes." (fls. 87).

Inconformados, os recorrentes interpuseram recurso ordinário, fundado no art. 105, II, letra *b*, da Constituição Federal, sustentando, em suas razões de fls. 99/102, que, preenchendo todos os requisitos para ascender ao cargo de Delegado de Polícia, na condição de Detetives-Inspetores da Polícia Civil, na forma do disposto na Lei Estadual 621/82, já relacionados entre os que tinham condições ao acesso ora perseguido, foram prejudicados, eis que as vagas que poderiam ser preenchidas por elas foram destinadas a concurso externo.

Contra-razões às fls. 104/108.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 121/123, ao argumento de inexistir qualquer ilegalidade ou abuso de poder no ato que determinou a abertura de concurso externo, ressalvando expressamente (fls. 31) a metade das vagas para processo seletivo interno, opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Senhor Presidente: com inteira razão o acórdão recorrido, pois, na verdade, os impetrantes

pleitearam inicialmente apenas a suspensão do concurso externo para Delegado e Escrivão, até que fossem acessados ao cargo a que se julgam com direito. À toda evidência, não poderiam, agora, inovar o objeto da postulação, em sede de recurso ordinário constitucional, para tentar fazer crer que mais abrangente fosse o pedido, ou seja, o reconhecimento, neste pleito, do propalado direito à ascensão.

Na realidade, as vagas para eventual preenchimento, se demonstrado o direito, estão, segundo as próprias informações e como se vê do edital de abertura do concurso (fls. 31), garantidas, já que se reservou a metade para a seleção interna, uma vez satisfeitos os requisitos, caso a caso.

Com essa ressalva, não há falar-se em lesão a direito, muito menos líquido e certo a justificar o mandado de segurança.

Então, não constando nada mais no pedido inicial do que a sustação do concurso, não merece reparo o acórdão recorrido.

Nego, pois, com este voto, provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 667 — RJ — (90.107539) — Rel.: Sr. Ministro Hélio Mosimann. Rectes.: Antônio Vilela Correia Dias e outro. T. Origem.: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Impdo.: Secretário da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro. Recdo.: Estado do Rio de Janeiro. Advs.: Drs. Mirian Servia Magalhães e Roberto Benjo.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 12.06.91 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Peçanha Martins, Américo Luz e Ilmar Galvão.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro José de Jesus.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.

♦

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 713 — DF
(Registro 9000137780)

Relator: *O Senhor Ministro Demócrito Reinaldo*

Impetrantes: *Alicete Fernandes Nogueira da Silva, Maria de Nazaré de Melo Silva e João Batista Nogueira Delvaux*

Impetrados: *Ministro de Estado do Exército e Diretor Patrimonial do Ministério do Exército em Brasília*

Advogados: *Ely Barradas dos Santos*

EMENTA: ADMINISTRATIVO. IMÓVEL FUNCIONAL. SERVIDORES CIVIS DE MINISTÉRIOS MILITARES.

Os imóveis funcionais, administrados pelas Forças Armadas e ocupados por servidores civis, foram incluídos na autorização legal concedida para o Poder Executivo alienar (art. 1º da Lei nº 8.025, de 1990), por força do disposto no § 2º do artigo 1º do Decreto nº 99.266, de 28 de maio de 1990.

Segurança concedida, para determinar que a autoridade impetrada encaminhe à Secretaria de Administração Federal da Presidência da República (SAF/PR) a documentação pertinente ao imóvel, a fim de que seja examinado o pleito dos impetrantes de acordo com a legislação aplicável à espécie.

Precedentes desta egrégia Corte.

Decisão unânime.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, deferir o mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 29 de outubro de 1991 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): ALICETE FERNANDES NOGUEIRA DA SILVA, MARIA DE NAZARÉ

DE MELO SILVA e JOÃO BATISTA NOGUEIRA DELVAUX, funcionários públicos, ocupantes de imóveis funcionais administrados pelo Ministério do Exército, impetraram mandado de segurança contra ato omissivo do Ministro de Estado do Exército, que tem se negado a encaminhar os processos de opção de compra dos referidos imóveis ocupados regularmente pelos impetrantes.

Alegam os impetrantes, em síntese, que são legítimos ocupantes dos imóveis, sendo a eles assegurada a opção de compra, de acordo com a legislação que regulamenta a matéria. E que, nessa condição, manifestaram seu direito de opção, restando então ao Ministério do Exército "encaminhar as fichas cadastrais dos imóveis juntamente com a ficha cadastral dos ocupantes, devidamente preenchidas, à SF/PR, para os procedimentos competentes, com vistas à alienação dos referidos imóveis aos impetrantes..." (fls. 2).

Aduzem, ainda, que, ao invés de fazer o encaminhamento dos requerimentos e respectivas fichas cadastrais, o Exmo. Sr. Ministro de Exército permitiu que os documentos protocolizados naquele Ministério permanecessem arquivados, trazendo sérios prejuízos aos impetrantes, impedindo-os assim de ter assegurado o direito líquido e certo de obter o processamento normal, objetivando a alienação dos imóveis (fls. 3).

A liminar foi indeferida (fls. 36).

Prestadas as informações, a autoridade impetrada ressaltou, inicialmente, que o diploma legal invocado pelos impetrantes "não assegurou aos ocupantes desses imóveis a sua aquisição, havendo somente, em razão, de sua vigência, mera expectativa de direito". De outra parte, não nega a condição de servidores públicos civis dos impetrantes, mas afirma que "a alienação desses bens está condicionada à verificação, pela Administração, da conveniência e oportunidade de sua adoção", encontrando-se o assunto a depender de normas regulamentares da Lei nº 8.025/90, que trata da matéria (fls. 41/47).

Ao se manifestar, a douta Subprocuradoria-Geral da República fez a juntada de cópia de parecer, no qual foi examinada pretensão idêntica, inclinando-se pela concessão da ordem circunscrita aos limites reconhecidos no precedente indicado (fls. 81/88).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): No presente mandado de segurança, trata-se de saber, essencialmente, se é

autorizada a alienação, sob a forma de venda, dos imóveis funcionais administrados pelas Forças Armadas e ocupados por servidores civis.

À luz das disposições legais que regulamentam a espécie, a questão tem sido examinada por esta Egrégia Seção, firmando-se entendimento manso e pacífico. Na apreciação do MS nº 746-DF, em que fui Relator, tive a oportunidade de assim me manifestar:

"Com efeito, a Lei nº 8.025, de 12 de abril de 1990, estabeleceu no seu artigo 1º, § 2º, I, *in verbis:*

"Art. 1º — É o Poder Executivo autorizado a alienar, mediante concorrência pública e com observância do Decreto-lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, os imóveis residenciais de propriedade da União situados no Distrito Federal, inclusive os vinculados ou incorporados ao Fundo Rotativo Habitacional de Brasília — FRHB.

(Omissis)

§ 2º Não se incluem na autorização a que se refere este artigo, os seguintes imóveis:

I — os residenciais administrados pelas Forças Armadas, destinados à ocupação por militares;

(Omissis)

O Decreto nº 99.266, de 28 de maio de 1990, ao regulamentar o referido diploma legal, estatuiu no § 2º do artigo 1º o seguinte:

"Omissis

§ 2º Incluem-se entre os imóveis a serem vendidos os administrados pelas Forças Armadas, ocupados por servidores civis."

Ao confronto dos dispositivos legais citados, sem maior esforço de interpretação, é possível deduzir que: primeiro, a regra geral é a de que o Poder Executivo está autorizado a alienar os imóveis residenciais da União situados no DF, observadas as condições previstas no art. 1º da Lei nº 8.025/90; segundo, estão excluídos da autorização, entre outros casos explicitados no § 2º do art. 1º da mesma lei, os residenciais destinados à ocupação de militares; e finalmente, incluídos entre os imóveis a serem vendidos os administrados pelas Forças Armadas, mas ocupados por servidores civis, conforme determinou o Decreto nº 99.266/90, dentro dos limites de sua natureza de ato regulamentador.

É certo, portanto, que os imóveis administrados pelas Forças Armadas, ocupados por servidores civis, poderão ser vendidos,

não sendo possível entender como legítimo qualquer ato que crie obstáculo ao encaminhamento de pleito ou documentos necessários ao exame da pretensão de quem deseja habilitar-se a essa espécie de aquisição."

Na mesma oportunidade, trouxe à colação o acórdão proferido no MS 656-DF (DJ 25.03.91), Relator o Eminente Ministro GARCIA VIEIRA, cuja ementa é a seguinte:

"IMÓVEL FUNCIONAL — SERVIDORES CIVIS DE MINISTÉRIOS MILITARES.

Os imóveis residenciais administrados pelas forças armadas não destinados à ocupação por militares estão incluídos na regra geral da venda autorizada (art. 1º, § 1º do Decreto nº 99.266/90). Segurança concedida para determinar que a digna autoridade coatora encaminhe os expedientes protocolados no Ministério da Aeronáutica à SAF/PR, com as devidas informações cadastrais dos imóveis ocupados pelos impetrantes, para efeito de alienação aos legítimos ocupantes."

A hipótese de que se cuida é idêntica às que foram examinadas precedentemente. Na verdade, a autoridade impetrada, além de não contestar a categoria de servidores civis dos impetrantes, alega, para justificar a retenção dos processos, o fato de se encontrarem as Forças Armadas na dependência de normas regulamentares da Lei 8.025/90, aduzindo ainda que os imóveis são de vital importância para a Força Terrestre. Não refuta, entretanto, a alegação segundo a qual tem obstacularizado a ação dos impetrantes, no sentido de ver examinadas, pelos órgãos competentes, as propostas de aquisição dos imóveis ocupados, conforme lhes faculta a legislação específica.

Na mesma linha de entendimento desta Egrégia Corte e de acordo com o douto parecer do Ministério Público, concedo a segurança, determinando que a autoridade coatora remeta os requerimentos e respectivos documentos de instrução à Secretaria de Adminsitração da Presidência da República, para apreciação das opções de compra dos imóveis, de acordo com a legislação aplicável à espécie.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 713 — DF — (90.0013778-0) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Demócrito Reinaldo. Imptes: Alice Fernandes Nogueira da Silva, Maria de Nazaré de Melo Silva e João Batista Nogueira Delvaux. Impdos.:

Ministro de Estado do Exército e Diretor Patrimonial do Ministério do Exército em Brasília. Adv.: Ely Barradas dos Santos.

Decisão: "A Seção, por unanimidade, deferiu o mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator." (1ª Seção — 29/10/91).

Os Srs. Ministros Gomes de Barros, Américo Luz, Pádua Ribeiro, José de Jesus, Garcia Vieira e Hélio Mosimann votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Peçanha Martins.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.

♦

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 775 — SP
(Registro nº 90.13705-5)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro José de Jesus Filho*

Recorrente: *Dedini Equipamentos Elétricos Ltda.*

Recorrida: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Impetrado: *Secretário da Fazenda do Estado de São Paulo*

T. Origem: *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*

Advogados: *Drs. Antônio Pardo Gimenes e outros, Daniel Carajelescov*

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. ATO ADMINISTRATIVO. EFEITOS. RESOLUÇÃO SF 12/89 DO SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Toda vez que o ato administrativo, por sua natureza, produzir efeitos concretos e imediatos, perde ele sua característica de ato normativo.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 18 de novembro de 1991 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente. Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: DEDINI EQUIPAMENTOS ELÉTRICOS LTDA. impetrou Mandado de Segurança contra ato do Sr. Secretário da Fazenda do Estado de São Paulo, consubstanciado na Resolução nº 12/89 que fixou o valor da Unidade Fiscal do Estado de São Paulo — UFESP — para o mês de março de 1989, considerando que a variação acumulada do IPC de janeiro e fevereiro daquele ano teria sido de 76,41%, tudo em desconformidade com o estabelecido no artigo 113, da Lei nº 6.374/89.

O E. Tribunal de Justiça, por sua 17ª Câmara Civil, julgou a Impetrante carecedora da segurança, acolhendo a preliminar de ilegitimidade passiva.

Inconformada, interpôs Recurso Ordinário, com apoio no artigo 105, II, *b*, da Constituição Federal, sustentando que a Resolução em causa, baixada pelo Sr. Secretário da Fazenda do Estado, constitui ato de efeitos concretos, perfeitamente individualizado, que foi praticado independentemente da participação de outro órgão ou pessoa da Administração Pública.

Regularmente processados, os autos foram encaminhados a esta Corte, onde a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo desprovimento do apelo.

É o relatório.

VOTO — PRELIMINAR (VENCIDO)

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): A r. decisão recorrida julgou a Impetrante carecedora da segurança, por ilegitimidade passiva *ad causam*.

Entendo que tal decisão não se insere no conceito de "decisão denegatória", do artigo 105, II, *b*, da Constituição Federal, uma vez que foi extinto o processo sem julgamento do mérito, nos termos do artigo 267, VI, do CPC, e da decisão que extingue o processo, outro é o recurso.

Em favor deste entendimento, o RMS nº 82/MG, DJ 19.02.90, relator o Sr. Ministro Gueiros Leite, assim ementado:

> "RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO INDEFERITÓRIA DE MANDADO DE SEGURANÇA. RESTRIÇÃO AO CABIMENTO.
>
> 1 — O recurso em mandado de segurança só cabe quando a decisão no *writ* for denegatória (CF, art. 105, II, *b*) entendendo-se como tal a que entrega prestação jurisdicional negativa ou que julga sem atender ao pedido.
>
> 2 — A decisão indeferitória, que simplesmente extingue ou tranca o processo, não é recorrível ordinariamente, mas através do REsp, *ex vi* do art. 105, III, *b* e *c*, da CF, que se entende combinadamente com o princípio genérico da recorribilidade, que abrange tanto as decisões de mérito (positivas ou negativas), como aquelas meramente terminativas do processo (CPC, art. 162, *caput*, § 1º).
>
> 3 — Recurso do qual não se conhece, mas que retorna à origem para ser processado e examinado como especial."

Pelo exposto, não reconheço do recurso.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 775 — SP — (90.0013705-5) — Relator: Exmo. Sr. Ministro José de Jesus. Recte.: Dedini Equipamentos Elétricos Ltda. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impdo.: Secretário da Fazenda do Estado de São Paulo. Recda.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advs.: Antonio Pardo Gimenes e outros; Daniel Carajelescov.

Decisão: "Após o voto do Sr. Ministro-Relator (José de Jesus), não conhecendo do recurso, pediu vista o Sr. Ministro Hélio Mosimann. Aguardam os Srs. Ministros Peçanha Martins, Américo Luz e Pádua Ribeiro." (2ª Turma — 04/09/91).

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.

VOTO — VISTA (PRELIMINAR)

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Contra decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que, por votação unânime, em mandado de segurança, decretou a extinção do feito, sem julgamento do mérito, interpôs a impetrante **recurso ordinário**, com base no art. 105, II, *b*, da CF.

Processado o recurso, dele não conhecia o eminente relator porque cabível seria somente o recurso especial.

É que, segundo o dispositivo constitucional, o recurso ordinário só teria cabimento **quando denegatória a decisão.**

Pedi vista para melhor examinar o sentido da expressão empregada no texto da Carta Magna.

Cabe, realmente, o recurso ordinário, como foi interposto, *data venia.*

Apesar de algumas manifestações discordantes (José da Silva Pacheco, *in* "O Mandado de Segurança e outras Ações Constitucionais Típicas", pág. 202), doutrina e jurisprudência, de um modo geral, dão como cabível o recurso ordinário.

Para o Ministro Carlos Velloso, "quando a decisão for denegatória, há quem queira distinguir entre decisão que denega a pretensão, assim o direito pleiteado, e decisão que julga o autor carecedor da ação de segurança, ou não conhece do *writ*, por inexistência de direito líquido e certo, argumentando que somente a primeira estaria sujeita ao recurso ordinário. A distinção, entretanto, não tem procedência, pois a decisão que julga o autor carecedor da ação de segurança é decisão que denega a segurança (Sálvio de Figueiredo Teixeira, Mandados de Segurança e de Injunção, Saraiva, 1990, pág. 119. Ademais, a Constituição, que é lei geral, não utiliza a terminologia processual com o rigor que seria exigido da lei processual específica" (Recursos no Superior Tribunal de Justiça, 1991, pág. 28).

Neste Tribunal, não é outro o sentido da jurisprudência majoritária (Rec. em MS nº 163-SP, rel. Min. Costa Lima, em 21.03.90; Rec. em MS nº 224-PB, rel. Min. Vicente Cernicchiaro, em 06.06.90). E no Supremo Tribunal Federal, intérprete maior da Constituição, o eminente Min. Celso de Mello (MS Agr. Regimental nº 21.112-1-PR, em 07.06.90), assim se manifestou:

> "A locução constitucional — "quando denegatória a decisão" — tem sentido amplo, pois não só compreende as deci-

sões dos Tribunais que, apreciando o *meritum causae,* indeferem o pedido de mandado de segurança, como também abrange aquelas que, sem julgamento do mérito, operam a extinção do processo" (JSTF 143/107).

Em face do exposto, meu voto, na preliminar, é para **conhecer do recurso ordinário,** *data venia.*

VOTO — MÉRITO

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. ATO ADMINISTRATIVO. EFEITOS. RESOLUÇÃO SF 12/89 DO SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Toda vez que o ato administrativo, por sua natureza, produzir efeitos concretos e imediatos, perde ele sua característica de ato normativo.

Recurso provido.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): A douta Décima Sétima Câmara Civil do Colendo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação convergente, julgou a Impetrante carecedora da segurança com extinção do processo, sem exame de mérito, por entender ser a autoridade indicada como coatora, parte ilegítima.

Assim o fez acolhendo a preliminar levantada pelo Sr. Secretário da Fazenda neste e em caso assemelhado, julgado pela mesma Câmara, (MS nº 146.289-2-SP do qual foi relator o Sr. Desembargador Oetterer Guedes), de cujo julgamento participou o eminente relator desta impetração, Desembargador Hermes Pinotti, por este transcrito em seu voto condutor, nestes termos:

"A preliminar de ilegitimidade de parte argüida pela autoridade impetrada é de inteira procedência.

Ora, autoridade coatora é a pessoa que ordena a prática do ato questionado. Destarte, o coator, à evidência, não é o Sr. Secretário da Fazenda mas, isto sim, o Chefe do Posto Fiscal responsável pela área onde se situa o estabelecimento da impetrante.

Serve como uma luva, a decisão transcrita nos autos, quando afirmado que, admitida a deslocação da competência, todos os mandados de segurança poderiam ser dirigidos à instância superior, substraindo-se o ato da apreciação da autoridade judiciária competente.

Manifestamente parte ilegítima o Sr. Secretário da Fazenda do Estado de São Paulo."

Data venia, a mim me parece que a espécie em exame não é bem assim.

A Impetrante, conforme claramente expôs na inicial e demonstrou, tem débitos vencidos e levantados pelos agentes do Fisco Estadual, que para solvê-los firmou com o BANESPA contrato de abertura de crédito, para pagamento do débito, cuja correção monetária a Secretaria utiliza-se da tabela constante do documento nº 6 (fl. 26), cuja atualização mensal se faz com base na variação da UFESP, e como esta no mês de março (Resolução nº 12 do Secretário da Fazenda) estabelece um valor com inclusão de índice que a impetrante entende indevido, ajuizou a presente ação.

De outra parte, essa Resolução está assim redigida:

"O Secretário da Fazenda

Considerando que foi extinta a Obrigação do Tesouro Nacional pelo artigo 15 da Medida Provisória 32, de 15.1.89, que, aprovada pelo Congresso Nacional transformou-se na Lei Federal nº 7.730, de 31.01.89,

Considerando que foi criada, pelo artigo 113 da Lei Estadual nº 6.374, de 1º.03.89, Unidade Fiscal do Estado de São Paulo — UFESP, com o valor de NCz$ 6,17 em 1º.01.89, atualizável pela variação do Índice de Preço ao Consumidor — IPC.

Considerando que a variação acumulada no IPC nos meses de janeiro e fevereiro foi de 76,41%,

Considerando que a Unidade Fiscal do Estado de São Paulo — UFESP — passa a ter eficácia a partir da data da publicação da Lei Estadual nº 6.374, ou seja, a partir de 02.03.89, resolve:

Art. 1º — O valor da UFESP para o mês de março de 1989 é de NCz$ 10,88.

Art. 2º — A Coordenação da Administração Tributária divulgará mensalmente o valor da UFESP para fins das aplicações previstas em lei.

Art. 3º — Esta resolução entrará em vigor na data de sua publicação.

Ora, sem dúvida, essa Resolução ao entrar em vigor, produz efeitos concretos e imediatos, por tratar-se de correção mensal sobre os débitos para com a Fazenda.

Na espécie em exame, a correção fixada atinge, de pronto, o débito da Impetrante, razão pela qual dou provimento ao recurso para que a douta Câmara julgadora examine o mérito da impetração, como bem entender.

VOTO — MÉRITO

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Sr. Presidente, em se tratando de lançamento por homologação, que exige antecipação de pagamento, resulta que a portaria, realmente, produz efeito concreto.

Nestes termos, acompanho o Sr. Ministro-Relator.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 775 — SP — (90.0013705-5) — Relator: Exmo. Sr. Ministro José de Jesus. Recte.: Dedini Equipamentos Elétricos Ltda. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impdo.: Secretário da Fazenda do Estado de São Paulo. Recda.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advs.: Antonio Pardo Gimenes e outros; Daniel Carajelescov.

Decisão: "Renovado o julgamento, a Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator." (2ª Turma, 18/11/91).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann, Peçanha Martins, Américo Luz e Pádua Ribeiro.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.

♦

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 830 — ES
(Registro nº 91.0001792-2)

Relator: *O Senhor Ministro Bueno de Souza*

Recte.: *Financiadora Bradesco S/A — Crédito, Financiamento e Investimentos*

Recdos.: *Cafeeira Irmãos Stock Ltda. e outros*

T. Origem: *Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo*

Impdo.: *Juízo de Direito da Vara Cível de Domingos Martins-ES*

Advogados: *Drs. Eduardo Guimarães M. Pereira e outros, Ivon Alcure do Nascimento*

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL.

1 — Decreto liminar exarado em ação cautelar inominada, preparatória de ação declaratória de nulidade de cláusula contratual, que impediu o protesto de títulos e, bem assim, o aforamento de quaisquer demandas decorrentes do inadimplemento de contrato de empréstimo bancário celebrado durante o chamado "Plano Cruzado".

2 — O ajuizamento de ação civil, diversamente do que ocorre com a demanda penal, não caracteriza coação nem constitui risco de lesão a direito subjetivo, de difícil ou incerta reparação, a ponto de justificar a demonstrada amplitude da cautela liminar concedida.

3 — Prevalência da garantia constitucional do direito de ação, cujo ajuizamento resultou arbitrariamente cerceado.

4 — Precedentes desta Corte.

5 — Recurso provido, em parte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento parcial ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 23 de outubro de 1991 (data do julgamento).

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente. Ministro BUENO DE SOUZA, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: FINANCIADORA BRADESCO S.A., Crédito, Financiamento e Investimento; BANCO BRA-

SILEIRO DE DESCONTOS S.A. e BANCO BRADESCO DE INVESTIMENTO S.A. interpuseram recurso ordinário (Constituição, art. 105, II, *b;* Lei 8.038, de 28 de maio de 1990, arts. 33 e seguintes), concomitantemente com o recurso extraordinário (cf. fls. 138 e 183), sempre colimando a reforma do v. acórdão proferido em sessão plenária do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, em mandado de segurança ali originariamente impetrado contra decreto liminar exarado pelo D. Juiz de Direito da Comarca de Domingos Martins na ação cautelar inominada proposta por Cafeeira Irmãos Stock Ltda., Mogne Stock, Jorge Stock e Gabriel Stock contra as impetrantes, ora recorrentes.

2. O v. acórdão recorrido, que por maioria de votos concedeu a segurança, traz na ementa estes dizeres (fls. 112):

> "Mandado de Segurança — Ato Judicial — Concessão de liminar *initio litis* em Ação Cautelar Inominada — Segurança denegada.
>
> Inscreve-se no poder geral de cautela do Magistrado, e não afronta a Constituição, a concessão de medida liminar *initio litis* em Ação Cautelar Inominada, suspendendo execuções e protestos de títulos pactuados em bancos ou congêneres, desde que presentes os pressupostos fundamentais dessa espécie de cautela."

Embargos de declaração opostos pelas recorrentes foram rejeitados, de acordo com a ementa seguinte (fls. 132):

> "Embargos de Declaração — Omissão da Corte sobre pontos a respeito dos quais devia se pronunciar — Inocorrência — Matéria examinada no julgamento — Embargos rejeitados.
>
> Tendo sido apreciada, na oportunidade do julgamento da segurança, a matéria ventilada nos embargos, são eles improcedentes, pela inocorrência de omissão ou contradição de matéria posta a exame da corte."

3. Sustentam as recorrentes, em síntese, que o v. acórdão, ao determinar a suspensão da execução e proibir protesto de títulos, impede o exercício do direito de ação, contrariando, assim, o disposto nos artigos 75 e 160, I, do Código Civil; 28 a 33 e 49 do Decreto nº 2.044, de 31.12.1908; 38 a 50 e 52 a 54 da Lei Uniforme de Genebra; 219 e 263 do Código de Processo Civil.

Apontam, ainda, em abono às suas razões, divergência em face de acórdãos de Tribunais estaduais.

4. Opinou o Ministério Público Federal por seu representante, Subprocurador-Geral da República, Dr. Roberto Casali, pelo provimento do recurso (fls. 248).

VOTO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Senhor Presidente, a matéria versada nestes autos já obteve reiterados pronunciamentos desta Corte, notadamente em recursos provenientes do Estado do Espírito Santo.

Assim é que, no REsp 2.664-ES, de que V. Exa. foi relator, em 14.08.90 (DJU 10.09.90), de cujo julgamento não participei, o recurso foi provido, à unanimidade, e a ementa do respectivo acórdão resume:

> "Recurso Especial. Concessão de medida cautelar para impedir ao credor o exercício do direito de demandar. Contrariedade aos arts. 566, I do CPC e 43 da Lei Uniforme. Violação à garantia constitucional da ação.
>
> Recurso conhecido e provido."

Na mesma assentada desta Quarta Turma, sendo igualmente Relator V. Exa., nos mesmos termos se decidiu o REsp 2.644-ES (DJU 10.9.90).

Em ambos estes precedentes, cuidava-se de medida cautelar inominada, preparatória de ação declaratória de nulidade de cláusula contratual cumulada com desconstituição de débito.

A Terceira Turma desta Corte, por sua vez, no REsp 4.118-ES, Relator o Ministro NILSON NAVES, em 4.9.90 (DJU 1º.10.90), também por unanimidade, decidiu:

> "Execução forçada. Cabe ao credor, de posse de título líquido e certo e exigível, promover a execução (CPC, arts. 566-I e 586). Compete ao devedor opor-se à execução por meio de embargos (CPC, art. 736), e não via ação cautelar. Recurso Especial conhecido e provido."

Também ali se tratava de espécie em tudo semelhante a dos precedentes primeiramente referidos.

Esta Quarta Turma, aliás, já havia fixado seu entendimento em acórdão exarado à unanimidade do RMS 97-ES, de que V. Exa. foi Relator em 07.11.90 (DJU 11.12.90) e de cujo julgamento participei. Eis a ementa:

"MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL. RECURSO ORDINÁRIO.

Em princípio, o mandado de segurança não é sucedâneo recursal, sob pena de subversão de todo o sistema de formas, termos e preclusões imprescindíveis à operacionalidade do processo. Torna-se necessário, de regra, que seja interposto o recurso cabível, utilizado então o *writ* para obstar eventual dano irreparável na pendência do recurso, que não tenha efeito suspensivo.

Caso, todavia, de caráter excepcional, em que o juiz vedou ao impetrante o acesso à Justiça, mediante determinação ao Distribuidor forense. Uso do *mandamus*, independentemente da interposição de agravo, como instrumento de tutela a uma garantia constitucional fundamental ao Estado de Direito.

A propositura da ação declaratória de inexistência de débito não impede o ajuizamento de ação de cobrança ou de execução.

Recurso ordinário provido."

Mencione-se ainda o acórdão do REsp. 2.819-MT, de que V. Exa. também foi Relator em 13.11.90 (DJU 4.2.91).

2. No caso que ora nos é submetido, as recorrentes dizem (fls. 4) ter interposto agravo de instrumento para impugnar o decreto liminar expedido em ação cautelar inominada, tendente a impedir protesto de títulos e, bem assim, o ajuizamento de quaisquer medidas judiciais, como execução e falência. Acentuam, porém, o efeito meramente devolutivo daquela impugnação e sua conseqüente insuficiência para atender à necessidade de adequada e urgente tutela de seu direito certo e líquido de pleitear a satisfação de seu crédito.

Valeram-se, por isso, deste mandado de segurança, no propósito de obter decreto liminar que suste os efeitos da medida cautelar, até julgamento do agravo de instrumento; e, afinal, decisão que torne definitiva a liminar "suspensiva do ato impugnado" (fls. 10).

3. As recorrentes, na inicial, se reportam a julgados do Supremo Tribunal que, mitigando o enunciado da Súmula 267, admitem o mandado de segurança (mesmo sem prévia interposição de recurso), se necessário "para atalhar a moléstia da injúria legal, quando problemáticos, porque tardonhos, outros recursos jurisdicionais" (RTJ 84/1.071, 89/159, 91/181, 95/339, 96/1.193).

4. Convém ter em vista que o Tribunal de Justiça do Espírito Santo, sem embargo de algumas discrepâncias, por expressiva maioria vem, reiteradamente, desprovendo agravos interpostos em casos semelhantes, ou denegando mandados de segurança, tal como esclarece o d. voto condutor do v. acórdão recorrido, *verbis* (fls. 113/115):

> "O que se discute, em última análise, na presente segurança, é a possibilidade ou não do poder geral de cautela do Juiz em face de preceitos constitucionais.
>
> Aliás, esse tema já foi inúmeras vezes ventilado aqui, e eu já tive oportunidade de examiná-lo em vários mandados de segurança de que fui Relator.
>
> Ficou assentado nos muitos julgamentos levados a efeito por este Egrégio Tribunal Pleno que, segundo o erudito magistério de J. Carlos M. Barbosa,
>
> > "ao órgão judicial se reconhece um poder cautelar genérico, mercê do qual lhe é lícito determinar, desde que concorrentes os pressupostos fundamentais desse tipo de cautela, as medidas provisórias adequadas *in concreto* à proteção de direitos em favor de cuja existência militem sérios indícios e para cuja salvaguarda se revele insuficiente a inócua, as mais das vezes em razão da inevitável demora, a tutela cognitiva ou executiva." (J. Carlos M. Barbosa, Parecer na Revista de Processo, vol. 6).
>
> Nenhuma ilegalidade, pois, tisna tal medida.
>
> Inclusive, ponderei por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança nº 1.813, onde me alonguei sobre este assunto, que essas liminares concedidas dentro desse poder genérico de cautela que a lei outorga ao magistrado, não afrontam a Constituição, porquanto o texto constitucional se refere à lei, e aqui não está em discussão nenhuma lei excluindo alguém de manifestar sua pretensão em Juízo. O que está em discussão, volto a repetir, é um ato derivado do poder geral de cautela, dentro de suas funções constitucionais, de exarar decisão que ampare a pretensão de um em detrimento da pretensão de outro.
>
> Humberto Theodoro Júnior e Milton Fernandes, conspícuos juristas da escola Mineira, dissertando sobre esse mesmo tema, concluíram:
>
> > "Cabe destarte, com toda adequação, o poder geral de cautela, para "vedar" a imediata execução do ajuste entre as partes." *In* **Ação Cautelar Inominada**, Castro Vellar, Forense, 1986, p. 16).

E mais adiante:

"Diante de ação desta natureza, portanto, urge suspender a exeqüibilidade das prestações dos financiamentos até que, se revejam as condições contratuais tornadas excessivamente onerosas, para compatibilizá-las com o princípio da cláusula *rebus sic stantibus*. E isto pode, perfeitamente, se fazer através do regular e oportuno manejo do 'poder geral de cautela', que, na espécie, tem a função de preservar os litigantes na única situação em que a sentença da ação de revisão do contrato poderia proporcionar, concretamente, alguma utilidade efetiva para os devedores." *(In op. cit.)*

Não estou, pois, sozinho nesse pensar. Muitos colegas, comungando deste entendimento, negaram a segurança em casos semelhantes, tornando-se, pois, ponto pacífico nesta Egrégia Corte, este posicionamento.

Com essas ponderações e para não me alongar mais sobre um assunto já sedimentado neste Tribunal, denego a segurança."

5. Como se vê, a decisão recorrida se insere no mesmo contexto jurisprudencial que esta Corte vem, reiteradamente, repudiando.

É oportuno salientar que a propositura de demanda, correspondendo ao exercício do direito de ação (Constituição, art. 5º, XXXV), na lição de COUTURE, é decorrência da garantia constitucional de petição (Constituição, art. 5º, XXXIV) regulada pela legislação processual, razão pela qual deve observar os requisitos (condições de ação) que asseguram sua legitimidade.

Mesmo, contudo, quando a demanda não penal deixe de preencher as condições legalmente exigíveis, a resistência processual do réu ou, até mesmo, a atuação *ex officio* do Juiz são preordenados a conjurar a indevida instauração do processo e assegurar seu encerramento. De qualquer sorte, não se há de dizer que o ajuizamento de demanda civil constitua risco de lesão a direito subjetivo, de difícil ou incerta reparação, a ponto de justificar decreto liminar, em ação cautelar, para impedir ou cercear o acesso à jurisdição.

Diverso, certamente, é o caso da demanda penal, que instaura processo eminentemente coativo, desde que impõe severos deveres e ônus ao acusado (comparecer, responder a interrogatório, permanecer no distrito da culpa). Bem por essa razão, o direito de acesso à justiça por meio de ação penal se subordina a requisitos legais mais rigorosos (condições de procedibilidade) e sua inobservância enseja outra forma de acesso à jurisdição, para neutralizar a coação ilegal, que é, precipuamente, o *habeas corpus*.

6. O credor, no entanto, como tal identificado no título cambial (documento, segundo lição de Vivante, "necessário e suficiente para o exercício do direito literal e autônomo que nele se contêm") não pode ser legitimamente inibido de ajuizar as demandas necessárias a assegurar seus direitos, a eximir-se da prescrição, a garantir sua precedência em face de outros credores..., salvo se, manifestamente, não preencher a demanda as condições de ação ou não concorrerem os pressupostos processuais.

7. Eis porque explicito agora meu pensamento sobre o tema que novamente nos é submetido, para reiterar a orientação já consagrada nesta Quarta Turma e também na Terceira Turma; e, na consonância de nossos referidos precedentes, dar provimento ao recurso, a fim de conceder a segurança, de modo a sustar os efeitos do decreto liminar exarado na ação cautelar e liberar as recorrentes das restrições que lhe foram impostas, até o julgamento do agravo de instrumento.

É como voto.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Senhor Presidente, penso que o provimento pode ser parcial, como V. Exa. alvitrou, porque, como disse, as impetrantes são entidades financeiras inconformadas com a liminar concedida na ação cautelar proposta pelos devedores originários. Não há nos autos intervenção de outros obrigados pelo título e o próprio título não consta reproduzido nos autos, de tal modo que se pudesse aferir da existência de coobrigados, endossantes, etc.

Então, quanto à suspensão do protesto, é jurisprudência consolidada que pode ser obtida mediante caução; e, no caso dos autos, existe caução em dinheiro (embora não corresponda àquilo que, segundo os autores da ação cautelar, é exigido pelos credores).

Por isso, voto por prover o recurso, em parte, ou seja: para acrescentar que mantenho, na decisão impugnada, apenas a sustação do protesto.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Com esses esclarecimentos, acompanho o Eminente Relator, também dando parcial

provimento ao recurso, de maneira a manter a liminar no que tange à possibilidade de sustação dos protestos facultativos, porém concedendo ao Banco a segurança para que possa mover as **ações de execução** que competem aos títulos de crédito de que é portador.

ESCLARECIMENTO

O SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Eminentes Colegas, o voto do Eminente Ministro-Relator consoa com remansosa orientação das Turmas deste Pretório. Mencionaria, *verbi gratia*, o REsp nº 2.644, de que fui Relator, também do Espírito Santo, acórdão de 14 de agosto do ano transacto, sob a seguinte ementa:

> "Recurso Especial. Concessão de medida cautelar para impedir ao credor o exercício do direito de demandar. Contrariedade aos artigos 566, I, do Código de Processo Civil, e 43 da Lei Uniforme. Violação à garantia constitucional da ação. Recurso conhecido e provido."

Refiro, outrossim, também desta 4ª Turma e do qual igualmente fui Relator, o REsp nº 2.793, do Mato Grosso, em que a ementa refere que: (lê)

> "A circunstância do devedor ter ajuizado ação de consignação em pagamento não obsta a que o credor, munido de título executivo, proponha a decorrente ação de execução. A conexão poderá impor, isto sim, o julgamento conjunto da consignatária e de eventuais embargos do devedor. Ao credor, por título executivo, assiste o direito à segurança no juízo através da penhora, além da garantia constitucional do acesso pleno ao Judiciário. Ilegalidade da decisão que, em ação cautelar, proíbe ao credor de agir em juízo até a decisão da consignatória.
>
> Recurso Especial conhecido e provido."

No voto, neste recurso, é feita referência a aresto da Egrégia 3ª Turma, de que foi Relator o Eminente Ministro Eduardo Ribeiro, no REsp nº 2.790, do Mato Grosso.

Finalmente, entre tantos, menciono o acórdão no REsp nº 2.819, de cuja ementa consta:

> "Ação cautelar em ação de consignação em pagamento. É inadmissível mediante cautelar suspender a eficácia do título executivo, impedindo ao titular o ajuizamento da

ação de execução. Violação, inclusive, ao direito constitucional de acesso pleno à jurisdição. Recurso especial conhecido e provido."

Indagaria, com toda vênia ao Eminente Relator, se no tocante à suspensão do protesto de títulos, que também consta do venerando aresto, se se cuidava de protesto obrigatório, ou se consta ser protesto facultativo. É que a grande maioria destes protestos são facultativos, e a jurisprudência, de um modo geral, tem admitido a sustação do protesto facultativo quando ele é empregado não propriamente com o objetivo de comprovar a mora do devedor, mas como uma espécie de sucedâneo à ação de cobrança, como um constrangimento ao devedor, dada a conhecida repercussão desses protestos no plano extraprocessual.

Quanto à sustação do protesto em ação cautelar, em princípio, acho que é possível. O que não é possível, a todas as luzes, segundo me parece, é em ação cautelar impedir o ajuizamento das ações que competem ao título executivo.

Pediria esse esclarecimento ao Eminente Relator, se consta essa especificação do protesto. É protesto do próprio credor?

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Na verdade, Senhor Presidente, não me detive na consideração deste aspecto da causa; o qual, de fato, reconheço relevante.

Voltando aos autos, posso esclarecer que a ação cautelar foi proposta pelo devedor, ou seja, pelo mutuário Emerson Soares, que a endereçou contra a impetrante. Ao propor sua referida demanda, diz que ajustou com o Banco Brasileiro de Descontos o mútuo consubstanciado na emissão da cédula rural pignoratícia, sendo ele o devedor principal. Se, portanto, pede a sustação do protesto, não se trata de protesto necessário; e, sim, de protesto facultativo, pois não se destina a preservar responsabilidade de terceiros figurantes no título.

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Aparte): A decisão do mandado de segurança está encimada pela ementa que V. Exa. transcreve no relatório. Diz a ementa de forma expressa:

"Concessão de medida liminar *initio litis* em ação cautelar inominada, suspendendo as execuções e protestos de títulos pactuados em bancos ou congêneres."

O SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Esta ementa, eminente Ministro FONTES DE ALENCAR, é a mesma, geralmente adotada pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo em numerosos casos semelhantes. O d. voto do Desembargador Relator do mandado de segurança, no Tribunal de origem, esclarece circunstanciadamente o fato,

referindo que aquele colegiado mantém, por assim dizer, esta doutrina jurisprudencial; e numerosas têm sido, aliás, as ações cautelares ali propostas, com este objetivo, muitas delas já aqui apreciadas, em recursos especiais nos quais esta ementa não tem, a meu ver, maior significação, em termos de acentuar aspectos próprios desta demanda, à qual fiz referência há pouco.

O SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO (Presidente): Eminente Ministro-Relator, indagaria a V. Exa. se o provimento seria total e permissivo tanto das execuções como dos protestos, ou se o provimento seria apenas parcial, reformando o acórdão apenas na parte referente à ação de execução.

ADITAMENTO AO VOTO

O SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Senhor Presidente, o provimento do recurso, tal como V. Exa. oportunamente alvitrou, há de ser parcial, pois é o banco portador do título (banco credor) que está inconformado com a liminar concedida na ação cautelar proposta pelo devedor originário. Não há nos autos intervenção de outros obrigados por este título; e o próprio título não consta reproduzido nos autos, de tal modo que se pudesse aferir da existência de coobrigados (endossantes, etc.).

Assim, quanto à suspensão do protesto, neste caso, já é aplicável jurisprudência já reiterada de que pode ser sustado, mendiante caução; e no caso dos autos, existe caução em dinheiro (embora não corresponda àquilo que, segundo o autor da ação cautelar, é exigido pelo banco, que pretende valor menor). Mas, de qualquer forma, essa garantia pode ser objeto de alguma reclamação, por parte do banco, de modo a ser complementada, se for o caso.

Por isso, opto por prover o recurso, em parte, ou seja, para tão-somente manter a sustação do protesto.

É como voto, agora, em aditamento.

ADITAMENTO AO VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Aditaria ao meu voto, diante da ponderação do Eminente Ministro Fontes de Alencar, lembrança de que o tema já foi abordado também no Recurso em Mandado de Segurança nº 97, de que fui Relator e cuja ementa me permito citar:

"MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL. RECURSO ORDINÁRIO.

Em princípio, o mandado de segurança não é sucedâneo recursal, sob pena de subversão de todo o sistema de formas, termos e preclusões imprescindíveis à operacionalidade do processo. Torna-se necessário, de regra, que seja interposto o recurso cabível, utilizado então o *writ* para obstar eventual dano irreparável na pendência do recurso, que não tenha efeito suspensivo.

Caso, todavia, de caráter excepcional, em que o juiz vedou ao impetrante o acesso à Justiça, mediante determinação ao Distribuidor forense. Uso do *mandamus*, independentemente da interposição de agravo, como instrumento de tutela a uma garantia constitucional fundamental ao Estado de Direito.

A propositura da ação declaratória de inexistência de débito não impede o ajuizamento de ação de cobrança ou de execução.

Recurso ordinário provido".

Então, o tema já foi, também pela via do mandado de segurança, embora em caráter excepcional, decidido por esta Turma no mesmo sentido agora propugnado.

VOTO — VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Senhor Presidente, o voto do eminente Relator consona com a jurisprudência desta Corte, jurisprudência iterativa, no sentido de que o poder cautelar genérico do Juiz não pode servir de óbice ao exercício do direito de ação. De todos os precedentes a que aludiu V. Exa., pode-se verificar que as decisões desta Corte adotadas em recursos especiais — de minha parte mesmo, fui relator de Recurso Especial, salvo engano — em que o tema foi aflorado, e a decisão adotada também foi no mesmo sentido da agora assumida pelo eminente Relator.

No caso presente, trata-se de mandado de segurança contra ato judicial, e, está a parecer a mim, que o mandado de segurança foi usado como sucedêneo do recurso próprio, o que, em princípio, não seria tolerado. Mas, ante a teratia do caso, o Juiz bloqueando o acesso de alguém ao Judiciário, é de ser admitido o uso do mandado de segurança.

Feitas essas observações, coerente com manifestações em casos anteriores, guardando harmonia com a jurisprudência da Corte e precisamente desta Turma, acompanho o eminente Relator, não só no que toca à impossibilidade de bloqueio de acesso ao Judiciário, bloqueio pela via cautelar, como pelas razões expostas por V. Exa. e agasalhadas pelo Relator, também acompanho o eminente Relator no que tange à suspensão do protesto dos títulos.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 830 — ES — (91.0001792-2) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Bueno de Souza. Recte.: Financiadora Brasdesco S/A — Crédito, Financiamento e Investimentos. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Impdo.: Juízo de Direito da Vara Cível de Domingos Martins-ES. Recdos.: Cafeeira Irmãos Stock Ltda. e outros. Advs.: Eduardo Guimarães M. Pereira e outros, Ivon Alcure do Nascimento.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso. (4ª Turma — 23/10/91).

Votaram com o relator os Srs. Ministros Athos Carneiro e Fontes de Alencar.

Ausentes, por motivo justificado, os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.

♦

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 907 — MT
(Registro nº 91.49190)

Relator: Sr. *Ministro Hélio Mosimann*

Recorrente: *Cleber Freire da Silva Pereira*

T. Origem: *Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso*

Impetrado: *Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso*

Advogado: *Dr. José Simioni*

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. ESTABILIDADE. SERVIÇO PRESTADO EM CARÁTER TEMPORÁRIO. ARTIGO 19 DO ADCT.

A estabilidade excepcional prevista no artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta de 1988, não atinge os ocupantes de função temporária.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas retro, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 05 de agosto de 1991 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente. Ministro HÉLIO MOSIMANN, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: O Doutor Cleber Freire da Silva Pereira era Pretor, nomeado por prazo certo, e não obtendo a pretendida estabilidade na esfera administrativa, impetrou mandado de segurança.

Também não alcançou êxito.

Daí o presente recurso ordinário.

O parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República muito bem sumariou à espécie, *in verbis*:

> "Trata-se de recurso em mandado de segurança impetrado contra ato do Egrégio Tribunal Pleno e Chefe do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso, Des. Flávio José Bertin, visando o impetrante a sua estabilidade no serviço público, invocando o art. 19 do ADCT, da Constituição Federal em vigor.
>
> O Egrégio Tribunal denegou a ordem por entender que:
>
> EMENTA: — ESTABILIDADE EXCEPCIONAL — ARTIGO 19 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIO-

NAIS TRANSITÓRIAS — FUNÇÃO TEMPORÁRIA — CONTRATAÇÃO POR UM BIÊNIO COM RECONDUÇÃO UMA VEZ — PRETOR DO JUIZADO DE PEQUENAS CAUSAS — LEI ESTADUAL Nº 5.101, DE 17.12.86 — INDEFERIMENTO.

A Estabilidade prevista no artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da Carta Magna em vigor, não beneficia o servidor público nomeado em caráter temporário cujo exercício foi de duração limitada no tempo. A nomeação *pro tempore* não dá direito à estabilidade excepcional do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias." (fls. 97).

No seu recurso ordinário, fundado no art. 105, II, letra *b*, da Constituição Federal, o impetrante insiste no direito à estabilidade no serviço público porque:

— era servidor público do Estado, contratado que fora, há 11 anos, 11 meses e 8 dias à época da promulgação da CF de 1988, como Pretor;

— não fora admitido na forma regulada pelo art. 37 da Constituição Federal.

Alegando, pois, que pretende estabilidade no serviço público e não no cargo de Pretor, invoca o art. 19 do ADCT, dizendo-se beneficiário do que ali se contém.

Contra-razões às fls. 91/92.

O parecer do Ministério Público Federal adota as razões do voto vencedor para opinar pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: A nomeação do impetrante foi sempre *pro tempore*, a exemplo do que ocorre, para mencionar apenas uma das hipóteses, com os advogados nomeados para integrarem os Tribunais Eleitorais. Trata-se de investidura temporária.

Do mesmo modo, foi o requerente nomeado, a prazo certo, para exercer as funções de "Pretor", em caráter temporário, como previa, aliás, a própria lei estadual que instituiu o Juizado Especial de Pequenas Causas.

O Supremo Tribunal Federal, como lembrado no parecer a que se referiu o relatório, já se pronunciou sobre o tema quando da Constituição de 67, entendendo, na mesma linha de raciocínio, que a estabilidade não alcança funções temporárias.

Tal entendimento é prestigiado por maciça corrente doutrinária destacada no voto do eminente relator do acórdão sob exame.

Também aqui, neste Superior Tribunal, bem recentemente, a questão veio a debate, oportunidade em que se assentou o seguinte: "Mesmo aceitando-se como comprovado o requisito do exercício continuado (os autos deixam dúvida a respeito — fls. 53 e seguintes), o parágrafo 2º do art. 19 abre exceção, não aplicando o benefício aos ocupantes de funções temporárias, nem aos que a lei declare de livre exoneração.

O princípio vem desde a Constituição de 1967, quando se entendia que a estabilidade prevista no art. 177, § 2º, não abrangia funções temporárias (RDA 104/147 — RE 67.477, Relator Ministro Luiz Gallotti). Por isso é que, diz o eminente Subprocurador, a hipótese versada nos autos está submetida ao alcance da expressão jurídica **função temporária**. Sendo assim, não se recusa homenagem ao decisório.

Finalmente, lembra o recorrido, nas contra-razões, a lição de Ivan Barbosa Rigolin, ao comentar o prefalado art. 19 (O Servidor Público na Constituição de 1988, pág. 140): 'os servidores admitidos temporariamente sob regime administrativo especial **não se estabilizam**'. É pretender estável quem foi admitido para serviço temporário por um regime especialmente autorizado pela Constituição para isso é negar a letra, o espírito, o escopo e a razão da existência do art. 19 do ADCT, e negar vigência ao que dispõe seu § 2º" (RMS 789-SC).

Nego, pois, provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 907 — MT — (91.49190) — Rel.: Sr. Ministro Hélio Mosimann. Recte.: Cleber Freire da Silva Pereira. T. Origem.: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Impdo.: Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Adv.: Dr. José Simioni.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 05.08.91 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Peçanha Martins, Américo Luz, Pádua Ribeiro e José de Jesus.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 941 — SC
(Registro nº 91.0006191-3)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Gomes de Barros*

Recorrente: *Norberto Sens*

Recorrido: *Estado de Santa Catarina*

Impetrado: *Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina*

T. Origem: *Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina*

Advogados: *Drs. Nilo Marcos Andrade e outro e Osmar José Nora*

EMENTA: ADMINISTRATIVO — ESCRIVÃO SUBSTITUTO — SUA EFETIVAÇÃO COMO ESCRIVÃO JUDICIAL — ART. 14 DO ADCT, CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA.

Inda que se deixe ao largo a patente inconstitucionalidade do art. 14 do ADCT de Santa Catarina, é impossível fugir à evidência de quem não contava, em cinco de outubro de 1989 (data em que se promulgou a Constituição) os três anos de substituição carece de direito a ser efetivado como Escrivão judicial.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 13 de novembro de 1991 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro GOMES DE BARROS, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GOMES DE BARROS: Norberto Sens — ora recorrente — impetrou Mandado de Segurança contra ato da Presidência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

O ato contra o qual se pede amparo se traduziu no indeferimento do pedido do impetrante, no sentido de ser efetivado no cargo de Escrivão Judicial.

O Recorrente se diz protegido pelo art. 14 das Disposições Transitórias da Constituição do Estado de Santa Catarina, assim expresso:

> "Art. 14 — Fica assegurada aos substitutos das serventias, na vacância, a efetivação no cargo de titular, desde que investidos na forma da lei, estejam em efetivo exercício, pelo prazo de três anos, na mesma serventia, na data da promulgação da Constituição."

A pretensão do Recorrente parte da assertiva de que atende a todos os pressupostos exigidos pela regra transitória, a saber:

a) foi investido no cargo de Agente Judiciário em decorrência de concurso público;

b) a partir de cinco de novembro de 1985;

c) tornou-se substituto potencial do Escrivão Judicial, desde sua investidura;

d) responde pelo cargo, que se encontra vago, a partir de 17.08.87.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina denegou a segurança, em acórdão, resumido nesta ementa:

> "MANDADO DE SEGURANÇA — RECONHECIMENTO DE EFETIVAÇÃO NO CARGO DE ESCRIVÃO JUDICIAL — APLICAÇÃO DO ART. 14 DAS DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS DA CARTA ESTADUAL — INCONSTITUCIONALIDADE AFASTADA TENDO EM VISTA O IMPETRANTE NÃO PREENCHER OS REQUISITOS NECESSÁRIOS A OBTENÇÃO DO PLEITO.
>
> Os Agentes Judiciários, por força de Resolução, poderão substituir os Escrivães Judiciais, entretanto esta característica não é específica a este ou aquele Agente Judiciário. Assim, não pode um Agente Judiciário intitular-se de "Substituto de Escrivão". (fls. 108).

O recurso ordinário visa a reforma deste acórdão.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GOMES DE BARROS (Relator): O Recorrente, investido, desde cinco de novembro de 1985, mediante concur-

so público, no cargo de Agente Judiciário, pretende efetivar-se como Escrivão Judicial.

Procura abrigar a pretensão no art. 14 das Disposições Transitórias integrantes da Constituição do Estado de Santa Catarina, assim expresso:

> "Art. 14 — Fica assegurada aos substitutos das serventias, na vacância, a efetivação no cargo de titular, desde que investidos na forma da lei, estejam em efetivo exercício, pelo prazo de três anos, na mesma serventia, na data da promulgação da Constituição".

Afirma que, desde a posse, era substituto potencial do Escrivão. Diz, ainda, que a partir de quando este se aposentou (em 17 de agosto de 1987), vem respondendo pela serventia.

O acórdão recorrido denegou a segurança, desenvolvendo a seguinte linha de raciocínio:

> "Na qualidade de Agente Judiciário, pelo que dispõe o art. 2º, parágrafo único, da Resolução DA nº 27.03.85/01, com a redação da Resolução DA nº 22.08.85/06, poderá substituir o Escrivão Judicial, nos afastamentos, desde que não tenha outro Escrivão, ou estando este impedido.
>
> Ora, esta condição é imposta a todos os Agentes Judiciários que encontram-se lotados em uma mesma serventia. Assim, não existe exclusividade, o que não é o caso de Oficial Maior, que conforme dispõe o art. 335, do Código de Divisão e Organização Judiciárias do Estado (Lei nº 5.624/79) é este o Substituto do titular da serventia.
>
> Assim, em uma mesma serventia sempre se terá mais de um Agente Judiciário capaz, por força do que dispõe as já referidas Resoluções, de substituir, nos seus afastamentos, o Escrivão Judicial. Daí resta o critério: havendo mais de um Agente Judiciário em uma mesma escrivania, qual deles vai substituir o Escrivão? A legislação é omissa. Qualquer Agente Judiciário poderá fazê-lo.
>
> Acrescente-se a isto que o simples fato de o Agente Judiciário vir a substituir o Escrivão em uma oportunidade não quer dizer que este é o substituto natural daquele. Em outra oportunidade, outro Agente Judiciário poderá perfeitamente substituir o Escrivão Judicial.
>
> Tira-se em conclusão que todos os Agentes Judiciários por força da Resolução, poderão substituir os Escrivães Judiciais,

entretanto esta característica não é específica a este ou aquele Agente Judiciário. Assim, não pode um Agente Judiciário intitular-se de "Substituto do Escrivão".

Ora, se esta condição não existe, o impetrante não pode sustentar a tese de que é SUBSTITUTO do Escrivão Judicial, pois todos os demais Agentes Judiciários também o são. Em conclusão, não existe a figura do Substituto do Escrivão para o Agente Judiciário, salvo raras exceções.

O art. 14, que assegura o pleito contido na exordial, menciona que a efetivação no cargo de titular é assegurada ao substituto da serventia, desde que estejam em efetivo exercício pelo prazo de três anos na mesma serventia.

Como visto, para fazer jus ao benefício pretendido, deveria o impetrante demonstrar que era o substituto da serventia e esta condição não restou demonstrada nos autos, a favor do impetrante". (fls. 110/112).

O acórdão merece confirmação.

Mesmo que se deixe ao largo a patente inconstitucionalidade do art. 14 das Disposições Constitucionais Transitórias Catarinenses, é impossível fugir à evidência de que o impetrante não contava em 5 de outubro de 1989 (data da promulgação da Constituição) os três anos de efetivo exercício na substituição.

Nesta circunstância, nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 941 — SC — (91.6191-3) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Gomes de Barros. Recte.: Norberto Sens. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Impdo. Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Recdo.: Estado de Santa Catarina. Advs.: Drs. Nilo Marcos Andrade e outro; Osmar José Nora.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso.

Participaram do julgamento: os Exmos. Ministros Pedro Acioli e Garcia Vieira. (1ª Turma — 13/11/91).

Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro Demócrito Reinaldo.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 961 — GO
(Registro nº 91.66672)

Relator: *Sr. Min. Américo Luz*
Recte.: *Supermercado Anápolis Ltda.*
T. Origem: *Tribunal de Justiça do Estado de Goiás*
Impdo.: *Secretário da Fazenda do Estado de Goiás*
Recdo.: *Estado de Goiás*
Advs.: *Altair Garcia Pereira e outro e Jordi Machado*

EMENTA: "MANDADO DE SEGURANÇA. COBRANÇA ANTECIPADA DO ICMS, CONSUBSTANCIADA NA EDIÇÃO DO ATO NORMATIVO Nº 135, DO SECRETÁRIO DO ESTADO DA FAZENDA DE GOIÁS. LEI EM TESE.

Sem que tenha havido qualquer medida de execução contra interesse da impetrante, porquanto pede apenas a declaração da ilegalidade da cobrança antecipada do ICMS, descabe a impetração.

Recurso improvido."

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 29 de maio de 1991 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Segurança impetrada contra ato do Sr. Secretário do Estado da Fazenda de Goiás, consistente

na edição do Ato Normativo nº 135, que exige a cobrança antecipada do ICMS nos casos dos produtos nele relacionados, oriundos de outros Estados da Federação, foi pelo acórdão de fls. decidida nos termos da seguinte ementa, *verbis* (fls. 89):

> "EMENTA: Mandado de Segurança. Ato Normativo GSF nº 135/89 da Secretaria da Fazenda de Goiás. Lei em tese. O Mandado de Segurança não presta para atacar norma em tese, como na hipótese dos autos, em que a impetrante não se encontra atingida pelo mencionado ato normativo."

Daí o recurso interposto, reiterando a impetrante-recorrente a argumentação de que a cobrança antecipada do tributo em questão é ilegal.

Parecer, às fls. 108/109, pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): No julgamento do RMS nº 760, também oriundo do Estado de Goiás, apreciei questão idêntica.

Naquela oportunidade, como relator, proferi o seguinte voto:

> "Tenho com razão o douto Procurador de Justiça que, nestes autos, emitiu parecer, pois a hipótese é, por sem dúvida, de mandado de segurança contra lei em tese.
>
> Nenhum ato de execução praticado contra a impetrante que pudesse ser caracterizado como violador de seu direito líquido e certo.
>
> O ato contra o qual se insurge a impetrante não é de natureza auto-aplicável.
>
> Disso resulta que nenhuma razão que possa justificar a impetração da presente segurança.
>
> Configurada assim a hipótese da impossibilidade jurídica do pedido."

De fato, o impetrante ao ajuizar o Mandado de Segurança apenas requereu fosse declarada a ilegalidade da cobrança antecipada do ICMS, pretendida nas aquisições de mercadorias de outros Estados, exigida através do Ato Normativo nº 135, do Secretário da Fazenda do Estado

de Goiás, sem que tenha havido qualquer medida de execução contra interesses seus.

Quanto ao caráter preventivo que o recorrente quer imprimir ao *mandamus*, parece-me de todo improcedente, porquanto o Ato Normativo nº 135 se me afigura como legal, desvestido, pois da intimidação necessária para justificar a demanda preventiva, posto que "...para a caracterização da ameaça, deve haver um ato injusto que constitua em um risco passível de prejuízo decorrente desse ato. O simples receio daquele ato constitutivo, não legitima a impetração de mandado de segurança, pois estaríamos apenas no campo da subjetividade."

O acórdão, publicado no DJ de 18.03.91, está assim ementado:

> "MANDADO DE SEGURANÇA. COBRANÇA ANTECIPADA DO ICMS, CONSUBSTANCIADA NA EDIÇÃO DO ATO NORMATIVO Nº 135, DO SECRETÁRIO DO ESTADO DA FAZENDA DE GOIÁS. LEI EM TESE.
>
> Sem que tenha havido qualquer medida de execução contra interesse da impetrante, porquanto pede apenas a declaração de ilegalidade da cobrança antecipada do ICMS, descabe a impetração.
>
> Recurso improvido."

Do exposto, nego provimento ao recurso.

VOTO — VOGAL

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Senhor Presidente, é mais um caso de uma série de mandados de segurança que subiram oriundos do Estado de Goiás. Julguei, pelo menos, três há pouco tempo: os de nºs 772, 765 e 757. E, se bem me lembro, todos eles com a mesma solução, inclusive adotando os esclarecimentos prestados pelo Eminente Sr. Ministro Ilmar Galvão. De acordo com o relator.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 961 — GO — (91.6667-2) — Rel.: Min. Américo Luz. Recte.: Supermercado Anápolis Ltda. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Impdo.: Secretário da Fazenda do Estado de Goiás. Recdo.: Estado de Goiás. Advs.: Altair Garcia Pereira e outro e Jordi Machado.

Decisão: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso." (2ª Turma — 29.05.91).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Ilmar Galvão, José de Jesus, Hélio Mosimann e Peçanha Martins.

Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.

♦

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.039 — SP

(Registro nº 91.0010143-5)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Peçanha Martins*

Recorrentes: *Cícero Gomes da Silva e outros*

T. Origem: *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*

Impetrado: *Presidente do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo*

Recorrida: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Joel Aholiab Rosa e Silva e outro e Adriana de Soveral e outro*

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ERRO GROSSEIRO. SÚMULA Nº 272-STF. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO.

Constitui erro grosseiro a interposição de recurso especial pelo ordinário contra decisão prolatada por Tribunal em instância única, em mandado de segurança. Adaptação da Súmula nº 272 do Egrégio Supremo Tribunal Federal. Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 18 de setembro de 1991 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente. Ministro PEÇANHA MARTINS, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Através de Recurso Especial fundamentado no art. 105, inciso III, letra *a*, da Constituição Federal, CIRO GOMES DA SILVA E OUTROS (3), Vereadores da Câmara Municipal de Ribeirão Preto-SP, impugnam acórdão proferido, em instância única, pelo Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo que julgou extinto, sem apreciação do mérito, mandado de segurança por eles impetrado contra ato do Presidente do Tribunal de Contas daquele Estado.

Alegando violação dos arts. 326 e 327 do CPC, pedem seja anulada a decisão recorrida em virtude de irregularidade processual — ausência de contraditório — eis que, suscitada a ilegitimidade passiva da autoridade coatora, dever-se-ia abrir prazo aos impetrantes para que se manifestassem sobre a preliminar, ou reformar-se o acórdão para reconhecer a legitimidade da referida autoridade, concedendo-se a segurança.

Lastreando-se em entendimentos doutrino-jurisprudenciais, o Ministério Público Estadual opinou pelo não-processamento do recurso por ser inadmissível sua conversão em ordinário, face à configuração de erro grosseiro (fls. 151/153).

Devidamente contra-arrazoado (fls. 157/158), o apelo foi admitido pelo Exmo. Vice-Presidente do Tribunal *a quo* que o recebeu "como recurso ordinário (artigo 105, II, *a*, CF), atendo ao princípio da fungibilidade recursal" (fl. 159).

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo desprovimento, entendendo inaplicável o princípio da fungibilidade na ocorrência de inegável erro grosseiro, já que a irresignação dos impetrantes foi manifestada quando transcorrido mais de um ano da vigência da atual Carta Política.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS (Relator): O recurso especial foi interposto em outubro/1990, vale dizer, quando já de-

corridos dois (2) anos de vigência da Constituição e praticamente seis (6) meses da promulgação da Lei nº 8.083, que regulamentou o recurso ordinário, cujos pressupostos de admissibilidade e efeitos são inteiramente diversos do especial.

Incide, na hipótese, a Súmula 272 do STF — "Não se admite como ordinário recurso extraordinário de decisão denegatória de mandado de segurança" — adaptada ao recurso especial, por isso mesmo que não se pode deixar de conceituar como erro grosseiro a interposição de recurso especial pelo cabível recurso ordinário.

Não conheço do recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Sr. Presidente. Embora não convencido processualmente, curvo-me à interpretação do Supremo Tribunal Federal, que é a última palavra em matéria constitucional.

Ressalvando o meu ponto de vista, acompanho o Sr. Ministro-Relator.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 1.039 — SP — (91.0010143-5) — Rel.: Min. Peçanha Martins. Rectes.: Cícero Gomes da Silva e outros. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impdo.: Presidente do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Recda.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advs.: Joel Aholiab Rosa e Silva e outro e Adriana de Soveral e outro.

Após o voto do Sr. Ministro-Relator (Peçanha Martins), não conhecendo do recurso, no que foi acompanhado pelos Senhores Ministros Américo Luz, Pádua Ribeiro e José de Jesus, pediu vista o Sr. Ministro Hélio Mosimann. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro AMÉRICO LUZ. 11.09.91 — 2ª Turma.

VOTO — VISTA

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Impugnando acórdão denegatório de decisão proferida em mandado de segurança originário, os impetrantes interpõem recurso especial.

De acordo com parecer exarado pela douta Subprocuradoria-Geral da República, o eminente relator não conhecia do especial, por manifestamente incabível, configurando erro grosseiro.

A tese aqui discutida, pelo que concluí ao exame dos autos, assemelha-se àquela discutida, em preliminar, nos Recursos em Mandado de Segurança nºs 501 e 775, ambos procedentes de São Paulo: — mesmo não decidido o mérito do mandado de segurança, cabível é o recurso ordinário, como decorre do texto constitucional (art. 105, II, *b*).

Por isso, neste caso, acompanho o relator, **não conhecendo do recurso especial** interposto.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 1.039 — SP — (91.0010143-5) — Rel.: Min. Peçanha Martins. Rectes. Cícero Gomes da Silva e outros. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impdo.: Presidente do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Recda.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advs.: Joel Aholiab Rosa e Silva e outro e Adriana de Soveral e outro.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Hélio Mosimann, a Turma por unanimidade, não conheceu do recurso. (18.09.91 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Américo Luz, Pádua Ribeiro, José de Jesus e Hélio Mosimann. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.

RECURSO ESPECIAL Nº 40 — SP
(Registro nº 89.0008175-6)

Relator: *O Senhor Ministro Bueno de Souza*
Recte.: *Ângelo Paganini*
Recdo.: *Brasilmetal S/A — Massa Falida*
Advogados: *Drs. Adelmario Formica e Jacob Timoner*

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. CORREÇÃO MONETÁRIA. CRÉDITO TRABALHISTA HABILITADO EM FALÊNCIA.

1 — Pretensão de atualização monetária do crédito privilegiado no período que medeia da data da quebra até a vigência da Lei nº 6.899/81.

2 — A ação rescisória não deve ser concebida como mero instrumento voltado, eminentemente, a cercear interpretações construtivas da norma legal, pela jurisprudência, ao argumento de que tais interpretações sempre configurariam violação à disposição literal, como se a ordem jurídica brasileira estivesse formalmente comprometida com a tendência formalista ou mecanicista de revelação do direito concreto.

3 — Inaceitável demora na conclusão do processo falimentar, tendo em consideração que a falência foi decretada em 30.12.1968.

4 — A correção monetária, como tem amplamente proclamado a jurisprudência, nada acrescenta ao débito, constituindo-se, nos dias atuais, em providência hábil a evitar o enriquecimento sem causa.

5 — Recurso especial conhecido e provido, sem discrepância de votos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 29 de outubro de 1991 (data do julgamento).

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente. Ministro BUENO DE SOUZA, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: O v. acórdão do Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado de S. Paulo assim resumiu a espécie (fls. 129/130):

> "O demandante teve habilitado seu crédito trabalhista, junto à falência da demandada, com correção monetária até a data da quebra (30.12.68), nos termos do Dec.-lei nº 75/66, bem como correção monetária a partir da Lei nº 6.899/81. Viu indeferida, no entanto, sua pretensão a obter correção de seu crédito no período intermediário, que é longo, de mais de doze anos, ou seja, de 1969 a março de 1981. Daí a presente rescisória, que se volta contra o v. Acórdão com cópia às fls. 71/2; o aresto indeferiu a pretensão por dois motivos: em primeiro lugar, por entender que ela encontra obstáculo em dispositivo legal expresso (§ 2º do art. 1º do Dec.-lei nº 75/66), que faz cessar a correção monetária dos créditos trabalhistas "a partir do deferimento do pedido de falência"; e de outra parte porque a matéria já havia sido discutida anteriormente, tendo o Dr. Juiz de Direito deixado estatuído que os juros e a correção monetária só incidiriam até a data da de-

cretação da falência, fazendo remissão à decisão de fls. 63 (fls. 36 destes autos). "Conseqüentemente — arrematou o v. Acórdão — a pretensão dos habilitantes ofende a coisa julgada."

A rescisória tem por fundamento o art. 485, V, do Código de Processo Civil, e expressamente menciona como violado o art. 469 do mesmo estatuto; depreende-se da leitura da inicial, no entanto, que admite ter sido violado igualmente o citado § 2º do art. 1º do Dec.-lei nº 75/66."

Depois de aludir a aspectos meramente formais, sem relevo para o momento, prossegue (fls. 130/134):

"No mais, o art. 496 do Código de Processo Civil — único dito expressamente como violado pela decisão rescindenda — é o que diz não fazerem coisa julgada os motivos da sentença, a verdade dos fatos por ela estabelecida e a questão prejudicial, decidida incidentemente. Realmente, na sentença (sem recurso) que julgou a habilitação dos créditos, que se lê por cópia às fls. 35/37 e a que se reporta o acórdão rescindendo, o Dr. Juiz de Direito tomou a questão dos juros e correção monetária como exatamente uma das duas questões a que se propôs decidir. Releia-se o início do item 2º da sentença, fls. 36: "Duas são as questões a serem debatidas. A primeira, se os débitos devem ser pagos com juros e correção monetária e a segunda...".

No entanto, afigura-se evidente que a correção monetária em discussão e sobre a qual deveria manifestar-se o magistrado era **tão-só** aquela que, afinal, veio a ser deferida por Sua Excelência, isto é, a correção devida até a data da quebra — pois até mesmo essa era negada pela falida, como se pode constatar pela leitura do relatório da sentença (fls. 35: "Pela falida..."); entendeu o magistrado que juros e correção monetária, até a data da decretação da quebra, eram devidos — e por isso os deferiu. Não consta tenha sido pleiteada a correção posterior à data da quebra, nem sobre isso decidiu o MM. Juiz. Aliás, a sentença era de março de 1974 e não se podia esperar que em 1981, ao dispor a lei que a correção incidiria sobre qualquer débito resultante de decisão judicial, os créditos dos habilitantes ainda não estivessem pagos.

Destarte, com a devida vênia, enganou-se a douta Turma Julgadora do V. Acórdão rescincendo ao decidir que a pretensão dos credores, de obter correção monetária relativa a período posterior à data da quebra, encontrava obstáculo intransponível no

princípio da coisa julgada. Havia coisa julgada, sim, no que diz com a então indiscutida correção monetária devida até a data da decretação da falência; quanto à relativa a período posterior, não.

Conseqüentemente, o V. Acórdão rescindendo violou o disposto nos arts. 467 e 468 do Código de Processo Civil (não o 469, como defende o autor), por estender a proteção da coisa julgada a questão que não estava "nos limites da lide" decidida pela sentença reproduzida às fls. 35/37.

O engano na menção ao texto da lei violado não pode prejudicar o autor, pois da leitura da inicial se deduz que o raciocínio que o demandante quis transmitir era esse mesmo.

A rescisória, porém, nem assim está em termos de receber provimento favorável, eis que a questão da coisa julgada, como se disse, foi apenas um dos argumentos embutidos no aresto rescindendo. Quanto ao outro, não há como dar razão ao autor.

Ainda que se tenha a boa vontade de aceitar que, não obstante a omissão da inicial, o autor tenha considerado violado também o § 2º do art. 1º do Dec.-lei nº 75/76, — não se pode dizer ter ocorrido literal violação a esse dispositivo legal. Pelo contrário, ao negar correção monetária sobre o período imediatamente posterior ao dia da decretação da quebra, o V. Acórdão em tela nada mais fez que obedecer à risca o enunciado do texto em questão, que, ao ordenar a incidência da correção monetária "aos créditos dos empregados nos processos de liquidação, concordata ou falência", foi claro quanto ao termo final dessa mesma correção, fixando-a na "data do deferimento do pedido de falência".

É grande a simpatia que provoca a tese do autor, no sentido de que a lei foi elaborada na previsão de que o processo de falência tivesse andamento normal, com relativamente rápido desfecho, não sendo esse o caso da falência da Brasilmetal S/A. Assim, injusto será o congelamento do crédito por mais de doze anos (desde a data da quebra, 30.12.78, até a entrada em vigor da Lei nº 6.899, em abril de 1981). Aliás, em seu abono traz o autor brilhante decisão da E. 6ª Câmara Civil deste Tribunal, na Apelação Cível nº 48.079-1, de 16.8.84, Relator o eminente Des. Camargo Sampaio, em que se deferiu correção monetária de crédito trabalhista habilitado em processo de falência, mesmo após a data da decretação da quebra. Entendeu-se que o dispositivo em exame "é de ser entendido em termos, isto é, desde que a

falência tenha se concluído dentro do prazo legal fixado" (cf. fls. 12. Boletim nº 1.356 da Associação dos Advogados de São Paulo, de 12.12.84, pág. 295).

Por mais adequada que se possa ter tal interpretação, há de se convir que ela foge à literalidade da lei. Na lição de SÉRGIO RIZZI: "Só é grave o erro da sentença, para fins do art. 485, V, do Código, quando afronte norma que conste literalmente dos textos normativos" ("Ação Rescisória", Ed. RT, 1979, nº 63, pág. 105). Não será demais insistir em que a **literalidade** da lei é exatamente no sentido oposto ao preferido pelo autor e, por conseguinte, na exata linha do raciocínio desenvolvido pelo V. Acórdão rescindendo, que, para fundamentar sua decisão, citou expressamente o dispositivo legal em exame (cf. fls. 72).

Não há como ser aceito o argumento do autor, de que o crédito em tela é dívida de valor e por isso a correção se impõe; sob esse ângulo, a matéria não pode ser analisada em termos de ação rescisória.

Por fim, consoante a Dra. Procuradora de Justiça que oficiou no feito, será possível entender-se que, não obstante omissa a inicial o autor terá considerado violada também a Lei nº 6.899/81 (cf. fls. 102). Não parece que seja assim. De resto, já de há muito se consolidou o entendimento jurisprudencial de que inviável será a ela atribuir-se efeito retroativo. Por isso, a correção monetária com base na lei citada só poderá ser admitida a partir de sua vigência.

Destarte, persistindo um dos fundamentos do V. Acórdão impugnado, há de prevalecer o seu dispositivo, impossível a rescisão pretendida."

2. Interposto recurso extraordinário com argüição de relevância em 8.X.87 (fls. 136), acolhida esta, processou-se o recurso (fls. 150/169).

3. Na resolução de questão de ordem suscitada pelo Senhor Ministro MOREIRA ALVES, decidiu o Supremo Tribunal Federal, consoante esta ementa (fls. 176).

> "Questão de ordem relativa à competência para o julgamento de recurso extraordinário fundado em alegação de negativa de vigência a dispositivo legal, e que subiu a esta Corte pelo acolhimento de argüição de relevância quanto ao tema "correção monetária em concordata e falência".
>
> Questão de ordem que se decide no sentido de que, com a instalação do Superior Tribunal de Justiça, o recurso ex-

traordinário fundado em alegações de ofensa a dispositivos legais se converte, *ipso iure*, em recurso especial com fundamento na letra *a* do inciso III do artigo 105 da atual Constituição, nos exatos limites do tema tido como relevante pela acolhida da argüição de relevância, motivo por que dele não se conhece, determinando-se sua remessa àquela Corte que é a competente para julgá-lo nos limites acima mencionados."

4. Distribuídos os autos, facultei o pronunciamento do Ministério Público, que, em parecer da ilustre Subprocuradora-Geral, Yedda de Lourdes Pereira, opina pelo não conhecimento do recurso, por falta de condições de admissibilidade.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Senhor Presidente, observo, desde logo, que o recurso extraordinário interposto pelo autor da ação rescisória busca a reforma do v. acórdão unânime do Primeiro Grupo de Câmaras Civis do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Rel. o Des. LUÍS DE MACEDO (v. fls. 129/134), com invocação do art. 119, III, *a*, da Constituição de 1967, Emenda de 1969, achando-se sua fundamentação concebida nestes termos, no essencial (fls. 138/140):

"O recorrente teve habilitado o seu crédito trabalhista junto à falência da firma Brasilmetal S/A (recorrida), calculado com correção monetária até a data da quebra (30/12/78), nos termos do Decreto-lei nº 75/66. Posteriormente esse crédito passou a ser corrigido pela Lei nº 6.899/81. Assim, o recorrente viu indeferida a sua pretensão de obter a correção do crédito no período intermediário, da data da quebra até a data da entrada em vigor da Lei nº 6.899/81.

São mais de doze anos que esse crédito permaneceu sem ser corrigido, em vista disso ingressou com ação rescisória de v. acórdão que indeferira a pretensão por dois motivos, sendo o primeiro por entender que após a quebra não corre correção monetária, e de outra parte porque a matéria já havia sido discutida anteriormente, tendo o MM. Juiz deixado estatuído que os juros e correção monetária só incidiriam até a data da decretação da falência, no que, a pretensão do recorrente iria ofender a coisa julgada.

Com relação a ofensa da coisa julgada o v. acórdão recorrido deu razão ao recorrente, sustentando que esse fato não acontecia.

Todavia, relativamente a correção monetária, nos casos de falência, só se opera até quando a falência é decretada. Sustenta o v. acórdão que a tese, no sentido de que a lei teria sido elaborada na previsão de que o processo de falência tivesse andamento normal, com desfecho rápido, é de grande simpatia. Sustentou ainda o v. acórdão, que seria injusto o congelamento do crédito por mais de doze anos, em virtude da demora no processo da falência. Lembrou ainda o v. acórdão que foi trazido à colação, decisão da E. 6ª Câmara Civil do próprio Tribunal de Justiça, em que a interpretação dada ao § 2º, do artigo 1º do Decreto-lei nº 75/66, é de ser entendida em termos, isto é, desde que a falência tenha se concluído no prazo legal fixado.

Mas essa interpretação foi convelida sob o argumento de que atenta contra a literalidade da lei, que é exatamente no sentido oposto daquilo pretendido pelo autor.

Assim, o recurso extraordinário visa a elucidação da questão de direito de se equacionar se a correção monetária é devida ou não a partir da decretação da falência, relativamente aos créditos habilitados, quando o seu processamento é, excepcionalmente, tardonho, a ponto de tornar os créditos absolutamente residuais e desvalorizados, não valendo a pena sequer o seu reclamo.

A questão agora trazida para discussão, envolve problema de exegese prática para evitar situações absolutamente anômalas e distantes da realidade lógica.

A r. decisão recorrida, firmada numa interpretação, apenas literária, manifesta-se absolutamente contrária à sindérese, ao bom senso e ao calor que deve emanar de interpretações sustentadas pela razão.

O C. Supremo Tribunal Federal, analisando este caso singular de cuja hermenêutica dependerá não só a possibilidade da realização do direito do próprio recorrente, mas outros sete empregados da empresa falida que se encontram na mesma situação, além de milhares de outros casos semelhantes, que ficarão com os seus créditos trabalhistas reduzidos ao zero absoluto, bastando apenas que o processo de falência tenha uma demora superior àquela concebida pelo legislador."

2. A pretensão do recorrente está assim articulada:

"Assim, o recorrente aguarda que o recurso venha a ser conhecido e provido, para efeitos de que o cálculo da correção monetária venha a ser concedida a partir do momento em que houve a sua declaração na falência, até o momento do efetivo pagamento."

3. A este esclarecimento, devo acrescentar que, ante o obstáculo à admissibilidade do recurso extraordinário (Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 325, V, *a*), a petição de sua interposição também argüiu a relevância da questão de direito federal suscitada (fls. 136); e, em capítulo próprio, fundamentou-a (fls. 144/5):

"Pelo valor dado à causa, sem apreciação da questão de relevância, o recurso extraordinário iria incidir nos impedimentos determinados pelo artigo 325, inciso V, letra *a* do Regimento Interno do C. Supremo Tribunal Federal. Mas está absolutamente claro que a questão discutida é de absoluta relevância, seja porque atinente a direitos de pessoas hipossuficientes, que estão sendo lesadas em direitos vitais, trabalhistas e de indiscutível transcedência para os interessados.

Ainda assim a discussão envolve problemática, que pela sua colocação, poderá atender situações jurídicas análogas em quantidades de absoluta relevância.

Outrossim, a maior parte dos pareceres encartados no processo favorecem o entendimento esposado pelo recorrente, e a própria decisão recorrida, não esconde a injustiça da situação existente em face da interpretação apenas literal da lei.

Vale a pena, nesta oportunidade, relembrar as palavras do velho Rui, quando dizia que a lei de má índole e iníqua tem que ser interpretada com abertura e inteligência pelos Magistrados por isso que: "Boa é a lei, quando executada com retidão. Isto é: boa será, em havendo no executor a virtude, que no legislador não havia. Porque só a moderação, a inteireza e a eqüidade, no aplicar das más leis, as poderiam, em certa medida, escoimar da impureza, dereza e maldade, que encerrarem. Ou, mais lisa e claramente, se bem o entendo, pretenderia significar o apóstolo das gentes que mais vale a lei má, quando inexecutada, ou mal executada (para o bem), que a boa lei, sofismada e não observada (contra ele).

Que extraordinário, que imensurável, que, por assim dizer, estupendo e sobre-humano, logo, não será, em tais condições, o papel da justiça! Maior que o da própria legislação. Porque, se dignos são os juízes, como parte suprema, que constituem, no executar das leis, — em sendo justas, lhes manterão eles a sua

justiça, e, injustas, lhes poderão moderar, se não, até no seu tanto, corrigir a injustiça."

Aguarda-se o provimento da argüição de relevância para efeitos de que venha ser processado o recurso extraordinário intentado, como medida de esperada JUSTIÇA."

4. O v. acórdão do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, Relator o eminente Ministro MOREIRA ALVES, decidiu na conformidade desta ementa (fls. 176):

"Questão de ordem relativa à competência para o julgamento de recurso extraordinário fundado em alegação de negativa de vigência a dispositivo legal, e que subiu a esta Corte pelo acolhimento de argüição de relevância quanto ao tema "correção monetária em concordata e falência".

Questão de ordem que se decide no sentido de que, com a instalação do Superior Tribunal de Justiça, o recurso extraordinário fundado em alegações de ofensa a dispositivos legais se converte, *ipso iure*, em recurso especial com fundamento na letra *a* do inciso III do artigo 105 da atual Constituição, nos exatos limites do tema tido como relevante pela acolhida da argüição de relevância, motivo por que dele não se conhece, determinando-se sua remessa àquela Corte que é a competente para julgá-lo nos limites acima mencionados."

5. Para que não paire dúvida sobre o teor da *causa petendi* da rescisória que dá ensejo a este recurso especial (e, por conseguinte, sobre qual seja a norma legal cuja literalidade se dá como contrariada), é oportuno atentar para estes tópicos que se colhem da petição inicial (fls. 02, 3/4, 5/6, 8/9):

"O suplicante e mais sete companheiros de trabalho, em virtude da concordata e posterior falência da empresa onde trabalharam, BRASILMETAL S/A, habilitaram-se para receberem os seus direitos trabalhistas de acordo com a certidão expedida pela 5ª Junta de Conciliação e Julgamento, em 28 de julho de 1969.

.....

Quando da feitura da conta de liquidação em 1982, para se ter uma idéia, o contador judicial corrigiu — a partir da Lei nº 6.899/81, e o crédito do suplicante, que em 1967 era de Cr$ 9.166, passou para Cr$ 14.299. Isso significa que se aplicada a correção monetária a partir da instituição do crédito o valor era de Cr$ 17.518.333, aproximadamente, e o efeito ocorreu com os outros

colegas do suplicante. Quando homologada a conta o requerente e seus colegas impugnaram-lhe, por recurso de apelação, e o E. Tribunal de Justiça, através a sua C. 3ª Câmara negou provimento à apelação, confirmando a sentença de Primeira Instância, sustentando que:

> "Em primeiro lugar porque o Decreto-lei nº 75, de 21 de novembro de 1966, em que os Apelantes procuram lastrear seu direito, tem disposição expressa mandando cessar a correção de débitos oriundos de relação empregatícia "a partir da data do deferimento do pedido de falência" (art. 1º, § 2º).
>
> De outra parte, o problema já havia sido discutido, na fase de habilitação; e o Dr. Juiz de Direito, acolhendo manifestação do Dr. Curador Fiscal, deixou estatuído que os juros e a correção monetária só incidiriam até a data da decretação da falência, como está a fls. 63. Conseqüentemente, a pretensão dos habilitantes ofende a coisa julgada."

Manifestaram os apelantes Recurso Extraordinário que foi indeferido em virtude do veto estabelecido pelo artigo 325, inciso V, letra *c*, do Regimento Interno do Colendo Supremo Tribunal Federal, mas como a decisão, *veniam petimus*, viola literal disposição da lei, consoante a seguir ficará devidamente comprovado, o recorrente afora a presente ação rescisória na qual pretende a anulação da r. sentença homologatória da conta de liquidação, para que outra conta seja efetivada computando-se a correção monetária para todos os reclamantes, na formalidade da lei que estabelece atualização das contas de créditos.

Em primeiro lugar o artigo 469 do Código de Processo Civil foi violado, por isso que, estabelece que não fazem coisa julgada os motivos, ainda que importantes, para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença. Assim, embora a sentença de fls. 64 dos autos principais, tenha revelado que declarava habilitados os créditos trabalhistas pelas importâncias solicitadas na inicial, redigida em 25 de setembro de 1969, com relação à correção monetária apensa estabelecer que o seu cálculo deveria estar implícito na conta. Deixou, assim de decidir a respeito da correção a partir do momento da constituição do crédito até o seu julgamento por sentença.

.....

No tocante ao mérito do pedido, propriamente dito, os créditos trabalhistas estão sujeitos à correção monetária específica, quer sejam declarados ou não em processo de qualquer natureza, mesmo os falenciais.

Na realidade, os créditos trabalhistas possuem lei de correção monetária específica, a qual dissipa qualquer possibilidade de dissídio a seu respeito. Trata-se do Decreto-lei nº 75, de 21/11/66, em cujo art. 1º lê-se:

> "Art. 1º — Os débitos de salários, indenizações e outras quantias devidas a qualquer título pelas empresas abrangidas pela Consolidação das Leis do Trabalho e pelo Estatuto do Trabalhador Rural, a seus empregados, quando não liquidados no prazo de noventa dias, contados das épocas próprias, ficam sujeitos à correção monetária, segundo os índices fixados trimestralmente pelo Conselho Nacional de Economia".
>
> "§ 2º — A correção de que trata este artigo aplica-se também aos créditos dos empregados nos processos de liquidação, concordata ou falência, cessando, porém, sua fluência a partir do deferimento do pedido da falência".

A despeito da invocação do momento do término dos efeitos da correção monetária nos créditos trabalhistas, de fato não existe possibilidade de admitir-se esses efeitos, diante do princípio de que "as indenizações como dívidas de valor são sempre corrigidas monetariamente."

.....

Nenhuma culpa tiveram os empregados da Brasilmetal S/A na demora de tantos anos na liquidação de uma falência, máxime tendo em consideração que seus créditos, se somados, na época valeriam mais de 50% da estimativa do imóvel que pertence a falida. E hoje se corrigidos como fixados na r. decisão rescidenda não dariam sequer para comprar um ladrilho do chão desse imóvel."

6. Tenho, pois, como certo e induvidoso que a ação rescisória pôs em debate a determinação do verdadeiro alcance do preceito contido no art. 1º e seu § 2º, do Decreto-lei nº 75, de 21.XI.1966, em termos de sustentar que a norma limitadora da incidência da atualização do valor devido deva ser entendida aplicável, somente no caso em que a satisfação do crédito tenha efetivamente ocorrido dentro do prazo legal para processamento e encerramento da falência.

Não há, portanto, negar que o exato significado do art. 1º, § 2º, do Decreto-lei nº 75, de 1966, citado, se constitui como *thema decidendum* da rescisória; bem assim que, ao lado do art. 469 do Código de Processo Civil, compôs o elenco das questões a reclamar o almejado pronunciamento jurisdicional.

Sequer seria necessário, por conseguinte, trazer à colação os precedentes desta Corte, que se contentam com o prequestionamento implícito da norma legal dada por contrariada (Resp 294-SP, DJ 18.12.89, Resp 1.608-RJ, DJ 26.11.90, Resp 1.881-SP, DJ 09.04.90), certo que nestes autos, desde o início, se deduz, sustenta e reitera pretensão de atualização monetária de crédito trabalhista a incidir também sobre o período em que a mesma foi afastada.

Veja-se, a propósito, que o parecer do Ministério Público do Estado de São Paulo assim logo compreendeu o sentido da postulação, ao expor (fls. 102):

> "Cuida-se de Ação Rescisória promovida por Ângelo Paganini contra a Massa Falida de Brasilmetal S/A, objetivando desconstituir v. acórdão prolatado pela 3ª Câmara Civil desse Egrégio Tribunal de Justiça, na Apelação nº 32.717-1, que confirmou a r. sentença do douto Juízo da 19ª Vara Civil da Capital, homologatória de cálculo efetuado nos autos da Falência, quando da habilitação dos créditos.
>
> Fundamenta-se a rescisória no art. 485, inciso V, do Código de Processo Civil, embora não aponte, expressa e claramente, qual a norma legal violada, mas ao que parece seria o art. 469 do mesmo *Codex*, além da Lei nº 6.899/81, e Decreto-lei nº 75/66.
>
> Insurge-se, em síntese, o autor, contra o cálculo, por não ter sido abrangido o interregno que medeia de 30/12/68, data da decretação judicial da falência, a abril de 1981, data de promulgação da Lei nº 6.899/81, que rege a matéria atinente à correção monetária.
>
> Pretende ele que em tal período incida também a correção monetária, por se tratar o crédito de dívida de valor, a qual é sempre atualizada."

7. Pronunciando-se a propósito de preliminar de carência de ação, o recorrente (autor da rescisória) voltou a explicitar o escopo da demanda (fls. 111/113):

> "O autor pretende desconstituir a r. decisão que homologou o cálculo dos seus direitos trabalhistas da firma BRASILMETAL S/A, em processo de falência. A decisão irá beneficiar todos os

empregados da empresa, a maior parte deles com mais de 10 e 20 anos de trabalho.

O cálculo foi feito de forma a não contar correção monetária de mais de dez anos de tempo, e o resultado foi que se a pretensão do autor não vier a ser acolhida, o seu direito e o dos demais companheiros de trabalho, reduzir-se-á a valores insignificantes, hábeis para a aquisição de três guaranás e um maço de cigarros.

Foi apresentado como vulnerado o artigo 469 do Código de Processo Civil, isto porque a r. decisão desse E. Tribunal, objeto da rescisória, afirmou que o problema enfocado anteriormente já havia sido discutido na fase da habilitação, e o Dr. Juiz de Direito sustentou na r. sentença:

> "De outra parte, o problema já havia sido discutido, na fase de habilitação; e o Dr. Juiz de Direito, acolhendo manifestação do Dr. Curador Fiscal, deixou estatuído que os juros e a correção monetária só incidiriam até a data da decretação da falência, como está a fls. 63. Conseqüentemente, a pretensão dos habilitantes ofende a coisa julgada."

Ora, o artigo 469 do Código de Processo Civil estabelece que não fazem coisa julgada os motivos, ainda que importantes, para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença. Desta forma, embora a sentença de fls. 72 dos autos principais e constantes a fls. 35 do traslado, tenha declarado que estavam habilitados os créditos trabalhistas pelas importâncias descritas na inicial, redigida em 25/09/69, com relação a correção monetária, afirmou que estava ela implícita no cálculo.

Deixou, assim, de decidir a respeito da correção monetária a partir do momento da constituição do crédito até o seu julgamento por sentença, nada menos do que doze anos na data de hoje.

No que diz respeito ao mérito, indiscutivelmente os créditos trabalhistas estão sujeitos à correção monetária, independentemente façam parte de processo incidente em habilitação de falência. O artigo 1º da Lei nº 75/66 assim determina:

> "Art. 1º — Os débitos de salários, indenizações e outras quantias devidas a qualquer título pelas empresas abrangidas pela Consolidação das Leis do Trabalho e pelo Estatuto do Trabalhador Rural, a seus empregados, quan-

do não liquidados no prazo de noventa dias, contados das épocas próprias, ficam sujeitos à correção monetária, segundo os índices fixados trimestralmente pelo Conselho Nacional de Economia."

A despeito da invocação do momento do término dos efeitos da correção monetária nos créditos trabalhistas, diante do princípio de que "as indenizações como dívida de valor são sempre corrigidas monetariamente."

A respeito vale a pena reeditar palavras do Ministro Xavier de Albuquerque ao relatar primoroso acórdão unânime do Colendo Supremo Tribunal Federal:

> "Entendo legítima a pretensão dos autores recorrentes e nada vejo de estranho na ação que, para pedirem correção monetária não postulada na demanda anterior, ora propõem. Muitos foram os casos que aqui julgamos de ações autônomas que expropriados propuseram contra expropriantes, em busca de correção monetária, não contemplada em precedentes ações de desapropriações. Por outro lado, já não remanesce dúvidas em nossos julgados sobre a admissibilidade da correção monetária nas reparações por atos ilícitos."

8. Acresce que o v. aresto recorrido, reconhecendo, embora, incabível a alusão ao art. 469 do CPC, contida no v. acórdão rescindendo (ao se recusar a rever a matéria objeto da apelação, em face da coisa julgada), deixou de acolher a rescisória daquela decisão por considerar suficiente para sustentá-la a literalidade do mencionado art. 1º, § 2º do Decreto-lei nº 75, de 1966, citado, que aquele acórdão persevera em acatar.

Permanece, portanto, a questão concernente ao exato significado desse preceito legal; questão cujo exame, nesta assentada, em recurso especial, tenho por franqueada a esta Turma julgadora, por tudo quanto venho de expor; questão, ademais, que se impõe seja aqui devidamente enfrentada: a) ou para se considerar correta a aplicação na norma à espécie, pelo v. acórdão recorrido, ao sufragar o entendimento literal da lei, preconizado pelo v. acórdão rescindendo, proferido em apelação; b) ou, ao contrário, para se concluir que o v. acórdão recorrido somente rechaçou a rescisória (assim, mantendo o v. acórdão da apelação), mercê de interpretação literal da norma controvertida: interpretação literal que, contudo, não se deva identificar ao pressuposto da rescisória, a consistir em violação a literal disposição de lei (CPC, art. 485, V).

9. Tenho para mim que é imperiosa a distinção que venho de resumir, de modo a não se identificar, necessariamente, a ação rescisória, meio adequado a assegurar a decisão da causa por aplicação da lei à espécie litigiosa, com a exigência de observância, pelo julgado, do teor literal da norma legal aplicada.

Em outras palavras, a ação rescisória não deve ser concebida como mero instrumento voltado, eminentemente, a cercear interpretações construtivas da norma legal, pela jurisprudência, ao argumento de que tais interpretações sempre configurariam violação à disposição literal, como se a ordem jurídica brasileira estivesse formalmente comprometida com a tendência formalista ou mecanicista de revelação do direito concreto.

O que o art. 485, V, do CPC, reclama para a procedência da rescisória é que o julgado rescindendo, ao aplicar determinada norma na decisão da causa (portanto, ao fazer incidir sobre o litígio **norma legal escrita**) tenha **violado seu sentido, seu propósito**: sentido e propósito que, como não pode deixar de ser, admitem e até mesmo impõem variada compreensão do conteúdo do imperativo legal, ao longo do tempo e ao sabor de circunstâncias diversas da ordem social, que a jurisprudência não pode simplesmente ignorar ou mesmo negligenciar.

É o que há de ocorrer, de modo especial, a propósito dos direitos subjetivos mais relevantes, por isso mesmo objeto de expressa tutela constitucional (como, no caso dos autos, o direito do trabalhador ao salário *ex vi* do art. 7º, IV, VI, VII, X).

10. É bem o caso da aplicação do art. 1º, § 2º, do Decreto-lei nº 75, de 1966, à espécie dos autos, em que se pleiteia a atualização monetária de crédito trabalhista reconhecido judicialmente, em 28 de julho de 1969 (fls. 2 e 15), até o presente momento pendente de pagamento por ter sido decretada a falência da empresa empregadora, em 30 de dezembro de 1968 (fls. 102). Constitui fato notório que, ao longo dos vinte e dois anos transcorridos, houve período de intensa inflação monetária que reclamaram reajustes de preços e salários, freqüentemente mediante direta intervenção do poder público.

Ignorar essa realidade ou mesmo desprezá-la, ao se decidir sobre a incidência de correção monetária do crédito trabalhista habilitado em falência (como no caso dos autos), a ponto de somente admiti-la até o momento do decreto judicial da quebra, mediante leitura linearmente literal do art. 1º e § 2º do Decreto-lei nº 75, citado, não corresponde, *data venia*, nas circunstâncias da causa, tais como se revelam pela leitura das decisões postas em confronto, às exigências inarredáveis do pronunciamento jurisdicional sobre o litígio, que reclama a cognição da realidade

concreta e sua apreciação à luz de comando que emerge do ordenamento jurídico, como discurso racional, necessariamente congruente.

11. É, aliás, o que a jurisprudência vem reiteradamente proclamando, como se pode contatar à luz de numerosos julgados do extinto Tribunal Federal de Recursos (AC 168.848-RS, DJ 20.03.89; AC 110.446-DF, DJ 10.04.89; EI na AC 52.971-RS, DJ 04.12.80), bem como deste Tribunal (REsp 4.120-PE, DJ 18.03.91; REsp 9.261-RS, DJ 10.06.91; REsp 6.990-SP, DJ 29.04.91) e, enfim, do Supremo Tribunal Federal (RE 97.639-6-SP, DJ 30.09.83 e RE 10.794-4-SP, RTJ 117/1.335).

12. Cumpre observar que o enunciado 8 da Súmula da Jurisprudência desta Corte não interfere com a espécie:

> "Aplica-se a correção monetária aos créditos habilitados em concordata preventiva, salvo durante o período compreendido entre as datas de vigência da Lei nº 7.274, de 10.12.84, e do Decreto-lei nº 2.283, de 27.02.86."

Certo é que o período a que se reporta a pretendida correção monetária correspondente a aspectos da situação de fato que as instâncias locais reconhecem, de que os precedentes jamais cogitaram, uma vez que estes lidaram com o que deve normalmente ocorrer, nos processos de falência.

Ante o exposto, conheço do recurso, tal como interposto, pela letrra *a*; e dou-lhe provimento, para julgar procedente a ação rescisória e determinar que seja efetuada a correção monetária do débito trabalhista a que se reporta a inicial.

Condeno a ré (recorrida) a custas e honorários, estes de 10% do valor que se apurar devido, em liquidação.

É como voto.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Eminentes Colegas, nas circunstâncias do caso concreto, a exegese dada pelo conspícuo Relator à lei questionada é a única que se coaduna com os superiores interesses da Justiça, com a eqüidade e com as exigências do bem comum. Aliás, o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil manda que sejam considerados tais princípios na aplicação da lei.

Negar a um crédito trabalhista a correção monetária plena — que como aqui, e em outros pretórios, já foi tantas e tantas vezes reconhecido que nada acresce ao crédito, mas apenas impede que ele diminua,

correção que não é um *plus* que se acrescenta mas um *minus* que se evita, — e isso durante um longo lapso de tempo em País que passa por sucessivas crises quase de hiperinflação, negar a atualização, repito, ao crédito, será reduzi-lo a uma expressão verdadeiramente irrisória, ou, quando menos, apenas a uma pequena parcela daquilo que efetivamente é devido.

Isso, a meu sentir, inclusive ofende as garantias constitucionais, que asseguram a todo direito violado a sua integral reintegração, através do acesso pleno e eficaz às vias jurisdicionais. Não é possível que o acesso às vias jurisdicionais termine com sentença reconhecendo um crédito, mas em realidade deferindo ao vencedor uma vitória de Pirro.

Acompanho o lúcido voto do Eminente Relator.

ADITAMENTO AO VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Eminentes Colegas, um dos motivos pelos quais se tem reconhecido a correção monetária, de uma maneira geral, nas habilitações de crédito contra massas falidas, é ligado à questão da isonomia, porque o patrimônio da massa falida — terrenos, casas ou máquinas — acompanha, pelo menos presumivelmente, as variações do valor real da moeda, resultantes da inflação.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 40 — SP — (89.0008175-6) — Relator: Exmo Sr. Ministro Bueno de Souza. Recte.: Ângelo Paganini. Recdo.: Brasilmetal S/A - Massa Falida. Advs.: Adelmario Formica e Jacob Timoner.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (4ª Turma — 29/10/91).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Athos Carneiro, Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.

♦

RECURSO ESPECIAL Nº 1.400 — RJ
(Registro nº 8900117599)

Relator: *O Exmo. Senhor Ministro Waldemar Zveiter*
Recorrente: *Elmídia Cardoso da Rocha*

Recorrido: *Antônio José Ferreira de Fraga Rocha*

Advogados: *Drs. Ricardo Autran de Gusmão e Lucas Antônio da Fonseca Costa*

EMENTA: CIVIL — AÇÃO DE DESPEJO — RETOMADA — ARTS. 52, X, E 37, DA LEI Nº 6.649/79.

I — Inexiste negativa de vigência dos artigos 12, V, 283 e 515, § 1º, do CPC, quando sequer foram eles mencionados no Acórdão atacado, resultando, assim, não prequestionada a matéria a eles pertinente.

II — Inocorre, também, ofensa ao art. 52, X, da Lei nº 6.649/79, eis que o aresto recorrido, diante dos fatos e das provas traduzidas aos autos, decidiu corretamente a controvérsia, à luz da lei, da doutrina e da jurisprudência predominante nos tribunais.

III — Quanto à alegada afronta ao art. 37, da nova Lei do Inquilinato, por igual, não se configurou. Isso porque, entre a data da citação e a da decretação do despejo medearam mais de seis meses, aplicando-se, à hipótese, o mesmo princípio inserto no art. 53, §§ 4º e 5º, da Lei Inquilinária.

IV — Defeso no âmbito do Especial o simples reexame de matéria de fato já discutida nas instâncias ordinárias, a teor do enunciado da Súmula nº 07, do STJ.

V — Dissenso jurisprudencial não demonstrado, por falta de identidade entre os julgados confrontados (art. 255, parágrafo único, do RISTJ).

VI — Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 7 de agosto de 1990 (data do julgamento).

Ministro GUEIROS LEITE, Presidente. Ministro WALDEMAR ZVEITER, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: A controvérsia está sumariada às fls. 59-v., nos seguintes termos, pelo Dr. Juiz Enéas Mendes da Silva, da Nona Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro:

> "Cuida-se de ação de despejo proposta por Antônio José Ferreira da Fraga Rocha em face de Elmídia Cardoso da Rocha, dizendo que o imóvel da Rua Washington Luiz, 20, Apto. 602, foi dado em locação a esta pelo falecido Antônio da Fraga Rocha, sendo certo que tal imóvel é hoje do autor por força da sucessão testamentária, e necessita dele para fixar a sua residência, nos termos da lei. Com a inicial vieram os documentos de fls. 04/12. Citada, a ré ofereceu a contestação de fls. 31/34, alegando que o autor não teria provado a propriedade, que não teria se operado com a morte do anterior proprietário, dizendo, no mérito, que o pedido não era sincero".

Acrescento que a sentença julgou improcedente a ação (fls. 59-v./60).

Interposta apelação (fls. 102/108), a Primeira Câmara do Colendo Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, deu-lhe provimento para, reformada a sentença, julgar procedente a ação, decretando-se o despejo do imóvel, objeto da demanda, no prazo de 30 (trinta) dias (fls. 124/125).

Opostos Embargos de Declaração (fls. 127/128), os mesmos foram rejeitados (fls. 130).

Inconformada, interpôs a embargante Recurso Especial, fulcrado no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição, no qual alega negativa de vigência dos artigos 12, inciso V, 283 e 515, § 1º, do CPC; 52, X, e 37, da Lei nº 6.649/79, bem como divergência de julgado de outro Tribunal (fls. 133/140).

O nobre Presidente daquela Corte o admitiu, apenas, pela letra *a*, do permissivo constitucional (fls. 170/172).

Devidamente processado o recurso, subiram os autos a este Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator): Examino o Recurso Especial pelos fundamentos das alíneas *a* e *c*, do permissivo constitucional.

É ler, no essencial, o Acórdão recorrido (fls. 124/125):

> "Na audiência de fls. 59-v., o inquilino disse ser outro o apartamento a ele locado, o de número 602.
>
> Poderia fazê-lo, a teor do artigo 267, § 3º, do CPC.
>
> O Dr. Juiz acolheu sua pretensão e julgou improcedente o pedido.
>
> Na apelação, veio a documentação do inventário. Por ela, se vê que foi avaliado o apartamento 602 (fls. 83-v.), esboçada sua partilha a fls. 95 e julgada por sentença transitada em julgado a fls. 98-v.
>
> Expedido o formal de partilha, foi ele registrado (fls. 107), constando o apartamento 602 em nome do Apelante. Assim, é este o atual proprietário desse apartamento.
>
> Se o Juízo da Vara de Órfãos se enganou e não deveria ter agido como fez, é questão a ser decidida por ação própria, não nesta de despejo, descabendo, também, oficiar a ele para que explique o sucedido.
>
> O nome de Délio, colocado a fls. 93, não se sabe de quem seja e não é definitivo para o deslinde dessa causa.
>
> A linguagem usada pelo Apelante a fls. 39 não chega a merecer a aplicação do artigo 15, do CPC.
>
> Por isso, se dá provimento ao apelo para, reformada a sentença, julgar procedente o pedido e decretar o despejo do apartamento 602 da Rua Washington Luiz nº 20, no Centro-RJ; fixado o prazo de 30 dias para sua desocupação.
>
> Fica a Apelada condenada ao pagamento das custas e da verba honorária de 20% sobre o valor da causa".

Por sua vez, sustenta a recorrente que o Aresto impugnado teria negado a vigência dos artigos 12, inciso V, 283 e 515, § 1º, do CPC; 52, inciso X e 37, da Lei nº 6.649/79, bem como divergido de julgado de outro Tribunal.

Contudo, o recurso não merece acolhido.

Quanto à negativa de vigência dos artigos 12, V, 283 e 515, § 1º, do CPC, ao contrário do que se alega os mesmos sequer foram mencionados no Acórdão atacado, resultando, assim, não prequestionada a matéria a eles pertinente.

Inexiste, também, ofensa ao artigo 52, X, das citada Lei 6.649/79, pois que o Aresto recorrido, diante dos fatos e das provas trazidas aos autos, decidiu corretamente a controvérsia, à luz da lei, da doutrina e da jurisprudência predominante nos Tribunais.

Por derradeiro, quanto à alegada afronta ao art. 37, da aludida nova Lei do Inquilinato, por igual, não a vejo configurada. Isso porque, entre a data da citação e a da decretação do despejo, determinado pelo Acórdão recorrido, medearam mais de seis meses. Aplicando-se à hipótese o mesmo princípio inserto no art. 53, §§ 4º e 5º, da Lei 6.649/79.

Daí deflui que a recorrente, na verdade, pretende é o simples reexame de matéria de fato já discutida nas instâncias ordinárias, defeso no âmbito do Recurso Especial, a teor do enunciado da Súmula nº 7, deste Egrégio Superior Tribunal de Justiça. Inadmito-o, portanto, pela letra *a*.

Quanto ao dissenso jurisprudencial não logou demonstrado, por falta de identidade com o julgado trazido a confronto (art. 255, parágrafo único, do RISTJ). Inadmissível, também, assim, o recurso pela letra *c*.

Ausentes os pressupostos de admissibilidade previstos tanto na alínea *a* quanto na alínea *c*, do inciso III, do art. 105, da Constituição Federal, não conheço do recurso.

EXTRATO DE MINUTA

REsp nº 1.400 — RJ — (89.0011759-9) — Rel.: Ministro Waldemar Zveiter. Recte.: Elmídia Cardoso da Rocha. Recdo.: Antônio José Ferreira de Fraga Rocha. Advs.: Ricardo Autran de Gusmão e Lucas Antônio da Fonseca Costa.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial (em 7.8.90 — 3ª Turma).

Os Senhores Ministros Cláudio Santos, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro votaram com o Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro GUEIROS LEITE.

♦

RECURSO ESPECIAL Nº 1.604 — SP
(Registro nº 89.0012435-8)

Relator: *O Exmo. Senhor Ministro Athos Carneiro*
Recorrente: *FEPASA — Ferrovia Paulista S/A*

Recorridos: *Mário Baltazar Ribeiro e outros*

Advogados: *Hezena Mendes de Oliveira Gorgulho e outros; Ademar Oddone e outros*

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE EM CONSEQÜÊNCIA DE ATROPELAMENTO POR COMBOIO FERROVIÁRIO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PRAZO PRESCRICIONAL. CONTAGEM DOS JUROS DE MORA. CUMULAÇÃO DO RESSARCIMENTO PELOS DANOS MATERIAIS COM A INDENIZAÇÃO PELO DANO MORAL.

Prescrição vintenária, e não qüinqüenal, por não satisfazer a FEPASA, sociedade de economia mista, os pressupostos estabelecidos no art. 2º do D.-lei nº 4.597/42, pois sua fonte básica de receitas são as tarifas, portanto preço público, e não impostos, taxas ou contribuições exigíveis por lei.

A expressão *delito*, posta no art. 962 do Código Civil, abrange os atos ilícitos em geral, de natureza não contratual, contando-se assim os juros de mora desde o evento danoso.

Dano moral. Reparabilidade. Cumulabilidade. Se existem dano material e dano moral, ambos ensejando indenização, esta será devida cumulativamente com o ressarcimento de cada um deles, ainda que oriundos do mesmo fato.

Recurso especial conhecido, mas não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Participaram do julgamento, além do signatário, os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro e Bueno de Souza.

Custas, como de lei.

Brasília, 09 de outubro de 1991 (data do julgamento).

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Ação de indenização aforada por MÁRIO BALTAZAR RIBEIRO, por si e assistindo e representando filhos menores púberes e impúberes, contra FERROVIAS PAULISTAS S/A — FEPASA, como sucessores de CÍCERA COSTA RIBEIRO, falecida em acidente ferroviário, ocorrido em 17 de julho de 1973. Requereram os autores reparação atualizada constituída de parcelas vencidas e vincendas à razão de 2/3 do salário da vítima, inclusive 13º salário e FGTS, indenização autônoma por dano moral, despesas de luto, funeral e sepultura, com juros de mora a partir do evento (vol. I — fls. 02/26).

Em defesa, a ré alegou a prescrição qüinqüenal, nos termos do Decreto nº 20.910/32 e Decreto-lei nº 4.597/42, considerada a FEPASA empresa paraestatal subsumida ao preceito legal invocado. De mérito, argüiu culpa da vítima que "estava em local terminantemente proibido, caminhando pelos trilhos da ferrovia", aduzindo que "dessa forma, não pode ser caracterizado o infeliz evento como ato ilícito, já que pelas evidências ficou provado e demonstrado que a culpa deveu-se pura e exclusivamente à imprudência da própria vítima". Ao final, sustenta que os juros de mora serão devidos a partir do conhecimento do débito pela conta de liquidação (vol. I — fls. 104/117).

Da decisão que afastou a preferencial, os autores manifestaram agravo retido (vol. I — fls. 144/147).

A demanda foi julgada procedente pelo MM. Juiz de Direito, pela culpa da ré em virtude da inexistência de sinalização ou outras medidas de segurança no local do acidente, lembrando decisões que estabelecem presunção *hominis* de culpa, gerada "pela observação do que ordinariamente acontece", com o que, invertido o ônus da prova, "à ré competiria provar a não culpa, o que não o fez". Ponderou o magistrado que não comprovada atividade econômica da vítima, e considerando o entendimento do STF (RE 110.996-3-RJ, DJU de 08.05.87) de que "o dano moral consistente em *pretium doloris*, é insuscetível de indenização", deveria a demanda ser julgada improcedente. Não obstante, tendo em vista o prejuízo pelos filhos menores com a perda da mãe, a estes deferiu indenização de 1 salário-mínimo por mês, auferível em conjunto por todos os beneficiários, até completarem 18 anos, com reversão aos beneficiários remanescentes, incidindo sobre os atrasados juros de mora a partir da citação, sem correção monetária, posto que "os atrasados serão calculados com base no salário-mínimo vigente no momento do cálculo" (fls. 328/338).

As partes apelaram. A FEPASA reiterou o agravo retido, afirmando outrossim a culpa da vítima e o não cabimento da indenização, conforme concecida (fls. 341/353). Os autores argüíram, quanto aos rendimentos da vítima, a incidência do art. 334, III, do CPC, "face à presunção de veracidade decorrente da ausência de impugnação específica ao fato narrado pelos autores". Insistiram, ainda, na concessão de indenização também ao viúvo, despesas com funeral e sepultura, a reparação autônoma pelo dano moral, juros de mora a partir do evento, a teor do art. 962 do Código Civil, com a elevação da verba honorária para 20% (fls. 355/367).

A eg. 3ª Câmara Especial do 1º TACSP, à unanimidade, proveu em parte a apelação dos autores, negando provimento ao agravo retido e ao apelo da ré. Julgou aplicáveis a prescrição ordinária e, quanto aos juros, o art. 962 do Código Civil, denegando pensão ao viúvo por falta de provas quanto aos rendimentos da vítima. De outro lado, deferiu o pedido de reparação pelas despesas com funeral e sepultura, a serem comprovadas na execução, e concedeu indenização por dano moral, no valor de 50 vezes o piso salarial (fls. 426/428).

A ré opôs embargos de declaração, recebidos pelo Tribunal de origem para declarar adotados, no tocante à culpa e à indenização, os fundamentos da decisão monocrática (fls. 437).

Inconformada, a ré manifestou recurso extraordinário com argüição de relevância, onde alegou, em síntese, contrariedade aos arts. 8º, inciso XV, letra *d*, e 153, § 3º, da Constituição Federal anterior; negativa de vigência ao Decreto nº 20.910/32 e Decreto-lei nº 4.597/42, no tocante à rejeição da prescrição qüinqüenal; ofensa aos arts. nºs 1.536, § 2º, do Código Civil, e 219, do CPC, além de contrariedade à Súmula nº 163 do eg. STF, quanto à incidência de juros de mora a partir do evento e não da citação. Invoca como paradigmas pela letra *d*, arestos do Pretório Excelso (RTJ 85/149 — 87/948) e outros acórdãos (RT 574/274, 549/205, 564/265), relativamente à indenização por dano moral, segundo a recorrente insuscetível de ser cumulada com o pensionamento (fls. 439/464).

Admitido o recurso (fls. 473/477), após respostas dos recorridos (fls. 504/530) subiram os autos ao STF, onde foi desdobrado *ipso jure* em recurso especial e em recurso extraordinário, vindo o processo a esta Corte para apreciação da matéria infraconstitucional. A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República ofereceu parecer pelo "parcial provimento do recurso pela letra *d*, a fim de que a contagem de juros mo-

ratórios incida a partir da citação" (fls. 545/551). Autos conclusos em 30 de julho pretérito.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO (Relator): No alusivo à prescrição qüinqüenal, a recorrente dela não se beneficia, como bem afirmado na decisão do apelo extremo:

> "Todavia, a FEPASA é sociedade de economia mista, mantida por dotações e subvenções atribuídas pelo Poder Público e por tarifa que cobra de seus usuários, para a execução do serviço de transporte ferroviário de carga e passageiros. Tarifa (ou preço) não integra a categoria do gênero tributo; é objeto de relação jurídica de direito privado; tem natureza contratual. As subvenções ou dotações conferidas pelo Estado têm natureza administrativa. Na expressão "quaisquer contribuições exigidas em virtude de lei", do artigo 2º do Decreto-lei nº 4.597/42, está o legislador referindo-se a outra espécie do gênero tributo.
>
> Dessa forma, não reconhecido o privilégio à época da instituição da empresa e ausentes os requisitos para a incidência da lei restritiva, afasta-se a hipótese de prescrição em cinco anos para as ações contra a FEPASA" (fls. 475).

Aliás, a orientação do Pretório Excelso relativamente à própria FEPASA é neste sentido, como se verifica do v. aresto proferido no RE 112.292 (RTJ, 126/1.066), relator para o acórdão o em. Min. OCTÁVIO GALLOTTI, de cujo voto condutor consta o seguinte excerto:

> "Não basta, por outro lado, para acarretar o benefício da breve prescrição, a qualidade de sociedade de economia mista, mesmo com a peculiaridade, assinalada pelo eminente Relator, de pertencerem 96,5% de seu capital ao Estado de São Paulo e o restante a outras entidades governamentais.
>
> Assim concluo porque, mesmo as empresas públicas, em sentido estrito, que, segundo o modelo de administração federal, são as dotadas de capital exclusivo da União (art. 5º do Decreto-lei nº 200/67), estão sujeitas, pela Constituição (art. 170, § 2º), "às normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações".
>
> Cabe, por último, perquirir a satisfação do requisito concernente à manutenção da entidade "mediante impostos, taxas ou quaisquer contribuições exigidas por lei".

Penso que, desse conceito de imposto, taxa ou contribuição, pode ser, de plano, excluída por manifesta distinção de natureza, a tarifa decorrente da execução do serviço de utilidade pública.

No tocante aos impostos, taxas e contribuições (a Recorrente argumenta com o próprio ICM), para configurar a situação prevista no Decreto-lei nº 4.597/42, seria necessário que estivessem diretamente vinculados às finanças da entidade, não bastando que, do produto da receita do Estado (compreendendo a tributária, a patrimonial, a industrial e outras, além das de capital), se efetuem transferências ou subvenções destinadas a cobrir o *deficit* de operação de ferrovia.

Até porque a necessidade de comprovação do montante desses recursos transferidos, a cada ano, em função dos contingentes e das necessidades da Estrada, geraria um estado de incerteza, incompatível com a segurança que se espera da aferição dos prazos prescricionais."

Assim também este Superior Tribunal de Justiça, *v.g.* nos arestos proferidos no REsp 1.314, eg. 2ª Turma, rel. o em. Min. CARLOS VELLOSO, relativamente a demanda similar promovida contra a CBTU ('Lex — STJ E TRFs', 8/112); no REsp 1.516, da eg. 3ª Turma, rel. o em. Min. CLÁUDIO SANTOS, recorrente a RFF; no REsp 1.761, da mesma 3ª Turma, rel. o em. Min. NILSON NAVES, recorrente a própria FEPASA (fls. 548/549).

Nesta eg. 4ª Turma, lembro por similitude o precedente do REsp 1.021, de que fui relator, recorrente a CBTU ('Lex — STJ e TRFs', 22/66), com a ementa de que:

> "Em se tratando de indenização sob a forma de pensão mensal, a prescrição se regula pelo art. 177, e não pelo artigo 178, § 10, I, do Código Civil, pois a alusão a 'alimentos', no artigo 1.537, II, do mesmo Código, representa simples ponto de referência para o cálculo do ressarcimento devido, não alterando, portanto, a própria natureza da obrigação de indenizar o dano decorrente do evento."

Quanto ao *dies a quo* de fluência dos juros moratórios, desde o *leading case* do que foi relator o em. Min. BARROS MONTEIRO (REsp 1.437), esta 4ª Turma, em reiterados pronunciamentos, adota o entendimento de que a expressão 'delito', do artigo 962 do Código Civil, compreende os atos ilícitos em geral, contando-se os juros de mora desde o evento — assim em atropelamento de pedrestre ou abalroamento de veículo por composição ferroviária; apenas se o ilícito decorre de mau adimplemen-

to ou inadimplemento do contrato de transporte — *v.g.*, passageiro cai de trem superlotado, imputando-se culpa à empresa —, então os juros correm da citação inicial, a teor do art. 1.536, § 2º, do CC (REsp 1.762; REsp 3.951).

Quanto ao dano moral, assim está fundamentado o v. aresto impugnado:

> "Ainda com referência ao dano moral os apelantes merecem recebê-lo, como compensação econômica para a dor sofrida, embora não se trate, evidentemente, de valorar uma vida, que não tem preço, mas apenas porque uma boa importância em dinheiro irá, naturalmente, minorar as agruras da família, fazendo com que em melhor situação econômica, sirva de lenitivo para outros interesses na vida, esquecendo um pouco a tristeza pela perda irreparável, fazendo com que sirva, de um lado, para estímulo para novos interesses e de outro, para também estimular a coletividade em geral e em especial, para que tenha maior consideração com a vida humana, procurando evitar a indenização e acautelando-se mais nos meios de evitar tais danos.
>
> Fixa-se tal indenização, a exemplo de casos anteriores (Cód. Bras. de Telecomunicações, maior pena pecuniária penal) em 50 vezes o piso salarial" (fls. 427/428).

O recurso é de ser conhecido pelo dissídio jurisprudencial, face arestos do Excelso Pretório apontados pela recorrente — RE 98.399; RE 111.223. Aliás, notória a orientação do Supremo Tribunal Federal pela não cumulação da indenização do dano material e do dano moral, quando autores os sucessores ou dependentes da vítima.

Em tema de indenização do dano moral, em favor de sucessor de menor vítima de acidente, desejo incorporar a meu voto considerações expedidas pelo eminente Desemb. OSCAR GOMES NUNES, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, como relator de aresto prolatado aos 2 de maio de 1978 ("Rev. de Jurisp. do TJRS", 72/309), sublinhando o seguinte excerto:

> "A reparabilidade do dano moral, como observa Aguiar Dias, é hoje admitida em quase todos os países civilizados. A seu favor e com o prestígio da sua autoridade, pronunciaram-se os irmãos Mazeaud, afirmando que não é possível, em sociedade avançada como a nossa, tolerar o contra-senso de mandar reparar o menor dano patrimonial e deixar sem reparação o dano moral (conforme Aguiar Dias, 'A Responsabilidade Civil', Tomo II, p. 737). E

concluem esses mesmos autores: 'Não é razão suficiente para não indenizar, e assim beneficiar o responsável, no fato de não ser possível estabelecer equivalente, exato, porque, em matéria de dano moral, o arbitrário é até da essência das coisas'. Nem afastaria a reparabilidade do dano não patrimonial a consideração tantas vezes repetida de que é repugnante à consciência jurídica atribuir equivalente pecuniário a bem jurídico da grandeza dos que integram o patrimônio moral, operação que resultaria em degradação daquilo que se visa a proteger. A argumentação só serve ao interesse do ofensor e não deixa de ser, até certa medida, simplista.

O inolvidável Pedro Lessa mostrou, em mais de uma ocasião, segundo lembra Aguiar Dias em rodapé à p. 727, que 'o fato da inconversibilidade do dano moral, em moeda, por falta de denominador econômico para o direito violado, não podia ter por efeito deixá-lo sem reparação.

'De fato, não há equivalência entre o prejuízo e o ressarcimento. A condenação do responsável visa apenas resguardar, decerto imperfeitamente, mas pela única forma possível, o direito lesado' (acórdão do STF, 18.8.91, 'Revista de Direito', nº 61, p. 90). Aliás, nem mesmo no dano patrimonial há perfeita equivalência entre o prejuízo e o ressarcimento. Os irmãos Henri e Léon Mazeaud, em seu clássico 'Tratado Teórico e Prático da Responsabilidade Civil', advertem, rebatendo esse argumento dos inimigos da responsabilidade do dano moral, que 'o direito, ciência humana, deve resignar-se às soluções imperfeitas como a da reparação, no verdadeiro sentido da palavra. Cumpre ver, nas perdas e danos atribuídos à vítima, não o dinheiro em si, mas tudo que ele pode proporcionar no domínio material ou moral'.

Adriano de Cupis, notável jurista e professor italiano em sua obra 'El Daño — Teoria General de la Responsabilidad Civil', edição espanhola, ao tratar da medida do dano não patrimonial, às p. 364 e 365, ensina: '*Sin embargo, aunque se admita que la función más apropriada del dinero sea la de medir los valores económicos, no puede negarse que los hombres tratam de ampliar la medida pecuniaria mas allá de los mismos valores económicos. Parece exagerado sostener que medir un valor no económico por medio del dinero, sea algo así como una imposibilidad racional insuperable; así como es también exagerada la opinión que quiere ver con ello la infiltración de un sentido moral relajado, utilitario y materialista. Lo más oportuno seria limi-*

tarse a hablar de una ***extensión****, o, si se quiere, de una* ***derevación****, de la función del dinero (...) De todas formas no puede negarse que, dentro de los estritos limites en que se admite la resarcibilidad del daño no patrimonial, el legislador no ha sentido el menor impedimiento por las críticas realizadas a su valoración pecuniaria'.*

E prossegue o eminente professor: *'El justo arbitrio del juez supera, en aras a una finalidade superior de justicia, el obstáculo intrinseco que corresponde a la naturaleza de los bienes y sus correlativos intereses, suministrando una reparación que, más que un equivalente exato del interés afectado, pretende ser una compensación aproximada'. (...) 'El derecho deve valorar la lógica y la racionalidad e la luz de la equidad; y no puede negarse que constituye una aplicación de las reglas de iquidad atribuir la reparación por el daño no patrimonial, originado al interés correspondiente a alguno de aquelles preciosos bienes qeu afectan al hombre'.*

É de se convir que, no plano doutrinário, a responsabilidade do dano não patrimonial é hoje pacificamente aceita e defendida pelos mais eminentes e acatados juristas do mundo. No plano jurisprudencial, a evolução se acentua cada vez mais, constituindo hoje jurisprudência sumulada do STF ser indenizável a morte de menor, ainda que não exerça trabalho remunerado (verbete nº 491)."

Neste mesmo aresto do tribunal sul-rio-grandense, em meu voto, como integrante então daquela Corte, tive oportunidade de dizer:

"Folgo muito com os rumos que vai adotando o presente julgamento porque coincide, como disse o eminente Revisor, com o posicionamento que sustento há algum tempo, pelo menos no plano doutrinário, de que é chegado o momento de superarmos limitações decorrentes do texto legal e nos curvarmos às exigências da ética e da vida hodierna. Aliás, os tribunais vezes muitas têm feito isso, adotando orientação que, em tempos idos, seria considerada até abertamente *contra legem*. Veja-se, por exemplo, em matéria de obrigações por atos ilícitos, o que dispõe o art. 1.523, do C.C., no sentido de que terceiros serão responsáveis pela reparação civil, provando-se que 'concorreram para o dano por culpa, ou negligência de sua parte'. Face à redação do art. 1.523, a jurisprudência teve que excogitar modalidades de culpa das empresas, das pessoas jurídicas, criando ficções de culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, quando realmente, verdadeiramen-

te, as empresas não incorriam em culpa alguma pelos acidentes causadores dos danos.

A culpa dos acidentes, e dos danos, cabia exclusivamente aos prepostos. A empresa se torna co-responsável porque, auferindo os lucros dos negócios, deve arcar com os prejuízos que a exploração cause a terceiros. O fato é que, já de muitos anos, foi abandonada qualquer ficção ou presunção de culpa, e hoje se admite tranqüilamente que os preponentes respondem pela culpa dos prepostos, bastando comprovar o liame da preposição. Tal orientação à primeira vista, quiçá contra a letra da lei, satisfaz a função criadora da jurisprudência tão bem exposta por Puig Brutau, na obra magnificamente traduzida pelo Colega Lenice Nequete e que integra a 'Coleção AJURIS'. Se o legislador está em mora, o juiz proverá na satisfação das exigências de justiça.

Estou, portanto, inteiramente conforme com a orientação dos eminentes Colegas Relator e Revisor, no sentido da indenizabilidade do dano moral puro, apenas variando, de acordo com as contingências de cada caso concreto, o critério mais adequado para o arbitramento a que alude o art. 1.533, do C.C. Esta aliás, se a memória não me falha, a diretriz preconizada no Projeto do Código das Obrigações, de que foi Relator o eminente Caio Mário da Silva Pereira, com artigo dispondo que nos casos de dano apenas moral o juiz arbitraria com eqüidade e moderação a indenização devida pelo agente do dano. A reparação pelo dano moral encontra aliás exemplos muitos, com maior ou menor amplitude, no direito comparado, como por exemplo no Código federal suíço das obrigações." (rev. cit., p. 317/318).

Já especificamente quanto ao tema da cumulação dos danos materiais com os danos morais, reporto-me a aresto *leading* da eg. 3ª Turma deste STJ, no REsp nº 4.236, em que depois de longos e doutos argumentos pela reparabilidade do dano moral, o relator designado para lavrar o acórdão, em. Min. EDUARDO RIBEIRO, assim se manifestou:

"Transpostas as questões pertinentes à possibilidade de indenização do dano moral em nosso direito, e especificamente em caso de homicídio, resta a que diz com a cumulação daquela, com a relativa ao dano material.

A jurisprudência do Supremo Tribunal, como salientou o eminente Relator, inclinava-se no sentido da inadmissibilidade do cúmulo. Disso são exemplos os julgados trazidos pela recorrente. No REsp 1.974, julgado por esta Terceira Turma, de que

foi relator o ilustre Ministro GUEIROS LEITE, aquele douto magistrado manifestou seu ponto de vista no mesmo sentido. Cumpre, entretanto, salientar peculiariedade. O recurso não foi conhecido, por não comprovado regularmente o dissídio, não havendo decisão do colegiado sobre o tema, mas apenas manifestação do Relator, que terminou por não servir de fundamento para o veredito.

Malgrado todo o respeito devido ao entendimento limitativo, não consigo, *data venia*, vislumbrar-lhe o fundamento lógico. A ele já aderi, quando exercia as funções de desembargador, cedendo à força da jurisprudência dominante na Suprema Corte. Entendo que, já agora, com novas responsabilidades, devo revê-lo.

Se há um dano material e outro moral, que podem existir autonomamente, se ambos dão margem a indenização, não se percebe porque isso não deva ocorrer quando os dois se tenham como presentes, ainda que oriundos do mesmo fato. De determinado ato ilícito decorrendo lesão material, esta haverá de ser indenizada. Sendo apenas de natureza moral, igualmente devido o ressarcimento. Quando reunidos, a reparação há de referir-se a ambos. Não há porque cingir-se a um deles, deixando o outro sem indenização.

Note-se, a propósito, que vários julgados do Supremo Tribunal — não todos, cumpre reconhecer — em que se rejeita a cumulação, referem-se ao caso, já examinado, de morte de menor, em que o dano moral foi indenizado, sob color de reparação de lesão patrimonial. Nesse caso, obviamente, não se podem sobrepor. É que o dano, em verdade, era apenas moral, não se podendo conceder outra verba a esse título.

Na causa em julgamento, a vítima era pessoa que exercia trabalho remunerado, vivendo a autora a suas expensas. O dano material, em virtude da morte, é evidente, e devido nos termos do artigo 1.537 do Código Civil. O dano moral é distinto, não se confundindo a hipótese com aquela outra de que resultou a Súmula 491 do STF."

O voto do Min. Eduardo Ribeiro foi acompanhado pelos em. Ministros Dias Trindade e Cláudio Santos, este último inclusive com as ponderações seguintes:

"Vitoriosa, assim, na doutrina e no direito positivo, bem como na jurisprudência, é a tese do ressarcimento do dano moral.

Persistem, porém, no âmago da questão, algumas controvérsias, tais como, na hipótese de homicídio, saber-se se o dano moral está afastado, assim como, a respeito da liquidação do dano, e finalmente, se a indenização do dano moral é absorvida pela reparação do dano material.

Tenho para mim, *concessa venia*, não terem respaldo legal quaisquer restrições ou limitações ao ressarcimento moral, seja qual for a espécie de dano, serem ou não cumulativas as indenizações.

Se a vítima sofre dano de ordem moral e dano de natureza material, não vejo razão para a absorção daquele por este. O ressarcimento dos prejuízos deve ser o mais amplo e perfeito possível. Este é o princípio e se apenas parte dos danos é indenizável, a solução não terá sido justa.

Carlos Alberto Bittar, em monografia atual sobre responsabilidade civil, é categórico:

> "Também são cumuláveis os pedidos de indenização por danos patrimoniais e morais, observadas as regras próprias para o respectivo cálculo em concreto, cumprindo-se frisar que os primeiros se revestem de caráter ressarcitório, e os segundos, reparatórios, de sorte que insistimos na necessidade de, quanto a estes, na respectiva fixação, adotar-se fórmulas que venham a inibir novas práticas atentatórias à personalidade humana, para cuja defesa se erigiu a teoria do dano moral, que vem sendo aplicada, ora com tranqüilidade, nos tribunais do país" ("Responsabilidade Civil, Teoria e Prática", Rio, Forense Universitária, 1989, pág. 90)."

Restaram vencidos os eminentes relator originário, Min. Nilson Naves, e o Min. Waldemar Zveiter.

Conheço, portanto, neste particular, do recurso especial, mas ao mesmo, pela motivação exposta, nego provimento.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.604 — SP — (89.0012435-8) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Athos Carneiro. Recorrente: FEPASA — Ferrovia Paulista S/A. Recorridos: Mário Baltazar Ribeiro e outros. Advogados: Hezena Mendes de Oliveira Gorgulho e outros; Ademar Oddone e outros.

Decisão: A 4ª Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e negou-lhe provimento (em 09.10.91).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro e Bueno de Souza. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.

♦

RECURSO ESPECIAL Nº 2.081 — SP
(Registro nº 909294)

Relator: *Ministro William Patterson*
Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*
Recorridos: *João Roberto Marsal e Carlos Antonio Mariano*
Advs.: *Drs. Orlando Calvielli e outros.*

EMENTA: PENAL. PRESCRIÇÃO. MENOR. COMPROVAÇÃO DA IDADE. FURTO QUALIFICADO. PENA. SUBSTITUIÇÃO.

A menoridade, para fins de prescrição da pena, deve ser comprovada por meio de documento, não bastando, para isso, a simples alegação contida no termo de interrogatório.

A substituição da pena, na forma prevista no § 2º, do art. 155, do CP, é aplicável ao furto simples (art. 155, *caput*), quando ocorrentes, especificamente, as circunstâncias ali previstas. A faculdade não se estende ao furto qualificado (§ 4º, do art. 155).

Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Visto e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento para cassar a decisão recorrida e, em conseqüência, restabelecer a sentença de primeiro grau em relação ao réu João Roberto Marsal, determinando ainda

que o Tribunal se pronuncie quanto à apelação de Carlos Antonio Mariano, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 15 de maio de 1990 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO WILLIAM PATTERSON: À guisa de relatório, leio o r. despacho de fls. 109/110, vazado nestes termos:

"João Roberto Marsal e Carlos Antonio Mariano foram condenados, pelo Juízo da Primeira Vara Criminal da Comarca de Bauru, por incursos no art. 155, § 4º, nºs I e IV, c.c. os arts. 29 e 14, nº II, todos do Código Penal, a 8 meses de reclusão e a 3 dias-multa, concedido o *sursis* por 2 anos.

Desta decisão apelaram os condenados, tendo a E. Décima Câmara desta Corte, por votação unânime, de ofício, declarado prescrita a pretensão punitiva, prejudicada a apelação, com relação a Carlos Antonio Mariano e acolhido parcialmente o recurso de João Roberto Marsal para reconhecer o privilégio e reduzir sua pena a 4 meses de detenção, mantida, no mais, a sentença.

Com apoio no art. 105, nº III, letra *c*, da Constituição da República, a douta Procuradoria-Geral de Justiça interpõe recurso especial. Alega, em síntese, que o v. acórdão atacado — ao reconhecer a menoridade do réu Carlos Antonio Mariano, sem prova idônea nos autos, reduzindo o prazo prescricional e ao conceder ao co-réu João Roberto Marsal, condenado por furto qualificado, o benefício do § 2º do art. 155 do Código Penal dissentiu de julgados do Colendo Supremo Tribunal Federal.

Não foram apresentadas as impugnações.

Manifesto o dissídio jurisprudencial.

Para os arestos trazidos à colação, a menoridade do réu, para que se diminua o lapso prescricional, somente pode ser reconhecida mediante a devida comprovação documental nos autos, enquanto o v. acórdão atacado esposa tese divergente.

Com relação à aplicação do privilégio ao furto qualificado, também procede a divergência, já que os julgados apontados a

fls. consideram incompatível o benefício do § 2º do art. 155 do Código Penal com o furto qualificado, enquanto a v. decisão recorrida acolhe tese diversa.

Pelo exposto, defiro o processamento do recurso especial."

Recorrente e Recorrido ofereceram suas razões às fls. 112/120 e 124, respectivamente.

Nesta instância, a digna representante do Ministério Público Federal, tendo em vista as circunstâncias que envolveram o fato concreto — primariedade dos réus e a não consumação do delito (fls. 128/129) — opinou pelo conhecimento do recurso mas pela confirmação da decisão impugnada.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO WILLIAM PATTERSON: O v. acórdão recorrido, no primeiro aspecto combatido, está assim fundamentado:

> O recurso de CARLOS ANTONIO MARIANO está prejudicado face à ocorrência de prescrição da pretensão punitiva. Menor ao tempo dos fatos, beneficia-se ele do disposto no art. 115 do Código Penal, com a redução para um ano do prazo de prescrição. E esse prazo decorreu entre a data do recebimento da denúncia (06.01.87) e a da publicação da r. sentença (04.04.88)."

É certo que não indica a peça comprobatória da circunstância de ser menor o acusado. Em momento algum isso foi pelo mesmo alegado, sequer na apelação (cfr. fls. 71/73). Os únicos dados que levam a tal conclusão só poderiam ser aqueles constantes do interrogatório (fls. 23 e 24), consoante lembra o MPE, em suas razões (fls. 98).

Ora, se assim é, manifesta-se flagrante a divergência jurisprudencial, porquanto o aresto impugnado afrontou consagrada orientação do Egrégio Supremo Tribunal Federal, refletida nos seguintes acórdãos paradigmas:

> "Para que se diminua pela metade o prazo prescricional, em razão da menoridade, é preciso que esta esteja devidamente comprovada, não bastando, para caracterizá-la, simples alegação da parte" (RE 80.298-SP, 2ª T., Rel. Min. LEITÃO DE ABREU — RTJ — 78.227).
>
> "Prescrição da ação penal. Menoridade não comprovada. Inteligência do art. 115 do CP.

"A menoridade, para os efeitos previstos no art. 115 do CP, não basta ser alegada pelo paciente, sendo necessário, para o seu reconhecimento, que ela esteja documentalmente comprovada nos autos" (HC 53.862-SP, 1ª T., rel. Min. CUNHA PEIXOTO, RTJ, 79/74).

"Prescrição decretada com base na menoridade do réu, sem que conste no processo certidão do seu registro de nascimento. Recurso reconhecido pela letra *d* e provido". (RE 93.113-9-SP, 1ª T., rel. Min. SOARES MUÑOZ, DJU de 6.2.81, p. 515).

"Criminal. Menoridade do réu. Só pode ser reconhecida através de seu registro de nascimento ou outra prova hábil" (RE nº 106.458-7-PR, 2ª T., rel. Min. CARLOS MADEIRA, DJU de 14-3-86, p. 3.391."

In casu, nem mesmo se pode discutir aspectos que envolveriam a natureza e a validade do documento oferecido como prova de idade, por isso que inexiste qualquer elemento nesse sentido. Parece óbvio que a simples declaração do Réu não pode ser tomada como base de sustentação do fato.

Aliás, a necessidade de uma efetiva e eficaz comprovação foi reconhecida em recente acórdão da Colenda Quinta Turma deste Colegiado, da lavra do Ministro Costa Lima (REsp nº 1.039-SP), consoante se infere da respectiva ementa, *verbis:*

"PENAL. PRESCRIÇÃO PUNITIVA. MENOR DE VINTE E UM ANOS. COMPROVAÇÃO DA IDADE.

1 — Comprovado, através de documento oficial, que o réu era menor de vinte e um anos de idade à época do fato delituoso, deve ser aplicado o art. 115 do Código Penal vigente, reduzindo-se à metade o prazo prescricional.

2 — Dissídio jurisprudencial não configurado.

3 — Recurso Especial não conhecido."

A outra parte do decisório que recebeu impugnação diz respeito à concessão, ao Réu João Roberto Marsal, do benefício do § 2º, do art. 155, do Código Penal.

Razão assiste ao Recorrente. Na verdade, o Pretório Excelso vem entendendo que o citado benefício não se aplica ao furto qualificado. Cita-se, a propósito, esse aresto:

"Furto privilegiado e furto qualificado. É firme a jurisprudência do STF no sentido de que não é cabível dar-se o privilégio do § 1º do art. 155 do CP em sendo o crime qualificado.

Se é certo, assim, que o furto foi considerado qualificado, não é possível, mesmo sendo o bem subtraído de pequeno valor, que se faça a aplicação da regra do aludido dispositivo da lei penal.

Precedente. Recurso extraordinário conhecido e provido para restabelecer-se a sentença de 1ª instância". (RE 114.179-4-SP, 1ª T., v.u., rel. Min. ALDIR PASSARINHO, DJU de 6.11.87, RT 627/375)."

Acerca da questão já posicionei-me no sentido de adotar a linha conceptiva, predominante na Suprema Corte, conforme se infere no voto que proferi ao julgar o REsp nº 44-SP, assim ementado:

PENAL. FURTO QUALIFICADO. PENA. SUBSTITUIÇÃO.

A substituição da pena, na forma prevista no § 2º, do art. 155, do CP, é aplicável ao furto simples (art. 155, *caput*), quando ocorrentes, especificamente, as circunstâncias ali previstas.

A faculdade não se estende ao furto qualificado (§ 4º, do art. 155), hipótese destes autos.

Jurisprudência do STJ.

Recurso especial conhecido e provido."

Ante o exposto, conheço do recurso especial e lhe dou provimento, para cassar a decisão recorrida e, em conseqüência, restabelecer a sentença de primeiro grau, em relação ao Réu João Roberto Marsal, determinando, ainda, que o Tribunal se pronuncie quanto à apelação de Carlos Antonio Mariano.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 2.081 — SP — (909294) — Rel.: Ministro William Patterson. Recte.: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recdos.: João Roberto Marsal e Carlos Antonio Mariano. Advs.: Drs. Orlando Calvielli e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento para cassar a decisão recorrida e, em conseqüência, restabelecer a sentença de primeiro grau em relação ao réu João Roberto Marsal, determinando ainda que o Tribunal se pronuncie quanto à apelação de Carlos Antonio Mariano (em 15.05.90 — 6ª Turma).

Votaram os Srs. Ministros Carlos Thibau, Costa Leite e Dias Trindade. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro José Cândido. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.

RECURSO ESPECIAL Nº 2.654 — SP
(Registro nº 90.30137)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli*
Recorrente: *Fenícia S/A Arrendamento Mercantil*
Recorrido: *Município de São Paulo*
Advogados: *Drs. José Carlos Graça Wagner e outros e Carlos Oswaldo Teixeira do Amaral*

EMENTA: TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. CONTRIBUINTE. REPERCUSSÃO.

I — Comprovada a não repercussão do tributo, o contribuinte de direito tem legitimidade para pleitear a repetição.

II — Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes destes autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 05 de novembro de 1990 (data do julgamento).

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente. Ministro PEDRO ACIOLI, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: Trata-se de recurso especial interposto por Fenícia S/A — Arrendamento Mercantil ao v. acórdão do Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, que julgou a recorrente carecedora do direito de ação a repetição do indébito relativo ao ISS.

O voto condutor às fls. 531 está posto nestes termos:

"Sustenta a apelante, em seu longo arrazoado, em suma, que "se houve restituição do imposto indevido, que tenha repercutido no preço, poderá haver um aumento de lucro, mas absolutamente legítimo e legal, podendo ser alcançado apenas pela incidência do imposto de renda". E conclui: "Basta provar o pagamento indevido para se ter direito à devolução em favor de quem tenha sido o seu efetivo pagador, não em razão de repercussão econômica, mas de efetivo desembolso".

Nada obstante o respeito que merece a tese defendida pelos ilustres patronos da recorrente, tenho que correto foi o entendimento da r. sentença recorrida.

Como deixou assentado o MM. Juiz o contribuinte de direito cobrou do contribuinte de fato, o valor do tributo, logo não lhe cabe o direito de repetir.

Nas razões do apelo foi dito que a questão até hoje vem sendo "atropelada" pela doutrina e pela jurisprudência.

Apesar do esforço do digno signatário das referidas razões para assim demonstrar, não me convenço que aquele apenas pagou o imposto e depois recuperou do contribuinte de fato o valor despendido, tenha legitimação para pleitear a repetição do pagamento que considera indevido.

A questão, ao contrário do que considera o apelante em seu recurso, está, a meu ver, corretamente posta na jurisprudência. A Súmula 546 do STF define que "cabe a restituição do tributo pago indevidamente, quando reconhecido por decisão que o contribuinte de *jure* não recuperou do contribuinte de *facto* o *quantum* respectivo".

Essa orientação jurisprudencial parece-me consentânea com o disposto no artigo 166 do Código Tributário Nacional, ainda que a apelante procure interpretar de forma diversa esse dispositivo legal.

Por isso, entendo que a sentença não merece qualquer crítica."

No recurso extraordinário a recorrente apresentou em capítulo próprio a argüição de relevância, a qual fez processar o apelo extremo — fls. 548 e 570.

Na argüição a recorrente pede seja definido "com exatidão o alcance do disposto no artigo 166, do CTN".

Afirma a recorrente que está legitimada para a ação porque provou o pagamento indevido do imposto, tendo direito à devolução em favor de

quem tenha sido o seu efetivo pagador, não em razão da repercussão econômica, mas sim do efetivo desembolso.

Processou-se regularmente o recurso.

O Ministério Público Federal opinou pelo improvimento do recurso — fl. 616.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): Sempre entendi, mesmo com o advento da Súmula 71, que os tributos indiretos não podem ser repetidos, mas após grandes estudos conclui que existem exceções nos casos em que o contribuinte de direito não recuperou do contribuinte de fato o *quantum* respectivo, ou seja, nos casos em que o contribuinte de direito comprova ter inexistido a repercussão tributária.

Portanto, diante desta prova de que não houve o repasse ou não houve a repercussão tributária é que admito a repetição dos tributos indiretos.

Neste caso, provado o não repasse ou a não repercussão do tributo ao terceiro ou consumidor final, o contribuinte de direito tem legitimidade para pleitear a repetição do indébito.

Nos presentes autos houve perícia para verificação dessa repercussão, quando a r. sentença de primeiro grau destacou o seguinte — fl. 477:

> "As discriminações anexas aos contratos *ex vi* (fl. 275), colocam fora de qualquer dúvida que o ISS era cobrado da arrendatária havendo até mesmo discriminação.
>
> As considerações feitas pela perícia em torno do que seja custo, preço e lucro, perdem qualquer sentido diante do que foi escrito no contrato e praticado pela autora, através do que não se pode chegar a outra conclusão que não seja a de não ter sido ela a pessoa que efetivamente sofreu a tributação, consistindo a prova mais evidente da separação entre o valor do preço e do tributo, o constante nos documentos por ela própria juntados e nos dizeres expressos do contrato.
>
> Não será o simples fato de ser lícito à autora almejar lucro maior, que lhe conferirá legitimidade, para reclamar a repetição de tributo pago por outra pessoa, em que pese tenha sido ela a praticante do ato mecânico de levar o dinheiro ao cofre público.

De se recordar no caso dos autos o teor da Súmula nº 546, do Pretório Excelso:

> "Cabe a restituição do tributo pago indevidamente, quando reconhecido por decisão que o contribuinte de *jure* não recuperou do contribuinte de *facto* o *quantum* respectivo."

Ora, aqui o que se vê é que o contribuinte de direito cobrou do contribuinte de fato, o valor do tributo, logo, não lhe cabe o direito de repetir.

Se já mereceu crítica a vedação ao contribuinte do direito de repetir valor de tributo, quando não prove o consentimento do contribuinte de fato. Maior crítica haverá se receber a repetição por quem não desembolsou o valor do tributo. Pois a ninguém é dado vir a Juízo reclamar direito alheio (art. 6º, do CPC). Já se disse que o critério que considera o tributo em tal circunstância indireto, não seria jurídico. Ouso discordar, pois entendo, que se não é possível prestigiar a tributação "indevida", também não se pode permitir a quem evidentemente não desembolsou o valor do tributo, vir a disputá-lo com o Fisco, que poderá ao depois vir a ser acionado por quem realmente o pagou e ter de tornar a devolver na hipótese de procedência. Trata-se de questão de legitimidade ativa para a ação e de interesse, inarredáveis, por maior que seja o esforço de interpretação.

O Código Tributário Nacional veio a disciplinar definitivamente a questão da repetição do indébito:

> "Art. 166 — A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido referido encargo, ou no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la."

A conclusão no caso dos autos deve voltar-se ao acolhimento da preliminar de carência da ação, por se encontrar expresso nos documentos juntados com a inicial, que o contribuinte de fato não foi a autora, mas sim os arrendatários, dos quais a mesma não tem autorização para repetir os valores por eles desembolsados, carecendo, pois, de interesse e legitimidade, para em seu próprio nome reclamar direito alheio.

Esta posição trago comigo desde os julgamentos do então TFR e a Súmula 546, do STF, representa esse pensar, na qual está *verbis:*

"CABE A RESTITUIÇÃO DO TRIBUTO PAGO INDEVIDAMENTE, QUANDO RECONHECIDO POR DECISÃO QUE O CONTRIBUINTE DE *JURE* NÃO RECUPEROU DO CONTRIBUINTE DE *FACTO* O *QUANTUM* RESPECTIVO."

Concluo, portanto, que a recorrente é parte ilegítima para pleitear a repetição do ISS.

Nego provimento ao recurso.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 2.654 — SP — (9030137) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli. Recorrente: Fenícia S/A — Arrendamento Mercantil. Recorrido: Minicípio de São Paulo. Advogados: Drs. José Carlos Graça Wagner e outros e Carlos Oswaldo Teixeira do Amaral.

Decisão: Por unanimidade, negou-se provimento ao recurso (em 05.11.90 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Geraldo Sobral, José de Jesus, Garcia Vieira e Armando Rollemberg. Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.

♦

RECURSO ESPECIAL Nº 3.229 — RJ

(Registro nº 90.4792-7)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Waldemar Zveiter*

Relator p/Acórdão: *O Exmo. Sr. Ministro Cláudio Santos*

Recorrente: *Rede Ferroviária Federal S/A*

Recorrido: *Guilherme Evaldo da Silva*

Advogados: *Antônio Carlos Tavares de Oliveira e outros e Marco Aurélio Monteiro de Barros e outros, Aquiles da Conceição Silva Dias*

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. DANO MORAL E DANO PATRIMONIAL. CUMULAÇÃO. DISSÍDIO. RECURSO CONHECIDO MAS NÃO PROVIDO.

É acumulável a indenização por dano moral com a indenização por dano patrimonial.

Recurso conhecido pelo dissídio, mas não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial, pelo dissídio, e, por maioria, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 10 de junho de 1991 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente. Ministro CLÁUDIO SANTOS, Relator p/acórdão.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: A controvérsia está sumariada pelo eminente Juiz Barros Perlingeiro nestes termos (fls. 275):

> "Trata-se de Embargos Infringentes no Acórdão da Segunda Câmara que, por maioria de votos, deu provimento à primeira Apelação para reformar a decisão do Juízo da 25ª Vara Cível desta Comarca, julgando improcedente a ação.
>
> Apoiou-se o Embargante no voto vencido do Eminente Juiz PAULO SÉRGIO FABIÃO que dava provimento ao segundo apelo para julgar procedente o pedido, com reconhecimento exclusivo da culpa da Ré, nos valores pactuados na inicial, fixando dano moral em 50 OTN's, custas e honorários de 10% (dez por cento) sobre a soma das prestações vencidas e uma anuidade das vincendas. Alega em suas razões o dever da ferrovia na manutenção de sistema eficaz de segurança, e a inexistência dessas medidas basta para caracterizar a responsabilidade da Rede Ferroviária Federal, não havendo *in casu* a concorrência de culpa. Não pode se afigurar do mesmo modo, a culpa dos pais do

menor, de pouca idade, em decorrência do citado acidente, e sim, da Rede, que não cercou a linha férrea, tomando as devidas cautelas com o trânsito de pedestre sobre a linha férrea."

Acrescento que o Quarto Grupo de Câmaras do Colendo Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro, por maioria de votos, acolheu "os embargos, nos termos do voto vencido, considerando, porém, o dano estético como absorvido pelo dano moral concedido, vencido, em parte, o Dr. Juiz Semy Glanz que, também, concedia o dano estético." (fls. 280/283).

Inconformada, interpôs a embargante Recurso Extraordinário, com a argüição de relevância, com base no art. 119, III, *a* e *d*, da Constituição precedente, no qual sustenta negativa de vigência dos artigos 384, do Código Civil, 333, I, do CPC, 10 e 70, § 1º, do Decreto nº 2.089/63, bem como, divergência jurisprudencial (fls. 286/296).

Impugnado, o nobre Presidente, após converter o Extraordinário em Recurso Especial (art. 105, III, *a* e *c*, da Carta Magna vigente) o inadmitiu. Quanto à argüição, julgou-a prejudicada, por não mais contemplada na nova Constituição, todavia, permanecendo as razões nela deduzidas quanto à matéria infraconstitucional (fls. 308/309).

Dessa decisão agravou de instrumento a recorrente; vindo-me os autos conclusos, exarei, então, despacho, determinando a subida do Especial, com razões e contra-razões, para melhor exame (fls. 56 — Ag nº 1.123-RJ — em apenso).

Devidamente processado, subiram os autos a este Egrégio Superior Tribunal de Justiça, onde a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo conhecimento do recurso, dando-lhe parcial provimento, para o fim de excluir-se da condenação o pagamento de dano moral, do 13º salário, de correção monetária para a pensão alimentar fixada em salário mínimo, e para considerar-se como termo *a quo* dos juros a citação inicial. (fls. 343/345).

É o relatório.

VOTO (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator): O Recurso Especial, em que se convertera o Extraordinário, foi processado face à decisão que proferi, por despacho, determinando a subida dos autos para melhor exame (fls. 56 — Agravo nº 1.123-RJ — em apenso).

O nobre Dr. Juiz Paulo Sérgio Fabião, em voto vencido, proferido no Acórdão embargado, asseverou (fls. 244):

"Concluiu o acórdão pela improcedência do pedido, fundamentado na negligência dos pais do dever de vigilância a que estão obrigados, decorrente do pátrio-poder (Cf. fls. 241, *in fine*).

Admitindo-se que os pais tenham concorrido culposamente para o dano, haveria mais de um ofensor, circunstâncias que gerariam a solidariedade prevista no art. 1.518, parte final, do Código Civil, ficando todos os autores da ofensa responsáveis pela reparação do dano.

Há, *in casu*, total impossibilidade jurídica de induzir-se a concorrência de culpas previstas nos artigos 1.518, parágrafo único, e 1.521, I, do Código Civil, pelo fato de os pais do menor vítima não figurarem no pólo passivo da relação jurídico-processual.

Indiscutível a responsabilidade aquiliana da ré uma vez que o local do acidente era desprovido de instalações ou de vigilância ferroviária de segurança para transeuntes (Cf. fls. 13/24), contrariando, assim, as disposições do Regulamento para as Estradas de Ferro (Cf. Dec. nº 2.089, de 18 de janeiro de 1963), consubstanciadas nos artigos 25 e 26.

Ainda que se pudesse admitir, tão-somente para argumentar, haver culpa concorrente, a da REDE FERROVIÁRIA FEDERAL S/A é **anterior** a dos pais, motivo pelo qual faz desaparecer a destes.

Com tais considerações é que dei provimento ao segundo apelo para julgar procedente o pedido, reconhecendo a culpa exclusiva da ré, com os quantitativos postulados na inicial, fixando o dano moral em 50 (cinqüenta) OTN's, custas e honorários de 10% sobre a soma das prestações vencidas e uma anuidade das vincendas."

Quanto à alegada ofensa aos artigos 10 e 70, do Decreto nº 2.089/63, não se configura, eis que a decisão recorrida, diante das circunstâncias e das provas dos fatos trazidos aos autos, deu correta aplicação à lei e, aqui, não cabe reapreciá-la, a teor do enunciado da Súmula nº 7, deste Egrégio Superior Tribunal.

No que pertine à negativa de vigência dos artigos 384, do Código Civil, e 330, I, do CPC, por igual, não ocorreu, uma vez que não foram eles sequer mencionados ou discutidos, nem suprida a omissão através dos embargos declaratórios (Súmulas nºs 282 e 356, do STF).

Referente ao dissídio, resultou demonstrado. E, assim, examino o recurso pela letra *c*, do permissivo constitucional.

Em verdade, nesta Egrégia Corte, consolidou-se o entendimento segundo o qual é incabível a inclusão de verba autônoma para o dano moral, cumulativamente com o dano material. Excepciona-se, apenas, nos casos em que não havia possibilidade, por falta de elementos, para se apurar os ganhos da vítima, quando se tratasse de menor sem remuneração. O que, convencionalmente, se denominou de *pretium doloris* concretizando-se em percentual fixo do salário mínimo, que corresponderia à parcela pecuniária presumível, com que o menor pudesse contribuir para a economia do lar, dentro das famílias mais necessitadas. Nesse mesmo sentido, confira-se o Acórdão proferido quando do julgamento do REsp nº 1.974-RJ, relator Sr. Ministro Gueiros Leite — DJ de 14.9.90, cujo ementa está, assim posta:

"ACIDENTE FERROVIÁRIO. DANO MORAL.

Não cabe a inclusão de verba autônoma para o dano moral cumulativamente com o dano material, exceto nos casos em que a vítima é menor e sem ganhos, quando então o preço da dor concretiza-se em percentual fixo correspondente à parcela pecuniária presumível, como se a vítima pudesse contribuir para a economia doméstica, no seio das famílias menos favorecidas.

Recurso não conhecido."

Tocante ao 13º salário, não assiste razão ao recorrente. Trata-se de uma gratificação instituída por lei e definida como salário, concedida ao trabalhador no cômputo à base de 1/12 avos da remuneração de dezembro, por mês de serviço, deferida, também, aos aposentados e pensionistas (REsp nº 1.153-RJ, relator Sr. Ministro Gueiros Leite — DJ 19.2.90).

Por igual, incabível a atualização do salário mínimo, já que este se altera quando há desvalorização da moeda. Sua incidência implicaria em se estabelecer correção sobre correção.

Quanto aos juros, consolidou-se na jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, o entendimento segundo o qual estes contam-se, como ordinários ou simples e não como compostos, a partir da citação inicial (art. 1.536, § 2º, do Código Civil) consoante Acórdão prolatado no REsp nº 1.761-SP, relator Sr. Ministro Nilson Naves (DJ 6.8.90). No mesmo sentido, REsp nº 2.067-SP (DJ de 4.6.90), com a ressalva de meu entendimento de contá-lo a partir do evento, eis que proveniente de ato ilícito.

Conheço, pois, do recurso pelo dissídio e dou-lhe provimento parcial para, reformando o Acórdão recorrido, excluir da condenação o

pagamento do dano moral, da correção monetária sobre a pensão fixada, com base no salário-mínimo, bem como, determinar que os juros sejam computados a partir do evento.

É como voto.

VOTO — VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: A idéia de que o dano simplesmente moral não é indenizável pertence ao passado.

Na verdade, após muita discussão e resistência, acabou impondo-se o princípio da reparabilidade do dano moral.

Quer por ter a indenização a dupla função reparatória e penalizante, quer por não se encontrar nenhuma restrição na legislação privada vigente em nosso País. Ao contrário, nos dias atuais, destacáveis são os comandos constitucionais quanto ao agravo através dos meios de comunicação e a violação da intimidade, respectivamente estabelecidos nos incisos V e X, do art. 5º da Constituição da República, *in verbis:*

> "é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;"
>
> "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material, ou moral decorrentes de sua violação".

O nosso envelhecido Código Civil de 1916, aliás, em seu conhecido art. 159, já não estabelecia limitação à obrigação de indenizar ante a violação de qualquer direito admitindo, em seu art. 76, o interesse meramente moral para a propositura da ação. A propósito, Clóvis Bevilaqua, intérprete de justo prestígio da lei civil brasileira, lecionava: "Se o interesse moral justifica a ação para defendê-lo, é claro que tal interesse é indenizável, ainda que o bem moral não se exprime em dinheiro. É por mera necessidade dos nossos meios humanos, sempre insuficientes, e, não raro, grosseiros, que o Direito se vê forçado a aceitar que se computem em dinheiro o interesse de afeição e outros interesses maiores" ("Código Civil Comentado", vol. 1, comentários ao art. 76).

Vitoriosa, assim, na doutrina e no direito positivo, bem como na jurisprudência, é a tese do ressarcimento do dano moral.

Persistem, porém, no âmago da questão, algumas controvérsias, tais como, na hipótese de homicídio, saber-se se o dano moral está afastado, assim como, a respeito da liquidação do dano, e finalmente, se a indenização do dano moral é absorvida pela reparação do dano material.

Tenho para mim, *concessa venia*, não terem respaldo legal quaisquer restrições ou limitações ao ressarcimento moral, seja qual for a espécie de dano, serem ou não cumulativas as indenizações.

Se a vítima sofre dano de ordem moral e dano de natureza material, não vejo razão para a absorção daquele por este. O ressarcimento dos prejuízos dever ser o mais amplo e perfeito possível. Este é o princípio e se apenas parte dos danos é indenizável, a solução não terá sido justa.

Carlos Alberto Bittar, em monografia atual sobre responsabilidade civil é categórico:

> "Também são cumuláveis os pedidos de indenização por danos patrimoniais e morais, observadas as regras próprias para o respectivo cálculo em concreto, cumprindo-se frisar que os primeiros se revestem de caráter ressarcitório, e os segundos, reparatórios, de sorte que insistimos na necessidade de, quanto a estes, na respectiva fixação, adotar-se fórmulas que venham a inibir novas práticas atentatórias à personalidade humana, para cuja defesa se erigiu a teoria do dano moral, que vem sendo aplicada, ora com tranqüilidade, nos tribunais do país." ("Responsabilidade Civil, Teoria e Prática", Rio, Forense Universitária, 1989, pág. 90).

Diante do exposto, conheço do recurso, pelo dissídio, mas para negar-lhe provimento.

VOTO (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: No caso presente, mantenho-me ainda fiel ao meu ponto de vista pessoal, que deduzi no REsp nº 4.236. Com a vênia devida ao Sr. Ministro Cláudio Santos, acompanho o voto do Sr. Ministro Waldemar Zveiter.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 3.229 — RJ — (90.4792-7) — Relator: O Sr. Ministro Waldemar Zveiter. Relator para acórdão: o Sr. Ministro Cláudio Santos. Recorrente: Rede Ferroviária Federal S/A. Recorrido: Guilherme Evaldo da Silva. Advogados: Antônio Carlos Tavares de Oliveira e outros e Marco Aurélio Monteiro de Barros e outros, Aquiles da Conceição Silva Dias.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial, pelo dissídio, e, por maioria, negou-lhe provimento (em 10/06/91 — 3ª Turma).

Os Srs. Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Dias Trindade e Waldemar Zveiter votaram com o Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.

♦

RECURSO ESPECIAL Nº 3.804 — RJ
(Registro nº 90.0006136-9)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Edson Vidigal*
Recorrente: *Jonas Gomes de Souza Filho*
Recorrido: *Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*

EMENTA: PENAL. CONTRAVENÇÃO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. CONFISCO.

Ressalta do artigo primeiro da Lei das Contravenções Penais a possibilidade de confisco da arma de fogo, inexistindo, nessa lei, disposição sobre os efeitos da condenação.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso, mas lhe negar provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 05 de setembro de 1990 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente. Ministro EDSON VIDIGAL, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Armado com um revólver que lhe foi dado por um dos moradores, Jonas Gomes de Souza

Filho, 22 anos, exercendo o serviço de vigia em vários prédios, fez ver a um dos motoristas de uma empresa de terraplanagem, cujos caminhões passavam constantemente fechando o tempo com poeira insuportável, que aquela movimentação iria ter um fim.

O motorista passou a estória à empresa, que passou à Polícia, que chegando à Rua Herculano Aquino, em Campos, Rio de Janeiro, prendeu o vigia em flagrante e lhe apreendeu a arma.

Jonas Gomes de Souza Filho foi condenado por porte ilegal de arma à pena de 10 dias-multa no valor de 1/30 do salário vigente à época do fato (fls. 28).

O Tribunal de Alçada Criminal do Rio de Janeiro negou provimento à apelação em decisão mantida no julgamento de embargos infringentes afinal rejeitados (fls. 85). No seu Recurso Especial o Réu alega negativa de vigência aos arts. 118 e seguintes e 122 do CPP e 91, II do CP, além de dissídio jurisprudencial com as decisões que transcreve às fls. 97/98.

Admitido o recurso — fls. 103.

O parecer do Ministério Público, lavra do Subprocurador-Geral da República, Dr. Haroldo Ferraz da Nóbrega, opina pelo improvimento do recurso.

Relatei.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL (Relator): Senhor Presidente, sustenta o Recorrente a impossibilidade de, em contravenção, haver confisco, pois o CP, art. 91, II, cuida de crime.

Ressalta da Lei das Contravenções Penais, art. 1º, a solução da espécie.

Diz o citado artigo:

> "Aplicam-se às contravenções as regras gerais do Código Penal, sempre que a presente lei não disponha de modo contrário."

Naquela lei inexiste disposição sobre os efeitos da condenação.

Havendo, porém, dissídio caracterizado, conheço do recurso pela letra *c* do permissivo constitucional, negando-lhe provimento no mérito.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 3.804 — RJ — (90.0006136-9) — Relator: Ministro Edson Vidigal. Recorrente: Jonas Gomes de Souza Filho. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Decisão: A Turma por unanimidade, reconheceu do recurso, mas lhe negou provimento.

Votaram de acordo com o Sr. Ministro Relator, os Srs. Ministros José Dantas, Costa Lima e Assis Toledo. Ausente do Sr. Ministro Flaquer Scartezzini.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

♦

RECURSO ESPECIAL Nº 3.941 — SP
(Registro nº 90.0006466-0)

Relator: *O Exmo. Senhor Ministro Waldemar Zveiter*

Recorrente: *Encol S.A. — Engenharia, Comércio e Indústria*

Recorridos: *Izilda Mendes Paulo de Freitas e outro*

Advogados: *Drs. Cláudio Manoel Alves e outro e Nanci Gama e outros*

EMENTA: CIVIL — IMÓVEL EM CONSTRUÇÃO — COMPRA E VENDA — PAGAMENTO — INDEXAÇÃO DO VALOR — NORMA DE ORDEM PÚBLICA.

I — Na venda de imóvel em construção, bem como nos negócios jurídicos em geral ou contratos no valor da prestação, cabe a incidência da correção monetária para evitar a corrosão da moeda.

II — A norma que impõe tal indexação monetária, sendo de ordem pública, como aliás é toda e qualquer legislação que disciplina a ordem econômica, tais as que estabelecem o plano econômico do governo, por ser também dirigista, aplica-se imediatamente, sem que possa ser paralisada pela invocação de supostos direitos adquiridos.

III — Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 04 de setembro de 1990 (data do julgamento).

Ministro GUEIROS LEITE, Presidente. Ministro WALDEMAR ZVEITER, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: ENCOL S/A — Engenharia, Comércio e Indústria, intenta o Especial (art. 105, III, *a*) de fls. 99, por entender que o acórdão de fls. 72 ao dar provimento à apelação de Izilda Mendes Paulo de Freitas e outro (ora requeridos) teria violado o art. 14 do Decreto-lei nº 2.335/87, bem como o art. 6º da LICC e as normas do Decreto-lei nº 2.290/86.

Trata-se de ação de consignação em pagamento (contrato particular de compra e venda, tendo por fim a aquisição de imóvel em construção). A ação foi ajuizada porque, contra a insurgência da ré, ora recorrente, os autores pretendem pagar a prestação devida, calculada na forma prevista no Decreto-lei nº 2.335/87.

No exame de admissibilidade, o despacho do eminente 4º Vice-Presidente do Tribunal, atento a que "Quando a interposição de recurso extraordinário ventila relevantes teses de direito, sobre as quais ainda não há jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, recomenda-se a tolerância na admissão para melhor exame de matéria."

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator): O acórdão recorrido (fls. 73) decidiu a controvérsia demonstrando que "quer se trate de venda de bens para entrega futura (ainda que de imó-

vel em construção), quer se trate de contrato "cujo objeto seja a realização de obras (apartamento em edifício ainda em construção), é aplicável o Decreto-lei 2.335/87, porque qualquer das situações se enquadra perfeitamente na norma genérica do referido artigo 1º".

Nesse sentido o julgado bem decidiu a espécie, eis que o indigitado Decreto-lei além de conter normas genéricas é de aplicação imediata porque de ordem pública, já que se trata de programação de plano econômico.

Lei dessa natureza, com esse conteúdo, já foi apreciada por este Supremo Tribunal de Justiça, em precedente (REsp 1.816-SP, julgamento de 06.03.90), em voto, cujo Relator, o eminente Ministro Sálvio de Figueiredo, assim se manifestou:

> "Sendo o Decreto-lei nº 2.322/87 norma de ordem pública, de conteúdo eminentemente econômico, imediata seria sua aplicação.
>
> A propósito, leciona Paul Roubier que as leis monetárias incidem sobre os contratos vigentes, acentuando:
>
> > "Et précisémente, si elle a effet dans les contrats en cours, c'est parce qu'elle n'est pas une loi relative à une situation contractuelle, mas une loi relativa à un statut légal, le statut de la monnaie; la loi, considérée comme loi de droit public, atteint aussi bien dans leur contrats qu'en dehors de tout contrat." ("Le Droit Transitoire", Dalloz et Sirey, 2ª ed., Paris, 1960, pág. 426).
>
> Com suporte nessa obra clássica de direito transitório, Orlando Gomes sustenta, por igual modo, a aplicação imediata da lei nova de caráter econômico aos contratos em curso, afirmando:
>
> > "... tal como sucede com as leis clássicas de ordem pública, as disposições normativas impugnadas de espírito de ordem pública, notadamente dirigista, aplicam-se imediatamente, sem que possam ser paralisadas pela invocação de supostos direitos adquiridos. Assim o contrato não lhe deve ser contrário ou discrepante, quer na sua formação, quer quando produz seus efeitos.
> >
> > As cláusulas discordantes do mandato legal são substituídas automaticamente pelas disposições normativas."
> >
> > E, adiante, arremata seu pensamento:
> >
> > "Largo domínio da atividade contratual acha-se sob o protetorado ao direito econômico, exercido através de leis e regulamentos que estreitam cada vez mais a esfera da auto-

nomia privada, como sucede com a relação de trabalho e a relação de inquilinato, dentre outros. Diz-se que o contrato se objetiva. Ora, o estatuto legal dessas relações jurídicas impõem-se em cláusulas que perderam a contratualidade, subtraídas, como foram, à liberdade de estipulação." ("Questões de Direito Civil", 5ª edição, Saraiva, 1988, pág. 358).

Também a jurisprudência tem se inclinado no sentido da imediata aplicação da norma de ordem pública, notadamente as de caráter econômico (ou de "ordem pública de direção", consoante lição de Farjat, citado por Orlando Gomes na Obra referida) e conforme se verifica de recentes decisões desta Corte (cfr. REsp's 03, 29, 557, 602, 667, 692, 815, 819, 1.287, 1.290)."

Tais os fundamentos pelos quais não conheço do recurso pela letra *a* do permissivo constitucional.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 3.941 — SP — (900006466-0) — Rel.: O Senhor Ministro Waldemar Zveiter. Recte.: Encol S/A — Engenharia, Comércio e Indústria. Recdos.: Izilda Mendes Paulo de Freitas e outro. Advs.: Cláudio Manoel Alves e outro e Nanci Gama e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator (julgado em 04.09.90 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Senhores Ministros Cláudio Santos, Gueiros Leite, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro.

Presidiu o julgamento o Senhor Ministro GUEIROS LEITE.

♦

RECURSO ESPECIAL Nº 4.312 — PR
(Registro nº 90.0007408-8)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Edson Vidigal*
Recorrente: *Hélio de Oliveira*
Recorridos: *Júlio Edson Lagini e cônjuge*
Advogados: *Moacyr Correa Filho e outro*

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. PROVA. ART. 214 do CP. VÍTIMA MENOR. NULIDADE. RATIFICAÇÃO DE DEPOIMENTO.

A nulidade, no caso, haveria de ser argüida no prazo legal, sob pena de convalidação do ato, este que contou, até, com a aquiescência da defesa (arts. 500, 571, II, e 572, do CPP).

Impossibilidade de reexame da prova, disfarçada de valoração dela, na via especial.

Precedentes do STJ.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 24 de outubro de 1990 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente. Ministro EDSON VIDIGAL, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: A ementa do acórdão atacado é a seguinte:

> "APELAÇÃO CRIME — Art. 214, do CP — Delito configurado.
>
> Conhecimento do recurso, pois, embora determinado o regime fechado para cumprimento inicial da pena, o Dr. Juiz *a quo* não se manifestou sobre a faculdade do Réu poder ou não apelar em liberdade. Demais, recebendo o recurso, implícito está que o magistrado tacitamente concordou com o pálio de sombreamento protetor do art. 594, do CPP.
>
> Preliminar de nulidade rejeitada, porquanto apresentada a destempo.

Garoto, com nove anos de idade, constrangido pelo Réu a cópula anal. Decisão amplamente embasada na prova concludente do processo, da qual exsurge declaração coerente do menor ofendido, em precisa consonância com a evidência pericial e demais elementos constantes dos autos.

Pretensão alternativa de regime aberto para cumprimento inicial da pena inacolhida, por evidenciado, nos autos, que o Réu demonstra desvio de comportamento moral, insensibilidade e perversão, circunstâncias denunciadoras de periculosidade.

Apelo improvido."

A preliminar referida diz respeito à ratificação de depoimentos anulados, tida pelo acórdão por pouco recomendável, mas sanada a nulidade pela aquiescência do Defensor — art. 571, II, do CPP (fls. 252).

No seu recurso especial, o Réu Hélio de Oliveira, brasileiro, solteiro, radialista, afirma negativa de vigência aos arts. 33, §§ 1º e 2º, *c*, e 59 do CP e 110 da LEP, além de dissídio jurisprudencial com os acórdãos transcritos às fls. 263/264 e 269/271. Alega ausência de elementos nos autos que conduzam à pecha de alta periculosidade de que seria portador o Recorrente.

Os acórdãos citados como divergentes dizem da imprestabilidade de depoimento da mãe do menor como elemento embasador de um decreto condenatório e, também, das testemunhas infantis, quando há suspeita de indução por terceiro, além da prova referencial.

Recurso admitido — fls. 279/280.

O parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República é pelo desprovimento do recurso.

Relatei.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Senhor Presidente, não enxergo nulidade na ratificação em comento, porque a defesa estava presente, aquiesceu com o ato não o impugnando no momento próprio (art. 500, c/c art. 571, II, e 572, do CPP). Imprestável, pois, tal fato para caracterizar ofensa ao princípio do contraditório e, também, a divergência com o acórdão transcrito às fls. 264.

Quanto à ausência de prova suficiente ao decreto condenatório, embora afirme pretender apenas valoração da mesma, o Recorrente, às

claras, adentra-lhes o mérito, o reexame detalhado, o que é vedado na via especial (S. 279-STF).

Não conheço, pois, do recurso.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 4.312 — PR — (90.0007408-8) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Edson Vidigal. Recorrente: Hélio de Oliveira. Recorridos: Júlio Edson Lagini e cônjuge. Advogados: Moacyr Correa Filho e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 24/10/90 — 5ª Turma).

Votaram, de acordo com o Sr. Ministro Relator os Srs. Ministros José Dantas, Flaquer Scartezzini, Costa Lima e Assis Toledo.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

♦

RECURSO ESPECIAL Nº 4.589 — PR
(Registro nº 90.0007987-0)

Relator: *O Exmo. Senhor Ministro Athos Carneiro*

Recorrente: *Ind. João José Zattar S/A*

Recorrido: *Beneficiamento Santo André Ltda.*

Interessados: *Maria Francisca de Almeida — Espólio, e outros*

Advogados: *Kiyossi Kanayama e outro, Sonny Brasil de Campos Guimarães e outros*

EMENTA: DENUNCIAÇÃO DA LIDE. MANDATO *IN REN PROPRIAM*. RESPONSABILIDADE DOS MANDATÁRIOS PELOS RISCOS DA EVICÇÃO.

É questão federal, para efeito de cabimento do recurso especial, o concernente à qualificação jurídica do contrato, à 'natureza jurídica' de documento. É mandato em causa própria, e não simplesmente *ad negotia*, aquele em que o mandante confere poderes para alienar imóvel, declara o recebimento do preço, isenta de prestações de contas, passando assim o

procurador a agir realmente em seu próprio interesse e por conta própria.

Configuração do mandato em causa própria como negócio oneroso, com transmissão da posse e conseqüente responsabilidade do transmitente pelos riscos da evicção. Artigos 70, I, do Código de Processo Civil, e 1.107 e 1.073 do Código Civil.

Admissibilidade da denunciação 'coletiva', com chamamento *conjunto*, e não 'sucessivo', dos vários antecessores na cadeia de proprietários ou possuidores.

Recurso especial conhecido pela alínea *a* e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Participaram do julgamento, além do signatário, os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

Custas, como de lei.

Brasília, 19 de junho de 1991 (data do julgamento).

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente em exercício e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Cuida-se de ação de reivindicação aforada por BENEFICIAMENTO SANTO ANDRÉ LTDA. contra INDÚSTRIAS JOÃO JOSÉ ZATTAR. A ré denunciou terceiros à lide buscando forrar-se dos riscos de evicção decorrente de alienações anteriores. Em decisão de saneamento, o juízo monocrático julgou extintas as denunciações à lide, excluindo da demanda, portanto, todos os denunciados. A egrégia Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, apreciando tal questão, negou provimento ao agravo manifestado pela denunciante.

Irresignada, manejou a ré recurso extraordinário, com argüição de relevância, aos 8 de fevereiro de 1989, invocando o art. 105, III, letras *a* e *c*, da Constituição Federal, alegando negativa de vigência aos artigos

70, I e III, 463, 464 e 535, do CPC, e 1.107, 1.300, 1.307, 1.317, 1.073 e 1.078, do CC, além de dissídio com arestos do Pretório Excelso. Sustenta, em síntese, que a herdeira MARIA FRANCISCA DE ALMEIDA teria outorgado dois mandatos por instrumento público, lavrados respectivamente em 22 de setembro de 1954 e 29 de dezembro de 1955, sempre ao mesmo procurador, e que este último mandato o eximia de qualquer obrigação de prestação de contas, posto que a anterior procuração já tinha declarado o recebimento pelo mandatário do preço devido. A decisão que cancelou a denunciação da lide afastou a possibilidade de comprovar que a procuração datada de 29 de setembro de 1955, vale dizer, a segunda, importava em mandato *in rem suam*, respondendo portanto o mandatário pelos riscos da evicção (fls. 267/281).

Convertido o recurso no tribunal de origem, admitiu-o o eminente Presidente do Tribunal (fls. 292/294).

Em contradita, a autora recorrida sustenta o acerto do v. aresto, argüindo, *verbis*:

> "Por derradeiro, também o Espólio de MARIA FRANCISCA DE ALMEIDA não pode responder pela evicção, posto que a mesma não alienou nem cedeu direitos referentes ao imóvel à Requerida INDÚSTRIAS JOÃO JOSÉ ZATTAR S/A, limitando-se a outorgar uma procuração para BRASILINO ANTUNES DE MORAES negociar o imóvel (fls. 93), de modo que Requerida, através o substabelecimento desse instrumento, foi constituída procuradora *ad negotia* de MARIA FRANCISCA DE ALMEIDA, não tendo tido esse instrumento o condão de transferir-lhe o domínio ou mesmo direitos sobre o imóvel em questão."

Sustentou, em resumo, ser em vão o esforço da recorrente no tentar provar que o mandato outorgado aos 29 de setembro de 1955 seria em causa própria, ao revés de *ad negotia*, pois aquele mandato não contém **preço** e **consentimento**. Ademais, o outorgante havia falecido em 24 de maio de 1956, resultando a extinção do mandato. E somente após mais de 10 anos teria sido objeto de um substabelecimento, atribuindo à recorrida, como cessionária, os direitos relativos àquele imóvel (fls. 317/324).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO (Relator): 1. O MM. juiz excluiu da relação processual os denunciados, sob os seguintes argumentos, em decisão de saneamento:

"Ao que se vê dos autos, o título de domínio no qual se louva a Autora para articular o seu pedido teve origem de uma procuração em causa própria outorgada a BRASILINO ANTUNES DE MORAES por MARIA FRANCISCA DE ALMEIDA, então proprietária do imóvel em questão, mediante a qual esta outorgou àquele poderes gerais relativos ao imóvel objeto da ação (fls. 112/113).

Já os direitos sobre o imóvel que a Requerida INDÚSTRIAS JOÃO JOSÉ ZATTAR S/A diz possuir partiram de outra procuração outorgada por MARIA FRANCISCA DE ALMEIDA ao mesmo BRASILINO ANTUNES DE MORAES, com a diferença que esta procuração não conteve a cláusula "em causa própria", o que significa que o outorgado desse instrumento, lavrado em 29 de dezembro de 1955, BRASILINO ANTUNES DE MORAES, bem como os sucessivos substabelecidos, MOISÉS CONRADO e ATÍLIO MOREIRA, todos denunciados, não participaram desse negócio como titulares de direitos sobre o imóvel, mas sim como meros mandatários, agindo, portanto, em nome da outorgante MARIA FRANCISCA DE ALMEIDA.

Quanto aos denunciados RAMIRO PROCÓPIO DE SIQUEIRA e sua mulher, também não podem responder pela evicção, tendo em vista que não cedeu, o varão, ao Requerido LUIZ AUGUSTO PEREIRA DE ARAÚJO, direitos específicos sobre o imóvel reivindicando, mas apenas "direitos hereditários" referentes ao espólio de MARIA FRANCISCA DE ALMEIDA, de cuja cessão não figurou expressamente o imóvel objeto do presente litígio, mesmo porque fora alienado por MARIA FRANCISCA DE ALMEIDA, através da procuração em causa própria outorgada em 22 de setembro de 1954 a BRASILINO ANTUNES DE MORAES.

Por derradeiro, também o espólio de MARIA FRANCISCA DE ALMEIDA não pode responder pela evicção, posto que a mesma não alienou nem cedeu direitos referentes ao imóvel à Requerida INDÚSTRIAS JOÃO JOSÉ ZATTAR S/A, limitando-se a outorgar uma procuração para BRASILINO ANTUNES DE MORAES negociar o imóvel (fls. 93), de modo que a Requerida, através do substabelecimento desse instrumento, foi constituída procuradora *ad negotia* de MARIA FRANCISCA DE ALMEIDA, não tendo tido esse instrumento o condão de transferir-lhe o domínio ou mesmo direitos sobre o imóvel em questão" (fls. 144 v.).

A ré e denunciante INDÚSTRIAS JOÃO JOSÉ ZATTAR S/A manifestou agravo de instrumento, para que fossem mantidos na relação pro-

cessual os denunciados ESPÓLIO DE MARIA FRANCISCA DE ALMEIDA, BRASILINO ANTUNES DE MORAES e sua mulher, MOISÉS CONRADO e sua mulher e o ESPÓLIO DE ATÍLIO MOREIRA.

A agravante buscou sintetizar os acontecimentos ligados à lide, e o faz referindo que, sendo proprietária do imóvel litigioso, MARIA FRANCISCA DE ALMEIDA outorgou em **22 de setembro de 1954**, mediante público instrumento, mandato de **causa própria** ao agravado BRASILINO, para alienar ou onerar a referida gleba (fls. 29/30). E prossegue:

> "Posteriormente, em 29 de dezembro de 1955, a citada Maria Francisca de Almeida conferiu, por escritura pública, mandato ao mesmo agravado Brasilino Antunes de Moraes, para alienar a mesma área de terras, isentando o procurador de futura prestação de contas porque dela já recebera o preço total do imóvel, dando-se por paga e satisfeita, e revogando expressamente os mandatos anteriormente outorgados (doc. nº 04), procuração essa que, consoante pacífica doutrina e jurisprudência, consubstancia inegável mandato em causa própria, além de ser irrevogável por constituir condição de um contrato bilateral.
>
> Valendo-se dos expressos poderes para substabelecer esse mandato de 29 de dezembro de 1955, o agravado Brasilino Antunes de Moraes substabeleceu-o, sem reserva, em 28 de outubro de 1966, ao agravado Moisés Conrado (doc. nº 04), assim manifestando implicitamente a aceitação desse mandato e concordância com a revogação da procuração de 22 de setembro de 1954.
>
> O agravado Moisés Conrado, em nome de Maria Francisca de Almeida, de que era procurador substabelecido, outorgou, em 31 de outubro de 1966, ao agravado Atílio Moreira, escritura pública de cessão de todos os direitos, vantagens e obrigações pertinentes à aludida área de terras (doc. nº 5), os quais, por escritura de 04 de julho de 1968, foram cedidos por Atílio Moreira e sua mulher à ora agravante Indústrias João José Zattar S/A (doc. nº 06)." (fls. 05/06).

A eg. 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná negou provimento ao agravo, sob os fundamentos que seguem:

> "Os denunciados foram bem excluídos da lide e isto porque, efetivamente, são partes ilegítimas para figurar na relação processual e responder pela evicção, vez que agiram sempre na qualidade de procuradores *ad negotia* da proprietária da área objeto do litígio, Maria Francisca de Almeida, tudo conforme depreende-se da procuração e substabelecimentos juntos nos

autos, e não tendo eles participado do negócio feito com a Agravante na condição de detentores de direitos sobre o imóvel, evidentemente não podem responder por qualquer risco ou ação decorrente da venda realizada. E nem mesmo o Espólio da falecida Maria Francisca de Almeida pode ser denunciado, visto que esta enquanto viva, conforme bem salientou o Magistrado *a quo*, "não alienou nem cedeu direitos referentes ao imóvel à Requerida INDÚSTRIAS JOÃO JOSÉ ZATTAR S/A, limitando-se a outorgar uma procuração para BRASILINO ANTUNES DE MORAES negociar o imóvel (fls. 93), de modo que a Requerida, através do substabelecimento desse instrumento, foi constituída procuradora *ad negotia* de MARIA FRANCISCA DE ALMEIDA, não tendo tido esse instrumento o condão de transferir-lhe o domínio ou mesmo direitos sobre o imóvel" (fls. 144 — verso — TJ)." (fls. 251)

2. Manifestado recurso extraordinário, anteriormente à instalação deste STJ, o mesmo foi convertido na origem em recurso especial (fls. 290), e admitido pelo eminente Presidente do tribunal *a quo*, com a motivação seguinte:

"Como se pode facilmente constatar do caso vertente, todas as questões suscitadas dependem de prévia qualificação jurídica das procurações outorgadas por Maria Francisca de Almeida a Brasilino Antunes de Moraes, mormente daquela datada de 29 de dezembro de 1955 (cópia às fls. 31/32).

Tal mandato reúne, efetivamente, todas as características de uma procuração em causa própria, a qual, conforme lição de Clóvis Beviláqua, é exercida pelo mandatário em seu próprio interesse, não tendo ele que prestar contas de sua gestão: seus poderes são ilimitados. Segundo Washington de Barros Monteiro, tal outorga equivalerá à venda ou cessão, sempre que contiver, também, os seguintes requisitos, *res, pretium et consensus (in* "Curso de Direito Civil", vol. V, p. 271).

Ao atribuir-se tal natureza ao referido documento, seria igualmente de se ter como admissível a alegação de negativa de vigência ao artigo 70, inciso III, do Código de Processo Civil, que estende a denunciação da lide "àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda." O insigne professor Celso Agrícola Barbi entende não haver razão para limitar o chamamento ao caso de evicção, que seria apenas: "uma das hipóteses em que existe o direito de exigir indenização por prejuízo decorrente da perda de um direito havido de outrem". Lembra este autor "o

caso do concessionário de crédito, que tem direito de regresso contra o cedente, se o crédito não existir, nada mais razoável e prático do que chamar à lide o cedente, para que este fique sujeito aos efeitos daquela, se houver insucesso na demanda contra o devedor do crédito" (*in* "Comentários ao Código de Processo Civil", vol. I, tomo II, p. 342).

Por tudo isso, acredito que a espécie não esbarra nos limites impostos pela Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal, e reveste-se de juridicidade suficiente para alcançar a instância especial e ser objeto do exame de qualidade do colendo Superior Tribunal de Justiça" (fls. 293/294).

Ao argüir a relevância de questões federais, quando da interposição do então recurso extraordinário, a recorrente afirmou a ocorrência de pelo menos três questões federais, a saber:

"a) se, em face dos artigos 1.107 e 1.317, I, do Código Civil, o procurador em causa própria responde pela evicção; por assumir ele a qualidade de alienante, ou continuará o mandante obrigado a resguardar o adquirente dos riscos da evicção;

b) se, em virtude dos artigos 1.300, 1.307 e 1.317, II, do Código Civil, o procurador *ad negotia*, que se houver com culpa na execução do mandato, responde pela evicção, ou regressivamente, pelas perdas e danos.

c) se, em vista dos artigos 1.073 e 1.078 do Código Civil, o cedente de direitos responde pela evicção, por equiparar-se o alienante, ou simplesmente satisfaz perdas e danos (C. Civil, art. 158), se o cessionário vier a ser privado judicialmente do bem, ou direito cedido" (fls. 275).

3. Conheço do recurso extremo, eis que a controvérsia trazida à Superior Instância não se limita à mera interpretação de cláusula contratual, defesa em sede de recurso especial, mas sim implica na **qualificação jurídica** dos instrumentos de mandato outorgados a BRASILINO pela extinta MARIA FRANCISCA DE ALMEIDA, respectivamente em 22 de setembro de 1954 e em 29 de dezembro de 1955. Assim decidiu esta 4ª Turma no REsp nº 444, na linha da orientação do Excelso Pretório nos ERE nº 77.539 (RTJ 74/144), julgados sob a ementa seguinte:

"**Mandato. Questão de direito.**

Se o acórdão reconheceu a existência evidente de um mandato, negado pela instância local, e atribuiu-lhe os efeitos da lei, decidiu então sobre a qualificação jurídica do ato, o que é questão de Direito, e não de fato."

Da primeira procuração (fls. 29) consta expressamente cuidar-se de mandato "em causa própria" para alienar inclusive a gleba reivindicada, com cláusula de irrevogabilidade, isenção de prestação de contas e declaração do recebimento, pela mandante, da quantia de Cr$ 250.000,00, pela qual deu a outorgante ao outorgado "plena quitação, inclusive com revogação de anteriores escrituras de testamento" com relação ao imóvel objeto desta transação", respondendo ainda a outorgante pela evicção.

Pela segunda procuração (fls. 31/32) passada ao mesmo BRASILINO ANTUNES DE MORAES, a outorgante MARIA FRANCISCA DE ALMEIDA a ele concedeu poderes para alienar o imóvel ora litigioso, recebendo o respectivo preço, "tudo independente de prestações de contas futuras, porquanto a outorgante já recebeu do procurador outorgado o preço total da venda, com que se dá por paga e satisfeita, sem jamais reclamar qualquer outra indenização ou pagamento, qualquer que seja a área a verificar-se na divisão em andamanto... *omissis* ... ficando expressamente revogados os mandatos anteriores" (sic). Esta procuração foi, em 28.10.66, substabelecida simplesmente e sem reservas a MOISÉS CONRADO (fl. 32). Aos 31 do mês de outubro de 1966, o dito MOISÉS CONRADO, como procurados substabelecido de MARIA FRANCISCA DE ALMEIDA, por sua vez cedeu a ATÍLIO MOREIRA, pela quantia de Cr$ 500.000,00, os direitos da 'cedente' sobre o espólio de Manoel Silvério de Oliveira, no tocante ao imóvel ora questionado, respondendo a 'cedente' pela evicção (fls. 33/34). E, ao fim, em 4 de julho de 1968, o casal de ATÍLIO MOREIRA transferiu os aludidos direitos à firma ora recorrente, INDÚSTRIAS JOÃO JOSÉ ZATTAR S/A, por Cr$ 66.000,00, sempre com a expressa cláusula de garantia frente aos riscos de evicção (fls. 35/37).

4. Não ponho dúvida, ante o texto dos instrumentos de mandato, o segundo confirmatório do primeiro, que a qualificação jurídica da transação havida entre Maria Francisca e o outorgado Brasilino foi o mandato *in rem propriam,* que prossegue dotado de sua função histórica de atribuir ao mandatário 'a qualidade de dono da coisa ou do negócio', servindo, até mesmo, se dotado o instrumento dos requisitos formais, de título suficiente à alienação da propriedade imóvel (MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES, "Curso de Direito Civil", ed. Freitas Bastos, 1958, v. IV, nº 593), passando o procurador em causa própria a agir "em seu próprio nome, no seu próprio interesse e por sua própria conta" (ORLANDO GOMES, "Contratos", ed. Forense, 8ª ed., nº 288). Os sucessivos instrumentos de mandato e cessão operaram a sucessiva transmissão de posses até a ora denunciante, como aliás o demonstra a circunstância de a mesma ser ré em demanda de natureza reivindicatória.

Ora, nos contratos onerosos, pelos quais se transmite o domínio, **posse ou uso,** o alienante deve, salvo expressa convenção em contrário, resguardar o adquirente dos riscos da evicção — CC, art. 1.107. Resguarda-se o adquirente dos aludidos riscos (sem necessidade de ação direta) através da via processual da denunciação da lide, nos casos quer do artigo 70, I como do artigo 70, III, do Código de Processo Civil. Impende sublinhar que não somente nos casos de reivindicatória, como em outras ações que podem provocar a perda do domínio ou da posse, cabe a providência processual de garantia contra a evicção, tal como sustentei em sede doutrinária ("Intervenção de Terceiros", ed. Saraiva, 4ª edição, nº 16.2) e é também o magistério de SYDNEY SANCHES ("Denunciação da Lide", RP 34/51).

Outro ponto interessante a salientar é a possibilidade, que defendemos, de suprimir as denunciações 'sucessivas', adotando o denunciante a denunciação 'coletiva':

> "De outra parte, com excelentes fundamentos, o eminente Prof. Moniz de Aragão, em posicionamento com diferentes premissas, admite o chamamento "coletivo" à autoria, isto é, a denunciação da lide não somente ao alienante como igualmente, na mesma ocasião, a "todos os antecessores na cadeia dominial". Seria facultado, assim, o chamamento conjunto de todos os anteriores proprietários, e não apenas o chamamento gradual previsto na lei. Isso "sem prejuízo do direito que assiste a cada um dos litisdenunciados de, em defesa oposta ao chamamento, procurar eximir-se da responsabilidade pela garantia e pela evicção" ("Sobre o chamamento à autoria", artigo de doutrina publicado na Revista do Instituto dos Advogados do Paraná, 1979, nº 1; Ajuris, 25:22).
>
> No Ciclo de Estudos de Processo Civil, já referido neste Capítulo, teve aprovação unânime tese por nós apresentada com a seguinte conclusão:
>
> > "As denunciações sucessivas, previstas no artigo 73 do CPC, poderão ser feitas 'coletivamente', ou seja, requeridas 'em conjunto' pelo denunciante, assim abreviando o processo e melhor se assegurando o êxito da demanda indenizatória de regresso, no caso de insolvência ou ausência de algum dos anteriores proprietários na cadeia dominial". (ob. cit., AGC nº 16.5.4, p. 85/86).

5. Verifica-se, destarte, que da cadeia de sucessões a partir das procurações *in rem propriam* (fls. 29; fls. 31) concedidas a Brasilino,

apenas o substabelecimento de Brasilino a Moisés Conrado (fls. 32), o qual utilizou dos poderes três dias depois na transferência a Atílio Moreira, apenas este substabelecimento não se caracterizou como um "contrato oneroso". Todas as demais transações qualificam-se como pactos onerosos, com a transmissão da posse do imóvel sito no 'Vale do Rio da Areia', respondendo os transmitentes pela evicção que vier a sofrer, em caso de procedência da demanda, a atual possuidora e recorrente Indústrias João Zattar S/A. Negando tal direito (*'rectius'*, pretensão) à ação de regresso mediante denunciações da lide, o v. aresto contrariou os artigos 70, I do Código de Processo Civil, e 1.107 e 1.073 do Código Civil, pelo que admito o recurso pela alínea *a*.

Não o admito pela divergência pretoriana, pois os arestos trazidos a cotejo, ou cuidaram de situações díspares, ou não foi observado o disposto no artigo 255, parágrafo único, do Regimento Interno do STJ.

Pelo exposto, dou parcial provimento ao apelo especial, para manter as denunciações da lide promovidas pela ré denunciante em que figuram como denunciados o Espólio de Maria Francisca de Almeida, Brasilino Antunes de Morais e sua mulher e o Espólio de Atílio Moreira.

É o voto.

VOTO — VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Sr. Presidente e Relator, acompanho o voto de V. Exa.

VOTO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Sr. Presidente, desejo aderir expressamente ao voto de V. Exa.; pedindo licença para fazer minhas as magníficas considerações do seu voto, especialmente no que tange às considerações em torno da qualificação jurídica do fato, lastreadas em precedentes desta Turma, especialmente no Recurso Especial nº 444, ao instituto da denunciação da lide e quanto à possibilidade da denunciação coletiva.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 4.598 — PR — (90.0007987-0) — Relator: O Exmo. Senhor Ministro Athos Carneiro. Recorrente: Ind. João José Zattar S/A. Recor-

rido: Beneficiamento Santo André Ltda. Interessados: Maria Francisca de Almeida — Espólio e outros. Advogados: Kiyossi Kanayama e outro e Sonny Brasil de Campos Guimarães e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento (4ª Turma — 19.06.91).

Votaram com o relator os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Bueno de Souza. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.

♦

RECURSO ESPECIAL Nº 4.819 — RJ
(Registro nº 90.0008530-6)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Waldemar Zveiter*

Recorrente: *Haroldo João Naylor Rocha*

Recorrido: *C. Itoh & Cie.*

Advogados: *Drs. Abílio Forster da Costa e outro e Omar Wanderley Prisco e outro*

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL — TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL ORIUNDO DE PAÍS ESTRANGEIRO — VALIDADE.

I — Legislação específica (Decreto-lei 857/69), dispondo sobre contratos e títulos referentes a importação ou exportação de mercadorias ou a empréstimos ou quaisquer outras obrigações cujo credor ou devedor resida no exterior ou neste tenha seu domicílio, considera como certa para efeito de ajuizamento a quantia em dólares.

II — O Código de Processo Civil reconhece a total validade do título executivo extrajudicial, oriundo de país estrangeiro, ao qual empresta força executiva. Todavia há de ser o título traduzido para a língua nacional, convertendo-se o valor da moeda estrangeira em cruzeiros, no ato da propositura da ação, posto que é nulo de pleno direito o título que estipule o pagamento em moeda que não a nacional.

III — Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 30 de outubro de 1990 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente. Ministro WALDEMAR ZVEITER, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Haroldo João Naylor Rocha interpõe RE (art. 119, III, *a* e *d*), convolado em Especial — fls. 66 — contra acórdão (fls. 63) que, ao dar provimento parcial à apelação, julgou procedente a execução, atento a que válida é a emissão de nota promissória, fora do Brasil, em moeda estrangeira, para pagamento em cruzeiros, em face do lugar designado ao lado do nome do devedor (Rio de Janeiro).

Trata-se de execução por quantia certa contra devedor solvente ajuizada contra o ora recorrente e Kelson's Indústria e Comércio S.A., tendo esta entrado em processo falimentar, quando em curso os embargos do devedor.

O embargante Haroldo João Naylor Rocha, vencido no acórdão, entende que este teria violado (fls. 66/68) os artigos 213 do Decreto-lei nº 7.661/45; 586 do CPC e os da Lei nº 6.899/81 e dissentido dos arestos sobre correção monetária que indica (fls. 67).

No exame de admissibilidade (fls. 87), o apelo extremo foi admitido pela letra *c*, atento a que, pela letra *a*, incide sobre a espécie o verbete nº 400 do STF.

O Ministério Público (fls. 104) opina por que se dê conhecimento e provimento ao recurso para restabelecer a sentença de primeiro grau que deu pela nulidade e, conseqüentemente, a extinção do processo.

Entende o *parquet* federal, repetindo o já sustentado pelo Procurador da Justiça, que "não acompanhou o pedido inicial, juntamente com o título, documento oficial dizendo o valor do mesmo, em cruzeiros, à época," por isso que não tinha o processo condições de constituição e de desenvolvimento válido (art. 267, IV, do CPC).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator): O Acórdão recorrido está encimado pela seguinte ementa:

> "Nota Promissória. Emissão fora do Brasil, em moeda estrangeira, para pagamento em cruzeiros, em face do lugar designado ao lado do nome da devedora (Rio de Janeiro). Reforma da sentença para julgar procedente a execução".

E assim se fundamenta:

> "VISTOS, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 65.019, em que é apelante C. Ithoh & Cie. e apelado Haroldo João Naylor Rocha.
>
> ACORDAM os Juízes da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em dar provimento parcial ao recurso para julgar procedente a execução, fixado o valor do débito constante do título objeto do pedido, convertendo-se a moeda estrangeira nele lançada, em cruzeiros, de acordo com a cotação oficial do dia da distribuição do feito, corrigida monetariamente a importância resultante dessa operação, pelos índices das ORTNs, a partir da ajuização da execução, além de custas e honorários advocatícios de 10% sobre o total da condenação.
>
> Assim decidem pelas razões aduzidas na impugnação aos embargos (fls. 11/12) e no recurso de apelação (fls. 20/27) interposto da sentença de fls. 16/17, as quais passam a integrar este acórdão na forma do permissivo regimental".

Das razões da apelação, admitidas como fundamentos do acórdão colho os seguintes trechos que oferecem a exata medida do aresto impugnado:

> "Dispõe o § 2º do artigo 585 do Código de Processo Civil, *in verbis*, que:

"Não dependem de homologação pelo Supremo Tribunal Federal, para serem executados, os títulos executivos extrajudiciais, oriundos de país estrangeiro. O título, para ter eficácia executiva, há de satisfazer aos requisitos de formação exigidos pela lei do lugar de sua celebração e indicar o Brasil como o lugar de cumprimento da obrigação".

Pois bem.

A simples leitura do dispositivo legal supratranscrito evidencia, à saciedade, que a legislação brasileira reconhece a total validade do título executivo extrajudicial, oriundo de país estrangeiro, ao qual empresta força executiva.

Sendo oriundo de país alienígena, é óbvio que o título há de ser preenchido em língua estrangeira, da mesma forma como estrangeira será a moeda nele apontada.

Assim sendo, a fim de que possa instruir ação de execução, há de ser o título traduzido para o português, convertendo-se o valor da moeda estrangeira em cruzeiros, no ato da propositura da ação, posto que é nulo de pleno direito o título que estipule o pagamento em moeda estrangeira, quando a obrigação for exigível no Brasil.

Ora, a conversão somente poderá ser efetiva com base nas taxas de câmbio oficiais, posto que, se assim não fosse, se não se admitisse a conversão, o título seria incobrável e de nada valeria, não tendo eficácia executiva.

É a própria lei quem se refere aos títulos executivos extrajudiciais, oriundos de país estrangeiro, equiparando-se àqueles emitidos em território nacional.

Como se vê, a r. sentença apelada, repita-se, fez letra morta à norma constante do § 2º do artigo 585 da lei adjetiva, ignorando-a por completo, como se a mesma inexistisse e não tivesse sua razão de ser.

Novamente é a Lei, e desta feita a Lei Uniforme Relativa às Letras de Câmbio e Notas Promissórias, em pleno vigor no Brasil, que fornece subsídios ao perfeito entendimento da matéria.

O artigo 41 da citada Lei Uniforme estabelece que "se numa letra se estipular o pagamento em moeda que não tenha curso legal no lugar de pagamento, pode a sua importância ser paga na moeda do país, segundo o seu valor no dia do vencimento. Se

o devedor está em atraso, o portador pode, à sua escolha, pedir que o pagamento da importância da letra seja feito na moeda do país ao câmbio do dia do vencimento ou ao câmbio do dia do pagamento. A determinação do valor da moeda estrangeira será feita segundo os usos do lugar de pagamento. O sacador pode, todavia, estipular que a soma a pagar seja calculada segundo um câmbio fixado na letra".

Constata-se, pois, a plena validade da conversão efetuada pelo recorrente, a qual assentou-se em documento oficial, expedido pela Gerência de Operações de Câmbio do Banco Central do Brasil.

O artigo 1º do Decreto-lei nº 857, de 11 de setembro de 1969, o qual consolidou e alterou a legislação sobre moeda de pagamento de obrigações exeqüíveis no Brasil, reza que são nulos de pleno direito os contratos, títulos e quaisquer documentos, bem como as obrigações que, exeqüíveis no Brasil, estipulem o pagamento em ouro, em moeda estrangeira, ou, por qualquer forma, restrinjam ou recusem, nos seus efeitos, o curso legal do cruzeiro.

Porém, o artigo 2º desse mesmo diploma legal dispõe sobre a não aplicação das disposições constantes do artigo 1º

"I — aos contratos e títulos referentes a importação ou exportação de mercadorias;"

"IV — aos empréstimos e quaisquer outras obrigações cujo credor ou devedor seja pessoa residente e domiciliada no exterior, executados os contratos de locação de imóveis no território nacional".

Portanto, levando-se em conta que o contrato junto aos autos pelo próprio recorrido noticia a existência de uma importação, revelando, mais ainda, que a recorrente tem sede no exterior, é induvidoso que a quantia em dólares inserida na letra de câmbio representa uma quantia certa no território brasileiro, perfeitamente admissível por nossa legislação, para fins de execução."

Contra tais fundamentos alega o recorrente vulneração aos arts. 213 da Lei Falimentar; 586 do CPC, e da Lei nº 6.899/91, e aponta-o como dissidente de um acórdão do STF e outro do Tribunal de Santa Catarina.

Contudo sem qualquer razão.

A uma porque quanto ao art. 213 este não se aplica ao recorrente que não é concordatário mas sim devedor solvente; a duas, porque se-

gundo a fundamentação do aresto impugnado, vê-se atendidos plenamente os requisitos do art. 586 do CPC, sendo o título líquido, certo e exigível; e, finalmente, a três, porque os paradigmas ofertados como divergentes apresentados tão-só por suas ementas se afiguram inservíveis à comprovação do dissenso, notando-se que o do STF cuida de ação ordinária e não de execução, e do Tribunal de Santa Catarina de matéria falimentar.

Correto, pois, o fundamento da decisão recorrida, não há como se conhecer do recurso tanto pela letra *a* como pela letra *c*.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 4.819 — RJ — (900008530-6) — Rel.: O Senhor Ministro Waldemar Zveiter. Recte.: Haroldo João Naylor Rocha. Recdo.: C. Itoh & Cie. Advs.: Abílio Forster da Costa e outro e Omar Wanderley Prisco e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator (julgado em 30.10.90 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Senhores Ministros Cláudio Santos, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro.

Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Gueiros Leite.

Presidiu o julgamento o Senhor Ministro NILSON NAVES.

♦

RECURSO ESPECIAL Nº 4.856 — SP
(Registro nº 90.0008652-3)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Fontes de Alencar*

Recte.: *Catharina Ragonha Bella*

Recda.: *Bra-Mar — Comércio de Bebidas Ltda.*

Advogados: *Drs. Gastão Dellafina de Oliveira e outros e Raul Rodolfo Toso*

EMENTA: CONSIGNATÓRIA. ALUGUEL. IMÓVEL NÃO RESIDENCIAL.

I — Após o fim do contrato de locação, continuando o alugatário na posse do imóvel, as condições do contrato subsistem, nos termos do art. 4º da Lei nº 6.649/79.

II — Recurso especial não conhecido. Unânime.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 02 de outubro de 1990 (data do julgamento).

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente. Ministro FONTES DE ALENCAR, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Cuida-se de ação de consignação em pagamento referente a imóvel não-residencial.

A sentença de 1ª instância julgou improcedente a ação, porém veio a ser reformada pela 5ª Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, nos seguintes termos:

> "Trata-se de locação para fins não residenciais denunciada pela locadora, persistindo a locatária no imóvel, o que propiciou daquela a fixação unilateral dos locativos mensais aumentados de Cr$ 3.157,80 para Cr$ 40.000,00 (moeda de então).
>
> Contra essa majoração se rebelou a locatária que, diante da recusa de recebimento dos aluguéis pela quantia avençada, compeliu-a a propor a presente ação consignatória em razão da qual foram efetuados os depósitos de fls. 20 e subseqüentes vencidos no curso da demanda.
>
> Afinal, o Meritíssimo Juiz *a quo* houve por bem admitir o aluguel unilateralmente estimado pela Locadora e, assim, julgou improcedente a ação, com o que não se conforma a locatária pelo recurso em pauta.

Tem razão a apelante. Embora aqui e ali tenha admitido a fixação de novo aluguel à luz do art. 1.196 do Código Civil, a verdade é que a jurisprudência desta Egrégia Corte se vem orientando iterativamente por que tal dispositivo está superado pelo art. 4º da Lei nº 6.649/79, como *verbi gratia* se pode conferir na RT 548/153, 589/147, 590/172 e em JTA 88/439, 90/299, 93/256, 104/350, 105/323, etc. ...

Bem incisivo é o v. acórdão da lavra do Eminente Juiz, hoje Desembargador Franklin Neiva, proferido na Apelação nº 224.527 (Primeira Câmara) em 31 de agosto de 1988, cuja ementa soa:

> "Já que se aplicam as normas do Código Civil em matéria referente a locação predial urbana, residencial ou não, visto que a Lei nº 6.649/79 regula por inteiro o assunto, ficando assim revogado o art. 1.196 do Código Civil, aplicando-se o art. 4º da referida lei."

Isto posto e o mais que dos autos consta, dá-se provimento à apelação para o fim de, julgando-se procedente a presente ação consignatória, dar-se por extinta a obrigação da apelante na medida dos depósitos efetuados até a sentença, invertendo-se os ônus do sucumbimento." (fls. 74/75).

Inconformada, a parte vencida interpôs recurso especial alegando ofensa ao art. 1.196 do Código Civil, além de dissídio jurisprudencial (fls. 77/80).

Pelo despacho de fls. 89/90 foi o recurso admitido.

Com as razões de fls. 92/97, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): A questão trazida pelo recurso diz respeito a possibilidade do locador unilateralmente fixar novos aluguéis, a seu arbítrio, quando o locatário, findo o prazo contratual e apesar de notificação, não restituir o imóvel, por força do art. 1.196, do Código Civil.

O v. acórdão ao decidir que o art. 1.196 do Código Civil foi revogado pelo art. 4º da Lei nº 6.649/79, visto que esta regula por inteiro a matéria, orientou-se na mesma linha de recente julgado desta Corte, consoante se constata no REsp nº 3.658, relatado pelo eminente Ministro Sálvio de Figueiredo, em cuja ementa se lê:

"**Locação. Imóvel não-residencial. Revogação do art. 1.196 do Código Civil. Recurso desprovido.**

Em face da sistemática introduzida pelo art. 4º da Lei 6.649/79 e do disposto na Lei de Introdução, revogado restou o art. 1.196 do Código Civil."

Desta forma, não tenho como configurada a violação da lei federal.

Quanto ao dissídio jurisprudencial verifico que este não atende aos requisitos do art. 255, parágrafo único, do RISTJ, mas, mesmo que assim não fosse, inviável seria o recurso, porquanto a tese do aresto recorrido acha-se encampada por esta Turma.

Em face do exposto não conheço do recurso, e, se conhecesse, lhe negaria provimento.

É o meu voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO (Presidente): Eminentes Colegas, também estou concorde com o eminente Relator. Apenas anotaria que a egrégia Terceira Turma deste Tribunal, no REsp nº 812, em decisão de 5 de dezembro do ano passado, aresto unânime, relator o eminente Ministro Gueiros Leite, deu diversa exegese à lei federal e entendeu que se encontra em vigor, portanto não revogado, o art. 1.196 do Código Civil. Assim posso deduzir da ementa, sob a seguinte redação:

"Recurso Especial. Locação. Arbitramento do aluguel de permanência. Aluguel de permanência é aquele arbitrado pelo locador, após o prazo de trinta dias da notificação do locatário para a desocupação do imóvel. O arbitramento, embora feito pelo locador, deve corresponder ao justo valor da renda cabível à época da indevida retenção do prédio.

Recurso conhecido e provido."

Destarte, a egrégia Terceira Turma afirma em vigor o art. 1.196 do Código Civil, apenas buscando evitar abusos do locador no arbitramento do aluguel a ser pago durante o período de indevida retenção do imóvel.

O SENHOR MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Aparte): V. Exa. permite-me um aparte? Quando do julgamento do Recurso Especial nº 3.658, a que se referiu o Eminente Ministro-Relator, foi salientado o aspecto de que havia um precedente da Terceira Turma em sentido contrário, porque a matéria é polêmica nos Tribunais. Foi salientado que, salvo engano, inclusive a parte trouxe à colação como paradigma este precedente.

O SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO (Presidente): Possivelmente, está aberto o ensejo aos embargos de divergência.

Feita essa observação, para uma futura — se necessária —, uniformização de jurisprudência, acompanho o Eminente Relator, não conhecendo do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 4.856 — SP — (90.0008652-3) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Fontes de Alencar. Recte.: Catharina Ragonha Bella. Recda.: Bra-Mar — Comércio de Bebidas Ltda. Advs.: Drs. Gastão Dellafina de Oliveira e outros e Raul Rodolfo Toso.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (4ª Turma: 02.10.90).

O Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro e Athos Carneiro votaram com o Relator. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Min. Bueno de Souza. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.

♦

RECURSO ESPECIAL Nº 5.210 - SP
(Registro nº 90.0009461-5)

Relator: *Ministro Sálvio de Figueiredo*

Recorrentes: *Atílio Vannuci Filho e cônjuge*

Recorridos: *Banco Brasileiro de Descontos S/A e outro*

Advogados: *Drs. Ferruccio Ferrari Netto e Anna Maria Graccione e outros*

EMENTA: ***Processo Civil. Execução. Penhora. Ampliação. Intimação. Necessidade. Sistema legal. Possibilidade e limitação dos embargos. Recurso conhecido e provido.***

I — Segundo a sistemática legal (CPC, art. 669), impõe-se a intimação do executado de cada penhora efetuada. Daí porque, em se tratando de ampliação de penhora (CPC, art. 685-II), imprescindível se faz a intimação do devedor.

II — Havendo nova penhora, há possibilidade de novos embargos, limitados, porém, aos seus aspectos formais.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 05 de março de 1991 (data do julgamento).

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Relator.

EXPOSIÇÃO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Nos autos do Agravo nº 2.491-SP, proferi a seguinte decisão:

"Vistos, etc.

Em execução hipotecária movida por instituições financeiras, agravou o casal executado contra o pronunciamento judicial (decisão) datado de 15.05.87 (fl. 29) que deferira a expedição de precatória, a ser cumprida em Guarujá, para avaliação e eventual praceamento de outro imóvel hipotecado tendo constado do requerimento (fl. 27) deferido que seria desnecessária a intimação pessoal da penhora, porque os executados já estariam "devidamente representados nos autos".

A eg. 2ª Câmara do 1º TACSP negou provimento ao recurso (fls. 36/37).

Interposto recurso extraordinário pela alínea *a* do art. 119, III, da Constituição anterior, foi o mesmo inadmitido, em 26.04.88 (fl. 48), ao fundamento de que "deixaram os recorrentes de indicar os dispositivos da Carta Magna que porventura teriam sido infringidos", pelo que incidiria o enunciado 284 da Súmula STF.

Chegando os autos ao Supremo Tribunal Federal por força da relevância argüida, ali o seu em. Relator, tendo por preju-

dicada a argüição mas não preclusa a matéria, e convertido o recurso em especial em face do novo sistema constitucional, determinou a remessa dos autos a este Tribunal.

Provejo o agravo para determinar o processamento do recurso como especial, uma vez que os recorrentes apontaram explicitamente o art. 669, do Código de Processo Civil, como vulnerado.

Aduzo nesta oportunidade que somente não converto o agravo em recurso especial, determinando a sua inclusão em pauta, autorizado pelo § 2º do art. 254 do Regimento da Casa, porque dos autos não constam cópias que esclareçam os termos dos embargos oferecidos quando da primeira penhora, realizada no distante ano de 1983 (fl. 44), muito embora tudo esteja a indicar que foram os mesmos oferecidos antes da expedição da precatória.

Restará, assim, quando do julgamento do recurso especial apreciar a tese da necessidade ou não de intimar-se o casal executado da nova penhora na eventualidade de já ter o mesmo ofertado embargos após a intimação da primeira penhora, matéria, diga-se de passagem, de fácil deslinde.

Em suma, dou provimento".

Por força dessa decisão, subiram os autos, resultando no recurso especial de que ora se cuida.

É o relatório.

VOTO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): Conheço do recurso e o provejo, tendo por vulnerado o art. 669 do Código de Processo Civil.

Afirmou o v. acórdão impugnado, em sua fundamentação:

"A decisão é mantida. A objeção e o recurso são protelatórios. Os agravantes não foram intimados da penhora, porque não eram residentes em Guarujá, onde se realizou (fls. 18 e verso). Entretanto, ficou suprida a lacuna com o oferecimento dos embargos, estando ambos, marido e mulher, representados nos autos (cf. fls. 8 e 43). A finalidade da intimação da penhora é, apenas, fluir o prazo de embargos, que tanto um quanto outro podem apresentar. Havendo embargos, fica suprida a falta de intimação".

Por seu turno, argumentou o Banco recorrido que sem razão o casal recorrente quanto à falta de intimação, pois "de acordo com o art. 669 do Codex o devedor é intimado para embargar a execução; ora, já estando ela embargada, despicienda é a intimação, como com acerto decidiu a Eg. Câmara".

Observaram, porém, os recorrentes, que "o que houve na realidade, é que, em primeiro lugar, houve a penhora do apartamento localizado em São Paulo, intimados os executados desse ato. Da intimação dessa penhora, no prazo legal, foram ofertados os embargos. Muito tempo após, depois de já embargada a ação, é que os recorridos fizeram extrair carta precatória para penhora de outro bem imóvel situado na Comarca de Guarujá. Desta segunda penhora, motivo da impugnação, é que os recorrentes não só não foram intimados, desconheciam a efetivação do ato, assim como não intimado o procurador judicial pela imprensa, conforme noutro ponto já denunciado".

Razão lhes assiste.

A circunstância do executado ser intimado de uma penhora e oferecer embargos à execução não significa que fique dispensado de outras penhoras que porventura venham a ser efetuadas. A cada nova penhora deve corresponder uma nova intimação, nos termos da sistemática expressa em lei (CPC, art. 669), até porque os embargos não se limitam a atacar apenas o título executivo, mas também os atos da execução, entre os quais se localiza o ato construtivo da penhora.

A propósito, por unanimidade proclamou o "VI Encontro Nacional dos Tribunais de Alçada" (Belo Horizonte, 1983, Anais), em sua conclusão nº 21:

> "Havendo segunda penhora, há possibilidade de novos embargos quanto a aspectos formais da mesma".

A fortiori, admissível, em princípio, o oferecimento de novos embargos, pelo que, também por esse ângulo se impõe a intimação após cada penhora.

Em conclusão, conheço do recurso e o provejo para reformar o v. acórdão e ensejar aos executados oportunidade, pelo prazo legal (10 dias), para o eventual oferecimento de embargos à nova penhora, observando que, em obséquio aos princípios da economia e da celeridade e à especial circunstância de que, **no caso**, já tiveram os devedores ciência da segunda constrição, a intimação possa ser pela via normal (CPC, art. 236), diretamente ao Procurador dos mesmos.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 5.210 — SP — (90.0009461-5) — Rel.: Min. Sálvio de Figueiredo. Rectes.: Atílio Vannuci Filho e cônjuge. Recdos.: Banco Brasileiro de Descontos S/A e outro. Advs.: Drs. Ferrucio Ferrari Netto e Anna Maria Graccione e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento. (4ª Turma — 05.03.91).

Votaram com o Ministro Relator os Srs. Ministros Barros Monteiro, Athos Carneiro e Fontes de Alencar.

Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Bueno de Souza.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.

♦

RECURSO ESPECIAL Nº 5.267 — SP
(Registro nº 900009576-0)

Relator: *O Sr. Ministro Costa Lima*
Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*
Recorrido: *Paulo Cesar Santana*
Advogada: *Severina Belo Rodrigues*

EMENTA: PENAL. "JOGO DO BICHO". CONTRAVENÇÃO. REQUISITOS. PRESCRIÇÃO.

1 — A falta de identificação do banqueiro ou do apostador não é motivo para deixar-se de punir quem é encontrado na posse de farto material destinado à prática do chamado "jogo do bicho".

2 — Recurso Especial conhecido e provido para se restabelecer a sentença.

3 — Prescrição da pretensão punitiva reconhecida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, para restabelecer a decisão monocrática e decretar extinta a punibilidade, face ao decurso do tempo, com base no art. 114 do Código Penal, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 05 de novembro de 1990 (data do julgamento).

Ministro FLAQUER SCARTEZZINI, Presidente. Ministro COSTA LIMA, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LIMA: O Ministério Público do Estado de São Paulo, não se conformando com o v. acórdão de fls. 89/90, proferido pela Décima Primeira Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, interpôs Recurso Extraordinário fulcrado nas alíneas *a* e *d* do inciso III, art. 119, da CF/67 (fls. 92/103), convolado em Especial, nos termos do r. despacho de fls. 111.

O acórdão recorrido absolveu o réu PAULO CESAR SANTANA, condenado no Juízo singular a seis (06) meses de prisão simples convertidos em multa, com espeque no art. 58 do Decreto-lei nº 6.259/44.

O recorrente alega infração a esse dispositivo legal e dissenso jurisprudencial, afirmando que a condenação do intermediário (cambista) do "jogo do bicho" prescinde da identificação do banqueiro e do apostador.

O processamento do Recurso Especial foi deferido no Tribunal *a quo*, face à existência dos permissivos constitucionais (fls. 121/122).

Opina o Dr. VICENTE DE PAULA SARAIVA, ilustrado Subprocurador-Geral da República, pelo provimento do recurso, adotando a tese do *parquet* local (fls. 135/136).

Relatei.

VOTO

EMENTA: PENAL. "JOGO DO BICHO". CONTRAVENÇÃO. REQUISITOS. PRESCRIÇÃO.

I — A falta de identificação do banqueiro ou do apostador não é motivo para deixar-se de punir quem é encon-

trado na posse de farto material destinado à prática do chamado "jogo do bicho".

II — Recurso Especial conhecido e provido para se restabelecer a sentença.

III — Prescrição da pretensão punitiva reconhecida.

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LIMA (Relator): A Décima Primeira Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo deu provimento ao recurso absolvendo o réu, porque "tratando-se de intermediário, mister se faz a identificação do banqueiro e do apostador" (fl. 90).

O Juiz sentenciante, apesar de considerar totalmente "demodé" o artigo 58 do Decreto-lei nº 6.259/44, conclui:... "os policiais prenderam o réu na posse do material relativo ao "jogo do bicho"... "Por outro lado, a segunda parte do laudo... comprova que os manuscritos apreendidos em poder de Paulo destinavam-se à prática do "jogo do bicho". (fls. 61/63).

Face aos termos do artigo 58, § 1º, letra *b*, da chamada Lei das Contravenções Penais, não é necessário a identificação do jogador ou do banqueiro, sendo suficiente a mera posse, guarda, ou ter em poder, "listas com indicação do jogo ou material próprio para a contravenção"...

Decidiu esta Turma:

"PENAL. CONTRAVENÇÃO DO JOGO DO BICHO.

A impossibilidade de identificação do "banqueiro" não impede a punição da prática contravencional pelo intermediador em poder do qual é apreendido farto material destinado a apostas.

Recurso especial conhecido pela letra *a* e provido para restabelecer-se a sentença condenatória, decretando-se, porém, a prescrição. (REsp nº 2.774-SP, Rel. Min. ASSIS TOLEDO, *in* DJU 20.08.90, p. 7.974)."

Conheço, pois, do recurso, e lhe dou provimento para restabelecer a sentença, que fixou a pena exclusivamente em multa.

Considerando que entre a última causa interruptiva — 09.09.88 — até esta data transcorreram mais de dois anos, decreto a prescrição da pena, de acordo com o artigo 114, do Código Penal.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 5.267 — SP — (900009576-0) — Relator: O Sr. Ministro Costa Lima. Recte.: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recdo.: Paulo Cesar Santana. Advogada: Severina Belo Rodrigues.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, para restabelecer a decisão monocrática e decretou extinta a punibilidade, face o decurso do tempo, com base no art. 114 do Código Penal. (em 05.11.90 — 5ª Turma).

Votaram de acordo os Srs. Mins. Assis Toledo, Edson Vidigal e Flaquer Scartezzini. Ausente o Sr. Ministro José Dantas. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FLAQUER SCARTEZZINI.

♦

RECURSO ESPECIAL Nº 5.333 — SP
(Registro nº 90097592)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves*
Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*
Recorrido: *Pedro Gabriel Felício*
Advogado: *Dr. Pedro Augusto Marcello*

EMENTA: Ministério Público. Recurso, em ação de investigação de paternidade, com pedido de alimentos, proposta pela mãe em nome do filho, menor impúbere. Legitimidade. Oficiando, em processos, como parte (órgão agente) ou como fiscal da lei (órgão interveniente), tem o Ministério Público legitimidade (ou interesse) para recorrer, sempre. Cód. de Pr. Civil, art. 499, § 2º. Recurso especial conhecido e provido, para que seja retomado o julgamento da apelação.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, em 22 de outubro de 1991 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Da ação de investigação de paternidade, com pedido de alimentos, por ela promovida representando o seu filho, menor impúbere, a autora desistiu, sem oposição do curador especial nomeado após o pedido de desistência. Homologado o pedido, daí a extinção do processo, apelou o Promotor de Justiça, mas o Tribunal de Justiça de São Paulo (3ª Câmara Civil) não conheceu da apelação, *verbis*:

> "Porém, não merece conhecimento o recurso.
>
> Atua o Ministério Público, apelante na hipótese, exclusivamente como *custos legis*, sem se comprometer com o prevalecimento de quaisquer dos interesses das partes em conflito.
>
> Quem, no caso, defende os interesses do menor, eventualmente colidindo com os de sua mãe e representante legal, nos termos do art. 9º, I, do CPC, é o Curador Especial nomeado pelo Magistrado, que está de acordo com a desistência da ação.
>
> Em suma, como já se decidiu, se o incapaz está regularmente representado, o órgão do Ministério Público funciona como simples fiscal da lei" (RJTJESP, 99/264; 90/210; 76/227).
>
> Portanto, se o Ministério Público atua apenas como *custos legis* e jamais como parte, na ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos, ao mesmo falta legitimidade para recorrer, em nome ou na defesa do menor investigante.
>
> No mesmo sentido, outrossim, o entendimento desta Terceira Câmara, manifestado no julgamento da Apelação Cível nº 70.389-1, Rel. Toledo Cesar (*in* RJTJESP, 104/174).
>
> Pelo exposto, não conhecem da apelação."

Daí o recurso extraordinário, com argüição de relevância, interposto pela Procuradoria-Geral da Justiça, envolvendo o art. 499, § 2º, do Cód. de Pr. Civil. Convertido em recurso especial, e admitido na origem, a Subprocuradoria-Geral da República, nesta Corte, opina pelo seu conhecimento e provimento.

Conclusos em 27.8.91.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): O recurso tem por negada a vigência do art. 499, § 2º ("O Ministério Público tem legitimidade para recorrer assim no processo em que é parte, como naqueles em que oficiou como fiscal da lei."), do Cód. de Pr. Civil, na medida em que o acórdão recorrido, distinguindo a atuação ministerial, entendeu que, na função como fiscal da lei, ao Ministério Público, no caso, faltaria legitimidade para recorrer.

2. Quanto à legitimidade, tem-na, sempre, o Ministério Público, como parte ou como fiscal da lei, pela expressão, e própria, do texto processual em causa. E quanto ao interesse para recorrer? Tem-no, desde que legitimada a sua atuação. Legitimidade e interesse se confundem, admitindo-se, em casos que tais, a plena função, no processo, do Ministério Público, como parte (órgão agente) ou como fiscal da lei (órgão interveniente).

3. Relativamente ao caso destes autos, vejam-se as razões da recorrente, de todo procedentes:

> "5. No caso dos autos, havia, porém, duas causas bastantes a justificar a intervenção do Ministério Público: uma, ligada à natureza da relação jurídica controvertida (questão de estado — art. 82, II, do CPC); outra, presa à qualidade de uma das partes da relação processual (o autor é incapaz — art. 82, I, do CPC).
>
> Tanto porque a questão de estado diz respeito com a ordem pública, tratando de direitos objetivamente indisponíveis, como porque um dos pólos da relação processual é ocupado por um menor impúbere, de cujos interesses não pode dispor seu representante legal, em ambas as hipóteses a intervenção ministerial ocorre em prol do zelo dos interesses indisponíveis do menor e da própria coletividade, dados os efeitos *erga omnes* da proclamação da questão de estado, objetivada neste feito.
>
> Em razão da questão de estado, pode o Ministério Público recorrer em prol da busca da correta aplicação da lei material e processual, independentemente de quem possa aproveitar seu recurso. Por isso que nas ações de estado pode recorrer em prol da procedência, da improcedência, ou até mesmo da carência, ou seja, em busca da correta aplicação da lei.
>
> Já quando o órgão ministerial intervém em razão da existência de interesse incapaz,
>
> > 'está finalisticamente destinado a proteger o interesse personificado que lhe legitima a intervenção (...). A inter-

venção ministerial só pode ser protetiva, para nada mais fazer do que velar por dita indisponibilidade, que está ligada direta e unicamente ao incapaz. Não teria o Curador de Incapazes sequer interesse processual para recorrer contra os interesses da pessoa cuja incapacidade legitimou sua intervenção no feito, porque, nesse caso, estaria zelando por interesses disponíveis da parte contrária, maior e capaz *Justitia*, 130/187; ART, 571/141, 568/109, 568/120, 569/135)' (Hugo Nigro Mazzilli, Curadoria de ausentes e incapazes, p. 27-28, ed. Associação Paulista do Ministério Público, São Paulo, 1988).

Segundo a autorizada Lição de Cândido Rangel Dinamarco,

'a figura processual do Ministério Público, neste caso, é a de assistente, aquele que ingressa no processo *ad coadjuvandum*; por razões que no momento não interessam, o legislador considera o incapaz mais fraco dentro do processo e é preciso que essa fraqueza seja compensada. É por isso que intervém o Ministério Público, para compensar a fraqueza e, portanto, para reforçar a parte.' (*op. cit.*, p. 98).

Diz ainda o ilustre Professor que, sendo assistente do incapaz, cumpre ao órgão do Ministério Público ajudá-lo, de modo a aumentar suas probabilidades de ganho 'podendo, inclusive, recorrer (CPC, art. 499)' (*op. cit.*, p. 332).

Desta forma, mesmo que se aceite a dualidade de formas de atuação ministerial no processo civil (como órgão agente e como órgão interveniente, ou, como querem alguns, como 'parte' e como 'fiscal da lei'), em ambas as hipóteses tem ele a ampla possibilidade de recorrer, apenas balisado pela defesa do interesse público indisponível que lhe legitimou a própria intervenção.

Desta forma, com a devida vênia, de forma alguma seria adequado utilizar-se a distinção estabelecida no ven. acórdão ora recorrido, que negou a legitimidade recursal do órgão do Ministério Público, justamente quando o Promotor de Justiça manifestou corretamente sua inconformidade com a desistência de uma ação de estado, formulada pela representante legal de um incapaz impúbere, desistência essa que contou desde a primeira ocasião com sua imediata discordância e com sua oportuna inconformidade recursal. Aliás, a inconformidade recursal estava perfeitamente harmônica com a orientação do próprio Pretório Excelso. Com efeito, o próprio Supremo Tribunal Federal já ti-

nha asseverado que, por tratar-se de direito indisponível, sequer poderia ter sido homologada a desistência da ação de investigação de paternidade, formulada pelos autores, absolutamente incapazes, representados pela mãe, se à aludida desistência se opusera o órgão do Ministério Público (cf. RTJ 70/826; no mesmo sentido, cf. RJTJESP 73/229).

Por tais motivos, injustificável, com a devida vênia, a restrição estabelecida no ven. acórdão recorrido. Já que o legislador processual civil conferiu legitimidade recursal genérica ao Ministério Público, cabe lembrar que *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus.*"

4. Já dediciu este Tribunal, em sua 1ª Seção, conforme essas ementas:

"Processual. Recurso. Ministério Público. Legitimidade para recorrer.

I — O CPC é incisivo sobre ter o Ministério Público Federal legitimidade para recorrer, tanto como parte ou como fiscal da lei (CPC, art. 499, § 2º).

II — Recurso provido." (REsp-4.114, DJ de 3.12.90, Sr. Ministro Geraldo Sobral).

"Recurso Especial — Ministério Público — Legitimidade — O Ministério Público tem legitimidade para recorrer, seja como parte ou fiscal da lei. Os recursos são os mesmos de que dispõem as partes. A única ressalva decorre do art. 500 do CPC, quanto ao recurso adesivo." (REsp-6.795, DJ de 4.3.91, Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro).

"Processo Civil — Ministério Público — Recurso — Legitimidade — Art. 499, § 2º do CPC.

Mesmo quando atua como *custos legis* tem o Ministério Público legitimidade para recorrer, máxime quando, em ação acidentária, busca resguardar direito do obreiro.

Recurso provido." (REsp-8.038, DJ de 06.5.91, Sr. Ministro Américo Luz).

5. Lembrou ainda a recorrente o seguinte:

"Aliás, o Egrégio Supremo Tribunal Federal já negou às expressas os efeitos da distinção que procurou fazer o ven. acórdão recorrido. Com efeito, o Pretório Excelso, dando a interpretação do art. 188 do CPC, já proclamou que, seja órgão agente, seja órgão interveniente (ou, como se preferir, seja 'parte', seja

'fiscal da lei'), terá o Ministério Público, sempre, o mesmo prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer (cf. RE 93.531-1-SP, Rel. Ministro Oscar Correa, DJU de 01.07.83, p. 9.998; RE 94.064-2-SP, Rel. Ministro Néri da Silveira, DJU de 17.12.82, p. 13.209)."

6. Por considerar ofendido o aludido art. 499, § 2º, conheço do recurso especial e lhe dou provimento, para que o Tribunal *a quo* retome o julgamento da apelação, como for de direito.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 5.333 — SP — (90097592) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Pedro Gabriel Felício. Advogado: Dr. Pedro Augusto Marcello.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento (3ª Turma — 22.10.91).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Dias Trindade, Waldemar Zveiter e Cláudio Santos. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.

♦

RECURSO ESPECIAL Nº 6.057 — SP
(Registro nº 90114888)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Geraldo Sobral*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Waldemar Mancini*

Advogados: *Drs. Oscar de Mello Netto e outro e Roberto Francisco Fett Júnior e outro*

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. INDENIZAÇÃO. PARCELAS EM ATRASO. INCIDÊNCIA. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA.

I — Considerando que "a própria autarquia pagou ao ora recorrido os atrasados, é claro que não

ocorreu a prescrição. E, naturalmente, assim procedeu porque levou em conta que o recorrido estivera acometido de doença mental, por isso que incidente o disposto no art. 169, I, do CPC, segundo o qual não corre prescrição contra o incapaz. Destarte, se o principal não estava prescrito, também não estava o acessório, que é atualização dele, impondo-se, assim, os juros de mora".

II — A correção monetária, em decorrência de atos ilícitos, é devida desde quando não satisfeita a obrigação, em razão de sua natureza alimentar.

III — Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 22 de maio de 1991 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro GERALDO SOBRAL, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL: Trata-se de Recurso Especial interposto pela FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, com fulcro na letra *a*, item III, do art. 105 da Constituição Federal, eis que irresignada com o v. aresto do Tribunal de Justiça de São Paulo que, reformando a sentença monocrática, condenou a ora recorrente a pagar, em indenização, a Waldemar Mancini, juros de mora e correção monetária, a partir de 1964, sobre os proventos de aposentadoria pagos em atraso.

Aduz a ora recorrente, ao seu prol, que o acórdão recorrido negou vigência ao art. 1º do Decreto nº 29.910/32, porque determinou indigitado pagamento vinte e três anos após a interrupção do pagamento sendo certo que, se houvesse a atualização monetária, teria que ser abrangen-

te, apenas, aos cinco anos anteriores ao pagamento administrativo dos proventos atrasados, que se fez em 10.11.87.

Impugnação pela mantença do v. acórdão recorrido, pela mantença da r. sentença monocrática, fls. 269/270.

Nesta instância, parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL (Relator): Adoto, como razão de decidir, o judicioso parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, *in verbis*:

"Sem razão o recorrente.

O recorrido Waldemar Mancini foi aposentado por invalidez em 1957, mas os seus proventos deixaram de ser pagos em setembro de 1963, até outubro de 1986, sob a alegação de não ter sido localizado pela recorrente.

Em 10/11/86 foi regularizada a sua situação, recebendo os proventos em atraso, mas sem a atualização monetária.

Ora, conforme acentuou o acórdão de fl. 260, se a recorrente pagou-lhes os atrasados é porque não reconheceu a prescrição. E, naturalmente, assim procedeu porque levou em conta que o recorrido estivera acometido de doença mental, tendo sido internado em hospitais psiquiátricos, dando aplicação ao disposto no art. 169, I, segundo o qual a prescrição não ocorre contra o incapaz.

Em conseqüência, se o principal não estava prescrito, também não estava o acessório, que é atualização dele e a imposição de juros de mora.

Por outro lado, já é cediço na jurisprudência e na doutrina, que a correção monetária, em decorrência de atos ilícitos, é devida desde quando não satisfeita a obrigação, em razão da sua natureza alimentar.

O parecer, assim, é pelo conhecimento e improvimento do recurso especial." (fls. 291).

Isto posto, nego provimento ao recurso.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 6.057 — SP — (90114888) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Geraldo Sobral. Recte.: Fazenda do Estado de São Paulo. Recdo.: Waldemar Mancini. Advs.: Drs. Oscar de Mello Netto e outro e Roberto Francisco Fett Júnior e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso. (em 22.05.91 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Garcia Vieira e Pedro Acioli participaram do julgamento. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.

♦

RECURSO ESPECIAL Nº 6.315 — RJ
(Registro nº 90.0012168-0)

Relator: *Ministro Sálvio de Figueiredo*

Recorrentes: *Eliel Pereira Hemerly e cônjuge*

Recorridos: *Gilberto Cavalcanti Rabello e outro*

Advogados: *Drs. Rodolfo Rodrigues de Vasconcellos, Alcino Guedes da Silva e outros*

EMENTA: Direito e Processo Civil. Direito das Obrigações. Resolução contratual. Perda das prestações pagas. Necessidade de pedido explícito. Julgamento "ultra petita." Recurso conhecido e provido.

Segundo a regra contida no brocardo latino, a refletir a visão atual do princípio dispositivo, agasalhado nos arts. 128 e 460, CPC, *iudex secundum allegata partium iudicare debet.*

Ofende o direito vigente a decisão judicial que condena o promissário-comprador à perda das prestações pagas se da inicial da causa não consta expressamente pedido a respeito (CPC, art. 293).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 09 de outubro de 1991 (data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Relator.

EXPOSIÇÃO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Os recorridos ajuizaram ação de "resilição" de promessa de contrato de compra e venda de imóvel, fundada no inadimplemento das obrigações do comprador em integralizar o restante do preço, tendo o MM. Juiz julgado procedente o pedido determinando a dissolução do negócio, com aplicação da pena contratual de perda para o vendedor das importâncias pagas pelo comprador, com a conseqüente reintegração dos autores na posse do imóvel objeto da avença.

Os réus opuseram embargos declaratórios, para esclarecimento do ponto concernente às prestações do financiamento do imóvel, junto à Caixa Econômica Federal, que vinham pagando em nome dos autores.

Rejeitados os embargos com a incisiva observação de que o dispositivo da sentença, aludindo à "perda integral dos valores anteriormente pagos", estaria englobando quaisquer pagamentos anteriores, quer seja direto aos autores ou "mediante pagamento, em nome destes, à Caixa Econômica Federal".

Inconformados, os réus interpuseram apelação, sem lograr sucesso, perante a eg. Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que lançou no v. aresto a seguinte ementa:

> "Compromisso de compra e venda. Rescisão por inadimplência dos compradores. Falta de pagamento do preço. Ilícito contratual. Cabe rescindir-se o compromisso de compra e venda, verificada a inadimplência dos compradores no pagamento do preço. Em se tratando de ilícito contratual, por culpa dos compradores, é devida a pena convencional, a título de perdas e danos, consistente na perda das quantias pagas. Apelação desprovida".

Rejeitados os embargos declaratórios, os réus, ainda inconformados, manifestaram recurso extraordinário, com argüição de relevância da questão federal.

Inadmitido o recurso e determinado o processamento da argüição, o em. Terceiro Vice-Presidente abriu ensejo aos recorrentes para desdobramento do recurso, o que foi efetuado. Posteriormente, indeferiu o apelo, ensejando a manifestação do agravo.

O recurso especial, em suma, traz como fundamento a alegação de negativa de vigência aos artigos 963, 964 e 1.097, do Código Civil, 2º, 125, I, 128, 282, IV, 286, 293 e 460, do Código de Processo Civil, além de dissídio jurisprudencial, no que pertine à inteligência dos artigos 128 e 460 CPC.

Dei provimento ao agravo para melhor exame do recurso especial.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opina no sentido do "improvimento" do recurso, ao fundamento de que

> "Não se vislumbra, com efeito, o alegado julgamento — *extra petita* posto que desde antes da propositura da ação, os réus, ora recorrentes, foram notificados na conformidade do Dec.-lei nº 745/69, para pagamento das prestações em atraso, sob pena de resilição do contrato, com reversão da posse do imóvel e de todas as importâncias pagas em favor dos ora recorridos. Trata-se de pena convencional expressamente prevista no contrato em caso de inadimplência".

É o relatório.

VOTO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): Cuida-se de recurso manifestado contra decisão que, ao desprover a apelação, manteve o dispositivo da sentença, no sentido da resolução da promessa de compra e venda de imóvel, por culpa do comprador, com a conseqüente perda das parcelas já pagas, em favor dos alienantes.

Afasto, inicialmente, a alegada violação dos artigos 963, 964, 1.097 do Código Civil, tendo em vista que a constatação da ocorrência de fato ou omissão imputável ao devedor, para fins de caracterização da mora (CC, art. 963), a verificação do recebimento indevido ou cumprimento de condição (CC, art. 964), bem como a perda das arras por culpa de quem as deu (CC, art. 1.097), são questões que envolvem o reexame do conjunto probatório, inadmissível em sede de recurso especial, a teor do verbete nº 7 da jurisprudência sumulada desta Corte.

De igual modo não prospera a alegação de violação do artigo 2º do Código de Processo Civil, tendo em vista que a tutela jurisdicional foi prestada mediante provocação dos autores.

O escopo perseguido pelo disposto no art. 2º do CPC, como cediço, é a consagração do brocardo latino *ne procedat iudex ex officio*, inocorrente na espécie à vista da propositura da ação.

Por outro lado, todavia, não vejo como afastar a constatação de que a r. sentença, assim como o v. aresto, que a confirmou, decidiram além do pedido formulado na exordial, ao arrepio da regra do princípio dispositivo *iudex secundum allegata partium iudicare debet*.

A todas as luzes a perda das parcelas pagas, inclusive aquelas pagas diretamente ao agente financeiro, por conta dos alienantes, constitui gravame excessivo demais para ser compreendido como pedido implícito, aqui registrada a atilada observação do ilustre Procurador de Justiça, Dr. Celso Fernando de Barros, à fl. 300, que

> "o preço do imóvel prometido vender foi quase integralmente pago, nos prazos contratuais. A fração não paga, aliás, ínfima, foi objeto de depósito judicial antes do vencimento. A boa-fé do promitente-comprador não pode deixar de ser levada em conta. Na verdade, o Apelante foi inadimplente por erro de natureza meramente técnica. Pagou quase tudo. Quis pagar tudo. Depositou o que faltava pagar. Mas não conseguiu pagar. Dificilmente se encontra um episódio de descumprimento de contrato tão desprovido de reprobabilidade moral".

Impende interpretar restritivamente o pedido, segundo o comando estampado no art. 293 do Código de Processo Civil, somente se admitindo como implícitos aqueles expressamente consignados na norma, tais como juros, prestações periódicas (art. 290) e correção monetária, esta consoante construção pretoriana assente nesta Corte.

In casu, a resolução do contrato é que foi requerida às expressas. Já a perda das parcelas pagas decorre de interpretação extensiva daquele pedido, que sofreu elastério ainda maior no que tange à amortização do mútuo celebrado com o agente financeiro. Vê-se, a propósito, que o MM. Juiz reconheceu a inexistência do pedido específico concernente à perda das parcelas já pagas quando, na fundamentação da sentença, asseverou, *verbis*:

> "... perda esta não especificamente pleiteada na inicial, mas que, em ordem conseqüencial ditada pela resolução da avença preliminar há que ser solucionada neste *decisum*".

No mesmo sentido, colhe-se do douto voto condutor do v. acórdão recorrido:

> "Desse modo, embora não pedido expressamente na inicial, as perdas e danos são devidas em se tratando de ilícito contratual..."

Razão assiste aos recorrentes quando, fortes em Pontes de Miranda, sustentam haver o *decisum* transbordado da faixa dentro da qual poderia o Judiciário prestar a sua tutela, cujos limites são definidos pelo pedido.

Conforme a sentença, e já assinalado, o exame desse aspecto, à míngua de provocação do autor, seria ditado pela "ordem conseqüencial" que a resolução do contrato implica. Não se me afigura, porém, correta a ilação, tanto mais porque se sabe que a resolução de um contrato nem sempre induz essa conseqüência. Basta lembrar a resolução por nulidade ocorrida na sua formação, cuja conseqüência é o retorno das partes ao *status quo ante*. Ademais, cuidando-se de direito eminentemente disponível, pode a parte requerente dele abrir mão ou renunciar, por força do princípio dispositivo que o rege. Por isso, não poderia o Judiciário pronunciar-se sobre esse aspecto, impondo condenação (que, nos termos da impugnação, gira em torno de mais de noventa por cento do valor do imóvel), sem que haja sido expressamente formulada na inicial, valendo aqui trazer à colação a norma translúcida do art. 128, CPC, segundo a qual "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".

Assim agindo, a meu sentir, o MM. Juiz e a eg. Segunda Câmara Civil se posicionaram às testilhas com o estatuído nos arts. 128 e 460 do Código de Processo Civil, negando-lhes vigência.

Em face do exposto, conheço do recurso pela alínea *a* do permissivo constitucional e o provejo para decotar da condenação a parte não explicitamente postulada na inicial da causa, distribuindo entre as partes os ônus da sucumbência.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 6.315 — RJ — (90.0012168-0) — Rel.: Min. Sálvio de Figueiredo. Rectes.: Eliel Pereira Hemerly e cônjuge. Recdos.: Gilberto Cavalcanti Rabello e outro. Advs.: Drs. Rodolfo Rodrigues de Vasconcellos. Dr. Alcino Guedes da Silva e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (4ª Turma — 09.10.91).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Barros Monteiro e Fontes de Alencar.

Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Bueno de Souza e Athos Carneiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

♦

RECURSO ESPECIAL Nº 6.528 — RJ
(Registro nº 90126029)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves*

Recorrentes: *Laura Carolina Caetana Bransford de Oliveira e Borges e outros*

Recorridos: *João Fontoura Borges Filho e outro*

Advogados: *Drs. Sebastião Alves dos Reis Júnior e outros e Washington Bolívar de Brito Júnior e outros*

Sust. Oral: *Drs. Sebastião Alves dos Reis Júnior, pelos recorrentes, e Washington Bolívar de Brito Júnior, pelos recorridos*

EMENTA: Inventário. Partilha em vida/doação. Pretensão de colação. Assentado tratar-se, no caso, de partilha em vida (partilhados todos os bens dos ascendentes, em um mesmo dia, no mesmo Cartório e mesmo livro, com o expresso consentimento dos descendentes), não ofendeu os arts. 1.171, 1.785, 1.786 e 1.776, do Cód. Civil, acórdão que confirmou sentença indeferitória da pretensão de colação. Não se cuidando, portanto, de doação, não se tem como aplicar princípio que lhe é próprio. Inocorrentes ofensa à lei federal ou dissídio, a Turma não conheceu do recurso especial.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 11 de junho de 1991 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Processo de inventário foi julgado extinto, ao fundamento de que já partilhados os bens em vida pelos ascendentes, inexistiria outros bens a inventariar. Foi o pedido de abertura da sucessão requerido inicialmente por neta-herdeira, filha de filho à época falecido, com oposição, nós autos, dos filhos-herdeiros. E a sentença acabou confirmada por este acórdão, em apelação agora dos três netos:

> "Cada qual dos três apelantes e dos dois apelados foi contemplado com uma parcela dos bens até então pertencentes aos avós dos primeiros e pais dos segundos. As cinco escrituras públicas encontram-se devidamente registradas no Cartório Imobiliário e, dessarte, são os litigantes, em conjunto, proprietários da totalidade dos bens que se pretendem trazer à colação, por expressa pretensão dos apelantes, para que se confiram as legítimas.
>
> Há, dessa maneira, a preliminar necessidade de se dar a devida qualificação aos fatos, e isso foi, desde o início do processo, percebido pelos dignos patronos dos litigantes, pois, enquanto os netos sustentam tratar-se de doação, os filhos vislumbram a existência de partilha antecipada. E, ao contrário do que pensam os apelantes, haverá conseqüências práticas desse enquadramento legal, pois, se se tratar de doação, a pretensão dos netos será viável, ante o estatuído no artigo 1.786, enquanto que o mesmo não se dará se se optar pela tese da partilha em vida.
>
> Assim ocorre porque, de direito estrito, a regra do artigo 1.786 do Código Civil não pode ser ampliada, de maneira a abranger, também, os bens adquiridos por partilha em vida.
>
> Abordando o tema entre nós, Carvalho Santos (Código Civil Interpretado, volume XXIV, 9ª edição, 1974, pg. 391) mostra que, entre as várias teorias que procuram explicar a natureza jurídica do instituto, sustenta uma delas que os bens assim distribuídos se consideram saídos do patrimônio do partilhante, de modo tão completo como se fossem alienados a título oneroso, donde

ser uma das conseqüências, ante o exposto, a seguinte: os bens distribuídos não estão submetidos à obrigação de colacionar.

A doutrina, a respeito, é preponderante.

Assim, o sempre acatado professor Washington de Barros Monteiro (**Curso**, 11ª edição, volume nº 6, pg. 313), citado pelos apelados a fls. 485, observa: 'não se perca de vista, outrossim, que a colação só se legitima nos casos de dote ou doação, nos termos do art. 1.786 do Código Civil e não na hipótese da partilha em vida.'

O clássico Carlos Maximiliano, por seu turno (**Direito das Sucessões**, volume III, 4ª edição, pg. 23, nº 1.179), pondera: 'No caso do que vulgarmente denominam doação-partilha, não existe dádiva, porém inventário antecipado, em vida; não se dá colação; rescinde-se ou corrige-se a partilha, quando ilegal ou errada.'

Portanto, e com a devida vênia de respeitáveis opiniões em contrário, não é o caso de colação; e, se eventuais prejuízos às legítimas dos herdeiros necessários importarem em violação do disposto no artigo 1.776 do Código Civil, claro está que essas circunstâncias terão que ser demonstradas em via judicial apropriada, não no caso de inventário. Afinal, se não há bens a serem partilhados, não há necessidade de inventário; e, se a aquisição dos bens não se deu por doação ou dote, a regra do artigo 1.786 não incide, e a pretensão à colação haverá que ser indeferida, pois a partilha em vida versou sobre a totalidade dos bens dos disponentes.

Passa-se, pois, à qualificação jurídica dos mencionados atos-negociais.

A tese da partilha antecipada, ou em vida, merece aceitação no vertente conflito de interesses.

O exame das doutrinas que procuram conceituar o negócio jurídico mostra que uma parte dos juristas conceitua o instituto pela sua origem, enquanto que outra o faz no que concerne à sua função. No primeiro caso, surgiram as teorias voluntaristas, e, no segundo, as teorias preceptivas ou objetivistas. As próprias expressões usadas pelos doutos (autonomia da vontade e auto-regulamentação de interesses privados) mostra a bifurcação das duas grandes correntes que se defrontam no exame desse instituto que constitui o próprio centro da Parte Geral do Código Civil Brasileiro.

Há um ponto comum, todavia, entre os estudiosos do tema: o negócio jurídico pressupõe uma vontade declarada e, assim, de mister pesquisar-se a intenção das partes, cuja prevalência sobre a interpretação meramente literal é realçada pelo legislador (Código Civil, artigo 85). Logo, quando houver contraste entre a significação que se deduz das palavras e a que se depreende da vontade, segundo a natureza e o fim da declaração, prevalece esta última (cf. Chironi e Abello, **Trattato di Diritto Civile Italiano**, volume I, pg. 405).

Seguindo essa esteira de raciocínio, verifica-se que, em cada uma das cinco escrituras, os outros quatro herdeiros compareceram ao ato, dizendo, expressamente, que nada tinham a opor. Por essa cautela dos disponentes, só exigível por lei nos contratos de compra e venda (CC, artigo 1.132) e troca (CC, artigo 1.164, II)? Por que essa providência, insista-se, se nas doações inexiste idêntico preceito legal?

A resposta só pode ser uma: os disponentes não quiseram doar, mas sim distribuir, através de partilha em vida, todos os seus bens, obtendo — porque necessário à sua validade — o expresso consentimento dos descendentes.

Por outro lado, as cinco escrituras de 'doação' foram realizadas no mesmo dia, no mesmo Cartório, no mesmo livro, e o fato de, em cada uma delas, comparecerem, declarando não se oporem, os outros quatro descendentes, mostra a real intenção dos disponentes: ligar as escrituras, juntando todas as declarações de vontade em um ato único, incindível e irretratável, e consubstanciado na partilha de todos os bens.

Essa distribuição propiciou que, com o registro, os cinco descendentes, que apenas tinham a esperança de um dia se transformarem em herdeiros, se tornassem, desde logo, proprietários dos imóveis.

Ademais, e já que em direito sucessório há sempre que prevalecer, nos limites da lei, a vontade do *de cujus*, nada mais lógico que se examinar o que disse João Fontoura Borges, quando do requerimento de abertura de inventário de sua mulher Amália (fls. 11/6). Mostra ele — e a afirma — sua intenção de partilhar, ainda em vida, todos os seus bens e que assim, embora se usasse a expressão 'doação', o que houve fora uma partilha antecipada. É uma interpretação quase que autêntica do negócio jurídico, efetuada por quem foi o disponente, por ato em que nada cobrou, reservando-se, apenas, o usufruto vitalício — hipótese,

aliás, comum nas partilhas antecipadas, tão comum que até objeto de modelo por Cândido de Oliveira Filho, em sua antiga **Prática Civil**, volume XV, **Direito das Sucessões**, 1943, pgs. 214/5. A reserva de usufruto era vital para a subsistência dos disponentes, e o fato de gravarem os bens dos netos, com inalienabilidade até completarem 60 anos, constitui cláusula lícita, que nem impugnada com seriedade o foi.

Parece que os ascendentes, lembrando as palavras de Laurent, queriam o exercício da mais doce magistratura, instituída no seio da família, para nela manter a paz e a concórdia. Puro engano, pois, como assinala HUC (**Comm. Cód. Civ. Fr.** vol. VI, nº 425), é preciso reconhecer que essa doce magistratura não funciona com agrado dos interessados; que a partilha de ascendente, cujo fim era fazer cessar os processos, é, pelo contrário, uma fonte inesgotável de ódios e discórdias, como testemunha a jurisprudência, e que é lícito perguntar se não foi ela um funesto presente do legislador.

Poder-se-ia objetar que, apesar da intenção dos ascendentes, a declaração volitiva não poderia corresponder a uma partilha antecipada, pois estaria ferido o requisito da forma.

Mas é de ponderar-se que, ante as regras dos artigos 129 e seguintes do Código Civil, se orientou o legislador, como norma, pela liberdade das formas e, como exceção, à observância de certas solenidades que, por serem excepcionais, são expressamente previstas — e de modo exaustivo, e não meramente exemplificativo — pelo próprio ordenamento jurídico civilístico.

Na hipótese, é claro que, em se cuidando de bens imóveis, a solenidade a exigir-se era a escritura pública. Mas pretender-se, como querem os apelantes, que a escritura fosse única é ir além, pois essa exigência não consta da lei. O importante não é o número de escrituras, mas o seu conjunto harmônico, formando esse ato complexo um todo incindível, de tal modo que a validade de uma disposição estivesse condicionada à validade das demais. E isso ocorreu, ante o já exposto.

Sustentam, ainda, os apelantes que, por ser menor, ainda que púbere, uma das netas por ocasião dos malsinados atos, a partilha seria nula, ante o estatuído no artigo 1.774 do Código Civil.

A matéria, mais uma vez, presta-se a controvérsias, mas a douta sentença, sempre com precisão, a enfrenta: 'a partilha em vida pressupõe que os titulares do patrimônio dividido estejam

vivos e, em conseqüência, partilha em que ainda não há herdeiros, mas tão-somente descendentes sucessíveis, donde a inaplicabilidade da exigência de ser judicial a partilha.' (fls. 436).

A douta sentença estriba-se, no que tange a precedentes doutrinários, em Carlos Maximiliano, ao qual os apelados aglutinam os trabalhos de Astolfo de Resende, Cândido Naves e Estevam de Almeida, este último prestigiado por Cândido de Oliveira Filho (obra e volume citados, pgs. 229 e seguintes).

Dispensável, pois, a exigência de curador, sendo válido o ato, mormente porque, como bem assinalou mais uma vez a douta sentença apelada, a menor Glória foi assistida por sua genitora, que, melhor do que ninguém, estava em condições de velar por seus interesses.

Seria rigor excessivo, portanto, como demonstrou o brilhante magistrado Luiz Murillo Fábregas (fls. 280), exigir-se que o ato fosse judicial ou precisasse da presença de curador especial.

Afinal de contas, as invalidades dos negócios jurídicos constituem medida excepcional e, assim, devem ser interpretadas restritivamente as normas jurídicas que, nesse sentido, fulminam os atos-negociais, sob pena de sua violação.

A totalidade dos bens dos ascendentes, como se viu, foi partilhada em vida. Sem sentido, dessarte, o inventário é improsperável a pretensão à colação.

Daí porque se mantém a sentença apelada, cujos fundamentos completam o presente, na forma regimental."

2. Veio recurso extraordinário, com argüição de relevância: pela anterior alínea os recorrentes deram por ofendidos os arts. 1.171, 1.785, 1.786 e 1.776, do Cód. Civil ("a colação é cabível ainda que tenha sido feita pelos inventariados uma partilha em vida"); pela anterior alínea *d*, apontaram dissídio com acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que se acha transcrito na RTJ-103 a partir da página 746.

3. Pelo despacho de fl. 559 restou prejudicada argüição de relevância e transformado o recurso extraordinário em recurso especial, e este acabou sendo admitido pelo fundamento da alínea *c*.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Na origem, o recurso teve admissão pelo fundamento da alínea *c*. "Quanto ao dissí-

dio pretoriano" — disse o despacho — "tem-se como configurado, por ter o aresto colacionado dado decisão distinta do ora afrontado, ao posicionar-se em favor da necessidade da colação, no caso de partilha antecipada, por equiparar essa a uma doação".

2. O acórdão paradigma, do Tribunal de Justiça paulista, tornara-se objeto do RE-94.512, daí a citação, pelos recorrentes, da RTJ-103 como repositório, porque nela tal acórdão encontra-se transcrito. Do recurso extraordinário o Supremo Tribunal Federal não conheceu, em decisão com essa ementa, no pertinente: "Recurso extraordinário. Reexame de prova. Inventário. Partilha em vida. Doação. Colação. — Estabelecido pelo acórdão recorrido tratar-se, na hipótese, não de uma partilha em vida, mas de uma doação, é impossível na via extraordinária dar uma qualificação diversa do negócio jurídico por depender de reexame de profundidade de elementos fáticos". Eis passagem do voto do Sr. Ministro Rafael Mayer (relator):

> "Por outro lado, o acórdão recorrido estabelece como premissa tratar-se, na hipótese, não de uma partilha em vida, mas de uma doação, sendo impossível, nesta instância, uma qualificação diversa do negócio jurídico, tão dependente estaria de um reexame em profundidade de elementos fáticos. Se de doação se trata, importando adiantamento da legítima (art. 1.171 do CC), segue-se a obrigação de conferi-los, nos termos dos arts. 1.786 e 1.787, não admitido pelo acórdão que houvesse manifestado dos doadores no sentido da dispensa da colação." (pág. 751).

3. Comparados os casos, verifico, no entanto, que um se distingue do outro, e em aspecto de relevo: no presente caso, a espécie é de partilha em vida, por definição do acórdão recorrido, até aceita pelos recorrentes, como adiante se verá, ao passo que, no aresto colacionado, tratou-se de doação, qual a definição do acórdão local, sem revisão na instância última. Negócios jurídicos diversos portanto, donde diversas as conseqüências. Vê-se, assim, que não se cuidando de espécies análogas, segue-se inexistir o dissenso.

4. Quando da interposição do recurso extraordinário, os recorrentes, na argüição de relevância, deixaram assentado que se trata, a hipótese destes autos, de hipótese tormentosa. Alegaram que a doutrina tem admitido a colação, "ainda no caso de partilha em vida", sendo, a propósito do assunto, escassa a jurisprudência. Consideraram, no corpo do recurso, que, da interpretação dos aludidos arts. 1.171, 1.785, 1.786 e 1.776, de forma conjugada e harmônica, pode-se admitir conclusão diferente da do acórdão recorrido, a saber, "a de que a colação é cabível ainda que tenha sido feita pelos inventariados uma partilha em vida".

Foi por isso, linhas atrás, que afirmei que nem os recorrentes duvidam mais da qualificação jurídica do negócio dada pelas instâncias ordinárias.

5. Definido, pois, o negócio em questão como partilha em vida ("os disponentes não quiseram doar, mas sim distribuir, através de partilha em vida, todos os seus bens, obtendo — porque necessário à sua validade — o expresso consentimento dos descendentes", do acórdão, fls. 518/9), não vejo como escapar da ponderação do Desembargador Fernando Whitaker, ao notar a inviabilidade do recurso pela alínea *a*, *verbis*:

> "Não se constatam as negativas de vigência, cuidando-se, sim, de razoável interpretação dada às normas, haja vista ter o aresto examinado acuradamente a questão para concluir no sentido de que teria havido uma partilha antecipada, embora nominada como doação, por terem sido distribuídos todos os bens, em um mesmo dia, no mesmo Cartório e mesmo livro, com o expresso consentimento dos descendentes, não a desvirtuando o fato de terem sido feitas através de cinco escrituras e não de uma única, além de ter a menor sido assistida por sua genitora, considerando-se, ainda, ter o decisório buscado robustos subsídios doutrinários, para excluir a colação e apontar outra via judicial, que não o inventário, para a apuração de eventuais prejuízos às legítimas, pelo que se tem como incidente a Súmula 400 do Egrégio Supremo Tribunal Federal."

6. Vou além: na espécie em comento, irrepreensível, ao que suponho, a conclusão das instâncias ordinárias. É que não se cuidando, como não se cuida, de doação, não se tem como aplicar o citado art. 1.786, que limita, de modo expresso, a conferência às hipóteses de doação e de dote.

7. Certo que muito se discute se a partilha em vida equipara-se a uma doação. Quem entende que sim, preocupa-se, ao que suponho, com o respeito à legítima do herdeiro necessário. Mas, sobre este ponto, sublinhou o acórdão, ao aconselhar o uso da via judicial apropriada:

> "Portanto, e com a devida vênia de respeitáveis opiniões em contrário, não é o caso de colação; e, se eventuais prejuízos às legítimas dos herdeiros necessários importarem em violação do disposto no artigo 1.776 do Código Civil, claro está que essas circunstâncias terão que ser demonstradas em via judicial apropriada, não no caso de inventário. Afinal, se não há bens a serem partilhados, não há necessidade de inventário; e, se a aquisição dos bens não se deu por doação ou dote, a regra do artigo 1.786 não incide, e a pretensão à colação haverá que ser indeferida, pois a partilha em vida versou sobre a totalidade dos bens dos disponentes."

8. Inocorrentes a ofensa à lei federal ou o dissídio, não conheço do recurso especial.

VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Sr. Presidente, pode-se dispensar a colação, mas não o respeito às legítimas. V. Exa. acolhendo a solução do acórdão, deu ao caso deslinde adequado. Fica claro que não se vai fazer inventário apenas por essa possibilidade. Ressalva-se, também, a ação direta em que eventualmente se questione a respeito dessa igualdade.

Acompanho V. Exa.

VOTO

O SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Sr. Presidente, acompanho V. Exa., acrescentando apenas a observação do Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, quanto à ressalva ao uso das vias ordinárias; aliás, se instalado o inventário, a matéria também seria remetida para as vias ordinárias, para decidir questão de alta indagação, que não se examinaria no inventário, nem em simples colação.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: Sr. Presidente, estou de acordo com V. Exa., porque a qualificação jurídica dos fatos foi delineada à luz das provas, na instância de origem. É certo que o recurso especial comportaria exame, em tese, para a análise dessa definição, mas, a decisão tomou por base elementos fáticos segundo as provas e estas não podem ser revistas nesta instância excepcional.

Por isso, acompanho o Sr. Relator, no sentido de não conhecer do recurso especial.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 6.528 — RJ — (90126029) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves. Recorrentes: Laura Carolina Caetana Bransford de Oliveira e Borges e outros. Recorridos: João Fontoura Borges Filho e

outro. Advogados: Drs. Sebastião Alves dos Reis Júnior e outros e Washington Bolívar de Brito Júnior e outros. Sust. oral: Drs. Sebastião Alves dos Reis Júnior, pelos Recorrentes, e Washington Bolívar de Brito Júnior, pelos Recorridos.

Decisão: A Turma por unanimidade, não conheceu do recurso especial (3ª Turma — 11/06/91).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Dias Trindade, Waldemar Zveiter e Cláudio Santos. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.

♦

RECURSO ESPECIAL Nº 6.863 — RJ
(Registro nº 90.13471-4)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro*

Recorrente: *Edith Ferreira*

Recorrida: *Petróleo Brasileiro S/A — Petrobrás*

Advogados: *Drs. Marcelo Henriques R. de Oliveira e outros e Sérgio de Albuquerque Mello e outros*

EMENTA: INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANO CAUSADO EM ACIDENTE DE VEÍCULO.

É inderrogável a competência fixada pelo critério funcional. Competência reconhecida, no caso, do Tribunal de Alçada.

Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, conhecer do recurso, vencido o Sr. Ministro Fontes de Alencar. No mérito, por unanimidade, dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 25 de junho de 1991 (data do julgamento).

Ministro BUENO DE SOUZA, Presidente. Ministro BARROS MONTEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Trata-se de ação indenizatória, de procedimento sumaríssimo, proposta por Edith Ferreira contra Petróleo Brasileiro S/A — PETROBRÁS, em razão de acidente ocorrido com aeronave que transportava, a interesse da ré, equipes de emissoras de televisão à bacia de Campos-RJ. Na ocasião, faleceu Luiz Carlos de Souza, filho da autora.

O MM. Juiz de Direito julgou extinto o processo com exame do mérito, na forma do art. 269, IV, do CPC (decadência).

A Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro reconheceu a sua competência para a apreciação do recurso e, no mérito, negou provimento ao apelo da autora, em acórdão que consigna a seguinte ementa:

> "Transporte aéreo. Fretamento. Responsabilidade civil, em caso de sinistro.
>
> O afretador não é responsável pelos prejuízos resultantes de acidente com a aeronave, tendo em vista que, nos termos do art. 135, I, do Código Brasileiro de Aeronáutica, cumpre ao fretador colocar à disposição do afretador a aeronave equipada e tripulada com os documentos necessários e em estado de aeronavegabilidade, fato que exclui a possibilidade de reconhecimento de culpa do afretador em razão de ter assinado o contrato.
>
> Apelação improvida". (fls. 143).

Com remissão aos arts. 63 do CODJ, 113 e 275, II, *e*, do CPC, a demandante opôs embargos declaratórios, visando ao reconhecimento da incompetência absoluta do Tribunal de Justiça para julgar o recurso interposto.

A Turma julgadora rejeitou os embargos de declaração sob estes fundamentos:

> "Neste processo o procedimento sumaríssimo foi adotado em função do valor da causa, o que torna competente o Tribunal de Justiça para o julgamento da apelação.

A adoção do procedimento sumaríssimo decorreu do valor da causa e não da matéria, uma vez que se trata de ação de responsabilidade civil contra a empresa à qual a vítima estaria prestando eventuais serviços; a responsabilidade civil oriunda do acidente já foi objeto de composição, como se vê dos documentos de fls. 133/134, sendo inadmissível duplo pedido de indenização com o mesmo fundamento." (fls. 152).

Daí o presente recurso especial manejado pela vencida com arrimo na alínea *a* do permissivo constitucional, em que a mesma alegou negativa de vigência dos arts. 111 e 113 da lei processual civil. Insistiu a recorrente na assertiva de que a ação é de reparação de danos decorrentes de acidente de veículo, o que determina a competência recursal do Tribunal de Alçada Cível e não do Tribunal de Justiça.

Admitido o apelo extremo na origem, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): 1. A admissão do apelo excepcional por fundamento diverso do invocado pela recorrente não impede o conhecimento do recurso. É que, por primeiro, o despacho presidencial de fls. 172/174 não exauriu o juízo de admissibilidade, que também é exercido por este Tribunal. Assim, desde que admitido o recurso especial, falecia interesse ao recorrente para interpor agravo de instrumento, uma vez que de qualquer forma o apelo extremo teve acesso a esta Corte.

2. Sem dúvida, cuida-se de ação reparatória de dano causado em acidente de veículo. Consoante afirmou a autora-recorrente, a causa de pedir fulcra-se na morte do filho quando era transportado em um avião.

Pela lei de organização judiciária, estabeleceu-se a competência do Tribunal de Alçada para julgar os recursos interpostos nas ações de procedimento sumaríssimo em razão da matéria, o que se acha em consonância, aliás, com o disposto no art. 108, III, letra *d*, da Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979.

Ora, se assim é, manifesta apresenta-se a incompetência absoluta do Tribunal de Justiça do Estado para examinar a espécie em grau de recurso. O Código de Processo Civil considera inderrogável a competência fixada em razão da hierarquia ou pelo critério funcional (art. 111). A competência no plano vertical ou recursal é absoluta (cfr. Athos Gus-

mão Carneiro, "Jurisdição e Competência", pág. 62, 3ª ed.). Nesse sentido é, outrossim, o magistério de Celso Agrícola Barbi, para quem:

> "O Código considera inderrogável também a competência fixada em razão da hierarquia. Seguiu, nesse particular, o art. 100 do Cód. de Portugal, que tem idêntica redação. Mas se esqueceu de fazer um Capítulo, ou Secção, onde se especificassem os casos daquela modalidade, ou, pelo menos, os princípios gerais, como fez a lei lusitana, nos arts. 70 e 72. Nestes são regulados não apenas os casos de competência recursal, mas também os da originária, dos Tribunais.
>
> Melhor teria andando o nosso legislador se, em vez de se referir à competência em razão da hierarquia, se reportasse à fixada pelo critério funcional, pois esta foi a expressão sob a qual, na Secção II desde Capítulo, constam as fontes da competência dos tribunais, que é aquela em razão da hierarquia.
>
> Para compatibilizar as normas do Código, é preciso entender que a competência em razão da hierarquia, mencionada no art. 111, é a dos tribunais, referida no art. 93.
>
> Segundo esse último artigo, a competência dos Tribunais é regida pelas normas da Constituição Federal e da organização judiciária. Compreende, portanto, as constantes daquela Constituição nos arts. 119 e 122, os quais fixam a competência originária e recursal do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Federal de Recursos.
>
> Entram também na regra as Leis estaduais de Organização Judiciária, na parte em que fixarem a competência originária e recursal dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais de Alçada, estes onde forem criados." ("Comentários ao Código de Processo Civil", vol. I, pág. 480, 5ª ed.).

Nesses termos, conhecendo do recurso, cuja apreciação, em face da norma de organização judiciária estadual, cabia ao Tribunal de Alçada, o Acórdão recorrido negou realmente vigência aos arts. 111 e 113 do Código de Processo Civil, valendo anotar que, conquanto a divisão de competência tenha sido conferida por lei local, o que se acha em debate, no caso, é uma questão federal, atinente à incompetência absoluta de um órgão judiciário.

3. Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento, a fim de que, declarada a nulidade do acórdão recorrido, seja o recurso de

apelação julgado pelo Tribunal de Alçada Cível do Estado do Rio de Janeiro.

É como voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: Senhores Ministros, acompanho o d. voto do Senhor Ministro BARROS MONTEIRO, Relator, na sua conclusão e, bem assim, em quase todas as suas razões de decidir.

Peço, entretanto, respeitosa vênia, apenas para ressalvar que, a meu ver, a referência à hierarquia, constante dos dizeres do art. 111 do Código de Processo Civil, é tão-somente aquela relativa ao órgão, cujo ato seja objeto da demanda.

Sempre entendi que o instituto da hierarquia é completamente alheio ao Poder Judiciário, tanto no que concerne à correlação que se verifica entre seus diversos órgãos, seja no tocante à independência jurídica que caracteriza o exercício da função jurisdicional.

É, aliás, a lição de KELSEN, que fala em coordenação; e, entre nós, de MASAGÃO, no seu autorizado Curso de Direito Administrativo.

Somente as atividades-meio exercidas pelos órgãos do Poder Judiciário, de natureza administrativa; bem como a de seus servidores se subordina aos princípios da hierarquia.

Parece-me que, aliás, não está em causa relação de subordinação entre o Tribunal de Justiça e o Tribunal de Alçada: o Tribunal de Justiça não considerou a incompetência absoluta e, assim, julgou causa que pertencia ao Tribunal de Alçada, segundo a lei local, que, na verdade, se harmoniza com a norma federal.

Tendo sido recebido o recurso pelo Tribunal de origem, não se exauriu, contudo, o juízo de admissibilidade, que também se desdobra perante este Tribunal e é dado a esta Corte passar sobre a inadvertência de ordem meramente técnica em que incorreu, *data venia*, o ato de admissão do recurso na instância de origem (que, por sinal, desconsiderou o fundamento, adequadamente trazido pelo recorrente).

Com o Senhor Ministro-Relator, conheço do recurso, para provê-lo.

VOTO — PRELIMINAR (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Salvo engano de minha parte, o eminente Relator disse que o recurso fôra interposto

com fundamento na alínea *a* do inciso III do art. 105, mas que o Presidente do Tribunal de origem o admitira pela alínea *c*. Não conheço do recurso, por entender que não pode o Presidente do Tribunal *a quo*, em seu juízo de admissibilidade, aceitar o recurso por fundamento diverso do invocado pela parte.

VOTO — MÉRITO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Sr. Presidente, conhecido que está o recurso, no mérito acompanho o Eminente Ministro-Relator.

VOTO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Pedindo vênia ao Sr. Ministro Fontes de Alencar, acompanho o Sr. Ministro Relator, pelas razões já expostas, a saber: porque a interposição se fundou na própria alínea *a*, porque o enunciado 292 da Súmula/STF autoriza conhecer do apelo também por outra alínea e porque a parte recorrente sequer teria interesse na interposição do agravo, sendo dispensável, a meu juízo, o oferecimento de embargos declaratórios.

No mais, também de acordo com o Relator, violada a competência em razão da matéria, registrando por fim ter recebido memorial que me foi encaminhado pelo jovem e talentoso Patrono da parte recorrente.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 6.863 — RJ — (90.13471-4) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro. Recte.: Edith Ferreira. Recda.: Petróleo Brasileiro S/A — PETROBRÁS. Advs.: Drs. Marcelo Henriques R. de Oliveira e outros e Sérgio de Albuquerque Mello e outros.

Decisão: A Quarta Turma, por maioria, conheceu do recurso, vencido o Sr. Ministro Fontes de Alencar. No mérito, por unanimidade, deu-lhe provimento (em 25.6.91).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Bueno de Souza, Athos Carneiro, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo. Presidiu o Sr. Ministro BUENO DE SOUZA.

RECURSO ESPECIAL Nº 6.903 — PR
(Registro nº 90.00013534-6)

Relator: *O Sr. Ministro José Dantas*
Recorrente: *Joaquim Diógenes Jacobsen*
Recorrido: *Ministério Público do Estado do Paraná*
Advogados: *Drs. Rolf Koerner Júnior e outro*

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. DECISÃO DO JÚRI. APELAÇÃO. VALORAÇÃO DA PROVA DOS AUTOS.

***Manifesta contrariedade.* Decisão apelatória bem posta nessa demonstração, pelo que, em valoração da prova, oferece-se afeita à vigência do art. 593, III, *d*, do Cód. de Proc. Penal.**

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 19 de agosto de 1991 (data do julgamento).

Ministro FLAQUER SCARTEZZINI, Presidente ausente — RI, art. 101, § 2º. Ministro JOSÉ DANTAS, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Absolvido no Tribunal do Júri pelo reconhecimento da legítima defesa própria, Joaquim Diógenes Jacobsen irresignou-se com o provimento da apelação do Ministério Público, dado por acórdão assim ementado:

> "JÚRI — NULIDADE — DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS — VERSÕES CONFLITANTES — ADOÇÃO PELOS JURADOS DAQUELA QUE SE ENCONTRA DIVORCIADA DA REALIDADE PROBATÓRIA —

INADMISSIBILIDADE — NOVO JULGAMENTO ORDENADO." — fls. 443

Sustenta o recorrente que houve contrariedade ao art. 593, III, *d* do Cód. de Proc. Penal, dado que, em suma, a soberania do Júri não admite possa o juízo da apelação anular-lhe a decisão sob argumento de uma melhor versão dos fatos do que a preferida pelo Conselho; pelo que, na falta de testemunha presencial da consumação do homicídio, intocável resultaria a opção dos juízes de fato pelo interrogatório do réu, consistente da versão da legítima defesa própria. Daí a ofensa do acórdão ao invocado dispositivo, segundo regra que, no tema probante, somente se admite apelação quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos. Ler-se — fls. 449/60.

Admitido o recurso, nesta instância manifestou-se o Ministério Público Federal, com o seguinte parecer:

"1. O ora recorrente foi denunciado por homicídio qualificado (art. 121, § 2º, IV, do Código Penal), por ter desferido coronhadas de espingarda contra a cabeça da vítima, causando-lhe traumatismo cranioencefálico.

Pronunciado, muito embora, foi entretanto absolvido pelo Tribunal do Júri, por maioria de votos, acatada a versão de legítima defesa.

1.1. Apelou, então, o MP local (art. 593, III, *d*, do Código de Processo Penal), sustentando ter sido a decisão do Conselho de Sentença manifestamente contrária à prova dos autos, por isso que (fls. 385/393):

"Não age em legítima defesa quem atrai a vítima para um lugar ermo, mediante dissimulação, mata um homem desarmado, oculta o cadáver, nega a autoria por 21 dias, procura desviar as atenções para terceiros, coage e industria testemunhas e evade-se do distrito da culpa para fugir à prisão preventiva. — Autoria determinada pelas investigações da autoridade policial, com base em informações de testemunhas que viram o réu e vítima no local do crime. — Novo julgamento".

1.2. A Eg. 2ª CCrTJPR, v.u., deu provimento à Apelação, assim ementando seu V. *Decisium* (fls. 338/447):

"Júri — Nulidade — Decisão contrária à prova dos autos — Versões conflitantes — Adoção pelos jurados daquela que se encontra divorciada da realidade probatória — Inadmissibilidade — Novo julgamento ordenado."

1.3. Daí o presente Recurso Especial de fls. 449/460, ora sob a negativa de vigência do mesmo art. 593, III, *d*, do CPP, argumentando:

"Os veredictos do Tribunal Popular são soberanos e... garante-se aos jurados o irrecursável direito de optarem dentre as versões que a prova lhes apresenta."

2. Ora, no julgamento da Apelação, a Eg. Câmara minuciosamente examinou e discutiu as provas dos autos, concluindo que

"a versão acolhida pelo Conselho de Sentença encontra-se divorciada da realidade probatória, sendo forçoso, pois, concluir que sua decisão contrariou a evidência dos autos, não dando margem a outra alternativa, senão determinar-se a realização de novo julgamento" (fls. 447).

2.1. Assim, para se contradizer o V. Acórdão, necessariamente ter-se-ia de REEXAMINAR AS PROVAS — vedado pela Súmula nº 07 desse Col. STJ.

3. Pelo não-conhecimento do recurso, a teor do art. 38 da Lei nº 8.038, de 28/05/90, em decorrência.

Brasília, 01 de agosto de 1991

Vicente de Paula Saraiva

Subprocurador-Geral da República" — fls. 474/76.

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Sr. Presidente, a vexatória questão de vetar-se ao recurso especial o reexame da prova, conquanto pareça presente na análise do requisito da **manifesta contrariedade à prova dos autos**, pode-se dizer reiteradamente negada pelas antigas práticas do recurso extraordinário, matriz de tal objeção de conhecimento.

Na realidade, em caso ao todo igual ao presente, o voto do Sr. **Ministro Oscar Corrêa**, Relator, fez substancioso levantamento do trato da matéria pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, começando por asseverar, *verbis:*

"5. Ora, funda-se a impugnação, pelo Recorrente, da conclusão do v. acórdão, em que a prova dos autos não é contrária manifestamente à decisão dos jurados.

Dir-se-ia que, como tal, não se comportaria o reexame nesta instância extraordinária, e isto se diz no r. despacho indeferitório de recurso.

Não nos parece: o fato de a lei exigir manifesta contrariedade à prova dos autos indica, sem sombra de dúvida, que o Juiz deve ponderar, com segurança, elementos probatórios; e autoriza que, em face de recurso, possa o Tribunal, se a evidência não se ilumina e patenteia nos dados, desde logo, apresentados, verificar, reexaminar se essa contrariedade é manifesta, evidente, clara, notória, flagrante.

Esta é, precisamente, hipótese na qual pode apresentar-se ao Juiz a necessidade da valoração da prova; por que não se trata de saber se há prova nos autos — o que escaparia da competência da instância extraordinária, mas de se concluir se essa prova é manifesta, o que importa em juízo de valor inegável, que não escapa aos critérios do Tribunal.

6. Por isso mesmo, inúmeras as oportunidades nas quais a Corte o tem reexaminado, para impor veredicto conclusivo.

Cito, apenas, o RE nº 78.312-RP, em que a matéria vem explicitamente tratada, com invocação da orientação e dos precedentes da Corte, no Relatório e no voto do Exmo. Ministro Oswaldo Trigueiro (RTJ 71/247)." — RECr 99.344-RS, 1ª Turma, *in* RTJ 109/341.

Portanto, no caso, não estamos impedidos do reexame da valoração da prova levada a cabo no Eg. Tribunal *a quo;* do juízo de valor ali expendido nos limites da indagada cláusula de contrariedade manifesta à prova dos autos.

É que, desse permissivo apelatório da decisão do júri, tem-se dito que não basta verificar a existência de duas versões, a da defesa e a da acusação, como fatalmente ocorre em quase todos os casos. É preciso algo mais a ponderar, em matéria da prova objetivamente analisada, para o efeito de, aí sim, examinar-se a mácula do evidente divórcio da versão considerada pelo Conselho com a prova carreada.

Sobre dizer-se que o interrogatório, a par de sua real qualificação de meio de defesa, também constitui meio de prova, abstratamente considerado, essa última concepção perde foro quando a versão do interrogado mostra-se ao todo contrária aos demais elementos da prova.

No caso dos autos, veja-se que, no mister da avaliação desse desencontro da versão do interrogatório e o conjunto probatório objetivamente conferido, o v. acórdão recorrido se houve com exaustão, nos limites

da questão de direito a assentar, isto é, se a decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos. Revejam-se as seguintes afirmações:

"No dia do evento, no período matinal, estiveram acertando uma transação relacionada com um veículo de propriedade da vítima, o qual teria sido adquirido pelo réu. À tarde, logo no início, dirigiram-se ambos à Fazenda do pai do réu, sendo vistos embrenhando-se no interior de uma mata localizada na propriedade contígua, estando o réu a portar uma espingarda, fato, aliás, que só veio ao conhecimento público vinte e um dias depois, quando encontraram na mata o cadáver da vítima.

Nesse espaço de tempo, como a vítima não mais foi vista, estando sendo encetadas diligências para apurar-lhe o paradeiro, permaneceu o réu silente, inclusive declarando à polícia que com ela estivera, pela última vez, quando juntos haviam estado no despachante para legalizar a transação do carro.

Todavia, localizado o cadáver da vítima, já em adiantado estado de putrefação, e estando sendo pressionado pelo noticiário da imprensa local, que o dava como principal suspeito, culminou o réu por confessar a autoria do crime, apresentando versão própria sobre o acontecido.

Segundo sua explicação, fizera um grande empréstimo em dinheiro para a vítima e como ela não pudesse honrar seu compromisso, concordara em entregar-lhe um veículo Passat, de sua propriedade, para resgatar a dívida, fato consumado no dia do evento. Concretizada a transação, levara o veículo para lavar num posto próximo à Fazenda de seu pai, e pegando carona com a vítima até determinado local, de lá partira para casa na companhia de seu irmão, a fim de almoçar. No início da tarde, depois de apanhar o Passat no posto, tornou a encontrar-se com a vítima, a qual queria ir até a fazenda de seu genitor para testar uma espingarda que havia comprado, sendo que em companhia dela dirigiu-se ao local da consumação, onde aquela, dizendo-se temerosa de poder ser denunciada pelo réu como contrabandista, tentou acertá-lo, com um tiro da arma que portava, o qual, no entanto, não o atingiu, sendo a arma arrebatada de suas mãos, com a qual, então, para defender-se, desferiu-lhe o letal, acertando-lhe, com a coronha, um golpe na cabeça.

Essa versão, contudo, não encontra o mínimo respaldo na prova, permanecendo isolada somente na palavra do réu e es-

barrando, outrossim, em indícios e provas inquestionáveis existentes nos autos.

Chama a atenção, em princípio, o testemunho de Silvia Lubke, no qual dá conta de que o ajuste celebrado entre a vítima e o réu fora no sentido da venda do "Passat", e não no de sua entrega para honrar compromisso financeiro assumido anteriormente.

Consta, aliás, de seus depoimentos, que presenciou pessoalmente o entabular do negócio, quando estivera com eles na lanchonete, dando conta, também, de que o preço avençado foi de Cr$ 9.000.000,00, a ser pago pelo réu dali a quinze dias. Na ocasião, segundo esclareceu, o réu pediu-lhe que, caso fossem procurados por seu genitor, afirmassem que o veículo não tinha sido por ele comprado mas recebido em pagamento de uma dívida, já que tinha receio de que sua mesada pudesse ser cortada. Essa história foi posteriormente instada a contar à polícia, sendo, inclusive, objeto de uma declaração por instrumento público, que assinou por ter sido amedrontada quanto a um possível envolvimento no desaparecimento da vítima, sendo, porém, desmentida quando, oficialmente, prestou depoimento no inquérito.

De outra parte, nas horas que antecederam o evento, réu e vítima foram avistados por testemunhas quando adentraram à mata em que aquela fora achada morta, sendo ele quem ia na frente, carregando a espingarda nas mãos. Esclarecedores, nesse sentido, os depoimentos de Gentil Bonato, Amauri Souza e Dirceu Souza, restando desmentida, pois, a história do réu, de que a vítima era quem tinha a arma e que, a pretexto de experimentá-la, levava-a consigo.

Estranhável, de outra parte, o fato de que dizendo não ter estado com a arma nas mãos, pudesse o réu descrevê-la com tantas minúcias, não só declinando-lhe o calibre, mas a marca e até mesmo a munição com que estava carregada, a ponto de dizer que se tratava de um cartucho de fábrica e não caseiro. Do mesmo modo, estranhável é que, no dizer do réu, tivesse a vítima desferido um tiro contra ele, pois não estando ambos muito aprofundados na mata, ninguém ouviu-lhe o estampido, nem mesmo as pessoas que estavam nas imediações, cortando madeira.

Outrossim, fica no ar a pergunta: porque além de dar sumiço na arma, tornando impossível a constatação da sua versão levara ele o automóvel da vítima a lugar distante, voltando a pé até o lugar onde pode tomar um ônibus? Tudo isso é muito es-

tranho, e de modo algum coaduna-se com a conduta de quem age em consonância com o direito." — fls. 444/46.

Desse modo, ao que penso, a tese da legítima defesa encontra-se mesmo manifestamente contraditada por toda a prova dos autos, para os efeitos da revisão apelatória a que se submeteu a decisão dos jurados sem ofensa alguma à vigência do mencionado dispositivo codificado; querer-se mais do que o confronto supratranscrito será esmiuçar-se a prova a modo de, aí sim, um reexame analítico vetado ao recurso especial.

Pelo exposto, não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 6.903 — PR — (90.00013534-6) — Relator: O Sr. Ministro José Dantas. Recorrente: Joaquim Diógenes Jacobsen. Recorrido: Ministério Público do Estado do Paraná. Advogados: Drs.: Rolf Koerner Júnior e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 19.08.91 — 5ª Turma).

Votaram de acordo os Srs. Ministros Costa Lima, Assis Toledo, Edson Vidigal e Flaquer Scartezzini. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro FLAQUER SCARTEZZINI.

♦

RECURSO ESPECIAL Nº 6.997 — SP
(Registro nº 90.0013889-2)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro*

Recorrente: *Construtora Ventura Simonovitch Ltda.*

Recorrida: *Decorama Revestimentos Ltda.*

Advogados: *Drs. Sérgio Martin Vidal Franca e outros e Antonina Mastrorosa e outros*

EMENTA: CONDOMÍNIO. CONSTRUÇÃO POR ADMINISTRAÇÃO OU A PREÇO DE CUSTO. DESPESAS CONTRATADAS. RESPONSABILIDADE DA CONSTRUTORA-INCORPORADORA NO CASO.

A circunstância de responderem os adquirentes das unidades condominais pelos custos integrais da construção, não impede que a construtora-incorporadora se obrigue pelo pagamento de despesas parciais, conforme decorre de sua participação no contrato e de seu comportamento na execução da avença.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 12 de agosto de 1991 (data do julgamento).

Ministro ATHOS CARNEIRO, (art. 101, § 2º do RISTJ) Presidente. Ministro BARROS MONTEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Trata-se de ação de cobrança proposta por Decorama Revestimento Ltda. contra Construtora Ventura Simonovitch Ltda. em razão de atraso ou falta de pagamento de duplicatas concernentes a fornecimento de material e prestação de serviço. A ré, em contestação, argüiu a ilegitimidade de parte passiva *ad causam,* uma vez que participara do contrato como mera interveniente, sendo ela a administradora da obra.

O MM. Juiz de Direito, na sentença de fls. 69/73, afastou a prejudicial, sob o fundamento de que a contestante assumira perante a autora a responsabilidade pelo pagamento dos gastos, pois arrecadava a importância correspondente para custear a obra e a trespassava à empreiteira. Julgou, afinal, procedente o pedido vestibular.

Ao apelo da construtora o Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento, argumentando que, embora em hipótese de construção por administração ou "preço de custo" a responsabilidade pelas despesas

integrais da obra esteja afeta aos proprietários ou adquirentes, no caso a ré participou do contrato, reconhecendo inclusive a validade da emissão, em seu nome, dos orçamentos e das notas fiscais.

Daí o presente recurso especial manifestado pela construtora que, insistindo na assertiva de que os verdadeiros devedores são os adquirentes das unidades condominiais, apontou como malferido o art. 58 da Lei nº 4.591/64.

Admitido o apelo extremo na origem, subiu ele arrazoado e contra-arrazoado.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): A circunstância de cuidar-se na espécie de construção pelo regime de administração ou "preço de custo" não arreda, por si só, a responsabilidade da incorporadora-construtora, mormente em face das peculiaridades da espécie focalizadas pelas instâncias ordinárias.

Segundo escólio de J. Nascimento Franco e Nisske Gondo, "a construção por administração ou a preço de custo é paga pelos aderentes à incorporação, sob forma de rateio de gastos mensais feito pelo incorporador ou pelo construtor" ("Incorporações Imobiliárias", pág. 177, ed. 1972). Ou na dicção do indigitado artigo 58 da Lei nº 4.591/64, será de responsabilidade dos proprietários ou adquirentes o pagamento do custo integral da obra.

Esta responsabilidade pelos custos integrais da construção não obsta que a construtora-incorporadora efetue o pagamento de despesas parciais em seu próprio nome, tal como deflui do ensinamento supramencionado de Nascimento Franco e Nisske Gondo. É, aliás, o que sucedeu no caso em apreciação. A ré, segundo a peça inaugural, já quitou parte do débito. Figurou no contrato como interveniente e, tal como acentuou o v. Acórdão recorrido, reconheceu a validade da emissão, em seu nome, dos orçamentos e notas fiscais.

Segundo ainda anotou a decisão de 1º grau, arrecadava ela a importância necessária e a transferia à empreiteira.

Ora, tais pormenores fatuais estão a evidenciar, *in casu,* a legitimidade passiva *ad causam* da ora recorrente e a nenhuma contrariedade ao art. 58 da Lei nº 4.591, de 1964.

Ante o exposto, não conheço do recurso.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 6.997 — SP — (90.0013889-2) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro. Recorrente: Construtora Ventura Simonovitch Ltda. Recorrida: Decorama Revestimentos Ltda. Advogados: Drs. Sérgio Martin Vidal Franca e outros e Antonina Mastrorosa e outros.

Decisão: A 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 12.08.91).

Os Srs. Ministros Bueno de Souza, Athos Carneiro, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo, votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Ministro ATHOS CARNEIRO.

♦

RECURSO ESPECIAL Nº 7.297 — RS
(Registro nº 91004910)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves*

Recorrente: *Sinosserra Administrações e Participações Ltda.*

Recorrido: *Luiz Alberto Silveira Guasque*

Advogados: *Drs. Sérgio Haas e outros e José Henrique de F. Valle e Silva e outros*

EMENTA: Consórcio de automóveis. Desistência. Restituição da quantia paga, após encerrado o plano, com correção monetária. 1. Cabimento da restituição, de acordo com os índices oficiais de atualização da moeda. 2. Ineficácia da cláusula contratual que prevê a não-incidência dessa correção. 3. Exame dos princípios que informam os contratos. 4. Precedentes do STJ, quanto ao alcance da correção monetária. 5. Recurso especial conhecido pelo dissídio mas improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial, pela alínea *c*, mas lhe negar provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 21 de junho de 1991 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Confirmando a sentença de procedência parcial da ação proposta por consorciado contra a administradora do consórcio ("Posto isto, julgo procedente em parte a presente ação para o fim de determinar que, findo o prazo contratualmente avençado, a Ré devolva as importâncias percebidas devidamente atualizadas pelos índices da correção monetária, deduzida a taxa de administração."), o acórdão, da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, reportou-se à AC-190023556, com essa ementa:

> "Consórcio de Veículos — Devolução corrigida das prestações pagas pelo desistente.
>
> a) Correntes jurisprudenciais sobre o matéria;
>
> b) exegese da Portaria 330/87 do Ministério da Fazenda: interpretação sistemática da Portaria em tela com a legislação vigorante sobre o tema, que leva à resultante da devolução corrigida das prestações pagas;
>
> c) estruturação administrativa e operacional dos planos para aquisição de bens em consórcio que neutraliza a possibilidade de prejuízos para o grupo de consorciados, com essa devolução corrigida;
>
> d) descaracterização da cláusula que prevê a devolução sem correção do que foi pago, como pena convencional, por não revestir as características estruturais da *stipulatio poenae*;
>
> e) redutibilidade da cláusula penal afastada pela cominação da perda integral do que se pagou — que é o que equivale a devolver sem correção em moeda inflacionada — afrontando dispositivo de ordem pública, *in casu* o art. 924 do C. Civil;

f) o controle jurisdicional das cláusulas gerais de negócio. Substituição do 'déficit de vontade contratual pelo controle judicial de verificação do conteúdo justo dessas cláusulas';

g) inaplicabilidade das denominadas cláusulas vexatórias ou de intensa prejudicialidade para o aderente em contratos de adesão;

h) perda de tudo o que se pagou que mais se afina com o pacto comissório, vedado pelo CCB, do que com a cláusula penal;

i) o prejuízo como pressuposto da reparação nas esferas contratual e extracontratual; inexistência desse pressuposto na hipótese da devolução corrigida das prestações e tampouco com a simples retirada do consorciado do plano;

j) outras sanções, como a perda da taxa de inscrição e dos 10% correspondentes à taxa de administração, além do diferimento no tempo da devolução para 30 dias após o encerramento do plano, que implicam suficiente penalização para se desestimular a inadimplência e as desistências nos planos de consórcio, sem se recorrer à injurídica pretensão de se apropriar do que foi pago pelo desistente.

l) o índice de correção para as prestações a serem devolvidas será o oficial incidente e não o de variação do preço do bem objeto do consórcio;

m) princípios gerais do direito e dispositivos legais que também conduzem ao acolhimento da pretensão do autor."

2. Veio então o recurso especial, pela alínea *c*, apresentando dissídio, entre outros, com o julgado proferido na AC-944/89, do Tribunal de Justiça do Paraná (4ª Câmara Cível), com essa ementa:

"Consórcio de automóveis — Desistência ou exclusão do consorciado — Devolução das quantias pagas, sem juros e correção monetária, nos trinta dias subseqüentes ao encerramento do grupo respectivo — Havendo desistência ou exclusão do participante de consórcio de automóveis, ser-lhe-ão devolvidas as quantias já pagas, sem juros e correção monetária, nos trinta dias subseqüentes ao encerramento do grupo respectivo. A cláusula contratual assim disposta não é leonina, mas penal, por isso que não se trata somente de disposição entre as partes, mas de regra geral destinada a regular o sistema de consórcio em todo o país, com o objetivo maior de proteger o interesse coletivo dos grupos de consorciados."

3. Foi o recurso admitido por este despacho do Presidente João Loureiro Ferreira:

"Trata-se de recurso especial, fundado no art. 105, inciso III, letra *c*, da Constituição Federal, interposto de decisão proferida em ação ordinária que visa a devolução, com correção monetária do valor pago à empresa de consórcio de veículos.

O recorrente alega que a decisão impugnada divergiu de outros tribunais do país, na parte em que entendeu assegurado, ao consorciado desistente, o direito à correção monetária das prestações a serem devolvidas.

O tema ora discutido lavra dissídio, tendo o recorrente trazido decisões que adotam posição oposta a da Câmara, entendendo ser lícita a cláusula que prevê a devolução das quantias pagas ao consorciado desistente, sem atualização monetária.

Diante do exposto, admito o recurso."

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Comprovado o dissídio, conheço do recurso especial.

2. Entre as duas teses, fico com a tese exposta no acórdão recorrido, que se reportou a AC-190023556, em aresto de que fora relator o Juiz Jauro Duarte Gehlen, nesses termos:

"Assim expostas as soluções jurisprudenciais para a situação, de imediato afasto aquela que entende indevida a correção monetária.

Com efeito, se a Portaria 330/87 ordenou a aplicação dos saldos das contas vinculadas diariamente em operações do mercado aberto (art. 28), autorizando a devolução do saldo remanescente do fundo de reserva proporcionalmente aos pagamentos feitos pelos desistentes (arts. 29 e 31), está, *ipso facto*, determinando seja a devolução efetuada com correção.

Sem eficácia, portanto, a cláusula contratual que prevê a não incidência dessa correção, também por colidir com a determinação daquele órgão governamental (Ministério da Fazenda), que detém a competência reguladora sobre os consórcios.

Não bastasse esse argumento, outros existem, dentro do plano doutrinário dos contratos, que autorizam a devolução corrigida das prestações pagas pelos desistentes, tendo em vista: 1)

a peculiar situação da nossa economia e 2) os procedimentos operacionais adotados nos consórcios.

No concernente à economia basta a constatação do índice inflacionário de 1.764,86% acumulado em 1989, e que só nos meses de janeiro e fevereiro do fluente chegou ao alarmante patamar de 169,72% — ensejando a adoção de mais um Plano de Estabilização Econômica, agora denominado de 'Plano Collor' ou 'Plano Brasil Novo'. Basta isso, repito, para se ver a *summa injuria* que se consubstanciaria na devolução das prestações pagas sem correção monetária, ao fim do respectivo plano do consórcio. Figure-se a hipótese em que se tenha pago 18 das 36 mensalidades quando da retirada do consorciado. Quem já havia pago o correspondente a, exemplificativamente, 'meio automóvel' objeto do plano, receberia um ano e seis meses depois o que carreou ao grupo no seu valor nominal apenas, com o que nem um pneu de bicicleta poderia adquirir. No caso concreto citado na Apelação Cível nº 589029511, que aqui torno a trazer por ser mais eloqüente do que qualquer outro argumento, o consorciado que pagara o correspondente a 45% do valor do automóvel Fiat Uno, teria o direito à devolução de NCz$ 39,00 à época do aresto, junho do ano pretérito, na qual sequer se encerrara o plano!

Daí a expressiva sentença supra transcrita: pagar em época de juros bancários de 10.000% a.a. sem a atualização da moeda é não pagar, pelo que de imediato se afasta a pretensão da validade da cláusula que afasta a correção monetária, por consagrar a iniqüidade da devolução do nada.

E no plano da sistemática administrativa e operacional dos consórcios, constata-se pelo menos três circunstâncias que, ainda se tomadas isoladamente, levariam à rejeição da pretendida não-incidência da correção monetária.

Primeiramente, o espaço deixado pelo consorciado desistente ou eliminado do grupo é, regra geral, imediatamente ocupado por um novo aderente ao plano. E este de imediato tem que desembolsar o total correspondente a todas as prestações já vencidas, ao valor atualizado. Isto é, não recebe o novo participante nenhum 'presente' representado pelas prestações já pagas pelo consorciado que se afastou. Ora, se paga esse novo integrante, exemplificativamente, o correspondente a 20% do valor atualizado do bem objeto do consórcio, igualando-se aos demais consorciados, aquilo que o desistente pagou sobeja, no cômputo geral dos aportes de dinheiro para o plano.

Em segundo lugar, e como ressaltado na Apelação Cível nº 589055680 da Colenda 5ª Câmara Cível, do TJRGS, 'como o valor real da prestação continuou sendo o mesmo — pois todas foram atualizadas de acordo com o preço de tabela do veículo — no final restará o *quantum* da contribuição do desistente, que se manteve sempre corrigido, e que não será destinado à aquisição de um bem porque houve a desistência. Logo, esse valor deve ser entregue a ele, pois se tivesse continuado no grupo e pago as demais prestações vencidas a partir da sua retirada, no último mês deveria existir capital suficiente para a expedição de carta de crédito correspondente à sua participação. Como faltaram as últimas prestações, em face da sua retirada, o que sobejar está atualizado na proporção das contribuições feitas. Se não for pago esse valor ao desistente, engordará a receita da administradora, pois não se tem notícia de que os aportes dos desistentes tenham sido redistribuídos aos consorciados remanescentes' (*sic*, julgado mencionado, Rel. o Em. Des. Ruy Rosado de Aguiar Jr.).

E em terceiro, porque ainda que não se plantasse a situação suso esclarecida, há expressa determinação para que se aplique em investimentos nas operações do mercado aberto tudo o que restar de saldo dos aportes de recursos para o plano. Ora, o retirante não é obrigado — e nem seria justo isso — a deixar o que pagou em benefício de outros que não pagaram mas ainda permanecem no plano, ou, o que é pior, para a administradora. E se todos pagaram as suas quotas, terão de sobrar, ao final, as prestações recolhidas pelo desistente. Como tais saldos obrigatoriamente tem de ser investidos, nos termos da Portaria nº 330/87, art. 29, a presunção natural é a de que pelo menos a correção monetária oficial é devida quando da devolução das prestações pagas pelo retirante.

Aliás, argumenta *mutatis mutandis* nesse passo o Em. colega Talai Selistre, com lógica irrebatível: se a administradora do consórcio é obrigada a investir os saldos do plano, diariamente, como reza o dispositivo citado, até poderá ter com isso lucros extras, na medida em que, obrigada a devolver o *minimum minimorum* que é a correção da moeda pelo índice oficial a tal fim aplicável (OTN, BTN, IPC, etc. ...), lhe restará ainda disponível o que exceder a esse índice mínimo de correção, consabido que vários são os investimentos que remuneram bem acima dele. Agora, se não investiu, ou se investiu mal, *imputet sibi* os ônus daí decorrentes, vez que o consorciado — que não tem ingerên-

cia nessas aplicações —, tem direito a receber, insisto, pelo menos esse mínimo dos mínimos, que é o que pagou corrigido pelo índice oficial incidente.

Nem se argumente que os pagamentos feitos pelo desistente integrarão o fundo de reserva, para fazer face a eventuais acidentes de percurso do plano em andamento. Se houver, exemplificativamente, uma brusca majoração do bem dele objeto, ou outro imprevisto qualquer, são os remanescentes do plano que serão chamados (e aí até mesmo aqueles que já foram contemplados e, em especialíssimas situações, mesmo os que já pagaram todas as suas quotas, embora não encerrado o plano, como se colhe na jurisprudência majoritária sobre o tema) para cobrir o que estiver a descoberto. Não se pode confiscar pura e simplesmente as prestações do desistente, para usá-las em benefício de quem quer que seja, consorciados ou administradora.

Se no plano fático se impõe a incidência da correção monetária, autorizada por qualquer uma das situações supra-examinadas — máxime à soma das três — também no jurídico, especificamente nos princípios que informam os contratos no plano do direito obrigacional, a resultante deve ser a mesma.

Em princípio, e com a devida vênia, ouso divergir dos ven. acórdãos que conceituam o dispositivo contratual que prevê a devolução das prestações sem a correção monetária, como sendo **cláusula penal**, pelo que não poderia o Judiciário deixar de aplicá-la, presente o princípio *pacta sunt servanda*, nem mesmo reduzi-la a níveis menos onerosos.

Além de não se enquadrar tal disposição contratual dentro do sentido estrito que se confere à *stipulatio poenae*, tenho que na hipótese concreta esbarraria ela no disposto no art. 924 do Código Civil. Veja-se que ao contrário do que comumente ocorre com a pena convencional, aqui não se estipulou uma importância certa ou pelo menos um percentual determinado, que corporificaria dita penalização.

Se entendida na sua concretude, a cláusula contratual em questão seria esta: ao consorciado que se afastar ou for afastado do plano, impõe-se a pena de perda do que pagou até a retirada. Aos níveis da inflação da nossa moeda, isso é o que representa restituir sem correção ao cabo de dois ou três anos, ou até mais, pois como é o normal em tais casos de desistência, raramente se desiste próximo do término do plano.

Assim, perder-se tudo quanto se pagou, e não apenas a metade, o terço, o vigésimo, o décimo, equivaleria a negar vigência ao já mencionado art. 924 do CCB. Pois se colocado o problema no campo do inadimplemento contratual — que só este ensejaria a incidência de cláusula penal — há que se ver que tendo o consorciado pago até o momento do afastamento as suas prestações, até ali foi adimplente. Leve-se o argumento adiante, exemplificando-se com o pagamento de 30 prestações em um total de 36, ou de 45 em um total de 50, vigindo altíssima taxa inflacionária nesses cinco ou seis últimos meses dos exemplos, para se ver a extrema injustiça na aplicação pura e simples dessa pretendida penalização.

Em situação jurídica *consimili*, decidiu o Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo, em sede de embargos infringentes apreciados pelas suas Câmaras Cíveis Reunidas, que 'ainda se entendia a expressão glosada como pacto contratual destinado a obrigar o juiz, ainda assim são acolhíveis os embargos. O art. 924 do CC tem o vigor de preceito de ordem pública. Observa Manuel Arauz Castex em 'La Ley de Orden Publica' (B. Aires, 1945, p. 84), que a eqüidade e a justiça social tem levado o direito moderno a restringir cada vez mais a liberdade contratual. Neste capítulo, da cláusula penal, o controle da vontade individual é aceito sem tergiversações, jamais se negou validade ao limite do art. 920 do C. Civ., que coincide com o valor da obrigação principal: outrossim, o teto mais apertado ainda, de 10% para os contratos feneratícios, tem sido aplicado constantemente, desde que se promulgou a Lei da Usura. Razão não há, pois, para se acoroçoarem as estipulações com que as partes pretendam fugir ao abrandamento que o Judiciário pode e deve ditar, para coibir os excessos com que as cláusulas penais ameacem agredir o equilíbrio social, ensejando injusto enriquecimento de uma parte, ainda que à custa do inadimplente.' (*in* Jurisprudência das Obrigações, Darcy Arruda Miranda Jr., vol. I, p. 56, ed. RT, 1976).

No caso concreto apreciado pelo aresto suso transcrito, tratava-se de compra e venda, avençada ali a perda das prestações pagas se inadimplente o adquirente. Com maior razão impõe-se a solução dele na espécie dos autos, quando presente a espécie do contrato *sub oculis*, que é para a maioria a de adesão, ou de formação de 'sociedade civil de caráter transitório' (Antônio Chaves, Tratado de D. Civ., ed. 84, vol. II, p. 1.386), constatando-se qualquer que seja a sua nomenclatura, a existência neles das

denominadas 'condições gerais do negócio', constantes ou de texto em separado ou de 'regulamento' impresso no verso do texto contratual.

E quando se está frente a essas 'condições gerais' previamente impostas pela parte mais forte, já não mais se autoriza a solução do eventual conflito com remissão à regra do *pacta sunt servanda*, que consubstancia o primado absoluto da vontade no contrato. Mesmo porque, como adverte Dieter Schwab, em. catedrático de direito civil na Universidade de Ratisbona (em conferência oportunamente traduzida pelo Prof. Peter Walter Ashton e publicada *in* AJURIS nº 41), 'passou-se a ter a compreensão de que em tais circunstâncias de submissão contratual às condições gerais dos negócios, o elemento da liberdade contratual, da volição individual de assim pactuar, está em cheque e apresenta certos defeitos, quando contraposto ao paradigma do contrato individual livremente negociado em todos os seus aspectos e detalhes' (*op. cit.*, p. 10).

Daí porque, prossegue o conferencista, justificar-se um severo controle de conteúdo dessas cláusulas gerais, ainda que previamente conhecidas do aderente, por 'existirem dúvidas a respeito da teoria da sujeição contratual espontânea, passando-se nos Tribunais alemães a substituir o déficit de vontade contratual por um controle judicial de verificação do conteúdo justo' (*id. ib.*, p. 11). Daí a conclusão da conferência: 'O controle das condições gerais de negócios pelo Judiciário continua sendo, sob qualquer hipótese, importante e irrenunciável' *(id. ib.*, p. 20).

Desde já, e para que não se deturpe o que aqui se está a sustentar, abro parêntesis, valendo-me do magistério de Agostinho Alvim, que após assentar que 'a infração é necessária e seu estudo pertence ao mundo fenomenal' (com isso colocando na normalidade da vida jurídica o inadimplemento obrigacional — e não como exceção à fenomenologia contratual), adverte que 'em nenhum outro campo depara o juiz melhor oportunidade de exercitar o poder discricionário, que a lei lhe concede, a cada passo. Aliás, ao predomínio da casuística há de corresponder o do arbítrio. (...) Mas o arbítrio de que aqui falamos, não é o que se relaciona com a chamada escola do direito livre. Nós estamos falando do arbítrio inevitável, isto é, daquele que o juiz usa ao aplicar a norma flexível, praticando a chamada eqüidade individualizadora, e não daquele arbítrio que pode importar desprezo pelos critérios objetivos' (Da Inexecução das Obrigações e Suas

Conseqüências, aut. cit., ed. Saraiva, 1955, p. 15, nº 3). É o que aqui se faz.

Assim, ainda que de cláusula penal se tratasse aquela condição geral do contrato de consórcio, insisto que esbarraria ela com o já mencionado artigo do Código Civil, por prever a perda das prestações — que é isso o que equivale devolver em economia agudamente inflacionada sem correção monetária — sem levar em conta a redutibilidade equitativa com o adimplemento parcial.

Tivesse se estipulado que a desistência implicaria na multa correspondente à retenção de 10% do que se pagou — ajustando-se por analogia o contrato de consórcio aos feneratícios — e ainda se poderia tolerar a penalização. É essa totalidade da perda, essa apropriação praticamente integral da prestação do contratante que bateu em retirada por não poder fazer frente ao contínuo aumento do preço dos bens objeto do consórcio, até atingir nível incompatível com a sua situação financeira (e é isso o que ocorre o mais das vezes, todos o sabem), é essa perda absoluta por parte do aderente que não se pode tolerar, repito.

Ressalte-se também, com Cunha Gonçalves, que 'a cláusula penal é usada, sobretudo, nos contratos cuja pontual execução é de absoluta necessidade, tais os de fornecimento de matérias-primas ou outras mercadorias urgentes, sendo quase formulária nos contratos de usura e outros que tenham prazo improrrogável' (Tratado de Direito Civil, vol. IV, Tomo II, p. 560, nº 531, ed. Max Limonad, SP). Aqui, *concessa venia maxima*, não se vê essa urgência capaz de autorizar, eticamente inclusive, a inserção da *stipulatio poenae* em contratos de consórcios. E a razão já ficou esclarecida supra: ficam as prestações pagas retidas, para que não se descapitalize o grupo, até o encerramento do plano, acrescendo-se que a vaga assim aberta acaba sendo ocupada por novo consorciado que se obriga a atualizar todo o débito remanescente.

Essa apropriação integral dos valores pagos (continuo repisando que devolver sem correção redunda nisso concretamente) mais se afina com o pacto comissório do que com a pena convencional, embora de garantia alguma se trate.

A possibilidade de ficar o credor com o bem — no caso a integralidade do que se pagou — esbarra na mesma censura que à *lex comissoria* faz o autor do nosso Código Civil: 'A proibição

do pacto comissório funda-se em um motivo de ordem ética. O direito protege o fraco contra o forte, impedindo que a pressão da necessidade leve o devedor a convencionar o abandono do bem ao credor... O imperador Constantino, impressionado pelas manobras capciosas dos pactos comissórios, cuja aspereza crescia assustadoramente, decretou-lhes a nulidade, e as legislações modernas aceitaram essa condenação' (Clóvis Bevilaqua, Cód. Civ. Comentado, vol. III, p. 358, ed. 1942).

Afastada a qualificação legal de pena convencional, ou ainda, que, *ad argumentandum tantum*, admitida essa seja a natureza jurídica da cláusula em epígrafe, mas inviável a sua aplicação por estabelecer a irredutibilidade quando o oposto se prevê no estatuto civil pátrio, cabe indagar-se se viável o enquadramento dela pelo menos na alta concepção do direito à indenização decorrente do inadimplemento contratual.

Penso que ainda aqui não teria respaldo jurídico a pretensão da administradora do consórcio à apropriação das mensalidades pagas — sempre frisando que isso é o que na prática ocorrerá com a devolução delas sem correção.

É princípio geral que a inexistência do prejuízo é óbice à pretensão de uma reparação, aliás sem objeto, pois isso 'redundaria em mera punição do devedor, com invasão do direito penal (...). Ausente o dano 'a indenização imposta em benefício de quem nada sofreu, ou além do que tenha sofrido, importará enriquecimento injustificado, e para quem pagasse seria uma pena e não uma indenização' (Agostinho Alvim, *op. cit.*, p. 197).

Como argumenta o jurista citado na sua preciosa monografia, 'suposto o dano, quer no terreno contratual, quer no extracontratual, o que se procura é ressarcir o credor, não na medida do grau de culpa do violador do direito, mas na medida do prejuízo verificado' (p. 129), visto que 'o direito civil não visa, em geral, fins preventivos ou repressivos, mas o restabelecimento do estado anterior' (Demogue, Traité des Obligations en Général, vol. IV, nº 385).

Na espécie, porém, como supra se demonstrou, a apropriação das prestações, se como pena convencional não pode ser acolhida, muito menos o será à conta de indenização pelo simples fato do descumprimento contratual, se prejuízo concreto não ocoreu para o grupo e a administradora — nem isso na verdade nos autos se alegou ou demonstrou. Aliás, se entendida como *stipu-*

latio poenae, e torno a trazer a hipótese *ad argumentandum solum*, ainda assim a inexistência desse prejuízo obstaria a incidência daquela condição geral. Como preleciona Orlando Gomes, embora a cláusula penal se apresente na sua função genuína como meio de se delimitar, de antemão, a responsabilidade pela inexecução culposa do contrato, está ela 'em estreita relação com o ressarcimento dos prejuízos resultantes do inadimplemento culposo de obrigação contratual' (Obrigações, ed. Forense, 1981, p. 183). Ora, seria um truísmo desnecessário afirmar-se que só se ressarce se há prejuízo, pois os termos indenização e ressarcimento contêm embutida a idéia do dano precedente, nas suas próprias estruturas semânticas. Aí vem à baila, exemplificativamente, o mandato para que alguém interrompa prescrição em andamento e não o faz. Mas embora completada esta o devedor cumpre a obrigação. Evidente que aí não se cogitaria de aplicar cláusula penal prevista no contrato de mandato, por ausência do prejuízo. É, insisto, a situação dos autos, onde a vaga aberta é preenchida por um novo aderente ao plano, que paga atualizadamente tudo o que já vencera, recolhendo uma outra taxa de inscrição para a administradora, mais 10% contratuais. É só deixar-se o dinheiro já pago pelo desistente, para que não se descapitalize o grupo nesse interregno, fazendo saldo de caixa até o encerramento dele, para que nenhum, mas absolutamente nenhum prejuízo em termos concretos, se apresente para justificar eventual ressarcimento, seja a que título for.

Finalmente, além desses fundamentos, outro há, ligado aos princípios informadores da interpretação do contrato no direito pátrio, que levariam ao entendimento aqui esposado, por igual. Excelentemente foi o tema abordado na Apelação Cível nº 589055680, da 5ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça riograndense, supra mencionado: 'A existência, na ordem jurídica, de conceitos indeterminados, de conceitos normativos, de cláusulas discricionárias e de cláusulas gerais (de que são exemplos os princípios gerais do direito' do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil; o 'bem comum' do art. 5º da mesma lei; o 'bem público' do art. 21, III, do C. Civ.; o 'perigo iminente' do art. 160, II, do C. Civ; o 'ato necessário' do art. 160, par. único; o 'justo motivo' do art. 932 do Código Civil; a 'circunstância do caso' do art. 1.080 do Código Civil, a regra do art. 154 da Constituição Federal (obs. — refere-se à Emenda Constitucional de 1969; na atual, o tema do abuso do poder é abordado no art. 173, § 4º e

art. 14, § 9º e § 10), permitindo a aplicação do 'direito equitativo', o *jus aequum*, para descobrir o direito do caso concreto (Engisch, Introdução ao Pensamento Jurídico, p. 206). Assim também na interpretação dos contratos de adesão e das cláusulas gerais de negócio, deve o juiz pautar a sua decisão segundo as exigências da eqüidade, para fixar o justo tempo entre os interesses e as pretensões das partes contratantes, preenchendo o vazio dos conceitos indeterminados e fazendo a valoração dos conceitos normativos de modo a atender à exigência maior de justiça' (Rel. o Em. Des. Ruy Rosado de Aguiar Jr.).

Esse também o entendimento de Caio Mário: 'O capitalismo desenvolto, com a industrialização crescente e a criação das grandes empresas, conduziu à defasagem entre os contratantes. E o negócio que realizam sofre a influência dessa diferenciação. Conseqüentemente, o contrato, com as vestes de um ato emanado de vontades livres e iguais, contém muitas vezes uma desproporcionalidade de prestações ou de efeitos, em tal grau, que ofende aquele ideal de justiça que é a última *ratio* da própria ordem jurídica. (...) Ante tais influências, medrou no direito moderno a convicção de que o Estado tem de intervir na vida do contrato, seja mediante a aplicação de leis de ordem pública, que estabelecem restrições ao princípio da autonomia da vontade em benefício do interesse coletivo, seja com a adoção de uma intervenção judicial na economia do contrato, instituindo a contenção dos seus efeitos, alterando-os ou mesmo liberando o contratante lesado, por tal arte que logre evitar que por via dele se consume atentado contra a justiça. Todo esse movimento pode enquadrar-se na epígrafe do dirigismo contratual ou intervenção do Estado na vida do contrato, que conflita com as noções tradicionais da autonomia da vontade e defende aquela das partes que se revela contratualmente inferior contra os abusos dos poderosos, que uma farisaica compreensão da norma jurídica antes cobria de toda proteção' (Instituições de Direito Civil, vol. III, p. 20, ed. Forense, 1963).

E mais adiante, abordando especificamente a hipótese dos contratos de adesão, e tendo em vista as particularidades que o distinguem daqueles outros onde a vontade se faz presente na elaboração das cláusulas respectivas, o ilustre civilista adverte que, em se tratando do contrato de adesão, 'não se chega, na análise do seu mecanismo jurídico, ao ponto de inquirir da vontade real; basta, como requisito mínimo, que acentue a possibili-

dade de conhecer as cláusulas gerais e preestabelecidas e sua adesão a elas para que se tenha formado o contrato obrigatório. Por isso mesmo, excluem-se de coercitibilidade, as chamadas cláusulas vexatórias, isto é, as demasiado onerosas ou inconvenientes.' *(id. ib.* p. 52).

Aqui se caracterizou, com base no precedente das Câmaras Cíveis Reunidas do Eg. Tribunal de São Paulo, como de ordem pública a disposição do art. 924 do CCB; e todos os demais citados no excerto do voto do Em. Des. Ruy Rosado de Aguiar Jr. também são aqui expressamente invocados como substrato legal da interpretação dada à cláusula *sub oculis.*

Tampouco me parece convincente o argumento de justificar-se aquela cláusula geral do negócio, como fator de desestímulo à inadimplência dos consorciados.

Veja-se que em tais hipóteses o desistente acaba perdendo a taxa de inscrição, bem como a taxa de administração de 10%. E também acaba perdendo a disponibilidade imediata das prestações pagas, que só lhe serão devolvidas 30 dias após o encerramento do plano, o que demanda por vezes mais de dois anos. Isso é mais do que suficiente, até mesmo sob o aspecto punitivo — que, insisto, não se insere dentro da órbita do direito privado — para desestimular as desistências que se fazem ao mero sabor das conveniências da aplicação do dinheiro, máxime porque, também já se enfatizou isso aqui, regra geral o desistente se afasta do plano por não ter condições financeiras para acompanhar os reajustes constantes dos preços dos bens, ante a defasagem notória entre aqueles e a política salarial.

O último ponto que se apresenta a exame é o do fator de correção do que foi pago.

Como se viu no início do voto, pelo menos três existentes: a correção pelos índices oficiais a tal efeito estabelecidos pelo Governo Federal; a correção feita através do rateio do saldo de caixa aplicado às operações do mercado aberto; e a correção de acordo com o reajuste das prestações na conformidade do valor do bem objeto do consórcio.

Penso, como já expus acima, que o primeiro deles é o mais equânime. Primeiro, porque a lei que instituiu a correção monetária o contempla. Depois, porque a variação de acordo com o preço do bem objetivado pelo consórcio é sempre mais elevada do que os índices inflacionários. Se o consorciado desistiu do plano,

não mais terá direito a obter como referencial da correção do que pagou, os reajustes constantes das prestações, pois não mais o integra. A correção deverá ser, pois, de acordo com os índices oficiais, que refletem o da inflação da moeda. O que se objetiva com ações desse jaez, é obter-se a devolução do que se pagou, razão pela qual, repito, não mais se há de cogitar do valor do bem que se queria adquirir com o ingresso no plano. Pode-se argumentar que, hipoteticamente, os reajustes das prestações sejam inferiores ao da inflação. Em princípio, isso seria uma negação da evidência. As propagandas dos consórcios, ao contrário, estatisticamente procuram demonstrar que sempre os valores dos bens são superiores aos níveis inflacionários da moeda. Isto é, são os preços desses bens que acabam aumentando a própria inflação, que lhes segue, numa realimentação constante desse fenômeno patológico da economia. Porém, mesmo que essa circunstância ocorra, isto é, o aumento dos bens abaixo da inflação, ainda assim tenha-se presente que as aplicações se farão no mercado financeiro aberto. E evidentemente, não pagará o mercado pelo dinheiro menos do que o índice inflacionário existente. Corrigir-se pelo valor do bem objeto do consórcio poderá, aí sim, representar estímulo ao abandono do plano, pois embora os inconvenientes acima citados, ainda se teria uma correção de ordinário superior aos índices oficiais da correção inflacionária.

Destarte, e sob todos os ângulos que se possa enfocar o tema, chega-se sempre à resultante aqui preconizada, qual a da correção monetária sobre as prestações a serem devolvidas quando do encerramento do plano.

Nesses termos, dou provimento ao apelo para, reformando a r. sentença recorrida, julgar procedente em parte a ação, determinando a devolução corrigida das prestações pagas pelo autor, após os 30 dias que se seguirem à data do encerramento do plano de consórcio respectivo. O fato de se diferir o direito à restituição no tempo, para após o término do plano, não apresenta decaimento substancial do pedido, pelo que resta sem efeitos na sucumbência. Por isso, limito-me a inverter os ônus a tal título fixados na r. sentença apelada."

3. Pelo que sei, julgamos, nesta Turma, dois casos envolvendo consórcios, assim ementados:

"Consórcio de automóveis. Desistência, por incapacidade financeira. Restituição da quantia paga, após encerrado o plano, com correção monetária. 1. Pela alínea *a* do per-

missivo, aplicação das Súmulas 282 e 356/STF. A expressão 'tratado ou lei federal' (CF, art. 105, III, *a*) não compreende portaria ministerial. 2. Pela alínea *c*, dissídio não comprovado, por se tratar, o padrão, de caso ocorrido antes do encerramento do plano. 3. Recurso especial não conhecido." (REsp-5.313, em 23.10.90, Sr. Ministro Nilson Naves).

"Civil — Consórcio de automóvel — Desistência — devolução das cotas pagas após encerramento do plano — Correção monetária.

I — Pelo fundamento da alínea *a*, tocante à alegada ofensa ao Regulamento Geral dos Consórcios e à Portaria nº 330/87, não cabe em sede do Especial examiná-la, por não serem eles Tratado ou Lei Federal.

II — A jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça está orientada no sentido de estender a correção monetária a todos os débitos, seja de que natureza forem, no que diz respeito àqueles resultantes de decisão judicial, com a edição da Lei nº 6.899/81. Essa matéria sobre ser possível ou não a incidência da correção monetária não pode inibir o julgador de, adequando sua interpretação à realidade social ou econômica, entregar a prestação a que faz jus o jurisdicionado.

III — Recurso não conhecido pelo fundamento da alínea *c*." (REsp-5.383, em 4.12.90, Sr. Ministro Waldemar Zveiter).

4. No REsp-5.313, porque não conhecido, a questão federal deixou de ser analisada, mas, no REsp-5.383, embora por igual não conhecido, o Sr. Ministro Waldemar Zveiter, ao votar, externou o seu modo de ver a questão, nessas palavras:

"Todavia, a matéria não é pacífica, mas inclino-me à corrente que admite que a melhor solução que se ajusta à situação jurídica em tela, é a que devam ser as parcelas pagas restituídas com juros e corrigidas monetariamente.

Essa questão sobre ser possível ou não a incidência da correção monetária, em tais circunstâncias e mesmo em outras nas quais se argumenta com violações legislativas arcaicas, porque superadas pelos fatos sociais, não podem inibir o julgador de adequando sua interpretação à realidade social ou econômica, entregar a prestação jurisdicional a que faz jus o interessado, notadamente, fiel ao princípio de justiça, que deve prevalecer

sobre os conceitos do direito, quando este se constitui anacrônico e distanciado, na mora do legislador, aos fins sociais a que se o constituiu."

Na mesma linha de seu pensamento, S. Exa. declinou a posição dos Srs. Ministros Pádua Ribeiro e Carlos Velloso, em acórdão proferido no extinto Tribunal Federal de Recursos, na AC-114.925, bem como do Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo, neste Tribunal Superior, no REsp-2.122.

Sobre a incidência, de modo geral, da correção monetária, deixei exposto o meu pensamento, ainda no Tribunal Federal de Recursos, quando do julgamento dos EIAC-110.446, em 14.12.88. Por se tratar de posição semelhante à lembrada pelo Sr. Ministro Waldemar Zveiter, no REsp-5.383, àquele julgamento me reporto, neste momento.

5. Quanto à cláusula penal, cuido irrepreensível o acórdão da AC-190023556, na excelente exposição de seu relator, cujos fundamentos adoto, bem como a sua conclusão.

6. Conheço do recurso especial pelo dissídio, como disse, mas lhe nego provimento.

VOTO (VISTA)

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: A questão em debate — correção monetária das importâncias a serem devolvidas ao consorciado excluído ou desistente — já foi objeto de exame por esta Corte em diversas oportunidades, firmando-se a jurisprudência no sentido de que devida aquela atualização. Assim, entre outros, o acórdão no REsp 5.383, relator Ministro Waldemar Zveiter, e no REsp 7.326, relator o Ministro Athos Carneiro.

Em verdade, a cláusula a excluir correção monetária, com os índices de inflação que ainda persistem, corresponde a fazer ínfima a importância de ser devolvida, reduzindo-a a perto de nada, em certas circunstâncias. A avença que isso estabelece merece ser qualificada de leonina, inaceitável em contrato de adesão.

Alega-se tratar-se de cláusula penal. Embora não se exija, para semelhante pacto, o uso de expressões sacramentais, indispensável que resulte certo ter-se pretendido assim convencionar. Ora, não se coaduna com a natureza da cláusula fazê-la tanto maior quanto mais amplamente adimplida a obrigação.

Acompanho o Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 7.297 — RS — (91004910) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves. Recorrente: Sinosserra Administrações e Participações Ltda. Recorrido: Luiz Alberto Silveira Guasque. Advogados: Drs. Sérgio Haas e outros e José Henrique de F. Valle e Silva e outros.

Decisões: Após o voto do Sr. Ministro Relator conhecendo do recurso especial, pela alínea *c*, mas lhe negando provimento, pediu vista o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Aguardam os Srs. Ministros Dias Trindade, Waldemar Zveiter e Cláudio Santos. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Dias Trindade, Waldemar Zveiter e Cláudio Santos. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES (3ª Turma, 20/03/91).

Retomando o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, a Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial, pela alínea *c*, mas lhe negou provimento. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Dias Trindade e Cláudio Santos. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Waldemar Zveiter. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES (3ª Turma, 21/06/91).

♦

RECURSO ESPECIAL Nº 7.631 — RJ
(Registro nº 91.0001284-0)

Relator: *Ministro Sálvio de Figueiredo*

Recorrente: *José Augusto Pessoa Salinas*

Recorrida: *Juliana Marques de Almeida*

Advogados: *Drs. Guilherme Galvão Caldas da Cunha, Auristela Viterbo de V. Mota e outro*

EMENTA: ***Direito de Família. Filiação adulterina. Investigação de paternidade. Possibilidade jurídica.***

I — Em face da nova ordem constitucional, que abriga o princípio da igualdade jurídica dos filhos, possível é o ajuizamento da ação investigatória contra genitor casado.

II — Em se tratando de direitos fundamentais de proteção à família e à filiação, os preceitos constitu-

cionais devem merecer exegese liberal e construtiva, que repudie discriminações incompatíveis com o desenvolvimento social e a evolução jurídica.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 17 de setembro de 1991 (data do julgamento).

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Relator.

EXPOSIÇÃO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Em acórdão relatado pelo em. Des. Renato Manescky, ementou o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por sua eg. Primeira Câmara Cível:

> "Investigação de paternidade. Com o advento da Lei nº 7.841/89, que revogou o art. 358 do Código Civil, que proibia o reconhecimento de filhos incestuosos e adulterinos, e sobretudo com a norma contida no § 6º do art. 227 da Constituição Federal, que atribui igualdade de direitos a filhos de qualquer natureza e proíbe designações discriminantes relativas à filiação, não subsistem vedações à investigação de paternidade".

Inconformado com essa decisão, que manteve saneador que concluíra pela possibilidade jurídica da ação de investigação de paternidade de filho "adulterino" na constância da sociedade conjugal do genitor, o agravante interpôs recurso especial pelas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, alegando dissenso interpretativo e ofensa aos arts. 363 do Código Civil e 1º da Lei 883/49.

O apelo foi admitido na origem apenas pela alínea *a*, dada a razoabilidade do fundamento do recorrente, assim sintetizado pelo Des. Fernando Whitaker:

> "O cerne da controvérsia está em definir se os arts. 363 do Código Civil Brasileiro, e 1º, da Lei de nº 883, estão revogados.

Sustenta o autor que não, pois não se opõem ao disposto no § 6º, do art. 227, da Constituição Federal, cujo intuito seria o de proibir apenas designações discriminatórias e de garantir os mesmos direitos dos filhos, sem isso implicar em atos que pudessem pôr em risco a sociedade conjugal, que também tem proteção constitucional; por isso, argumenta que a legislação tem permitido e facilitado sempre o reconhecimento espontâneo, mesmo quando ocorre na vigência do casamento, mas que não está afastada a proibição da investigação de paternidade durante o matrimônio e tanto assim que o art. 1º, da Lei nº 7.841/89 expressamente revogou o art. 358, do Código Civil Brasileiro, que dizia não poderem ser reconhecidos os filhos adulterinos e incestuosos, mas não se referiu ao art. 363, do Código Civil Brasileiro e art. 1º, da Lei de nº 883, segundo os quais a ação para demandar o reconhecimento de suposto pai só poderia ocorrer após o término da sociedade conjugal".

Os pareceres do Ministério Público, nas esferas estadual e federal, são contrários à pretensão recursal.

Registro ainda que indeferi, em 1º.07.pp, cautelar inominada (Petição 146-RJ) do recorrente, que postulava suspensão do processo, com audiência designada para o dia 3 deste mês de agosto (cópia às fls. 94/95).

É o relatório.

VOTO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): Não há como conhecer do recurso pelo dissídio pretoriano, quer por não ter sido feito o confronto analítico, quer pela circunstância de ter sido trazida à colação simples ementa, quer pela data do paradigma, julgado na vigência da ordem constitucional pretérita.

Melhor sorte não ampara o recorrente sob o manto da invocada contrariedade à legislação federal, que hoje tem disciplina bem diversa do sistema anterior.

A propósito, por sua adequação, merece transcrição o trecho que se segue, do ilustre Prof. Simão Isaac Benjó, que no feito funcionou (fls. 48/52) pela Procuradoria de Justiça do Rio de Janeiro, *verbis*:

"....

"E se todos os filhos são iguais, não há mais vedação ao registro de filhos outrora considerados espúrios (adulterinos ou incestuosos).

É certo que sobre o tema já lavra acentuada divergência, sob a alegação de que tal registro poderá importar prejuízo para o outro cônjuge ou para os outros elementos da prole.

Não nos parece subsistente o argumento, pois a qualquer tempo poderá o interessado prejudicado intentar a ação negatória de filiação, tal como ocorre na hipótese do artigo 4º, parágrafo único, da Lei nº 883/49:

> "Dissolvida a sociedade conjugal do que foi condenado a prestar alimentos, quem os obteve não precisa propor ação de investigação para ser reconhecido, cabendo, porém, aos interessados, o direito de impugnar a filiação".

Isso sem falar na jurisprudência dominante no nosso Tribunal de Justiça, que, para efeitos sucessórios, dispensa a propositura da ação de investigação de paternidade quando, ainda na vigência da sociedade conjugal, o pai registrara o filho adulterino, assegurada, porém, a ação negatória aos interessados.

Obviamente, se o genitor não registra o filho outrora considerado natural, ou espúrio, não se pode fazer o auto-registro. Será necessária a ação declaratória de paternidade ou de maternidade, que agora caberá a qualquer filho, sem as restrições do Código Civil. É que, afinal, se proclamou que os direitos dos filhos estão acima dos melindres e conveniências dos pais desinteressados e mal vocacionados" (**Temas Atuais do Direito Brasileiro**, 2ª série, ps. 202/203).

Para espancar qualquer dúvida sobre o alcance incondicional da igualdade assegurada pela Carta Magna, foi expedida a Lei nº 7.841, de 17.10.1989, cujo artigo 1º, expressamente, revogou o artigo 358 do C. Civil, que impedia o reconhecimento dos filhos incestuosos e adulterinos.

Diga-se, de passagem, que a norma iníqua de muito vinha sendo mitigada, em relação aos filhos adulterinos, por sucessivas derrogações que lhe foram impostas:

a) pelo Decreto-lei nº 4.737, de 24-09-42 (conhecido nos meios forenses como Lei Chateaubriand), que permitiu o reconhecimento de filhos adulterinos após o desquite do(a) genitor(a);

b) pela Lei nº 883, de 21-10-1949, que permitiu o reconhecimento de filho adulterino, após a dissolução da sociedade conjugal do(a) genitor(a), incluindo, aí, a hipótese de morte, não prevista, dada sua especificidade, na lei anterior;

c) pela Lei nº 7.250, de 14.11.1984, que acrescentou, ao artigo 1º da Lei nº 883/49, o § 2º, para permitir o reconhecimento de filho adulterino, ainda na constância da sociedade conjugal, desde que o cônjuge genitor estivesse separado de fato há mais de 5 anos contínuos".

A tese do recorrente não deixa de ter sedução dialética, em face do *caput* do art. 363 do Código Civil, que ainda expressaria a vedação dos filhos de pessoas casadas demandarem o reconhecimento da paternidade (inciso VI do art. 183, CC), dado o silêncio da Lei nº 7.841/89 a seu respeito. Em outras palavras, possível seria apenas o reconhecimento espontâneo, pelo pai, mas não o provocado, pelo filho.

Trata-se a meu juízo, contudo, de mero sofisma, daí o acerto do v. acórdão recorrido ao assinalar que

> "desaparecida, por força de disposição constitucional e por força de lei, a distinção entre filhos de qualquer natureza, é óbvio que tanto o reconhecimento espontâneo como o provocado por iniciativa do interessado são permitidos".

Este, por sinal, o entendimento da melhor doutrina que tem se pronunciado a respeito.

Com efeito, ao anotar o referido art. 363 do Código Civil, observa Theotônio Negrão, na sua 10ª edição, que o artigo agora deve ser lido com os dizeres de que "os filhos têm ação contra os pais...".

Na mesma linha, escreveu Humberto Theodoro Jr.:

> "Prevê o art. 227, § 6º, da nova Carta, que "os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".
>
> Operou-se, portanto, a completa equiparação entre os filhos legítimos e ilegítimos, não se podendo mais tolerar as discriminações que se faziam aos filhos adulterinos, como o impedimento de investigar a paternidade na constância do casamento do ascendente.
>
> Agora, qualquer que seja o filho, facultado lhe será, a qualquer tempo, a ação de investigação de paternidade com amplos efeitos, e não apenas reclamar alimentos em segredo de Justiça, como impunha o art. 4º da Lei nº 883/49 aos filhos espúrios, enquanto perdurasse o casamento do genitor" ("A Nova Constituição e o Direito Civil", Revista Jurídica, ed. Síntese, 148/11, item V).

Esta, sem dúvida, a melhor exegese, que se coaduna com a proteção constitucional, com o princípio da igualdade jurídica dos filhos e com o princípio jurídico segundo o qual os preceitos constitucionais não devem receber interpretação restritiva em se tratando de direitos fundamentais.

Com tais fundamentos, não conheço do recurso.

VOTO — VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Versa a espécie sobre a possibilidade de ser intentada a ação de investigação de paternidade pelo filho "adulterino" na constância da sociedade conjugal do genitor. Rejeitada preliminar quando do saneamento do feito, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro negou provimento ao agravo de instrumento manifestado pelo réu, em Acórdão que registra a seguinte ementa:

> "Investigação de paternidade. Com o advento da Lei nº 7.841/89, que revogou o art. 358 do Código Civil, que proibia o reconhecimento de filhos incestuosos e adulterinos, e sobretudo com a norma contida no § 6º do art. 227 da Constituição Federal, que atribui igualdade de direitos a filhos de qualquer natureza e proíbe designações discriminantes relativas à filiação, não subsistem vedações à investigação de paternidade" (fls. 60).

O demandado interpôs recurso especial, invocando dissenso interpretativo e negativa de vigência dos arts. 363 do Código Civil e 1º da Lei nº 883/49.

Acompanho o douto voto do eminente Relator, que não conheceu do apelo extremo.

Por primeiro, insuscetível de caracterização o conflito pretoriano, não somente por haver sido transcrita a simples ementa do julgado paradigma, como também por cuidar-se de controvérsia apreciada ainda sob a ordem constitucional pretérita.

Também não vislumbro, tal como o ilustre Relator, contrariedade aos preceitos de lei indicados pelo ora recorrente. Os arts. 363 do Código Civil e 1º da Lei nº 883, de 1949, foram tacitamente revogados pela vigente Lei Fundamental.

Assim é que a nova Constituição consagrou a igualdade da filiação e eliminou radicalmente qualquer espécie de discriminação. De sorte que o reconhecimento da paternidade, quer o espontâneo quer o compulsó-

rio, dispensa a dicotomia alvitrada pelo réu-recorrente. Não há mais distinção entre os filhos; todos são iguais (art. 227, § 6º da CF).

José Luiz Gavião de Almeida, promotor de Justiça e Professor da PUC de Campinas, a propósito leciona que:

> "A nova Carta Constitucional trouxe identidade de tratamento quanto aos filhos, venham eles de família legalmente constituída ou não. Nesse passo toda regra, discriminatória dos filhos, antes chamados ilegítimos, não pode continuar prevalecendo".

E acentua:

> "Em face disso, e em obediência à regra da impossibilidade de trazer a lei designações discriminatórias em relação aos filhos, as expressões 'filho legítimo", "filho ilegítimo", "filho adulterino" e 'filho incestuoso', que habitam nossas leis, devem ser retiradas. No mesmo sentido as regras proibitivas do reconhecimento ficam, automaticamente, revogadas".

Conclui, a seguir, *in verbis*:

> "O art. 357 precisa perder a expressão 'ilegítimo, e os arts. 358, 363, 364 e 367 não podem mais subsistir" (O Novo Estatuto da Filiação, *in* "O Direito de Família e a Constituição de 1988", pág. 181 e 182, respectivamente, ed. 1989).

Carlos Alberto Bittar, de seu turno, em nota ao capítulo atinente à paridade de direitos entre os filhos observa que a respeito desapareceram os qualificativos, os regimes diferentes de direitos e as dissonâncias na sucessão (O Direito Civil na Constituição de 1988, pág. 65, nota 10, ed. 1990).

Essa é a opinião do Procurador de Justiça do Estado de São Paulo, especialista em assuntos relacionados com o direito de família, Dr. Washington Epaminondas M. Barra, para quem:

> "No que pertine ao reconhecimento judicial, a ação percorrerá o rito ordinário, devendo ser proposta contra o suposto pai (art. 363 do CPC), qualquer que seja o seu estado civil (Boletim AASP nº 1.663, pág. 259, de 6/11/90)" *in* "O Estado de São Paulo", ed. de 14 de dezembro de 1990, pág. 26).

Tudo isso se passa no plano constitucional.

A nível de legislação federal, o art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990), reza que:

> "O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado

contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça".

Eis porque Jurandir Norberto Marçura, Munir Cury e Paulo Afonso Garrido de Paulo observam em seu "Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado" que o reconhecimento do estado de filiação pode ser exercido "independentemente do estado civil dos genitores ou de eventual parentesco entre eles" (Pág. 24, ed. 1991).

Pertinente afigura-se, portanto, a conclusão constante do lúcido parecer de fls. 48/52, da lavra do Procurador da Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Dr. Simão Isaac Benjó, no sentido de que:

> "Se a ação de investigação de paternidade de filho adulterino ainda estivesse condicionada à dissolução da sociedade conjugal do investigado, remanesceria, em parte, a proibição de reconhecimento de tal filho, o que tornaria letra morta a Constituição Federal e a Lei 7.841/89" (fls. 52).

Ante o exposto, não conheço do recurso.

É o voto.

VOTO VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Voto de acordo com o Senhor Ministro-Relator (sem explicitações).

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Acompanho, também, o lúcido voto do Eminente Ministro-Relator, com os complementos trazidos no voto do Eminente Ministro Barros Monteiro.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 7.631 — RJ — (91.0001284-0) — Rel.: Min. Sálvio de Figueiredo. Recte.: José Augusto Pessoa Salinas. Recda.: Juliana Marques de Almeida. Advs.: Drs. Guilherme Galvão Caldas da Cunha, Auristela Viterbo de V. Mota e outro.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso. (4ª Turma — 17.09.91)

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Barros Monteiro, Athos Carneiro e Fontes de Alencar.

Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Bueno de Souza.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.

♦

RECURSO ESPECIAL Nº 7.731 — SP

(Registro nº 91.0001426-5)

Relator: *Exmo. Senhor Ministro Athos Carneiro*

Recorrentes: *Ministério Público do Estado de São Paulo, Banco de Crédito Real de Minas Gerais S/A*

Recorrida: *Ensibel — Ind. Com. de Móveis Ltda. — em concordata preventiva*

Interes.: *Alfredo Luiz Kugelmas — Comissário da concordata preventiva de Ensibel — Ind. Com. de Móveis Ltda.*

Advogados: *Edson Cosac Bortolai e outros, Sérgio Benedito Siqueira*

EMENTA: CONCORDATA PREVENTIVA. CONTRATO DE CÂMBIO. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE ADIANTAMENTO.

O pedido de restituição, formulado nos termos do artigo 75, § 3º, da Lei nº 4.728, de 14.07.65, está sujeito à condição estabelecida na Lei Falencial, devendo assim o adiantamento ter sido efetuado nos quinze dias anteriores ao requerimento da concordata, por incidência à espécie do disposto no artigo 76, § 2º, combinado com o artigo 166, da Lei Falencial, em exegese compreensiva.

Cumpre não supervalorizar, além do explicitamente previsto, a situação jurídica da instituição financeira, colocando sem limite temporal o pedido de restituição de dinheiro (com a devida correção monetária), em potencial prejuízo aos créditos privilegiados derivados das relações trabalhistas, previdenciárias ou fazendárias, e aos demais créditos.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Vencidos os Srs. Ministros Fontes de Alencar e Barros Monteiro. Participaram do julgamento, além do signatário e Srs. Ministros acima mencionados, os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo e Bueno de Souza.

Custas, como de lei.

Brasília, 1º de outubro de 1991 (data do julgamento).

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente e Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Trata-se de ação de restituição de adiantamento relativo a contrato de câmbio, ajuizada perante a 24ª Vara Cível da Comarca de São Paulo por BANCO DE CRÉDITO REAL DE MINAS GERAIS S/A, contra ENSIBEL IND. E COM. DE MÓVEIS LTDA., em concordata preventiva.

O MM. Juiz de Direito julgou procedente o pedido, deferindo a restituição (fls. 27/27 v.).

Apelou a concordatária, alegando, em preliminar, a nulidade do processo por falta de regular intimação, e, no mérito, a inadmissibilidade da restituição, já que desatendido o art. 76, § 2º, do D-lei nº 7.661/45, posto que efetivada a entrega do adiantamento bem antes do termo legal ali estipulado (fls. 29/38).

A eg. 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo rejeitou a preliminar e deu provimento ao recurso, asseverando, *verbis*:

> "Com essas ponderações de ordem sistemática e reflexão axiológica é que, com segurança, se pode concluir: a restituição dos adiantamentos feitos por instituição bancária a exportador por conta do contrato de câmbio de exportação só é devida quando a entrega do numerário tenha ocorrido no prazo de quinze dias anteriores ao requerimento da falência ao concordata" (fls. 66/70).

Inconformados, o Banco credor e o Ministério Público manejaram recursos extraordinários com argüição de relevância, ambos convertidos

em recurso especial, fundamentados no art. 119, III, letras *a* e *d*, da CF/67, então vigente, contendo idênticas alegações de contrariedade ao art. 75, § 3º, da Lei nº 4.728/65, além de divergência jurisprudencial. Sustentaram, em síntese, a inexigibilidade do requisito temporal contido no estatuto falimentar (fls. 72/84 e 86/91).

Admitidos os recursos (fls. 204/205) e devidamente contra-arrazoados, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO (Relator): Dada a perfeita similitude das questões ventiladas nos recursos especiais deduzidos, passo a apreciá-los conjuntamente.

Assim, cuida-se na espécie da aplicabilidade, ou não, do prazo de 15 dias referido no art. 76, § 2º, da Lei de Falências, à hipótese de restituição prevista na Lei do Mercado de Capitais para os adiantamentos por conta de contratos de câmbio.

Não conheço do recurso pela alínea *a*, eis que entendo perfeitamente razoável a harmonização das normas da Lei do Mercado de Capitais e da Lei de Falências, quanto à exigibilidade ou não, nos casos de contratos de câmbio, do prazo permissivo da restituição.

Conforme tive oportunidade de asseverar quando do julgamento do REsp nº 6.114-SP, o eg. STF, em mais de uma oportunidade, e especialmente no julgamento do RE 68.569, 1ª Turma, rel. o em. Min. Barros Monteiro, se pronunciou no sentido da tese esposada pelos recorrentes, *verbis*:

> "Inquestionável, a meu ver, que o que deve prevalecer, na hipótese, é o voto vencido do Des. Geraldo Ferreira Leite, às fls. 101, onde bem se acentua o caráter meramente administrativo do processo de habilitação do crédito. E a ilustrada Procuradoria-Geral da República, examinando, com proficiência, os preceitos legais atinentes ao caso, conclui que o prazo de 15 dias só se aplica às coisas vendidas a crédito (art. 76, § 2º, da Lei de Falências), e não ao dinheiro adiantado por conta de contrato de câmbio. Inovando a respeito da matéria, diz o parecer, não subordinou a Lei nº 4.729/65 a restituição a nenhuma condição."

Não obstante, embora mui valiosas tais considerações, *data venia* creio melhor adequada ao sistema geral da legislação regente das fa-

lências e das concordatas, e máxime ao interesse do conjunto de credores, entre os quais os detentores de créditos privilegiados, como os créditos trabalhistas, os previdenciários, os fazendários, a exegese que enquadra a restituição excepcional, da Lei do Mercado de Capitais, às restrições temporais da lei de quebras.

Outrossim, reporto-me, no particular, nos seguintes fundamentos do acórdão recorrido, *verbis*:

> "No mérito, a pretensão recursal da ré merece prosperar. Ela tem toda razão, quando sustenta que está sujeita aos ditames da Lei de Falências o direito da instituição financeira à restituição de adiantamento feito por conta de contrato de câmbio de exportação. Esse contrato, regido basicamente pela chamada Lei do Mercado de Capitais, é geralmente indicado pela doutrina, com reflexos na postura dos pretórios, como contrato de compra e venda, figurando o exportador como vendedor das divisa que receberá quando se exaurir o negócio feito com o comprador sediado em território estrangeiro (cfr. Lei nº 4.728, de 14.7.65, art. 75). Boa fonte doutrinária ensina que, sendo feito o adiantamento pela instituição financeira ao exportador, "se afastam todas as teses doutrinárias sobre o problema da fungibilidade do dinheiro, que para muitos, não seria suscetível de restituição" (cfr. Requião, **Aspectos Modernos de Direito Comercial**, II, S. Paulo, Saraiva, 1980, p. 365). O direito positivo pôs uma pá-de-cal sobre essa questão.
>
> 3. Ele não chegou, no entanto, ao ponto de conferir às instituições financeiras esse direito, que em si mesmo já é excepcionalíssimo, independentemente do requisito temporal ordinariamente imposto pela Lei de Falências para que haja o direito à restituição. Trata-se do bem que for, sempre o próprio instituto da restituição falimentar, tal qual modelado nessa lei, assenta sempre na premissa de que ele "não integra o patrimônio do falido, pois a outrem evidentemente pertence"; não se trata de "crédito, no sentido técnico-econômico-jurídico da expressão. Não há crédito, mas apenas restituição da coisa ou do valor" (*id., ib.*, p. 367). E a Lei do Mercado de Capitais, que chegou ao ponto de dar às instituições financeiras essa norme vantagem de poder exigir a restituição dos adiantamentos, não chegou a dizer coisa alguma sobre o requisito temporal contido no estatuto falimentar (v. LMC, art. 75, § 3º: "no caso de falência ou concordata, o credor poderá pedir a restituição das importâncias adiantadas, a que se refere o parágrafo anterior"). Ela podia ter dispensado tal

requisito expressamente, mas não o fez. Não o tendo feito, fica ao intérprete a tarefa de extrair conclusões da sua omissão" (fls. 66/68).

Quanto à alegação de divergência jurisprudencial, nem o Ministério Público e nem o Banco credor coligiram arestos capazes de configurá-la, posto que os acórdãos colacionados embora reconhecendo a possibilidade de restituição de valores entregues à conta de contrato de câmbio, não cuidaram, ao que se dessume dos trechos transcritos, da questão do prazo, exceção ao último aresto trazido pelo Banco credor que, contudo, não se encontra publicado em repertório autorizado.

Ante o exposto, não conheço do recurso especial.

VOTO — VISTA

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Em face da divergência já manifestada na Turma (cfr. REsp 8.277-SP), solicitei vista para exame mais detido da espécie.

Concluiu a eg. Primeira Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao prover a apelação, pela improcedência do pedido de restituição, na concordata, de adiantamento relativo a contrato de câmbio, ao fundamento de que o direito da instituição financeira autora está sujeito à lei falimentar.

A exemplo da conclusão a que cheguei no exame do REsp 8.277-SP, pelas razões então expostas, tenho por mais razoável e jurídica a tese do v. acórdão nestes autos impugnado, motivo pelo qual acompanho o em. Relator, não conhecendo do recurso pela alínea *a* e também pela alínea *c*, pelos fundamentos alinhados em seu voto.

VOTO (VENCIDO)

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sr. Presidente, a matéria já está suficientemente debatida. Penso que a Lei de Mercado de Capitais, de acordo com o que houvera afirmado o Colendo Supremo Tribunal Federal, criou uma nova modalidade de pedido de restituição. No indigitado art. 75, § 3º, da Lei de Mercado de Capitais, não está previsto o requisito temporal que se insere no art. 76, § 2º, da Lei de Falências, o qual a meu ver cuida de uma hipótese diversa.

Peço vênia ao Eminente Ministro-Relator e aos preclaros Ministros Sálvio de Figueiredo e Bueno de Souza, para acompanhar a orientação

imprimida pelo Eminente Ministro Fontes de Alencar. Neste caso, portanto, entendo como contrariado o art. 75, § 3º, da Lei nº 4.728, de 1965, e, por essa razão, conhecendo do recurso, dou-lhe provimento.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: Senhor Presidente, em apreço ao que se acaba de ponderar o Senhor Ministro BARROS MONTEIRO, desejo apenas acrescentar que o instituto da restituição falimentar em casos de aquisição de mercadorias nas vésperas da quebra ou do pedido de concordata, tradicionalmente, é associado à presunção de má-fé do concordatário ou falido. Esta má-fé se presume, precisamente, por se realizar a operação no período suspeito de quinze dias, que antecede ao pedido ou decreto.

Em todas as situações em que nosso direito tem favorecido o credor, isentando-o do *labyrinthus creditorum*, ele o faz, em apreço à boa-fé daquele que não tinha como supor que o comerciante estivesse a preparar a moratória.

Se abandonarmos estas razões históricas, admitiremos fundamentação realmente nova, que estaria pronto a aceitar, porque o princípio é de ordem legal; mas seria mister que o novo critério resultasse explícito na lei modificadora, o que, a meu ver, não se verifica...

Com a devida vênia, persevero no entendimento que antes resumi.

VOTO — VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Sr. Presidente, nada obstante as observações dos que entendem diferentemente, mantenho-me na posição já exposta, e, no caso concreto, acompanho o voto do Eminente Ministro Barros Monteiro, dando por vulnerado o art. 75, § 3º, da Lei de Capitais.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 7.731 — SP — (91.0001426-5) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Athos Carneiro. Recorrentes: Ministério Público do Estado de São Paulo; Banco de Crédito Real de Minas Gerais S/A. Recorrida: Ensibel — Ind. Com de Móveis Ltda. — em Concordata Preventiva. Interes.: Alfredo Luiz Kugelmas — Comissário da Concordata Preventiva de

Ensibel — Ind. Com. de Móveis Ltda. Advogados: Edson Cosac Bortolai e outros; Sérgio Benedito Siqueira.

Após o voto o Sr. Ministro-Relator que não conheceu do recurso, pediu VISTA o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo. Aguardou o Sr. Ministro Barros Monteiro. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Bueno de Souza e Fontes de Alencar (12.03.91). Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.

Decisão: A 4ª Turma, por maioria, não conheceu do recurso (em 1º.10.91)

Em sessão realizada em 1º.10.91 ficaram vencidos os Srs. Ministros Fontes de Alencar e Barros Monteiro que conheciam do recurso e lhe davam provimento. Presidiu o julgamento, o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.

♦

RECURSO ESPECIAL Nº 8.914 — RO
(Registro nº 9141408)

Relator: *Ministro William Patterson*

Recorrentes: *Luiz Fátima de França Passos e outro*

Recorrido: *Ministério Público do Estado de Rondônia*

Advs.: *Drs. José Mário Alves da Silva e Fernando Silva Maia e outro*

EMENTA: PENAL. PENA-BASE. FIXAÇÃO. CRITÉRIO. MÍNIMO LEGAL.

Não ofende o disposto no art. 59, do Código Penal, nem o sistema previsto no art. 68, do mesmo ordenamento, a sentença que fixa a pena-base acima do mínimo legal, justificadamente, vale dizer, observando as condições estabelecidas no primeiro dispositivo.

A Súmula nº 7-STJ não autoriza, no recurso especial, o exame de prova, como se há de conceber exigível na análise da atipicidade do crime de falsidade ideológica (art. 299, do CP), por ausência de dolo específico.

Recurso Especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas.

Decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 14 de maio de 1991 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Adoto, como relatório, o parecer de fls. 344/346, subscrito pelo Procurador em exercício da Subprocuradoria-Geral da República, Dr. Raimundo Francisco Ribeiro de Bonis, que expõe, com clareza, a matéria discutida nestes autos, *verbis*:

> "Trata-se de recurso especial interposto por LUIZ FATIMA DE FRANÇA PASSOS e ARY CARVALHO DA SILVA do v. acórdão prolatado pela Egrégia Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia que manteve a condenação dos mesmos por infração, RESPECTIVAMENTE, aos preceitos dos arts. 299, parágrafo único e 293, § 1º, do Código Penal, imposta ao primeiro a pena de dois anos de reclusão e Cz$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros), aumentada de 1/6 (único do art. 299), tornada definitiva em dois anos e quatro meses de reclusão e, quanto ao último, Ary Carvalho da Silva aplicada a pena de reclusão de dois anos e seis meses Cz$ 15.000,00 (quinze mil cruzados).
>
> O acórdão deu provimento, em parte à apelação, para excluir as penas acessórias e consistentes no impedimento temporário das atividades dos réus.
>
> O recurso especial dele interposto por Luiz Fátima de França Passos fundou-se no art. 105, III, alíneas *a* e *c*, da CF, suposta negativa de vigência aos arts. 299, 59 e 68 do Código Penal, sendo inadmitido quanto ao art. 299 do CP, com fundamento na Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça, e admitido, com fundamento tão-só na alínea *a* do art. 105, da CF, quanto à negativa de vigência aos arts. 68 e 59 do CP.

O recurso especial esgrimido por Ary Carvalho da Silva, fundou-se no art. 105, III, alínea *e*, da CF, sendo relevado o equívoco, para ser admitido como tendo por base contrariedade ao art. 68 do CP, à vista dos elementos do art. 59 da mesma Lei".

Conclui o ilustre parecerista e representante do Ministério Público Federal, pelo desprovimento dos recursos.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Os Recorrentes amparam-se nas disposições contidas nos arts. 59, 68 e 299, do Código Penal, para pedir a reforma da decisão impugnada, ao fundamento de que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, sem motivação jurídica para tanto.

O Tribunal de Justiça de Rondônia, por sua Câmara Criminal, entendeu correta a sentença monocrática, por considerá-la justificada satisfatoriamente. Na verdade, lê-se dessa peça:

> "Analisando o feito e as condutas dos réus na forma do art. 59 do Código Penal, nota-se que ambos agiram com elevado grau doloso, utilizando-se de órgão Estadual de grande importância na legalidade de milhares de veículos circulantes, levando mesmo o consumidor do serviço público a ter "medo" de se dirigir ao órgão em tela "DETRAN" para ali licenciar um veículo, pelo comportamento criminoso das pessoas que o dirigem, ou dirigiam, *in casu*.
>
> Ambos os réus, Luiz Fátima de França Passos, não tem dignidade para o serviço público, e Ary Carvalho da Silva não tem dignidade para exercer a mediação de serviço público, no caso o de Despachante credenciado".

Inexiste proibição legal para fixação da pena-base acima do mínimo legal. O que o sistema exige é a expressa justificativa, com apoio nas condições estabelecidas no art. 59, do Código Penal. Essa é a orientação predominante na jurisprudência pretoriana, conforme se infere dos seguintes acórdãos do Egrégio Supremo Tribunal Federal:

> "EMENTA — CRIMINAL. Sentença. Pena-base. É dever do Juiz especificar os motivos pelos quais fixou a pena-base acima do mínimo previsto na lei. Essa justificativa se funda, essencialmente, nas circunstâncias judiciais enumeradas no art. 59, do Código Penal."

.....

(RE nº 114.783-MA, Relator Ministro Carlos Madeira, *in* DJ de 17.03.88).

"Cumpre ao juiz, na sentença, destacar, motivadamente, os fatores que explicam o alvitre da pena-base acima do mínimo legal" (Relator Ministro Francisco Rezek).

Como visto, não ofende a legislação de regência a sentença que, de forma motivada (art. 59, do CP) fixa a pena-base acima do mínimo legal, mesmo considerando a primariedade e bons antecedentes dos réus. Se assim é, descabe falar em violação aos arts. 59 e 68, do citado ordenamento, e, conseqüentemente, fundamento para se conhecer do recurso especial, mesmo porque, nesta fase processual, não é possível reexame da prova, conseqüência que decorreria da análise das circunstâncias que conduziram o juiz a estabelecer a pena-base acima do mínimo legal.

Sequer pode-se conceber inobservado o critério trifásico, para cálculo da pena, estampado no art. 68, do Código. Com efeito, por tal sistema, o juiz deve, inicialmente, fixar a pena-base, nos termos do art. 59, e, a seguir, aplicar as circunstâncias agravantes, incorporando ao cálculo, por final, as causas de diminuição e aumento. Foi o que ocorreu no particular. Primeiro fixou-se a pena-base e, depois, acrescentou-se a causa de aumento prevista no parágrafo único, do art. 299.

No tocante à atipicidade do crime de falsidade ideológica, pela falta do dolo específico, será impossível penetrar-se nessa trilha jurídica sem a necessidade do exame dos aspectos fáticos que a envolvem. A Súmula nº 7 — STJ proíbe a conduta.

Em relação à divergência jurisprudencial, como bem acentuou o ilustre Presidente do Tribunal *a quo*, não restou demonstrada, à míngua dos elementos requeridos no art. 255, parágrafo único, do Regimento Interno do STJ.

Ante o exposto, não conheço do recurso especial.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 8.914 — RO — (9141408) — Relator: Ministro William Patterson. Rectes.: Luiz Fátima de França Passos e outro. Recdo.: Ministério Público do Estado de Rondônia. Advs.: Drs.: José Mário Alves da Silva e Fernando Silva Maia e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 14.05.91 — 6ª Turma).

Votaram os Srs. Ministro José Cândido, Carlos Thibau, Costa Leite e Vicente Cernicchiaro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.

♦

RECURSO ESPECIAL Nº 9.158 — SP
(Registro nº 91.4838-0)

Relator: *O Sr. Ministro Assis Toledo*
Recorrente: *José Roberto Lamacchia*
Recorrido: *Ministério Público do Estado de São Paulo*
Advogados: *Drs. Alberto Viegas Mariz de Oliveira e outros*

EMENTA: PENAL. PRESCRIÇÃO. CAUSAS INTERRUPTIVAS.

1 — *Lei de imprensa.* Aplicam-se aos crimes de imprensa as causas interruptivas da prescrição previstas no Código Penal.

2 — *Interrupção da prescrição.* Acórdão *embargável proferido em grau de apelação.* Se o acórdão, relativo à apelação, for condenatório, ou seja, aquele que pela primeira vez impôs a pena, ou agravou-a, constitui "decisão condenatória recorrível" (art. 117, IV, do CP) e, ainda que embargável, tem efeito interruptivo da prescrição. Se, entretanto, for meramente confirmatório da sentença de primeiro grau, não se identifica perfeitamente com a previsão do art. 117, IV, do CP, pelo que não interrompe a prescrição. No caso, ocorre a última hipótese.

Recurso Especial conhecido, pela letra *c*, e provido para declarar-se extinta a punibilidade pela prescrição.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e, por maioria, provê-lo, para declarar

extinta a punibilidade, em face da prescrição em causa, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 15 de maio de 1991 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente. Ministro ASSIS TOLEDO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: José Roberto Lamacchia foi condenado por crime de imprensa (art. 20 c/c 23 da Lei nº 5.250/67) a 8 meses de detenção e multa.

Apelou objetivando o reconhecimento da prescrição ou a absolvição por insuficiência de prova.

A Terceira Câmara do E. Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo negou provimento ao recurso contra o voto do Juiz Gomes de Amorim que acolhia a prescrição para declarar extinta a punibilidade. Sustentou o voto vencido a tese da inaplicabilidade aos crimes de imprensa das causas interruptivas da prescrição prevista no art. 117 do Código Penal.

Inconformado e com apoio no voto vencido, opôs a defesa embargos infringentes conhecidos como de nulidade mas rejeitados por maioria. Na ocasião do julgamento, desacolheu-se também a argüição de prescrição intercorrente (fls. 379 e 384), entendendo a maioria que o curso da prescrição foi interrompido:

a) com o recebimento da denúncia em 26/06/87;

b) com a publicação da sentença condenatória em 11/1/88;

c) com a publicação do acórdão que julgou a apelação, em 03/10/89.

Eis o tópico central do acórdão referente aos embargos:

"Ora, se o artigo 41 da Lei de Imprensa fixa o prazo de 2 anos para prescrição da ação penal, contado a partir da data da publicação, ou transcrição incriminada, sem se referir à interrupção do lapso temporal, isto não nos autoriza concluir que, dentro do nosso ordenamento jurídico, se tenha consagrado o princípio da impossibilidade de interrupção de tal prazo, como se decadencial fosse.

O artigo 41 supra-referido fixa o prazo de prescrição da mesma forma que o artigo 109 do Código Penal.

Na Lei Especial, o prazo é único e sem influência das penas em abstrato previstas para os crimes por ela definidos.

Aliás, por tal motivo, inaplicável à Lei de Imprensa o artigo 109 do Código Penal, que não prevê lapso temporal único, mas sim variável.

Contudo, da mesma forma que o artigo 109 do Código Penal, o artigo 41 da Lei de Imprensa não cuidou da Interrupção, ficando tudo o cargo do que dispõe o artigo 117 do Código Penal.

Nem se argumente que o § 2º do artigo 41 fala em prescrição, quando se sabe que ele se refere à hipótese do § 1º.

Este tem sido o entendimento do Supremo Tribunal Federal como se vê no v. Acórdão proferido no julgamento do *Habeas Corpus* nº 63.656, em que foi relator o Ministro Célio Borja (RTJ — 118/111).

"Por sua vez, quanto à interrupção do prazo prescricional, reconhece-se que se aplicam as mesmas causas previstas no Código Penal", para lembrar a seguir, a copiosa e tranqüila jurisprudência já firmada naquele Excelso Pretório.

"Aliás, esse entendimento há muito vem sendo observado pelo Supremo Tribunal Federal, conforme se verifica dos seguintes precedentes: HC nº 38.820 — (RTJ-27/112); HC nº 47.754 — (RTJ — 54/224); HC nº 48.064 — (Ementário — 808); RE nº 61.608 — (RTJ — 49/333); RE nº 62.122 — (RTJ — 46/562); RE nº 64.650 — (RTJ — 48/339); RE nº 68.771 — (Ementário — 804); Queixa-Crime nº 177 — (RTJ — 46/677); RE 69.602 — (RTJ — 55/203) e Ação Penal nº 204 — (RTJ — 61/579)".

No processo *sub judice*, o prazo prescricional foi realmente interrompido com o reconhecimento da denúncia, que se deu em 26 de junho de 1987, bem como com a publicação da r. sentença condenatória que se deu em 11 de janeiro de 1988, e com a publicação do v. Acórdão que se deu em 03 de outubro de 1989, visto que o Acórdão, como decisão condenatória unânime que foi, consubstancia causa interruptiva da prescrição.

Diante do exposto, conhecidos como embargos de nulidade, ficam os mesmos rejeitados." (Fls. 382/384).

Contra esse julgado, no ponto em que rejeita a prescrição intercorrente, ingressou a defesa com recurso especial, pelas letras *a* e *c* (houve evidente equívoco na menção à letra *d* do permissivo constitucional) sustentando que, ao concluir que o acórdão embargável tem efeito in-

terruptivo de prescrição, hipótese não prevista no art. 117 do Código Penal, negou o Tribunal vigência a esse dispositivo de lei federal, bem como ao art. 3º do Código de Processo Penal, pois aplicou-se a analogia para prejudicar o réu.

Além disso, assim decidindo, o acórdão ora impugnado estabeleceu dissídio com julgado do Supremo Tribunal Federal (HC 41.874, RTJ 33/64).

Contra-razões do Ministério Público a fls. 394/399, pelo indeferimento ou pelo improvimento do recurso.

Admitido o recurso por ambos os fundamentos, vieram-me os autos.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: PENAL. PRESCRIÇÃO. CAUSAS INTERRUPTIVAS.

1 — ***Lei de Imprensa***. Aplicam-se aos crimes de imprensa as causas interruptivas da prescrição, previstas no Código Penal.

2 — ***Interrupção da prescrição***. Acórdão ***embargável proferido em grau de apelação***. Se o acórdão, relativo à apelação, for condenatório, ou seja, aquele que pela primeira vez impôs a pena, ou agravou-a, constitui "decisão condenatória recorrível" (art. 117, IV, do CP) e, ainda que embargável, tem efeito interruptivo da prescrição. Se, entretanto, for meramente confirmatório da sentença de primeiro grau, não se identifica perfeitamente com a previsão do art. 117, IV, do CP, pelo que não interrompe a prescrição. No caso, ocorre a última hipótese.

Recurso Especial conhecido, pela letra *c*, e provido para declarar-se extinta a punibilidade pela prescrição.

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): Com razão o acórdão recorrido ao admitir a aplicação aos crimes de imprensa das causas interruptivas da prescrição previstas no Código Penal. É essa a orientação dominante.

Todavia, considera esse mesmo acórdão que a decisão embargável, meramente confirmatória da sentença de primeiro grau, é causa interruptiva da prescrição. Daí a conclusão a que chegou.

No recurso cita-se precendente do Supremo Tribunal Federal, Relator Min. Victor Nunes, em cujo voto, prevalecente por maioria, se nega esse efeito ao acórdão embargável (RTJ 33/64).

Demonstrada a divergência, conheço do recurso pela letra *c*.

A propósito do efeito, sobre a prescrição, da decisão que julga recurso de apelação, a tendência jurisprudencial mantém-se no sentido de distinguir:

a) se a decisão de segunda instância é condenatória, isto é, reforma sentença absolutória ou agrava a condenação de primeiro grau, a prescrição é interrompida, na data do julgamento (STF, HC 59.565 e 56.146);

b) se a decisão de segunda instância é meramente confirmatória, negando provimento ao recurso, há inúmeros julgados no sentido de que, nessa hipótese, tratando-se de decisão que não se identifica perfeitamente com a prevista no art. 117, IV, do CP, a prescrição não é interrompida (consulte-se: **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**, Alberto da Silva Franco e outros, 4.04-b, 3ª ed., p. 597);

c) se o acórdão embargável é condenatório, constituindo sentença recorrível, também interrompe a prescrição (consulte-se: *Op cit*, 4-04-a, p. 596).

No caso destes autos, o acórdão embargado foi meramente confirmatório da condenação, por votação unânime, restringindo-se o voto vencido à questão da prescrição. Assim, na linha da orientação referida nas letras *b* e *c*, não deveria interromper a prescrição.

Parece-nos, com efeito, que assim deva ser. O legislador penal instituiu como causa interruptiva "a sentença condenatória recorrível" e isso, conforme anota Rodrigues Porto (**Da Prescrição Penal**, Bushatsky, p. 81), deve ter algum sentido, pois, em princípio, "não existe sentença condenatória irrecorrível", salvo se proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Esse sentido, ao ver do autor citado, pode ser encontrado se interpretarmos o dispositivo legal em exame como endereçado à condenação pela primeira vez proferida no processo, seja de que instância for. Ficam de fora, portanto, as decisões de instâncias superiores meramente confirmatórias. A não ser assim, estar-se-ia, na dúvida, aplicando ampliativamente, contra o réu, um preceito que, pela sua natureza, deve ser interpretado restritivamente.

Adotamos, pois, esse entendimento. Assim, considerando que, entre a última causa interruptiva (sentença publicada em 7/1/88, fls. 307) e o acórdão proferido nos embargos (26/3/90) decorreu prazo superior a dois anos, deu-se a prescrição intercorrente, *ex vi* do disposto no art. 41 da Lei nº 5.250/67.

Ante o exposto, conheço do recurso, pela letra *c*, e dou-lhe provimento para decretar a extinção da punibilidade pela prescrição.

É o voto.

VOTO — VENCIDO (EM PARTE)

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Entre as teses tão bem expostas pelo Sr. Ministro-Relator, proferi, em julgamentos nesta Turma (os quais precisarei por ocasião das notas taquigráficas), filiar-me à corrente que dá por interruptiva da prescrição qualquer que seja a decisão condenatória recorrível, e igualmente o acórdão da condenação em segundo grau — REsp 2.753-RJ e REsp 3.021-PR.

Entendi, então, que, condenado o réu, o primeiro prazo de prescrição interrrompeu-se com a sentença; um segundo lapso o foi com o acórdão confirmatório, e um terceiro, no caso de embargos infringentes.

É bem verdade que essa minha compreensão, quanto à primeira hipótese, foi especificamente reformada pelo Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus*, nº 68.321-5-DF, relatado pelo Sr. Ministro Moreira Alves, DJ de 08/02/91. Entendeu o Pretório Excelso, em preferência pela corrente agora adotada pelo Sr. Ministro-Relator, que a causa interruptiva da sentença condenatória é uma só e não se comunica com a dos acórdãos que a confirmem em grau de apelação ou de embargos; e mais, que intercorre até mesmo na pendência do recurso extraordinário. Neste último ponto, trata-se de acórdão do Sr. Ministro Aldir Passarinho, no RECr nº 104.293-Paraná, DJ de 09/08/85.

Apesar dos argumentos em prol dessa orientação, com a devida vênia do Sr. Ministro-Relator, prefiro permanecer, *si et in quantum*, na mesma posição daqueles casos que julguei com o apoio desta Eg. Turma, e de cujos votos transcreverei os tópicos pertinentes. Textual:

REsp 2.753-RJ

"*Omissis*...

Inicio pela preliminar de prescrição intercorrente, dada a sua maior intensidade de prejudicialidade do mérito, e por isso apreciável até que de ofício.

Fico, porém, em rejeitá-la, porquanto, tratando-se de sentença condenatória proferida a 06/10/87, essa primeira interrupção da prescrição bienal, evidentemente, durou até 1º/11/88, data do acórdão que a confirmou. O fato da embargabilidade infringente não teve o condão de impedir a esse primeiro acórdão o seu próprio efeito interruptivo, operado *par cascades* pela ordem dos tantos ou quantos recursos que venham atacar a condenação com a qual continua irresignada a ré.

Daí descarecer de maiores considerações a compreensão sistemática de que o segundo acórdão, datado de muito antes do transcurso do novo biênio prescricional (14/9/89), operou uma terceira interrupção. E dali para cá, na pendência deste recurso, também não intercorreu ainda o indagado biênio.

E se assim aconteceu quanto à prescrição intercorrente aos recursos do réu, com maior razão se diga quanto à prescrição simplesmente retroativa. Na verdade, por mais benigna que se repute a construção agasalhada pela Súmula 146-STF, evoluída até a hodierna redação do art. 110 e parágrafos, do Cód. Penal, que admite a prescrição contada do crime até o recebimento da denúncia, ainda assim, a salvo esse lapso de tempo, nunca se negou à sentença condenatória recorrível a força interruptível que sempre lhe foi dada por lei (CP, art. 117, IV).

Logo, inteiramente desarrazoada se mostra a pretensão recursal reclamada do acórdão, também sobre querer-se que se tenha consumado a prescrição pela pena concretizada, conforme o biênio contado a partir da data do fato, mas sem consideração à sentença que o interrompeu e em cujo tempo de eficácia pretende-se adentrar a contagem.

Donde a conclusão de que, em matéria da prescrição pleiteada no recurso, nenhuma ofensa sofreram os arts. 109, VI, e 110, §§ 1º e 2º, do Código Penal." — Sessão de 13/06/90.

REsp 3.021-PR

"O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhores Ministros, em preliminar prejudicial do recurso, examine-se a suscitação de prescrição.

Relembre-se querer-se que a condenação em segunda instância se marque como termo interruptivo da prescrição pelo julgamento dos embargos declaratórios recebidos, e não pelo julgamento anterior, de provimento da apelação do Ministério Público.

A propósito do assunto, recorde-se que, desde quando o Pretório Excelso, vencendo severas resistências, alargou a compreensão da Súmula 146 para aplicá-la às condenações impostas em segunda instância (ERE 76.320-SP, *in* RTJ 76/148), sabe-se que o fez à luz de substanciais fundamentos, dentre os quais o da definitividade da condenação para a acusação, requisito basilar da chamada prescrição retroativa balizada pela pena em concreto.

Ora, se a construção jurisprudencial assim definiu o requisito primeiro da prescrição em tais casos, não há dizer-se que os embargos de declaração, no seu singelo alcance das ambigüidades, obscuridades, contradições ou omissões do acórdão, e genericamente legitimados tanto para a defesa como para acusação (art. 619 do CPC), possam ter o condão de descaracterizar a indagada definitividade da condenação. Assim fora, para o efeito confundir-se-iam os declaratórios com os embargos de infringência, esses, sim, de natureza reparadora do *error in judicando*, e como tal só admissível à defesa (CPP, art. 609, parágrafo único); confusão essa que resultaria em desfavor da construção *in bonam partem* lastreada no preceito da definitividade da pena para a acusação, também quando proferida em segundo grau.

É bem verdade que, a par de suas vistas à correção de erros materiais ensombreados por aqueles relacionados vícios da decisão, e ao largo da porfia doutrinária sobre classificarem-se ou não como recurso os declaratórios, excepcionalmente se lhes permitem efeitos modificativos; mas, aí esses efeitos se autorizam exclusivamente a partir da verificação do **erro extrínseco** (terminologia do prof. H. Tornaghi, "Instituições de Processo Penal", vol. 4/366, Saraiva, 2ª ed.) cujo reparo implique necessariamente em modificação da decisão, e jamais se autorizam à direita e livre correção do **erro intrínseco** (*idem, idem*), cometimento, este último, inerente ao juízo de retrato, exercido em sede de outros procedimentos recursais que não os embargos de declaração.

Revista essa conceituação processual, diga-se que, ainda quando no caso excepcional de se permitirem efeitos infringentes, os embargos recebidos mais não alteram os reflexos penais correlatos, senão que na medida da própria modificação da condenação, isto é, na medida em que a decisão declarada sob a forma de pena menor também resulte em menor prazo prescricional.

No caso dos autos, abstraída por irrecorrida a indagação de que seria ou não possível corrigir pela via condenatória o típico

erro de direito então imputado ao acórdão condenatório, certo é que da correção da pena, pela exclusão daquelas agravantes, não resultou alteração alguma do prazo de prescrição interrompido pela condenação imposta em segundo grau. Se o prazo era de doze anos para a pena aplicada na apelação, com foros de definitividade para a acusação, de doze anos continuou a ser para a pena declarada, tudo sem qualquer efeito sobre o termo interruptivo designado pela data do acórdão condenatório (25.11.87), em relação ao *dies a quo* gizado pelo recebimento da denúncia (27.01.76).

Portanto, rejeito a argüição de prescrição."— Sessão de 06/06/90.

Portanto, embora conheça do recurso, pois que até relembrei outro precedente que se alinha à argüição da petição interpositiva, negou-lhe provimento, por entender que o venerando acórdão recorrido está em fiel interpretação dos dispositivos legais de que se trata.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 9.158 — SP — (91.4838-0) — Rel.: Min. Assis Toledo. Recte.: José Roberto Lamacchia. Recdo.: Ministério Público do Estado de São Paulo. Advs.: Drs. Alberto Viegas Mariz de Oliveira e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e, por maioria, o proveu para declarar extinta a punibilidade, em face da prescrição em causa (em 15/05/91 — 5ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Mins. Edson Vidigal, José Dantas e Flaquer Scartezzini. Votou vencido quanto ao provimento o Sr. Min. José Dantas. Ausente o Sr. Min. Costa Lima.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. JOSÉ DANTAS.

♦

RECURSO ESPECIAL Nº 9.492 — SP
(Registro nº 9157002)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade*
Recorrente: *Elayla Penna Pereira Lopes*
Recorrida: *Fazenda do Estado de São Paulo*
Advogados: *Roberto V. Calvo e outros — Mirna Cianci*

EMENTA: CIVIL/PROCESSUAL. ANTECIPAÇÃO DE DESPESAS. PERÍCIA JÁ REALIZADA. AMEAÇA DE DESENTRANHAMENTO DOS LAUDOS. COAÇÃO.

A ameaça de desentranhamento dos laudos periciais, para forçar o pagamento de honorários dos peritos, é ilegal, porquanto a lei prevê execução forçada para sua cobrança, ao erigir em título executivo extrajudicial a conta respectiva (art. 585, V, do Código de Processo Civil). O juiz pode condicionar a realização dos exames periciais a depósito prévio das despesas, mas, uma vez realizado o ato sem o prévio adiantamento das despesas, não pode o mesmo ser desfeito.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 03 de setembro de 1991 (data do julgamento).

Ministro EDUARDO RIBEIRO, Presidente. Ministro DIAS TRINDADE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Recorre ELAYLA PENNA PEREIRA LOPES com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição Federal, de acórdão proferido pela Segunda Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo que negou provimento a agravo de instrumento oferecido pele ora recorrente contra FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, em ação cautelar de produção antecipada de provas, de decisão que determinou a intimação da agravante para depositar os salários do perito sob pena de desentranhamento do laudo.

Sustenta a recorrente ter o acórdão ofendido os artigos 19 e 125 do Código de Processo Civil; alega ainda dissídio jurisprudencial.

Recebido e processado o recurso vieram os autos a este Tribunal, onde o Ministério Público opina pelo seu não conhecimento.

É como relato.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): A ora recorrente agravou de decisão pela qual o juiz determinou que fosse efetivado o depósito do valor dos honorários dos peritos, em processo de produção antecipada de prova pericial, sob pena de ser determinado o desentranhamento dos respectivos laudos, já oferecidos.

Estou em que, efetivamente, não havendo regra a respeito desse desentranhamento-penalidade, o acórdão contrariou a cabeça do art. 125 do Código de Processo Civil, que consagra o princípio da legalidade das formas.

É que se louvou o acórdão para confirmar a decisão de primeiro grau na inexistência de regra processual impeditiva da determinação de desentranhamento dos laudos, que, assim, é tida por legítima. Ocorre, no entanto, que o mesmo código de ritos estabelece, no art. 58, V, a possibilidade legal de se cobrarem os peritos dos seus honorários, erigindo como título executivo extrajudicial.

> "V — o crédito de serventuário de justiça, de perito, de intérprete, ou de tradutor, quando as custas, emolumentos ou honorários forem aprovados por decisão judicial."

Ora, se a lei estabelece forma de cobrança, dando ao credor o direito de execução forçada, não se há de como tolerar que se adote, como fez a decisão de primeiro grau, coação inviabilizadora do próprio desenvolvimento do processo cujo objeto é exatamente a produção da prova pericial, de sorte a esvaziá-lo, como se fora o juiz o encarregado da cobrança dos honorários.

E, de certo modo, a decisão extrapola o contido no art. 19 do Código de Processo Civil, porquanto, assegurando o prévio pagamento das despesas, não quer significar que, uma vez realizado o ato, sem esse pagamento, possa ser o mesmo simplesmente arredado porque não efetivado o prévio depósito, o que representa atentado ao princípio da conservação dos atos do processo.

Eis o que diz AGRÍCOLA BARBI, a propósito do princípio da legalidade das formas, ao analisar o art. 125 do Código de Processo Civil:

> "Mas os meios para verificar com qual dos ligitantes está a razão, e para tornar efetivo o direito que for reconhecido a qualquer das partes, não podem ficar à livre criação ou escolha do juiz. Se assim fosse, grave risco correria o direito das partes quando o magistrado não fosse feliz no determinar as regras a seguir.
>
> A experiência multissecular da atividade judiciária vem criando, fixando e selecionando os meios mais adequados à apuração e efetivação do direito dos indivíduos. O produto desta cristalização é incorporado nos Códigos e nas leis processuais, porque o legislador considera os meios aí incluídos como os melhores, e que devem ser seguidos pelos participantes da contenda. As formas adotadas pela lei para processar as causas são com freqüência criticadas pelos menos avisados, como se fossem escolhidas por simples gosto pela formalidade. Todavia, são elas prescritas para garantir aos indivíduos maior segurança na discussão e defesa dos seus direitos. A elas estão sujeitos não apenas os litigantes, mas também o juiz, a quem o art. 125 prescreve dirigir o processo conforme as disposições deste Código." (Comentários ao Código de Processo Civil — Vol. I, tomo II, pág. 514).

Aqui acresce a circunstância de que, segundo se noticia nestes autos, houve interposição de agravo de instrumento da decisão que fixou os honorários dos peritos, sem audiência do requerente, tendo-os por excessivos, ao que diz, sem julgamento, como, por outro lado, executada a ameaça de desentranhamento dos laudos, já houve sentença de extinção do processo, por falta de objeto — trata-se de vistoria *ad perpetuam rei memoriam* — pendente da apelação.

Isto posto, voto no sentido de conhecer do recurso e lhe dar provimento, para modificar o acórdão e prover o agravo de instrumento, de sorte a reformar a decisão agravada, mantendo-se nos autos os laudos periciais.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 9.492 — SP — (91.57002) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade. Recte.: Elayla Penna Pereira Lopes. Recda.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advs.: Drs. Roberto V. Calvo e outros — Mirna Cianci.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento (em 03.09.91 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Cláudio Santos e Eduardo Ribeiro.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nilson Naves.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

♦

RECURSO ESPECIAL Nº 10.121 — RJ
(Registro nº 91.0007147-1)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Fontes de Alencar*

Recte.: *Tatiana Turismo Ltda.*

Recdo.: *Banco Nacional S/A*

Advogados: *Drs. Eduardo Machado da Silva e outros e Luis Manuel Martinez Malvar e outros*

EMENTA: PRAZO DO ART. 47, § 38, I, DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. DECADÊNCIA.

A prática de ato revelador do exercício de um direito no lapso de tempo previsto na lei obsta a que se opere a decadência, mostrando-se, no caso, desimportante o momento em que a petição inicial da ação recebeu despacho.

Recurso especial atendido.

Unânime.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 25 de junho de 1991 (data do julgamento).

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente. Ministro FONTES DE ALENCAR, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Em ação de consignação em pagamento em que a autora objetiva o pagamento do débito com o benefício do art. 47 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a sentença de 1ª instância afastou a preliminar de decadência, julgando procedente a ação.

Da decisão de primeiro grau, reformada pelo acórdão recorrido, transcrevo as seguintes considerações:

> "Antes de mais nada, deve ser apreciada a questão pertinente à alegada decadência.
>
> Não há dúvida que o prazo de noventa dias, estipulado no art. 47, § 38, inciso I, das Disposições Transitórias Constitucionais, é de decadência. Havendo sido promulgada a Constituição Federal na data de 06.10.88, tal prazo decadencial findou-se a 05.01.89.
>
> Ora, distribuiu-se a ação em 19.12.88 (fl. 02). Antes do decurso daquele prazo. E a inicial somente foi levada a despacho no dia 11.01.89 devido ao recesso forense. Daí não podendo ser imputada à A. tal demora.
>
> De modo que rejeito a alegação de decadência." (Fl. 67).

A Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro reformou a decisão de primeiro grau nos termos do acórdão que porta a seguinte ementa:

> "Ação de consignação em pagamento. Prazo do inciso I do § 3º do art. 47 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Ocorrência da decadência porque a citação foi efetivada mais de três meses após o término do prazo, sem as providências dos §§ 2º e 3º do art. 219 do CPC." (Fl. 89).

Inconformado, o vencido interpôs recurso especial com fundamento no art. 105, III, *c*, da Constituição Federal, alegando dissídio jurisprudencial (fls. 83/99).

Pelo despacho de fls. 101/103 foi o recurso admitido, subindo os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): O aresto recorrido, ao decretar a decadência, lastreou-se nos seguintes fundamentos:

> "Com efeito, o prazo de noventa dias previsto no inciso I do § 3º do art. 47 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias se findaria em 05 de janeiro de 1989. A autora distribuiu a ação no dia 19 de dezembro de 1988 e a inicial só foi despachada no dia 11 de janeiro, segundo a sentença devido ao recesso forense.
>
> Acontece porém que a citação só foi efetivada a 21 de abril de 1989, sem que fossem tomadas as providências dos §§ 2º e 3º do art. 219 do CPC" (Fls. 89/90).

O dissídio jurisprudencial se acha configurado, inclusive em relação à Súmula nº 05 do Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul, que dispõe de forma contrária à tese do v. acórdão:

> "Ajuizada a demanda no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, atribuível aos serviços judiciários, não justifica o acolhimento da argüição de prescrição ou decadência, entendendo-se implícito o requerimento a que se refere o art. 219, § 3º, do CPC."

No presente caso não ficou demonstrado que o atraso na execução da citação do réu se deveu por culpa da autora que, inegavelmente, dentro do prazo ingressou com a ação de consignação em pagamento.

Vale registrar a boa doutrina sobre o tema exposta por J. Frederico Marques:

> "No caso de decadência, ter-se-á em vista a regra do art. 220 (...), mas, como é óbvio, naquilo em que for aplicável o art. 219. Desse modo, como o prazo de decadência é para a ação ser proposta, e, além disso, não se interrompe, — não estará exaurido o referido prazo, e a decadência não se configurará, se a ação for proposta (art. 263) antes que ele ultrapasse o seu *dies ad quem*. A data da distribuição ou a do despacho liminar é que mostrará se a decadência se verificou, ou não. Tanto isto é certo

que o art. 459 (onde se trata de ação cujo prazo de decadência está correndo) diz o seguinte: "O direito de propor ação rescisória se extingue em dois anos, ..." (Manual de Direito Processual Civil, vol. II, p. 15/16, Saraiva, 1974).

Tal doutrina foi perfilhada pelo antigo Tribunal Federal de Recursos, em aresto da lavra do eminente Ministro CARLOS VELLOSO, no Ag nº 47.316, cuja ementa guarda o seguinte teor:

> "Processual Civil. Desapropriação. Decadência. Decreto-lei nº 3.365/41, art. 10. Lei nº 4.132, de 10.09.62, art. 3º (Desapropriação por interesse social).
>
> I — Tratando-se de decadência, em que se estabalece prazo para exercício de um direito, basta a ocorrência do ato revelador desse exercício para impedir a sua perda. Assim, apresentada, no protocolo do Juízo, a petição inicial da ação de desapropriação, tem-se como obstada a caducidade do decreto expropriatório, a menos que se revele a entidade expropriante omissa, dando causa ao retardamento do despacho de citação ou de sua execução.
>
> II — Agravo improvido." (*in* Rev. TFR nº 138, pág. 24).

Em seu voto o eminente Ministro CARLOS VELLOSO, com muita propriedade, demonstrou à luz da doutrina e da jurisprudência, que uma vez proposta a ação dentro do prazo decadencial tem-se como obstada a caducidade do direito do autor.

Assim disse o douto Relator:

> "... sempre sustentei que, em se tratando de decadência, em que se estabelece prazo para o exercício de um direito, basta a ocorrência do ato revelador desse exercício para impedir a perda do direito..."
>
> "Não discrepam do entendimento que sustentamos as lições de E. D. Moniz de Aragão e Hélio Tornaghi, ao comentarem o art. 220, CPC:
>
> > "O que a lei visa é assegurar à parte que os efeitos da decadência ou extinção do prazo não ocorrerão, se ajuizar a causa dentro do lapso em lei previsto e obtiver o despacho inicial ou apresentar a petição no protocolo da distribuição ou do Tribunal, desde que a citação inicial seja realizada na conformidade do disposto nos §§ 2º e 3º do artigo anterior. Se não o for, incidirá em toda a plenitude o preceito contido no

§ 4º. O efeito antecipado não é a interrupção, pois a decadência a esta não fica subordinada; o que se antecipa é a instauração do processo, a efetividade do exercício do direito de ação, mesmo antes de se completar a formação da relação processual através da citação do réu, exigida pelo art. 263". (E. D. Moniz Aragão, 'Comentários ao CPC', 1ª ed., II/204).

.....

"A grande dúvida que poderia suscitar esse dispositivo seria a relativa à decadência que, por sua própria natureza, não se interrompe. Mas, no momento em que o autor exerce o direito, indo a Juízo, não há mais que falar em decadência.

Ninguém decai de um direito que está exercendo. A rigor, não é sequer o despacho ordenador da citação que faz cessar a possibilidade de decadência (o que não é o mesmo que interromper); é a atividade do autor. O despacho, no caso, é meramente comprobatório da tempestividade da atuação do autor. Não há interrupção da decadência e sim a impossibilidade de ela ocorrer, já que o autor exerceu o direito antes que ela se operasse". (Hélio Tornaghi, 'Comentários ao CPC', II/163-164).

Em tema de Ação Rescisória, em que o prazo de seu exercício é também de decadência, tanto esta eg. Corte quanto o colendo Supremo Tribunal Federal têm decidido que importa considerar a data em que a ação foi apresentada e protocolada.

Na AR nº 413-GB, Relator Ministro Aliomar Baleeiro, decidiu o eg. STF:

> "Preliminar de decadência. Apresentada e protocolada, no Tribunal, a petição inicial da Ação Rescisória, não corre o prazo de decadência, enquanto há retardamento do despacho de citação ou de sua execução, por fato ou omissão não imputável ao interessado. Aplicação do art. 166, § 2º, do CPC. Votos vencidos..." (RTJ 49/217).

"Idênticas decisões foram proferidas pela Corte Suprema no RE nº 62.553-SP, Relator Ministro Djaci Falcão (RTJ 41/727), RE nº 63.770-PE, Relator Ministro Amaral Santos, que ficou vencido (RTJ 54/02), RE nº 65.125-GB, Rela-

tor Ministro Thompson Flores (RTJ 60/591)." (*op. cit.*, pág. 26).

De igual modo se pronunciou o eminente Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, ao relatar a AC nº 47.044, consoante os termos da respectiva ementa:

> "Desapropriação. A caducidade da declaração de utilidade somente ocorre se dentro de cinco anos não foi ajuizada a ação para tornar efetiva a desapropriação, não importando a data da citação do expropriado. Sentença reformada para determinar que se prossiga na ação." (DJ de 20.11.80).

Isto posto, conheço do recurso e lhe dou provimento, para que, afastada a preliminar de decadência, o Tribunal *a quo* julgue a causa como entender de direito.

É o meu voto.

VOTO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Acompanho o Sr. Ministro-Relator que dá à polêmica questão, versada no art. 219 do Código de Processo Civil, tratamento na melhor linha doutrinária que se formou a respeito, consoante se viu da fundamentação do seu respeitável voto.

Sem embargo das divergências que têm ocorrido na matéria, também comungo do entendimento de que havendo oportuna manifestação da parte no ajuizamento da causa, desde que a demora seja atribuída apenas ao aparelho judiciário, não há de ser em detrimento do direito da parte.

Este Tribunal, através do REsp nº 1.450-SP, de que foi relator o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, em julgamento ocorrido em 21.11.89, com publicação no Diário da Justiça de 18.12.89, também se manifestou a respeito, adotando o mesmo entendimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 10.121 — RJ — (91.0007147-1) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Fontes de Alencar. Recte.: Tatiana Turismo Ltda. Recdo.: Banco Nacional S/A. Advs.: Drs. Eduardo Machado da Silva e outros e Luis Manuel Martins Malvar e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento (4ª Turma: 25.06.91).

Os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro e Athos Carneiro votaram com o Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Min. Bueno de Souza. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.

♦

RECURSO ESPECIAL Nº 10.257 — SP
(Registro nº 91.0007446-2)

Relator: *Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro*
Recorrente: *Prefeitura Municipal de São Paulo*
Recorrida: *Almerinda dos Santos Silva*
Advogados: *Drs. Isabela do Nascimento Funari e outros (Recte.)*
Marcia Cunha Ferreira da Silva e outros (Recda.)

EMENTA: Processual Civil. Liquidação de sentença. Acidentes do trabalho. Cálculo de diferença da indenização.

I — No caso, o acórdão recorrido, ao considerar que a referência a "salário mínimo" na decisão exeqüenda há ser interpretada como "piso nacional de salário", porquanto se reportava à menor remuneração do trabalho assalariado do País, não negou vigência a textos da lei federal colacionada.

II — Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 07 de outubro de 1991 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Alega a PREFEITURA MUNICIPAL DO ESTADO DE SÃO PAULO, em recurso especial, com fundamento na letra *a* do permissivo constitucional, que o acórdão impugnado, ao manter a sentença homologatória da conta de liquidação relativa a ação acidentária, negou vigência ao Decreto-lei nº 7.036, de 1944, aplicável por força da Lei Municipal nº 5.153, de 1967, por entender que o Decreto-lei nº 2.351, de 1987, não se refere ao caso. Com efeito, o piso nacional de salário, utilizado para cálculo da conta homologada, não é o mesmo salário mínimo do Decreto-lei nº 7.036, de 1944, porquanto este último foi substituído pela expressão "salário mínimo de referência" pelo citado Decreto-lei nº 2.351, de 1987.

Contra-arrazoado (fls. 247/248), o recurso foi admitido (fls. 252-253), subindo os autos a esta Corte, onde me vieram distribuídos.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Processual Civil. Liquidação de sentença. Acidentes do trabalho. Cálculo da diferença de indenização.

I — No caso, o acórdão recorrido, ao considerar que a referência a "salário mínimo" na decisão exeqüenda há ser interpretada como "piso nacional de salário", porquanto se reportava à menor remuneração do trabalho assalariado do País, não negou vigência a textos da lei federal colacionada.

II — Recurso especial não conhecido.

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Ao decidir a questão, aduziu o acórdão impugnado (fls. 241):

> "Como constou do bem elaborado parecer do Dr. Curador de Acidentes, o "Salário Mínimo de Referência" criado pelo D.L nº 2.351/87 é mero índice de atualização monetária ou base de cálculo de obrigação legal ou contratual (artigo 4º, II), não se podendo utilizá-lo como se fosse base remuneratória indenizatória, função esta que ficou reservada ao Piso Nacional de Salários (art. 4º, I).

Assim a referência a "salário mínimo" na decisão exeqüenda há de ser interpretada como ao "Piso Nacional de Salário", porquanto se reportava à menor remuneração do trabalho assalariado do País.

O Piso Nacional de Salário foi instituído para ser a contraprestação mínima devida e paga diretamente pelo empregador, tal como definido na Consolidação das Leis do Trabalho, a todo trabalhador.

Finalmente, o Decreto-lei nº 2.351/87, que instituiu o salário mínimo de referência, é posterior à decisão exeqüenda.

É de se salientar, ainda, que a partir da publicação da Lei nº 7.789, de 03 de julho de 1989, deixaram de existir o salário mínimo de referência e o piso nacional de salários, vigorando apenas o salário mínimo".

À vista da transcrita fundamentação, não há divisar qualquer negativa de vigência ao diploma legal colacionado, aliás, citado genericamente, mas correta aplicação dos textos legais de regência.

Isto posto, não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 10.257 — SP — (91.0007446-2) — Rel.: Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Recorrente: Prefeitura Municipal de São Paulo. Recorrida: Almerinda dos Santos Silva. Advogados: Drs. Isabela do Nascimento Funari e outros (Recte.) e Marcia Cunha Ferreira da Silva e outros (Recda.).

Decisão: A Segunda Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 07.10.91).

Os Senhores Ministros José de Jesus, e Peçanha Martins votaram com o Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Min. Hélio Mosimann. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.

♦

RECURSO ESPECIAL Nº 10.457 — AM
(Registro nº 91.0008008-0)

Relator: *Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Recorrente: *Sul América Bandeirantes Seguros S/A*

Recorrida: *Novoa Ind. de Cerâmica Ltda.*

Advogados: *Drs. Almir de Mello Dantas e outro e Luís de Oliveira Gonçalves*

EMENTA: Seguro — Ação de indenização — IRB — Citação.

Declarando a seguradora ré, na contestação, que houve resseguro, sendo responsável o IRB, por parte de indenização, deverá ele ser citado. Não se exige traga-se, desde logo, prova da existência do resseguro, o que se fará caso o litisconsorte negue a qualidade que lhe é atribuída.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Brasília, 05 de novembro de 1991 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente. Ministro EDUARDO RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Novoa Indústria de Cerâmica Ltda. ajuizou ação, tendente a obter fosse condenada Sul América Bandeirantes Seguros S/A ao pagamento de indenização, em virtude de contrato de seguro.

Contestou a ré, havendo declarado que o Instituto de Resseguros do Brasil seria responsável, em virtude de resseguro.

A ação foi julgada procedente e a decisão confirmada em segundo grau.

Formulado pedido de declaração pela ré, foi atendido, reduzindo-se a verba indenizatória, com exclusão de parcela não explicitamente con-

siderada no julgamento da apelação. A autora apresentou declaratórios, em vista dessa decisão, que foram providos para restabelecer a sentença.

No especial alegou-se que contrariados os arts. 68 e § 1º do Decreto-lei nº 73/66, 47, 70, III, e 535, do CPC, vulnerado, ainda, o Código Civil, em seus arts. 1.434 e 1.460.

Sustentou-se que o IRB haveria de integrar o processo e que inadmissível a extensão dada aos declaratórios da autora. Apontando julgados, afirmou existir dissenso jurisprudencial.

Recurso admitido e processado.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Seguro — Ação de indenização — IRB — Citação.

Declarando a seguradora ré, na contestação, que houve resseguro, sendo responsável o IRB, por parte de indenização, deverá ele ser citado. Não se exige traga-se, desde logo, prova da existência do resseguro, o que se fará caso o litisconsorte negue a qualidade que lhe é atribuída.

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Duas as questões suscitadas no especial. A falta de citação do Instituto de Resseguros do Brasil e a nulidade do julgamento, proferido nos segundos embargos declaratórios, em que se teria ido além do permitido na lei processual.

No que diz com a primeira, a discussão é sobre bastar à seguradora ré afirmar que o IRB é responsável, por ter feito o resseguro, ou se necessário traga prova de que isso ocorreu.

O artigo 68 do Decreto-lei nº 73/66 estabelece que o IRB será litisconsorte necessário, sempre que tiver responsabilidade no pedido. E seu § 1º dispõe:

> "A Sociedade Seguradora deverá declarar, na contestação, se o IRB participa na soma reclamada. Sendo o caso, o juiz mandará citar o Instituto e manterá sobrestado o andamento do feito até a efetivação da medida processual."

Acrescenta o § 6º do mesmo artigo que serão nulas as sentenças quando inobservado o ali disposto.

Contenta-se a lei com a declaração da seguradora. Não exige que produza, de logo, a prova de que efetivado o resseguro. Esta será feita,

naturalmente, caso aquele Instituto negue a qualidade de ressegurador que lhe é atribuída. Entende-se que assim seja. O resseguro é obrigatório, verificando-se as condições do artigo 79 do Decreto-lei 73, e que envolvem uma série de fatores. Não pode ser recusado pelo IRB. Daí que se faz automaticamente, sem maiores formalidades. Pretendeu-se evitar o debate sobre a existência daquele vínculo, antes que fosse ouvido o principal interessado.

Acresce que se a seguradora fizer afirmação falsa, daí resultando prejuízo para o autor, responderá como litigante de má-fé.

Conheço do recurso, por violação do artigo 68 e seu § 1º do Decreto-lei nº 73/66, e dou-lhe provimento para anular o processo, a partir de fls. 63/64, devendo proceder-se à citação do litisconsorte.

VOTO

O SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Sr. Presidente, tenho precedentes, inclusive de minha autoria, nesse mesmo sentido.

Acompanho o Sr. Ministro-Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 10.457 — AM — (91.0008008-0) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Recte.: Sul América Bandeirantes Seguros S/A. Recdo.: Novoa Ind. de Cerâmica Ltda. Advs.: Almir de Mello Dantas e outro, Luis de Oliveira Gonçalves.

Decisão: "A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento." (em 05/11/91 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Dias Trindade, Waldemar Zveiter, Cláudio Santos e Nilson Naves.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.

♦

RECURSO ESPECIAL Nº 10.560 — GO
(Registro nº 91.8259-7)

Relator: *O Sr. Ministro Assis Toledo*

Recorrente: *Ministério Público do Estado de Goiás*

Recorrido: *José Pereira de Brito (réu preso)*

Advogados: *Drs. Francisco Rosa Neto e outros*

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. PRESSUPOSTO GERAL DO *LEGÍTIMO INTERESSE*. EXIGÊNCIA.

Não se dispensa, no Recurso Especial, o pressuposto geral do interesse de agir, consistente na possibilidade de o recorrente obter, com o eventual provimento de seu inconformismo, melhor situação econômica ou moral.

Réu, condenado em primeiro grau, cujo recurso de apelação foi totalmente improvido pelo Tribunal, pelo exame do mérito.

Recurso especial do Ministério Público objetivando exclusivamente a reforma do acórdão para proclamar-se o não conhecimento da apelação, com o propósito de adequar-se a decisão impugnada à jurisprudência que o recorrente julga dominante.

Ausente o interesse de agir, já que o eventual provimento deste recurso em nada alterará a situação das partes ou a decisão da causa, dele não se conhece para não estimular a transformação do Superior Tribunal de Justiça em uma espécie de consultoria para assuntos acadêmicos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, por falta de legítimo interesse do recorrente, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 21 de agosto de 1991 (data do julgamento).

Ministro FLAQUER SCARTEZZINI, Presidente. Ministro ASSIS TOLEDO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: O egrégio Tribunal de Justiça de Goiás, apreciando apelação da defesa contra condenação pelo Júri, negou provimento ao recurso em acórdão assim ementado:

"EMENTA. Júri. Apelação. Âmbito. "A apelação das decisões do Júri é sempre parcial, salvo se interposta sem delimitação às letras do nº III, do art. 593, ou se, fixada a extensão quando da interposição, a ampliação se opera dentro do prazo recursal, nas razões ou em aditamento à própria interposição".

II — Cerceamento de defesa. Verificação de insanidade mental. Indeferimento. "Não configura cerceamento de defesa a decisão que indefere o pedido de exame previsto no art. 149, do Código de Processo Penal, eis que sem apoio em qualquer elemento que ponha em dúvida a integridade mental do acusado".

III — Mérito. "A decisão do Júri somente comporta juízo de reforma, que desatende ao respeito devido à soberania quando tão atentatória da verdade apurada no processo, que represente uma distorção de sua própria função judicante".

IV — Sentença. Não se afasta da decisão dos jurados a sentença que não se arreda da deliberação do Conselho de Sentença, contrária à tese da defesa, cabendo ao juiz presidente do Tribunal do Júri tão-somente a aplicação da pena, inteiramente adstrito à disposição contida no art. 59, do Código Penal.

Recurso improvido." (Fls. 180/181).

Inconformado com essa decisão, na parte em que rejeitou a preliminar de não conhecimento do recurso, recorreu o Ministério Público Estadual, pela letra *c* do permissivo constitucional (a menção à letra *d*, inexistente, resulta de manifesto equívoco), pedindo a reforma, nessa parte, do acórdão "adequando-se-lhe à jurisprudência dominante".

Admitido o recurso, nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer da Dra. Railda Saraiva, opinou nestes termos:

"2 — O v. aresto recorrido negou acolhimento à preliminar argüida pela Procuradoria-Geral de Justiça, no tocante ao não conhecimento do apelo, por inadequadamente interposto, vez que a defesa, ao recorrer, não invocou nenhum dos permissivos legais constantes da lei processual não obstante argüísse matéria de mérito nas razões apresentadas serodiamente.

3 — O Tribunal *a quo*, "em votação unânime, acolhendo, em parte, o parecer da Procuradoria-Geral da Justiça, conheceu do apelo e lhe negou provimento". (Fls. 171).

4 — Ora, o Ministério Público Estadual, em seu parecer, manisfestara-se "preliminarmente, pelo não conhecimento do recurso. No mérito pelo seu provimento". (Fls. 159).

Rejeitada a preliminar, conheceu-se do recurso para negar-lhe provimento, mantendo-se, assim, a decisão questionada.

Parece-me, por isso, descabido o recurso interposto. A capacidade recursal há de submeter-se ao princípio da sucumbência. E não me parece ter havido, na espécie, sucumbência a legitimar a interposição de recurso.

É certo que se pode alegar a sucumbência processual. Mas qual o prejuízo daí decorrente? Nada se alterou, na decisão recorrida, que foi integralmente mantida.

Outro seria o entendimento se o recurso tivesse sido provido.

Parece-me, assim, deva ser aplicado *in casu* o disposto no art. 38 da Lei nº 8.038/90, c/c o art. 34, parágrafo único, do Regimento Interno desse egrégio Tribunal, negando o eminente Relator seguimento ao recurso por incabível." (Fls. 198/199).

É o relatório

VOTO

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. PRESSUPOSTO GERAL DO **LEGÍTIMO INTERESSE**. EXIGÊNCIA.

Não se dispensa no Recurso Especial o pressuposto geral do interesse de agir, consistente na possibilidade de o recorrente obter, com o eventual provimento de seu inconformismo, melhor situação econômica ou moral.

Réu condenado em primeiro grau, cujo recurso de apelação foi totalmente improvido pelo Tribunal, pelo exame do mérito.

Recurso Especial do Ministério Público objetivando exclusivamente a reforma do acórdão para proclamar-se o não conhecimento da apelação, com o propósito de adequar-se a decisão impugnada à jurisprudência que o recorrente julga dominante.

Ausente o interesse de agir, já que o eventual provimento deste recurso em nada alterará a situação das partes ou a decisão da causa, dele não se conhece para não estimular a transformação do Superior Tribunal de Justiça em uma espécie de consultoria para assuntos acadêmicos.

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): No caso destes autos, se provido o recurso do Ministério Público, o recorrente não ficará em melhor situação, já que o não conhecimento da apelação resultaria na permanência da sentença condenatória de primeiro grau, tal como ocorreu com o improvimento total daquele recurso, pelo exame do mérito.

Segundo lição de Pontes de Miranda, relativa ao antigo Recurso Extraordinário, pela letra *d*, hoje substituído pelo Recurso Especial pela letra *c*, não se pode dispensar o pressuposto do **legítimo interesse**, econômico e moral. Diz o renomado processualista:

"....

Desde que, se o recurso extraordinário fosse provido, o recorrente ficaria em melhor situação econômica ou moral, claro é que tinha e tem interesse no provimento. A *ratio legis* do art. 101, III, *d*, que é a da uniformidade de inteligência da lei, a da integridade lógica do direito objetivo, a da inteireza do sistema jurídico. A pretensão recursal, essa, como todas as pretensões que tenham de ser exercidas para que se preste a tutela jurídica, supõe que se tenha o interesse de agir, a necessidade da tutela jurídica *in casu*.

É interessante acentuarem-se esses pontos, que são fundamentais em todo o direito processual." (Comentários ao Cód. de Proc. Civil, tomo VII, págs. 231/2).

Com efeito, para justificar o Recurso Especial, pela letra *c*, não basta o alegado interesse genérico na uniformização de jurisprudência, sem nenhum proveito concreto na modificação do dispositivo da decisão recorrida. A não ser assim, o Superior Tribunal de Justiça transformar-se-ia numa espécie de consultoria para assuntos meramente acadêmicos, o que evidentemente não esteve nos propósitos do legislador constituinte.

Ante o exposto, acolhendo a preliminar suscitada no parecer, não conheço do recurso por falta de legítimo interesse por parte do recorrente.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 10.560 — GO — (91.8259-7) — Rel.: Min. Assis Toledo. Recte.: Ministério Público do Estado de Goiás. Recdo.: José Pereira de Brito. Advs.: Drs. Francisco Rosa Neto e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso, por falta de legítimo interesse do recorrente (em 21.08.91 — 5ª Turma).

Votaram de acordo os Srs. Mins. Edson Vidigal, Flaquer Scartezzini, José Dantas e Costa Lima. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. FLAQUER SCARTEZZINI.

♦

RECURSO ESPECIAL Nº 10.745 — DF
(Registro nº 9187602)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade*

Recorrentes: *Loris Gilson Wanderley Lins e outro*

Recorrido: *CNPQ — Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico*

Advogados: *Roberto Caldas Alvim de Oliveira e outros e Aquiles Rodrigues de Oliveira e outro*

EMENTA: TRABALHISTA. RECURSO ESPECIAL. APLICAÇÃO DO DECRETO-LEI Nº 2.284/86. SALÁRIO MÉDIO. PARCELAS EXCLUÍDAS.

1 — Em reclamação trabalhista, de competência residual da Justiça Federal, decidida em última instância por Tribunal Regional Federal, cabe recurso especial, nos termos do art. 105, III, da Constituição, sendo competente para o seu julgamento o STJ.

2 — A norma legal que exclui da composição do salário médio real, para efeito de conversão em cruzados, os salários adicionais, entre os quais a gratificação especial devida aos servidores do CNPQ, não contraria as regras da CLT definidoras de salário e de inalterabilidade do contrato de trabalho.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 17 de outubro de 1991 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente. Ministro DIAS TRINDADE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): LORIS GILSON WANDERLEY LINS E OUTRO interpõem recurso especial, com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição Federal, de acórdão proferido pela Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, que negou provimento ao recurso ordinário interposto em autos da reclamação trabalhista movida contra o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico — CNPQ, visando a inclusão da gratificação especial, paga anualmente, no cálculo do salário real para efeito de conversão em cruzados, na forma do Decreto-lei nº 2.284/86.

Sustentam os recorrentes violação aos arts. 443, 444, 457, § 1º, e 468 da Consolidação das Leis do Trabalho — CLT e art. 19 do Decreto-lei nº 2.284/86, bem como divergência jurisprudencial.

Processado o recurso, vieram os autos a este Tribunal, onde o Ministério Público opina pelo seu não conhecimento, e se conhecido, pelo improvimento.

É como relato.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): É reclamação trabalhista, julgada em última instância, pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, cabível, pois, recurso especial e competente, para apreciá-lo, este Tribunal, como bem entendeu a egrégia Segunda Seção, em adequada e oportuna construção sobre as regras do art. 105, III, e do art. 27, § 10, da Constituição e do ADCT.

Aqui se trata de aplicação do Decreto-lei nº 2.284, de 10 de março de 1986, na conversão dos valores salariais à nova moeda instituída no país.

Querem os recorrentes que, nessa conversão, sejam considerados valores relativos à gratificação especial, que vêm percebendo da empregadora, como integrantes do salário real, dizendo que o acórdão ao decidir de modo diverso, contrariou as normas da Consolidação das Leis do

Trabalho mencionadas no relatório e divergiu de acórdãos do Tribunal Superior do Trabalho, sobre o tema.

Examino:

O art. 19 do Decreto-lei nº 2.283, de 28 de fevereiro de 1986, estabeleceu:

> "Todos os salários e remunerações são convertidos em cruzados nesta data pelo valor médio da remuneração real dos últimos seis meses segundo fórmula do Anexo II, utilizando-se a tabela..."

Em 10 de março de 1986 veio a lume o Decreto-lei nº 2.284 para dispor, no seu Anexo II:

> "O salário médio real, considerados adiantamentos, abonos, antecipações ou outros benefícios afins e excluídos do cômputo o 13º salário e outros salários adicionais..."

Os reclamantes vinham recebendo um chamado "14º salário", referente à gratificação especial concedida pelo órgão empregador, não decorrente de ajuste entre as partes, a indicar que não estaria integrando o salário, em seu sentido estrito, ainda que incorporado à remuneração. Mas mesmo que salário seja tal gratificação, ainda que pudesse ser considerada como "gratificação ajustada", o certo é que, segundo o texto legal, deveria ser excluído, como salário adicional, do cálculo do salário médio, para fins de sua conversão em cruzados.

É de dizer mais que, não fora assim e teríamos a gratificação especial integrando o salário dos reclamantes e sobre este, com a incorporação daquela, incidiria novamente a mesma gratificação especial, em acumulação verdadeiramente intolerável, como, aliás, ressaltou a sentença.

Não há, portanto, como dizer contrariados os dispositivos legais indicados no recurso, ou seja, da CLT, os arts. 443, que define as formas pelas quais se apresenta o contrato de trabalho — tácita ou expressamente, verbal ou por escrito, por prazo certo ou não — 444, que diz com a livre estipulação dos pactuantes: 457, § 1º, cuida da integração ao salário das gratificações ajustadas, comissões, percentagens, etc.; 468, veda alteração unilateral do contrato.

De relação ao dissídio, tenho-o por não demonstrado, nos termos da lei e do Regimento Interno, pois que não se acham autenticadas as reproduções trazidas a confronto como de acórdãos do Tribunal Superior do Trabalho, sobre o tema, bem assim porque, como noticiado na respos-

ta ao recurso, tal jurisprudência se encontra superada naquela Corte, em casos de aplicação do mesmo Decreto-lei nº 2.284/86.

Isto posto, voto no sentido de não conhecer do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 10.745 — DF — (9187602) — Rel.: O Sr. Ministro Dias Trindade. Recte.: Loris Gilson Wanderley Lins e outro. Recdo.: CNPQ — Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico. Advs.: Roberto Caldas Alvim de Oliveira e outros e Aquiles Rodrigues de Oliveira e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial (em 17/10/91 — 3ª Turma).

Participam do julgamento os Srs. Ministros Cláudio Santos, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Waldemar Zveiter.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.

♦

RECURSO ESPECIAL Nº 10.900 — PE
(Registro nº 91.9068-9)

Relator: *Sr. Ministro Américo Luz*

Recorrente: *Evanildo Maia de Sant'Ana*

Recorrida: *União Federal*

Advogados: *Antônio Francisco Cavalcanti e outros*

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. PRAZO. CONTAGEM. ACÓRDÃO. INTIMAÇÃO FEITA NO SÁBADO.

Na consonância do art. 184 do Código de Processo Civil, a fluição do prazo recursal inicia-se no primeiro dia útil após a intimação, com exclusão do *dies a quo*. Ora, se esta ocorreu no sábado, como na hipótese, que a rigor não é dia útil, tem-se como *dies a quo* a terça-feira e não a segunda, nos precisos termos do citado dispositivo legal.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 30 de outubro de 1991 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Na espécie, entendeu o julgado recorrido que "se a intimação do recorrente se deu pela publicação do acórdão, ocorrido num sábado, o prazo para a interposição começou a fluir na segunda-feira, primeiro dia útil seguinte, encerrando-se na sexta-feira" (fls. 329), mantendo, assim, despacho do relator que negou, por intempestividade, seguimento aos declaratórios opostos, proferido nestes termos (fls. 306):

> "Trata-se de embargos de declaração opostos pelo apelante ao Acórdão da Primeira Turma deste Egrégio TFR, que julgou deserto recurso apelatório por ele manifestado.
>
> Defende o embargante, de início, a tempestividade dos embargos apresentados em 19 do corrente, muito embora tenha o V. acórdão sido publicado no dia 10. Entende que, tendo a publicação ocorrido em um sábado, o qüinqüídio legal para os embargos haveria de ser contado a partir da terça-feira, dia 12, terminando necessariamente dia 19, segunda-feira.
>
> O § 2º do art. 184 do CPC, invocado pelo embargante, e o art. 240 dispõem que os prazos somente começam a correr a partir do primeiro dia útil após a intimação. Assim, não importa que essa intimação tenha se verificado num sábado, domingo ou feriado. A regra processual é a de que, feita a intimação, o prazo começa a fluir no primeiro dia útil que se seguir.
>
> No caso presente, se a intimação pelo Diário Oficial se deu no sábado, dia 10 de março, o prazo de cinco dias para embargos começou a correr na segunda-feira e terminou na sexta, dia 16. Os embargos somente deram entrada no dia 19, segunda-feira.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é vasta quanto ao entendimento de que, "se a intimação é feita por publicação no órgão oficial de sábado, domingo ou feriado, o primeiro dia do prazo é o primeiro dia útil seguinte" (RTJ 88/1.092, 94/660, 113/530, 116/828, 119/705, etc. Vide Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor. THEOTONIO NEGRÃO, 19ª edição, página 135)."

No especial interposto e admitido na origem sustenta-se violação ao art. 184, § 1º, I, e 2º, do CPC, bem como divergência jurisprudencial.

Parecer às fls. 372/374.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): Contrariamente ao sustentado no parecer do Ministério Público Federal entendo, *data venia*, que o recurso comporta admissibilidade.

Na espécie, controverte-se sobre o início de contagem de prazo recursal quando a intimação, realizada por órgão da imprensa oficial, ocorre no sábado, dia em que, consabidamente, não há expediente forense.

Reconheço que o tema não é pacífico nos tribunais.

No voto vencido que proferiu o eminente Ministro Décio Miranda no RE 85.837-SP, S. Exa. assim enfrentou a questão:

> "Dispõe o § 2º do art. 184 do Código Processo Civil que "os prazos começam a correr a partir do primeiro dia útil após a intimação".
>
> Feita a intimação no sábado, o primeiro dia útil seguinte a esse dia é a segunda-feira, a qual, constituindo no curso do prazo o primeiro dia, que se exclui pela regra do *caput* do mesmo artigo, fá-lo terminar no sábado dessa semana, de onde pela ausência ou encurtamento do expediente forense (art. 184, § 1º, I e II), se prorroga até a segunda-feira da semana subseqüente.
>
> Não se afasta dessas regras a contagem do prazo para embargos de declaração, segundo o art. 536 do Código de Processo Civil.
>
> Conheço do recurso, pela divergência jurisprudencial apontada, e lhe dou provimento, para que o Colendo Tribunal de Justiça conheça dos embargos de declaração." (RTJ 94/661).

Noutro julgado, relativo ao RE 89.241-SP, relator o eminente Ministro Moreira Alves, decidiu a Suprema Corte que "ainda quando a intimação seja feita num sábado (data em que circulou o Diário da Justi-

ça) o prazo para a interposição do recurso cabível começa a fluir da segunda-feira, inclusive, que se lhe seguir, desde que seja ela dia útil. Decisão que não destoa da Súmula 310, que continua em vigor, no sentido que o STF também lhe atribuia em caso idêntico ao presente (RE 77.171 *in* RTJ 70/801)." (RTJ 88/1.092).

Com o devido respeito às decisões emanadas da Suprema Corte, penso que a questão *sub judice* merece ser revista, porquanto prevalece o dissenso intepretativo no âmbito dos tribunais.

Entendo deva adotar-se no trato do tema posição mais flexível. De fato, na consonância do art. 184 do Código de Processo Civil, a fluição do prazo recursal inicia-se no primeiro dia útil após a intimação, com exclusão do *dies a quo*. Ora, se esta ocorreu no sábado, como na hipótese, que a rigor não é dia útil, tem-se como *dies a quo* a terça-feira e não a segunda, nos precisos termos do citado dispositivo legal.

No caso, como o acórdão da apelação foi publicado no sábado, dia 10 de março de 1990 (fls. 286), considera-se a intimação realizada na segunda-feira, 12, dia útil, que se exclui da contagem segundo a regra processual, sendo o *dies ad quem* para a oposição dos declaratórios o sábado seguinte, dia 17, prorrogado para segunda, dia 19, nos termos do art. 184, § 1º, do CPC.

Protocolada a petição nesse dia, são os embargos tempestivos, pelo que dou provimento ao recurso.

VOTO (VISTA)

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Pedi vista destes autos, para melhor exame da controvérsia. Do estudo a que procedi, cheguei à conclusão de que a tese sustentada pelo ilustre Relator é a que melhor se harmoniza com a atual realidade: os escritórios de advocacia, de modo geral, não funcionam no sábado. Daí não ser razoável admitir que se dê o causídico por intimado naquele dia da semana. A propósito, é pertinente esta observação do Dr. Theotonio Negrão:

> *"Uma orientação mais liberal e também mais justa (porque, se não há expediente forense, o advogado não pode consultar os autos, nem é obrigado a comparecer ao escritório para receber intimações pelo jornal, e porque, além do mais, as entidades ou agências encarregadas do serviço de remessa de recortes só os entregam na segunda-feira) entende que, feita a intimação por publicação em jornal de sábado, se neste não houver expediente forense considerar-se-á realizada na segunda-feira, sendo, por-*

tanto, terça-feira o primeiro dia do prazo (RT 490/170, 542/162, 568/94, 575/108, 588/114, 604/175 — acórdão do TAMG, em rescisória, por 8 votos a 5. RJTJESP 55/175, JTA 45/165, 45/202, 65/172, 76/238, RP 2/357, em 135).

Acompanho, pois, o voto do ilustre Relator: conheço do recurso e lhe dou provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 10.900 — PE — (91.9068-9) — Rel.: Min. Américo Luz. Recte.: Evanildo Maia de Sant'Ana. Recda.: União Federal. Advs.: Antônio Francisco Cavalcanti e outros.

Decisão: "Após o voto do Sr. Ministro-Relator (Américo Luz), dando provimento ao recurso, pediu vista o Sr. Ministro Pádua Ribeiro. Aguardam os Srs. Ministros José de Jesus e Peçanha Martins." Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Hélio Mosimann (09.10.91 — 2ª Turma).

"Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Pádua Ribeiro, a Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso" (30.10.91 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Pádua Ribeiro, José de Jesus e Hélio Mosimann.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Peçanha Martins.

Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.

♦

RECURSO ESPECIAL Nº 11.118 — RJ
(Registro nº 9197950)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Carlos Thibau*
Recorrente: *Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*
Recorrida: *Jacqueline Nogueira Diniz*
Advogados: *Drs. Maria Inês Lourenço e outros*

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA. REJEIÇÃO.

I — A denúncia só pode ser rejeitada quando o fato descrito for atípico, estiver extinta a punibilida-

de, for manifesta a ilegitimidade da parte ou inexistir condição exigida pela lei para o exercício da ação penal.

II — Contrariedade ao disposto no art. 43 do CPP, pois o magistrado de primeiro grau ultrapassou os limites da lei, eis que, ao invés de exercer um mero juízo de delibação, entrou no exame dos indícios em que se embasou a denúncia, para refutá-los, um por um, com isso frustrando a persecução penal e impondo uma absolvição liminar, sem processo.

III — Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, à unanimidade, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 03 de setembro de 1991 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ CÂNDIDO, Presidente. Ministro CARLOS THIBAU, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro interpõe recurso especial contra acórdão unânime da 4ª Câmara Criminal do E. Tribunal de Justiça daquele Estado, que negou provimento ao recurso em sentido estrito por ele manifestado, mantendo o despacho de rejeição da denúncia oferecida contra Jacqueline Nogueira Diniz, pela prática, juntamente com outras pessoas, de homicídio qualificado (fls. 1.271/1.289).

Com fundamento no art. 105, III, alíneas *a* e *c*, da Constituição, sustenta o recorrente que o acórdão violou o artigo 43 do Código de Processo Penal e divergiu da jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal e de outras Cortes, ao afirmar que o Juiz "pode avaliar o sig-

nificado dos indícios apontados e sua probabilidade, de se constituírem, ou não, em prova da acusação" e que lhe seria permitido "formar um juízo de probabilidade de culpa", deixando de receber a denúncia por esses dois motivos.

Recorreu, também, o Ministério Público, extraordinariamente, para o Colendo Supremo Tribunal Federal, alegando que a decisão recorrida não somente negou os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da garantia do direito de ação, como também atropelou o devido processo legal (fls. 1.317/1.326).

Somente o recurso especial foi admitido, após ser regularmente impugnado (fls. 1.335/1.367 e 1.369/1.372).

Parecer da douta SGR pelo conhecimento e provimento do recurso (fls. 1.377/1.385).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU (Relator): Seis pessoas foram denunciadas pelo homicídio do empresário José Carlos Nogueira Diniz, dentre as quais a recorrida, Jacqueline Nogueira Diniz, viúva da vítima e amante do primeiro acusado, Paulo Sérgio Mollo Fonseca.

Segundo a peça acusatória,

> "Na madrugada do dia 26 de novembro do ano de 1989, à roda das 03.00 horas, próximo ao nº 120 da rua Rodolfo Amoedo, na Barra da Tijuca, nesta cidade, os quatro (4) primeiros denunciados, cumprindo prévio ajuste entre si e mais o 5º e 6º denunciados, efetuaram disparos de arma de fogo contra a vítima José Carlos Nogueira Diniz Filho, atingindo-o e causando-lhe as lesões descritas e caracterizadas no auto de necropsia de fls. 47/49, lesões essas que foram a causa eficiente e instantânea de sua morte.
>
> Para a consecução do desígnio criminoso, os quatro (4) primeiros denunciados postaram-se à porta do "Restaurante Antiquarius", situado na rua Aristides Espínola, nº 19, no Leblon, aguardando a saída da vítima, que ali jantava em companhia de sua então namorada, Lucimar Viana.
>
> Com a esperada saída de JOSÉ CARLOS, os denunciados, que se encontravam no interior do auto marca "Opala", placa ZG-

4136, cuja posse e provável propriedade era de PAULO SÉRGIO — 1º Denunciado —, este, ao volante, empreenderam perseguição ao carro da vítima e, na rua Rodolfo Amoedo, alcançando-o, emparelhados os veículos, efetuaram os disparos, sendo certo que o 4º Denunciado — MANOEL DE OLIVEIRA — encontrava-se sentado ao lado do motorista (PAULO SÉRGIO), enquanto os demais Denunciados (2º e 3º) encontravam-se no banco traseiro.

Certo é, igualmente, que todos utilizaram armas de fogo, embora somente o revólver usado pelo Denunciado CLÁUDIO SILVA (2º) restasse apreendido, sendo **positivo** o Laudo de exame de confrontação balística.

Após a consumação do homicídio, rumaram todos para a residência da 6ª Denunciada (JACQUELINE), onde comunicaram-lhe o sucesso da empreitada criminosa.

A Denunciada JACQUELINE NOGUEIRA DINIZ, separada judicialmente da vítima e atual amante de PAULO SÉRGIO, participou do crime supradescrito, combinando e incentivando os autores materiais a executá-lo, vez que beneficiária do testamento realizado dois anos antes pela vítima, na qualidade de herdeira testamentária da metade de seus bens. Por outro lado, a vítima representava um sério obstáculo a mais ao idílio que a vinculava ao 1º Denunciado (PAULO SÉRGIO), sendo certo que a vítima não mais se dispunha a fornecer recursos materiais a este, através de JACQUELINE. Ademais, a vítima, que era odiada por PAULO SÉRGIO, estava investigando a sua vida particular, pontilhada de práticas delituosas. Assim, JACQUELINE incentivou PAULO SÉRGIO, que chefiava um verdadeiro grupo de extermínio, a eliminar a vítima, a fim de, juntos, gozarem de sua herança.

Além de combinar as circunstâncias do homicídio e fornecer a PAULO SÉRGIO as informações necessárias para a sua consecução, ficou JACQUELINE em sua casa, aguardando notícias da execução, inobstante o adiantado da hora.

Cumprindo o combinado, os matadores, logo após o homicídio, dirigiram-se à sua casa, para lhe dar ciência do ocorrido.

Note-se que JACQUELINE, não obstante não confesse a sua participação no crime, a par de todos os indícios, chega ao ponto de, telefonando para LUCIMAR, única testemunha ocular do crime, dizer-lhe, pouco antes do sepultamento da vítima, para calar-se, dizendo:

"Cala a boca, não fala nada a ninguém, você não sabe de nada, é a melhor coisa que você faz".

O 5º Denunciado — SÉRGIO DA COSTA MAIA —, contra quem há a suspeita de ser o autor de um atentado frustrado contra a vítima dias antes, esteve com o já citado grupo, à porta do "Restaurante Antiquarius", espreitando a vítima e seguindo seus passos, a fim de informar os executores do homicídio. Não entrou no carro dos criminosos, preferindo acompanhá-los em seu próprio carro — um Passat branco —, a fim de dar-lhes eventual "cobertura", consoante anteriormente ajustado.

O homicídio é duplamente qualificado, vez que a forma de sua execução, consoante acima narrado, foi **de emboscada**, tornando absolutamente impossível qualquer esboço de defesa por parte da vítima, atacada de inopino por um grupo portador de armas de grosso calibre, não dando à vítima sequer tempo de largar o volante de seu carro, onde veio a morrer instantaneamente, atingido por 03 vezes... Ademais, o motivo foi **torpe**: PAULO SÉRGIO e JACQUELINE se beneficiariam com o testamento da vítima e afastavam a incômoda presença da mesma, que demonstrava estar disposta a embaraçar o prosseguimento do romance que os envolvia, investigando, inclusive, os crimes que praticavam e que são objeto de processo em outro Tribunal do Júri desta Capital.

Os demais denunciados receberiam vantagem patrimonial prometida por PAULO SÉRGIO, conforme ocorrida em outras empreitadas das quais participavam juntos." (fls. 04/06).

O MM. Juiz Presidente do Tribunal do Júri, no entanto, resolveu excluir da denúncia Jacqueline Nogueira Diniz pelos seguintes motivos:

"Ora, conforme se infere da denúncia oferecida pelo culto e honrado Promotor de Justiça, Jacqueline Nogueira Diniz foi incluída como co-autora do homicídio de que trata o presente processo, afirmando-se ter a mesma participado da comandita criminosa, "combinando e incentivando os autores materiais a executá-los", alegando em abono a essa assertiva que a mesma era "beneficiária do testamento realizado dois anos antes pela vítima, na qualidade de herdeira testamentária da metade dos seus bens". Por outro lado, a vítima representava um sério obstáculo a mais ao idílio que a vinculava ao primeiro denunciado (Paulo Sérgio), sendo certo que a vítima não mais se dispunha a fornecer recursos materiais a este, através de Jacqueline. Ade-

mais, a vítima que era odiada por Paulo Sérgio, estava investigando a sua vida particular, pontilhada de práticas delituosas. Assim, Jacqueline incentivou Paulo Sérgio que chefiava um verdadeiro grupo de extermínio a eliminar a vítima a fim de juntos, gozarem de sua herança". Por derradeiro, ressalva ainda o ilustre *Parquet* — que, "além de combinar as circunstâncias do homicídio e fornecer a Paulo Sérgio informações necessárias para a sua consecução, ficou Jacqueline em sua casa, aguardando notícia da execução, e não obstante o adiantado da hora".

É certo que a denúncia, segundo a doutrina, seja mera promessa de prova. Entretanto, a nosso sentir a mesma deve conter o mínimo de seriedade, não bastando, sequer, a alta probabilidade que é apenas um Juízo de incerteza.

O Direito Penal não opera com conjecturas, e o órgão de acusação ao oferecer a denúncia deve fundar a sua convicção em elementos que conduzam a um raciocínio de certeza sobre os quais debruçou a sua reprovação.

Com efeito, no caso concreto, lendo exaustivamente e atentamente as peças do inquérito policial, sobretudo as declarações prestadas pelos denunciados e testemunhas, não vemos elementos suficientes que autorizem o dr. Promotor de Justiça a fazer as afirmações estampadas na inicial, conjecturando e imaginando comportamento da denunciada e circunstâncias que absolutamente não encontram guarida na prova até aqui produzida.

Dissecando os testemunhos prestados no incluso inquérito policial, podemos afirmar sem medo de incidir em erro, que nenhum deles refere-se à denunciada para vinculá-la na empresa criminosa, seja a que título for.

Nenhum dos denunciados ou testemunhas confere à denunciada qualquer espécie de ação ou omissão que possa, ainda que superficialmente, uni-la ao propósito criminoso manifestado concretamente pelos executores do homicídio.

A participação, na melhor doutrina, constitui-se na instigação ou no auxílio, apesar do Código Penal vigente em seu artigo 29 ter adotado o princípio mitigado da teoria monista.

Em que passo da investigação policial habitam indícios de que haja a denunciada instigado ou auxiliado os autores diretos do homicídio?

Qual a prova efetiva que justifique uma opinião de autoria mediata da denunciada?

Ao sentir deste Juízo nada nos autos do inquérito policial responde a essas indagações.

No que diz respeito à distinção entre autoria e participação, para um critério subjetivo residiria em que a primeira atua com vontade do autor (*taterwille* ou *animus auctoris*) e deseja a ação como própria (*als eigene*), enquanto a segunda atua com vontade de partícipe (*animus socii*), seja de instigador ou cúmplice.

Mais uma vez, retornando aos autos do inquérito policial, indagamos onde alicerçou-se a denúncia para concluir que haja a denunciada agido como partícipe de uma empreitada da qual teriam feito parte os demais denunciados.

A prova colhida na fase policial não revela, em nenhum momento, ter tido a denunciada domínio funcional do fato ou mesmo domínio funcional da vontade, e não se admitindo, nesta oportunidade processual, sequer, sua conivência ou disposição de conviver com os objetivos criminosos de terceiros.

O que se verifica, *in casu*, é que o Ministério Público arrimou a sua acusação unicamente no fato de ser a denunciada beneficiária de parte da herança da vítima e de manter a mesma relação amorosa com um dos denunciados, circunstâncias essas que por si só não autorizam a conclusão a que chegou a denúncia, revelando isso meras conjecturas, imprestáveis ao Direito Penal.

3 — Por todo o exposto, entendemos, com base na prova colhida no inquérito policial, que não existem elementos idôneos a justificar a inclusão da denunciada na relação processual.

Rejeito, pois, a denúncia, no que diz respeito a Jacqueline Nogueira Diniz." (fls. 11/13).

Inconformado, desse despacho recorreu o Ministério Público estadual, em sentido estrito, sustentando que o MM. Juiz não poderia examinar a prova como o faria na sentença, porque a instrução sequer havia começado, havendo indícios bastantes de co-autoria a concluir pela instauração da ação penal contra a viúva da vítima.

Consta do acórdão recorrido, da lavra do eminente Desembargador Miranda Rosa, o seguinte:

"É certo que cabe ao juiz, segundo seus critérios subjetivos, examinar os fundamentos da denúncia. Trata-se de exame breve, para um juízo de admissibilidade, mas que não dispensará, evidentemente, a adequação dos termos da denúncia aos elementos indiciários já colhidos.

O juiz a que for distribuído o feito é quem, em primeiro lugar, estuda tais fatos. Ele é, normalmente, quem melhor pode avaliar o significado dos indícios apontados e sua probabilidade, ou não, de se constituírem em prova da acusação.

Em caso de recebimento, ou rejeição da denúncia, o juízo recursal só deve reformar a decisão do juiz de primeiro grau se esta for evidentemente equivocada e proferida contra a lei. Assim ocorre quando a denúncia não imputa ao acusado qualquer fato punível, em cujo caso faltará justa causa para a ação penal; e o mesmo ocorrerá quando, especificados na denúncia os fatos puníveis atribuídos ao réu e apoiados que sejam em fortes elementos indiciários, o juiz deixar de receber a denúncia em manifesto equívoco.

No caso dos autos, observa-se que a denúncia (fls. 4/7) atribui à recorrida a participação no planejamento do crime, como inspiradora e/ou mandante, porque tinha interesse na morte do ex-marido e recebeu os autores materiais do homicídio antes e depois deste perpetrado, em sua casa.

Em suas longas e bem lançadas razões, o recorrente insiste nesses pontos, sustentando que à aludida indiciada aproveitava o crime (itens 1º a 5º); e que os executores do homicídio compareceram a um churrasco em casa dela, antes do homicídio, e a ela voltaram após o crime; e outros dados, elencados em 25 (vinte e cinco) itens, a significar o mau comportamento de Jacqueline e atos seus que devem ser tidos como dúbios, capazes de significar seu envolvimento pessoal no delito.

Ora, aos referidos 25 (vinte e cinco) itens que constituiriam, no entender do recorrente, indícios a apontar a probabilidade da culpa da recorrida, respondeu esta, em suas razões, com ampla vantagem. Não que tenha destruído, em definitivo, a possibilidade de uma acusação em face de novos indícios convincentes, mas porque demonstrou que, cada um deles, constitui mero elemento indiciário, que ao juiz de primeiro grau, no exercício de seu prudente arbítrio, não parece capaz de formar um juízo de probabilidade da culpa da recorrida.

O seu exame, em segundo grau, não convence de um evidente desacerto do juiz, a impor reforma de sua decisão. Além de repetitivos, os elementos apontados nas razões do recorrente repousam, em parte, em meras conjecturas, ou em dados irrelevantes ou incapazes de forçar uma interpretação necessariamente desfavorável à recorrida.

Por tais fundamentos, não se vislumbra erronia na decisão em que se rejeitou a denúncia contra Jacqueline Nogueira Diniz, no estado em que se encontra o feito. Nega-se, portanto, provimento ao recurso." (Fls. 1.263/1.265).

Ora, ao dizer possível a rejeição da denúncia, pelo MM. Juiz de primeiro grau, com base no exame preliminar das provas coligidas no inquérito policial, o acórdão recorrido divergiu de julgados do E. STF, como demonstrou o recorrente, valendo ressaltar o Recurso Extraordinário Criminal 90.697-PR, assim ementado pelo eminente Ministro Cordeiro Guerra:

> "Denúncia. Fato criminoso em tese. Não é possível sua rejeição com base no exclusivo exame da prova policial, pois tal importa em absolvição sem processo." (2ª Turma, RTJ 92/892).

A hipótese examinada naquele julgado guarda expressiva semelhança com o caso presente, como se verifica do voto proferido pelo Sr. Ministro Cordeiro Guerra, *in verbis*:

> "O Sr. Ministro Cordeiro Guerra (Relator): A denúncia narra, evidentemente, um fato típico, co-autoria de um homicídio qualificado, e observa estritamente o disposto no art. 41 do CPP. Não poderia portanto ter sido rejeitada já que não ocorrem as hipóteses previstas no art. 43, I e II, do CPP.
>
> No RHC-55.927-RS assim votei, como relator, com apoio da Turma: "Toda denúncia é uma proposta de demonstração, sujeita a comprovação e contrariedade, de modo que a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se fixado em não repeli-la, senão quando o fato nela narrado não constitui, evidentemente, crime.
>
> Em havendo dúvida sobre a criminalidade dos fatos, desde que possível a tipicidade argüida, não há como trancar-se o procedimento penal, suprimindo-se a oportunidade reservada ao Ministério Público para a demonstração do alegado, tanto mais que as omissões da denúncia e da queixa podem ser a qualquer tempo supridas, art. 569 do Código de Processo Penal." (RTJ-85/794).
>
> No RE Criminal nº 85.860, do Paraná, decidiu esta Turma: (1º-4-77).
>
> "A denúncia que narra fato delituoso não pode ser rejeitada fora dos casos previstos nos incisos II e III do art. 43 do CPP.

É vedado ao juiz rejeitar a denúncia por falta de provas de autoria, quando o Ministério Público se propõe a produzi-las na instrução criminal sob pena de violar-se o § 16 do art. 153 da EC/1969."

Disse, então, em meu voto "repelir-se uma denúncia fora dos casos expressamente previstos na lei processual — art. 43, I, II e III, do CPP, é cercear-se a ação do Ministério Público e suprimir-se o processo penal, dar-se à prova do inquérito policial valor absoluto, dispensando o contraditório e impedindo o Ministério Público de demonstrar sua pretensão punitiva em juízo.

Não se me afigura exata a inteligência dada ao acórdão pelo despacho que indeferiu o apelo extraordinário. O V. Acórdão recorrido não disse que o fato narrado na denúncia não constituía crime, o que disse foi que, face às provas, na inteligência que deu às mesmas desprezando a incriminação dos co-réus e de uma testemunha, face ao não reconhecimento do recorrido pela ofendida, diga-se, na Polícia, tão-somente, é que o recorrido não era co-autor.

Tal procedimento, porém, não tem o amparo na lei, pois não justifica a rejeição da denúncia, só admitida nos restritos casos dos incisos I, II e III, do CPP.

O fato narrado na denúncia é delituoso em tese e, sem contraditório processual, não é possível chegar-se à conclusão, admissível em princípio, mas antecipada, de que o recorrido não foi co-autor do crime, pois, nessa hipótese, haveria absolvição sem processo." — (*in* Revista de Direito da Procuradoria-Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro — vol. 8, pág. 169-184).

A douta Procuradoria-Geral de República demonstra, na espécie, que há indícios de co-autoria do recorrido na trama delituosa narrada na denúncia. Se o fato explícito na denúncia constitui crime, em tese, não há como rejeitá-la por falta de justa causa.

Razão assiste ao recorrente ao invocar o acórdão do eminente Ministro Antônio Neder, no RHC nº 50.208-SP, assim ementado:

"Descrevendo fatos que, abstratamente considerados, constituam crime, e demonstrando que tais fatos autorizam o juízo de que são criminosos, na denúncia, ela mesma, com esse conteúdo, constitui justa causa para a coação que o MP impõe ao acusado.

Se há tão-só *quaestio facti*, e não *quaestio iuris*, e se a figura indicada pela denúncia integra o suporte fáctico de alguma regra jurídica, de cuja infração resulta coercibilidade do acusado, não há pensar-se em deferimento de *habeas corpus* com base no art. 648, I, do Código de Processo Penal (Pontes de Miranda)." (RTJ 64-72).

Em seu douto voto, observa o Ministro Antonio Neder "se os fatos apurados no inquérito admitem interpretação diversa da que foi dada pelo Ministério Público e aceita pelo juiz de primeiro grau, é isso matéria de prova que o sumaríssimo processo de *habeas corpus* não comporta." (*idem*, p. 75).

O recorrente traz à colação, para demonstração do dissídio jurisprudencial, inúmeros julgados desta Corte, que afirmam o princípio de que matéria de prova não pode ser considerada em *habeas corpus*, notadamente o Acórdão prolatado no RHC 50.990-PR de que foi relator o eminente Ministro Rodrigues Alckmin, assim ementado:

"*Habeas corpus*. Falta de justa causa. Denúncia que descreve fato penalmente punível. Impossibilidade de exame aprofundado da prova de *habeas corpus* para a apreciação de justa causa para a ação penal, máxime quando dele não constam todos os elementos probatórios constantes do processo. Recurso de *habeas corpus* improvido." (RHC 50.990-PR — RTJ 65-671).

É o caso dos autos.

O venerando acórdão recorrido para concluir como concluiu, não negou a ocorrência de crime em tese, o que afirmou, após o exame da prova do inquérito, o que lhe era defeso, porque não havia indício suficiente de autoria.

Entretanto, para exame profundo de provas não se admite o recurso de *habeas corpus*, e a denúncia é expressa em afirmar que o crime resultou de um plano de que participou a recorrida, com o seu sócio e um empregado, de comum acordo, para a eliminação da vítima, o que reconhece o próprio acórdão recorrido — fl. 314.

Não é admissível, portanto, face à lei processual, e a jurisprudência deste Egrégio Tribunal, que a pretexto de falta de justa causa se suprima a ação penal, fundada em indícios suficientes, e denúncia escorreita, para absolver um co-réu, sem o contraditório constitucionalmente assegurado aos réus e à acusação.

Por esses motivos, conheço do recurso e lhe dou provimento." (fls. 1.295/1.296).

Também do extinto Tribunal Federal de Recursos o recorrente trouxe julgados como, por exemplo, o Recurso Criminal 966/PA, relator o Sr. Ministro Adhemar Raymundo, assim ementado:

> "Criminal.
>
> Rejeição da denúncia, com fundamento no inciso 1º do art. 43 da Lei Processual Penal. A norma só autoriza a rejeição, na hipótese, quando falta condição para o exercício da ação, a **possibilidade jurídica**, que pressupõe a inexistência do tipo legal abstrato em que se funda o pedido.
>
> Se, no **juízo de delibação**, viável a pretensão punitiva, onde se apresentam "os contornos de imputação razoável" a determinadas pessoas, de fato típico, a denúncia deve ser recebida.
>
> Se, nos autos do inquérito, há um fato típico imputado a duas ou mais pessoas, impossível a rejeição da denúncia em relação a qualquer delas, se, dessa peça de informação, resulta uma convicção provisória sobre a existência de crime e indícios da co-autoria". (fl. 1.297).

Conheço, pois, do recurso especial com fundamento na divergência jurisprudencial.

No tocante à contrariedade ao art. 43 do CPP tenho que o acórdão recorrido incorreu em violação do texto legal ao encampar a rejeição da denúncia contra Jacqueline Nogueira Diniz.

Como visto no acórdão do Supremo Tribunal Federal a denúncia não pode ser rejeitada quando descreve um comportamento típico atribuível a pessoa determinada. A denúncia é uma proposta de instauração de ação penal contra alguém a quem se atribui a prática de um crime, autoria essa a ser comprovada, ou não, no curso do processo, na instrução.

Na lição de MAGALHÃES NORONHA, quando examina o art. 43 do CPP,

> "O inciso I exige que o fato novado, na forma do art. 41, tenha tipicidade, isto é, corresponda ou se subsuma em um tipo da lei penal. Não é mister, entretanto, que esteja provado, pois isso é objeto da instrução" ("Curso de Direito Processual Penal", Saraiva, 1989, página 27).

Não discrepa a doutrina nesse sentido. Que o digam EDUARDO ESPÍNOLA FILHO ("Código de Processo Penal Brasileiro Anotado", Volume I, pg. 429, Sexta Edição, Editora Rio), HELIO TORNAGHI ("Curso de Processo Penal", Vol. 1, pg. 58/59, 1981, Edição Saraiva), FREDERICO MARQUES ("Elementos de Direito Processual Penal", 1965, Forense, pgs. 165/167), BORGES DA ROSA ("Comentários ao Código de Processo Penal", 3ª Edição, RT, pg. 138) e tantos outros.

No Recurso Especial 8.445-PR, recentemente julgado nesta Turma, o eminente Ministro Vicente Cernicchiaro, com sua habitual percuciência, foi direto ao ponto:

> "Sr. Presidente, a rejeição da denúncia, liminarmente, só pode ocorrer quando o Ministério Público descrever fato atípico, for evidenciada a falta de legitimidade ativa, ou caracterizar causa de extinção da punibilidade averiguável independentemente da fluência do processo.
>
> No caso *sub judice*, o MM. Juiz, *data venia*, ultrapassou os limites normativos. Analisou fatos. Expendeu considerações da inconveniência do processo. Sopesou a prova. Enfim, independentemente da instrução, extrai conclusão no terreno de fatos. Em outras palavras, promoveu análise antecipada do conjunto probatório. Não poderia fazê-lo. Ainda que se trate de chefe do executivo municipal."

Pois foi justamente isso que ocorreu neste caso. A recorrida foi denunciada porque "de qualquer modo", no dizer da lei penal, concorrera para o crime. De que modo? Segundo a denúncia, "combinando" e "incentivando" os executores do homicídio a praticá-lo. Um sem número de indícios não somente da possibilidade como da probabilidade dessa co-autoria foi apresentado pela Promotoria, a apontar o interesse da mulher em desvencilhar-se do incômodo marido. Até prova testemunhal da participação de Jacqueline no delito foi expressamente invocada na acusação.

Contudo, o magistrado de primeiro grau, no que deveria ser um mero Juízo de delibação, não se contendo dentro das hipóteses enumeradas no art. 43 do CPP, resolveu refutar, liminarmente, indício por indício, o que o Dr. Promotor se propunha a comprovar no decorrer da instrução. Com tal absolvição sem processo o MM. Juiz frustou a persecução penal e coarctou o poder-dever do Ministério Público.

Tanto o despacho em questão como o acórdão recorrido contrariaram o art. 43, I, do CPP, porque o fato narrado constitui crime, em tese.

Ante o exposto, conhecendo do recurso especial também pela alínea *a* do inciso III do art. 105 da Constituição, dou-lhe provimento pelos

dois fundamentos, para cassar o acórdão recorrido e considerar recebida a denúncia contra Jacqueline Nogueira Diniz.

É como voto.

VOTO — VISTA

O SENHOR MINISTRO COSTA LEITE: Senhor Presidente, com o fim de rememorar a espécie, leio o relatório lançado nos autos pelo eminente Ministro Carlos Thibau: (lê).

Votando, Sua Excelência conheceu do recurso e lhe deu provimento, nestes termos: (lê).

Pedi, então, vista dos autos, trazendo-os agora, em mesa, para retomada do julgamento.

Sobre ser a denúncia uma proposta de instauração de ação penal contra alguém a quem se atribui a prática de um crime, autoria essa a ser comprovada, ou não, no curso do processo, na instrução, não há dúvida.

Mas dúvida não há, também, de que essa proposta deve necessariamente apresentar-se lastreada em dados probatórios que evidenciem a viabilidade da acusação, sem o que configuraria abuso do poder de denunciar, coarctável, inclusive, por meio de *habeas corpus*.

Com efeito, a denúncia não pode repousar sobre exercícios meramente especulativos, como acentuou, com a costumeira percuciência e elegância de estilo, o eminente Ministro Francisco Rezek, no voto que proferiu no RHC 64.439 (RTJ 125/145), invocando, ainda, o abalizado magistério de Frederico Marques, que diz ser inviável a instância se faltam elementos que instruam a denúncia para fundamentar a *opinio delict* do órgão acusador.

É evidente que não se exige prova inconcussa. Exige-se, isso sim, elementos que dêem um mínimo de suporte à acusação. E isso não só pode como deve o Juiz verificar. O que ele rigorosamente não pode é proceder ao exame crítico da prova, sopesar os elementos probatórios, tal como expresso, aliás, no acórdão no REsp 8.445-PR, da relatoria do eminente Ministro Vicente Cernicchiaro, referido no voto do eminente Relator.

No caso vertente, tal não ocorreu. Observa-se que não houve cotejo dos depoimentos das testemunhas, tampouco entendeu-se infirmado um determinado indício em face de outro elemento de convicção constante do inquérito.

Segundo ressuma do despacho do Juiz e do acórdão que o confirmou, simplesmente não se encontrou respaldo para a acusação nos elementos probatórios coligidos no inquérito policial, a propósito da afirmada participação da recorrida no evento criminoso.

E é precisamente essa a questão a ser enfrentada. Aparentemente, trata-se de questão situada no domínio dos fatos, não comportando exame, pois, nesta instância extraordinária. Mas só aparentemente, na verdade, ela envolve a qualificação jurídica da prova.

Sustenta-se no despacho que rejeitou a denúncia que há meras conjecturas. Todavia, se um fato conhecido serve a indicar, no plano do raciocínio lógico, a existência de outro que se pretende provar, tem-se, sem engano, um indício, não uma conjectura.

Sob esse prisma, não há negar que pelo menos os depoimentos do co-réu Cláudio Silva (fls. 107) e do policial Álvaro Luiz Pinto e Souza (fls. 154/v.), fornecem indícios de que a recorrida concorreu para o crime, o que a acusação pretende provar no curso da instrução.

Não é o poder de convencimento dos indícios que interessam, para o efeito de recebimento da denúncia, mas a existência deles. No momento processual próprio, poderá o Juiz, obviamente, reputar insuficientes tais indícios, mas não no Juízo de delibação de que se cuida.

Com essas considerações, Senhor Presidente, adiro ao voto do eminente Relator.

VOTO (VOGAL)

O SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: Acompanhei o eminente Relator, por considerar que os argumentos apresentados pelo Juiz, para a rejeição da denúncia, não eram procedentes.

Na verdade, a peça acusatória envolve fatos e circunstâncias que só podem ser comprovados através da instrução processual, não sendo concebível fechar-se ao Ministério Público a oportunidade do livre exercício de sua função.

O inquérito policial, como peça informativa, desde logo, oferece relato dos fatos, que devem ser comprovados no Sumário de culpa. Observe-se que a responsabilidade criminal, no concurso de pessoas, é muito ampla, por força das disposições contidas nos artigos 29 e 31 do Código Penal. Sendo assim, não é possível, diante da clareza dos fatos contidos no inquérito, isolar-se a recorrida da ação penal a que respondem os autores principais do delito.

Por essas razões, acompanho o Ministro Relator.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 11.118 — RJ — (9197950) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Carlos Thibau. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Recorrida: Jacqueline Nogueira Diniz. Advs. Drs. Maria Inês Lourenço e outros.

Decisão: A Turma, prosseguindo no julgamento, à unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (03.09.91).

Votaram os Srs. Ministros Costa Leite e José Cândido. Ausente, por motivo de férias, o Sr. Ministro Washington Bolívar. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ CÂNDIDO.

♦

RECURSO ESPECIAL Nº 11.867 — SP
(Registro nº 91.119350)

Relator: *Ministro José Cândido*

Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Hélio Benedito Leonardi ou Hélio Benedito Leonardo*

Advogado: *Roberto de Camargo*

EMENTA: JOGO DO BICHO. CONTRAVENÇÃO.

O Decreto-lei nº 6.259, de 10 de fevereiro de 1944, equipara, ao vendedor ou banqueiro, os que servirem de intermediários na efetivação do jogo.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, conhecer do recurso pelas letras *a* e *c*, inciso III, art. 105, da Constituição Federal, e, por unanimidade, dar-lhe provimento para restabelecer a sentença condenatória, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 10 de setembro de 1991 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ CÂNDIDO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: Trata-se de recurso especial interposto com fundamento nos permissivos das letras *a* e *c*, pela Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, do v. acórdão da Eg. Décima Primeira Câmara do Tribunal de Alçada Criminal que, por maioria, absolveu HÉLIO BENEDITO LEONARDO, condenado em primeira instância à pena de oito meses de prisão simples e pagamento de quinze dias-multa, como incurso nas sanções do art. 58, § 1º, letra *a*, do Decreto-Lei nº 6.259/44. Fora o ora recorrido preso em seu estabelecimento comercial, com farto material de jogo do bicho, que praticava, segundo confessou, para determinado banqueiro, mediante a comissão de vinte e cinco por cento do apurado.

O acórdão recorrido fundamentou-se nos dois parágrafos a seguir transcritos, *verbis* (fls. 141):

> "Tratando-se de intermediário, é mister que sejam identificados os dois pólos da infração (RT 421/266; JULTACRIM 92/90 e outros).
>
> No caso em tela, nem o apostador, nem o banqueiro, foram identificados, já que o apontado co-infrator foi absolvido, com trânsito em julgado".

O acórdão recorrido teria recusado vigência ao art. 58 do Decreto-Lei nº 6.249/44, "que não subordina a configuração da prática contravencional à precisa indicação do banqueiro, cambista e apostador" (fls. 245). E a prova do conflito jurisprudencial fê-la o recorrente com julgados deste Superior Tribunal de Justiça, da lavra dos eminentes Ministros Costa Lima (REsp 5.267-SP, de 19.11.90); Edson Vidigal (REsp 5.288-SP, de 10.2.90); José Dantas (REsp 5.784-SP, de 3.12.90) e Assis Toledo (REsp 2.744-SP, de 20.8.90).

Nas suas razões, procura o recorrido demonstrar estar entranhada no comportamento do nosso povo a prática de diferentes jogos de azar, hoje explorados pelo Estado, que os difunde, como moralmente lícitos.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: JOGO DO BICHO. CONTRAVENÇÃO.

O Decreto-lei nº 6.259, de 10 de fevereiro de 1944, equipara, ao vendedor ou banqueiro, os que servirem de intermediários na efetivação do jogo.

Recurso conhecido e provido.

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO (Relator): Não há dúvida de que o v. acórdão recorrido contrariou o art. 58, § 1º, letra *a*, do Decreto-lei nº 6.259, de 20.2.44, que equipara aos vendedores ou banqueiros do jogo do bicho "os que servirem de intermediários na efetuação do jogo".

Por mais respeitáveis que sejam os argumentos, deduzidos em julgados de ilustres Tribunais, como os trazidos pelo recorrido às fls. 110/124, centrados, sobretudo, na constatação da exploração desenfreada pelo Estado das mais variadas modalidades de jogos de azar, o certo é que a lei aí está, impedindo que se decida à sua revelia.

Desse modo, conheço do recurso pelos dois fundamentos e dou provimento, para restabelecer a sentença condenatória.

É o meu voto.

VOTO — PRELIMINAR

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: Sr. Presidente, interpretei a fundamentação do respeitável acórdão de que para a caracterização da intermediação devem estar demonstrados o banqueiro e o apostador, indispensáveis para a operação. A extensão desse aspecto, *data venia*, invoca matéria de prova, o que é insusceptível na via da instância especial.

Em razão dessas considerações, peço vênia para não conhecer do recurso especial.

VOTO — MÉRITO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: Sr. Presidente, no tocante ao mérito, como já foi invocado pelos Eminentes Ministros, o tema alberga a natureza criminal da conduta, dada a total insignificância da reprovação social. Ocorre, no entanto, o policiamento dos chamados jogos de azar não se refere somente quanto à moralidade da contuda, mas, antes de tudo, ao interesse público de ser fiscalizada a sua atividade.

Em face dessas considerações, não diviso total ausência de reprovabilidade, embora, insisto, não ter nada a ver com a moralidade: culturalmente é aceita, é procurada. São conhecidos, as notícias de jornais, as colunas sociais publicam nomes de pessoas abastadas que mantêm instituições, escolas de samba e até atividades beneficentes, com o produto do jogo proibido. Por interesse meramente administrativo do Estado, como policia a maneira de dirigir veículos, a forma de se identificar a pessoa, surge o interesse público.

Em razão dessas considerações, acompanho, no mérito, os votos dos Eminentes Ministros.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 11.867 — SP — (91.11935) — Relator: Ministro José Cândido. Recte.: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recdo.: Hélio Benedito Leonardi ou Hélio Benedito Leonardo. Adv.: Roberto de Camargo.

Decisão: A Turma, por maioria, conheceu do recurso pelas letras *a* e *c*, inciso III, art. 105, da Constituição Federal, e, por unanimidade, deu-lhe provimento para restabelecer a sentença condenatória. Vencido na preliminar o Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro.

Votaram os Srs. Ministros Carlos Thibau, Costa Leite e Vicente Cernicchiaro. Ausente, por motivo de férias, o Sr. Ministro Washington Bolívar. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ CÂNDIDO.

♦

RECURSO ESPECIAL Nº 11.891 — PE
(Registro nº 91.0011959-8)

Relator: *O Senhor Ministro Costa Leite*

Recorrente: *Waldemiro da Rocha Barros (réu preso)*

Recorrido: *Ministério Público Federal*

Advogada: *Dra. Maria Enite Cavalcanti de Melo*

EMENTA: Recurso Especial. Dissídio Jurisprudencial.

Não se pode cogitar de dissídio jurisprudencial a propósito de questões estranhas ao âmbito do julgado. Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 24 de setembro de 1991 (data do julgamento).

O presente acórdão deixa de ser assinado pelo Exmo. Sr. Ministro-Presidente, por motivo de férias (art. 101, § 2º do RISTJ).

Ministro JOSÉ CÂNDIDO, Presidente. Ministro COSTA LEITE, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO COSTA LEITE: Trata-se de recurso especial interposto por WALDEMIRO DA ROCHA BARROS, com supedâneo na alínea *c*, III, do art. 105, da Constituição, contra acórdão da e. Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que, dando provimento à apelação do Ministério Público, procedeu ao aumento da pena que lhe impôs a sentença de primeiro grau, por infração ao art. 171, do Código Penal, fixando-se em três anos de reclusão.

Eis as razões recursais: (lê).

Devidamente processado o recurso, sobreveio juízo positivo de admissibilidade, nos termos do r. despacho de fls. 1.393/1.395.

O parecer do Ministério Público Federal é pelo não conhecimento do recurso.

É o relatório, Senhor Presidente.

VOTO

O SENHOR MINISTRO COSTA LEITE (Relator): Somente o Ministério Público apelou da sentença, exclusivamente para ver agravada a resposta penal, quanto ao ora recorrente, no que obteve êxito, com a decisão vergastada procedendo ao aumento da pena imposta em primeiro grau.

O presente recurso especial, porém, não investe contra o aumento de pena operado. Com efeito, suscita questões estranhas ao âmbito do julgado, que sequer foram devolvidas à cognição do Tribunal, não se podendo cogitar, pois, de dissídio jurisprudencial.

Tais as circunstâncias, não conheço do recurso. É como voto, Senhor Presidente.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 11.891 — PE — (91.0011959-8) — Relator: O Sr. Ministro Costa Leite. Recte.: Waldemiro da Rocha Barros. Recdo.: Ministério Público Federal. Adv.: Dra. Maria Enite Cavalcanti de Melo.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto do Senhor Ministro relator.

Votaram os Srs. Ministros Vicente Cernicchiaro, Assis Toledo e José Cândido. Ausentes, por motivo de férias, o Sr. Ministro Washington Bolívar e, por motivo justificado, o Sr. Ministro Carlos Thibau. O Sr. Ministro Assis Toledo compareceu à Sessão para compor *quorum*. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ CÂNDIDO.

♦

RECURSO ESPECIAL Nº 11.908 — SC
(Registro nº 91.0012062-6)

Relator: *O Sr. Ministro Garcia Vieira*

Recorrente: *Teka — Tecelagem Kuehnrich S/A*

Recorrida: *Fazenda Pública do Estado de Santa Catarina*

Advogados: *Drs. Haroldo Pabst e outro, e Ivo Silveira Filho*

EMENTA: ICM — REDUÇÃO E ISENÇÃO.

Não se pode confundir isenção com redução, com alíquota zero e demais benefícios fiscais.

A redução do imposto federal não produz o mesmo efeito no ICM (estadual).

Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 02 de setembro de 1991 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro GARCIA VIEIRA, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: TEKA — TECELAGEM KUEHNRICH S/A — impetrou mandado de segurança preventivo visando o reconhecimento de seu direito de pagar o ICM incidente na entrada de máquinas e equipamentos importados no seu estabelecimento, observada a isenção parcial decorrente da redução do Imposto de Importação, tendo em vista ser beneficiária de Programa Especial de Exportação aprovado pelo BEFIEX.

Concedida a liminar e decorrido o prazo legal sem que a autoridade impetrada prestasse as informações, opinou o Ministério Público local pela concessão do *writ*.

Apreciando o feito, o MM. Juiz *a quo* concedeu a segurança para assegurar à impetrante o direito de recolher o ICM na proporção de 10% sobre o valor tributário relativamente à guia de importação de nº 95-86/633-2 (fls. 73/79).

Em grau de apelação o E. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina reformou a sentença para denegar a segurança em acórdão assim ementado:

"ICM. REDUÇÃO. SIGNIFICADO DOS VOCÁBULOS ISENÇÃO E REDUÇÃO. AUSÊNCIA DE SINONÍMIA. LEI QUE CONCEDE ISENÇÃO TRIBUTÁRIA. INTERPRETAÇÃO. ART. 111, II, DO CTN.

"IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS — REDUÇÃO — ARTIGOS 19, § 2º E 23, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL ANTERIOR. Não vulnera os citados dispositivos legais decisão que afasta a vantagem pertinente ao Imposto Sobre Circulação de Mercadorias quando a lei complementar cogita de isenção, considerando idêntico tratamento conferido a imposto da competência da União — sobre Importação de Produtos Estrangeiros. Na hipótese, impossível é entender como sinônimos os vocábulos "isenção" e "redução", valendo notar que não se pode atribuir ao legislador a inserção, em texto de lei, de instituto sem o sentido que lhe é próprio e que, portanto, o individualiza. Prevista a extensão apenas do tratamento pelo qual o importador ficou isento do imposto, descabe considerar mera redução de alíquota" (STF, *in* DJU nº 41, de 01.03.91, pág. 1.890).

Em tema de isenção tributária, deve a lei ser interpretada literalmente, a teor do disposto no art. 111, II do Código Tributário Nacional."

Inconformada, a impetrante interpôs recurso especial com fundamento no art. 105, inciso III, letras *a* e *c,* da CF.

Sustenta o recorrente que o v. acórdão recorrido violou o art. 1º, inciso VI, da Lei Complementar nº 04/69, ao inadmitir a identificação entre redução de alíquota e isenção e, conseqüentemente, não estender ao ICM os benefícios da redução do imposto de importação que a recorrente obteve em decorrência de Programa Especial de Exportação aprovado pelo BEFIEX.

Alega, ainda, divergência jurisprudencial com acórdãos do E. TJSP e desta Colenda Corte (fls. 125/133).

Oferecidas contra-razões (fls. 139/142), foi o recurso admitido (fls. 150/151), subindo os autos a esta C. Corte.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente. A impetrante obteve aprovação de seu programa especial de exportação

para a concessão de benefícios fiscais e conseguiu importar máquinas com redução de 90% (noventa por cento) dos impostos de importação e de produtos industrializados (doc. de fls. 25/26).

Pretende a recorrida seja também estendida ao ICM referida redução que, para ela, equivale à isenção.

A impetrante foi beneficiada pela redução dos impostos federais e não pela isenção do ICM que é estadual.

Não se pode confundir isenção com redução, com alíquota zero e demais benefícios fiscais. A distinção entre isenção e outros incentivos fiscais é feita pelo Decreto nº 1.219, de 15 de maio de 1972. A Lei Complementar nº 24, de 07 de janeiro de 1975, também fala em isenção e em redução (art. 1º). O Decreto-lei nº 1.428, de 02 de dezembro de 1975, atribui poderes a vários órgãos, inclusive à Comissão para a concessão de Benefícios Fiscais a fim de "conceder redução do imposto de importação para máquinas, equipamentos, aparelhos, instrumentos, acessórios e ferramentas, nos termos, limites e condições estabelecidos pelo Poder Executivo". O Decreto nº 77.065, de 20 de janeiro de 1976, em seu art. 5º, conferiu à referida Comissão poderes para a concessão de benefícios fiscais e reduzir de 70 a 90% os impostos federais, sobre produtos industrializados e importação de máquinas.

A Lei Complementar nº 04, de 02 de dezembro de 1969, concede isenção do ICM às "entradas de mercadorias cuja importação estiver isenta do imposto, de competência da União sobre importação de produtos estrangeiros" (art. 1º, VI). Como se interpreta literalmente a legislação sobre isenção (art. 111 do CTN), devemos buscar o sentido exato de isenção e de redução. Este próprio art. 111 fala, em incisos diversos (I e II), em suspensão ou exclusão (I) e em isenção (II) e este princípio se harmoniza com os arts. 175 e 176 também do CTN. A isenção é sempre decorrente de lei (art. 176) e somente a lei pode estabelecer a instituição de tributos ou a sua extinção ou a sua fixação de alíquota e da sua base de cálculo (art. 97, I e IV). Isenção é definida pelos tributaristas como "a dispensa legal do pagamento do tributo devido". Nela "verifica-se o fato gerador e ocorre a incidência; entretanto, como não é exigido o crédito tributário, em virtude da dispensa do pagamento, não se recolhe o tributo" (Geraldo Ataliba). É um favor legal, conferido por lei ao contribuinte que é dispensado do pagamento de um tributo devido. A alíquota zero não se confunde com isenção. Ensina Sacha Calmon, na sua Teoria Geral de Tributo, ed. 1982, que:

> "... ontologicamente isenção e "alíquota zero" são mesmo profundamente diversas: A isenção exclui da condição de "jurígeno"

fato ou fator. A alíquota é elemento de determinação quantitativa do dever tributário. Se é zero, não há o que pagar" (pág. 154).

A redução do imposto federal não produz o mesmo efeito no ICM (estadual) e para se chegar a esta conclusão, basta que se leia a Súmula nº 576 do C. Supremo Tribunal Federal, onde está bem claro que: "É lícita a cobrança do imposto de circulação de mercadorias sobre produtos importados sob o regime de alíquota "zero". Ora, se a alíquota zero não corresponde à isenção total, também a redução da alíquota a 90% não corresponde à "isenção parcial".

A competência para instituir impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias é dos Estados e do Distrito Federal (art. 23, II, da CF anterior, art. 155, I, letra *b*, da CF vigente). Na vigência da CF anterior, as isenções do imposto sobre estas operações só eram concedidas ou revogadas por convênios, celebrados e ratificados pelos Estados, nos termos de lei complementar (art. 23, § 6º) e, de acordo com o art. 151, III, da atual CF, é vedado à União instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios. Como, em regra, a isenção é competência do poder tributante, a União poderia, por lei complementar, por exceção, isentar do ICM a operação que gozaria de isenção dos tributos federais. Mas, no caso em exame, a importação foi com redução de alíquota e não com isenção.

A Lei Compl. 24, de 07 de janeiro de 1975, em seu art. 1º estabeleceu que:

> "As isenções do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta lei".

E estas concessões dependiam sempre de decisão unânime dos Estados representados (art. 2º, § 2º).

O Estado, com base na Lei Complementar 04/69, só poderia isentar do ICM as operações isentas dos tributos federais e a impetrante só gozaria de redução de alíquota e não de isenção, na exportação de seus produtos. O v. acórdão recorrido deu interpretação analógica e generosa do art. 1º da LC 04/69, como bem acentuou a Fazenda do Est. de Santa Catarina, em sua apelação (fls. 144). Realmente, não se pode admitir a idéia de que a redução de alíquota equivale à isenção parcial com força para reduzir o ICM a 10% (dez por cento). Somente em caso de isenção (total) é que existe o reflexo nas operações relativas ao ICM, do contrário, seria passar por cima da Constituição e do princípio federativo. É bom lembrar que referida LC 04/69 foi editada com base no art. 19, § 2º,

da CF anterior. Somente poderia a União conceder isenção do ICM ou de qualquer outro imposto estadual, quando houvesse "relevante interesse social ou econômico nacional..." e é claro que nada disso ocorreu, na importação de máquinas, procedida pela recorrida, com redução de alíquota ou de base de cálculo. O legislador somente entendeu existir o relevante interesse social ou econômico nacional, capaz de legitimar e justificar a isenção das operações relativas ao ICM, quando isenta de impostos federais a entrada de mercadorias importadas e não quando existe apenas redução de alíquota.

É evidente que um simples órgão administrativo não pode isentar ninguém de imposto estadual. Só a lei complementar poderia fazê-lo. Assim entendeu o Eminente Min. Xavier de Albuquerque, como relator, em seu voto, no RE 81.074-SP, ao acentuar que:

> "Finalmente, parece-me decisiva uma ponderação que se me afigura grave: só pode a União isentar de qualquer imposto estadual, por lei complementar. Estar-se-ia por essa via a permitir que um órgão administrativo, que excepcionalmente detém o poder de aplicar o princípio da flexibilidade da tarifa, isentasse indiretamente de imposto estadual quando, a rigor, só a lei complementar federal pode fazê-lo."
>
> "ICM. Não importando isenção do imposto de importação a atribuição, a determinada mercadoria, na tarifa aduaneira, da alíquota zero, dela não resulta isenção do tributo estadual. Reexame da questão pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.
>
> Recurso conhecido, mas não provido."

Nossa Corte Maior, no RE 76.810-SP, Rel. Eminente Min. Leitão de Abreu, DJ de 26.09.75, entendeu que:

> "ICM. A alíquota zero não configura isenção, porquanto pode ser elevada mediante decisão do Conselho de Política Aduaneira".

No mesmo sentido são ainda os seguintes precedentes: ERE 79.952-SP, Rel. Eminente Min. Soares Muñoz, DJ de 19.5.78; RE 88.676-SP, Rel. Eminente Min. Xavier de Albuquerque, DJ de 17.3.78; RE nº 86.322-SP, Rel. Eminente Min. Cordeiro Guerra, DJ de 25.3.77; RE nº 81.132-SP, Rel. Eminente Min. Eloy da Rocha, DJ de 25.4.77, RE nº 85.952-SP, Rel. Eminente Min. Cordeiro Guerra, DJ de 18.2.77; e ainda os seguintes REs: 76.810-SP, 81.074-SP, 79.471-SP, 81.117-SP, 81.172-SP e 82.568-SP.

Verifica-se pelo RE 81.132-SP, ter nossa Corte Maior entendido que:

"Não importa isenção do imposto de importação a atribuição da **alíquota "zero"**, conseqüentemente, dela não resulta isenção do ICM..."

No RE 85.952, firmou o entendimento de que:

"A tarifa **zero** ou livre configura uma não incidência provisória do tributo. A importação de mercadorias sob o regime de tal alíquota não implica, portanto, em isenção do imposto sobre circulação de mercadorias..."

Ora, se a importação de mercadorias sob a alíquota zero não configura isenção e não impede a cobrança do ICM, a simples redução desta, com muito mais razão, não pode conduzir a estas conseqüências.

Neste sentido os precedentes desta E. Turma, nos REs nºs 3.884-RS, julgamento de 18 de fevereiro de 1991, e 4.973-SC, julgamento de 18 de fevereiro de 1991, que são casos absolutamente idênticos.

Nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 11.908 — SC — (91.0012062-6) — Rel.: O Sr. Ministro Garcia Vieira. Recte.: Tecelagem Kuehnrich S/A. Recda.: Fazenda Pública do Estado de Santa Catarina. Advs.: Drs. Haroldo Pabst e outro e Ivo Silveira Filho.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (1ª Turma: 02.09.91)

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Demócrito Reinaldo, Gomes de Barros e Pedro Acioli.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.

♦

RECURSO ESPECIAL Nº 12.237 — SP
(Registro nº 91132004)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade*

Recorrente: *Luiz Fazzio*

Recorridos: *Francisco Ailton Saracuza (ou Ailton Saracuza)*

Advogados: *Joaquim A. Dángelo de Carvalho e outros e Ruy Homem de Mello Lacerda e outro*

EMENTA: CIVIL/PROCESSUAL. APELAÇÃO. LIMITES DE DEVOLUÇÃO.

O § 1º do art. 515 do CPC não autoriza o exame de questão não suscitada e discutida no processo e nem impugnada na apelação.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial, e lhe dar provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 26 de agosto de 1991 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente, (Deixa de ser assinado por ausência do Presidente, Art. 101, § 2º do RI/STJ). Ministro DIAS TRINDADE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Luiz Fazzio interpõe recurso especial com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição Federal, de acórdão proferido pela Quarta Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, que deu provimento à apelação interposta por Francisco Ailton Saracuza, em autos de ação movida contra o recorrente, visando obter indenização relativa a danos causados em sua chácara por incêndio que partiu de propriedade do mesmo, quando este ateava fogo em capim.

Sustenta o recorrente, além de dissídio jurisprudencial, negativa de vigência aos seguintes dispositivos do Código de Processo Civil: art. 264, por alterar a causa de pedir ao concluir pela responsabilidade do recorrente, mesmo que este não tenha pessoalmente causado o incêndio que lhe imputava o autor; art. 282, III, confundindo fato e fundamento

jurídico do pedido; art. 128, face à decisão fora dos limites da lide; art. 460, ao acolher a ação por fundamento jurídico diverso do que constou na causa de pedir; art. 515, ao examinar matéria cujo conhecimento não lhe havia sido devolvido, e art. 535, ao repelir embargos de declaração sem apreciação das questões suscitadas.

Processado o recurso, vieram os autos a este Tribunal.

É como relato.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Para a verificação de ter havido alteração na causa de pedir, bem assim de haver sido apreciado no juízo da apelação fato ou circunstância não impugnados, é necessário examinar, não apenas a descrição do fato, mas a relação jurídica que embasa a pretensão posta em juízo.

É de ver que a causa de pedir não é apenas fato, mas a dedução deste e da sua subsunção a determinada categoria jurídica, que disciplina a sua prática. É o que ensina PONTES DE MIRANDA:

> "A *causa petendi* supõe o fato ou série de fatos dentro da categoria ou figura jurídica com que se compõe o direito subjetivo ou se compõem os direitos subjetivos do autor e o seu direito público subjetivo a demandar. A *causa petendi* é, pois, complexa." (Comentários ao Código de Processo Civil, de 1939, Vol. II, Pág. 27).

E, logo adiante:

> "Na exposição da *causa petendi* há de estar a afirmação de relação jurídic, da pretensão de direito material, que corresponde a essa relação; de fato que justifique a ação; do interesse de agir; do direito público subjetivo a usar do juízo, o que se subtente hoje em dia". (Mesma obra e localização).

AGRÍCOLA BARBI, citando LIEBMAN, diz:

> "A causa da ação (*causa petendi*) é o fato jurídico que o autor coloca como fundamento de sua demanda, ou seja — na linguagem da lei — o título da ação (cf. arts. 13, 33, 35, 36 do Código de Processo Civil). Ela é por isso o fato do qual surge o direito que o autor pretende fazer valer ou a relação jurídica da qual aquele direito deriva" (Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. I Tomo I, Pág. 270).

E conclui:

"Ainda do mesmo ensino de LIEBMAN, deduz-se que quando duas ou mais ações têm o mesmo fundamento de direito (mesma relação jurídica) elas têm a mesma causa de pedir" (Mesma obra e localização).

Desses ensinamentos resulta que, no caso em exame, a causa de pedir está representada pela narração do fato, atribuindo ao réu a prática da ação de pôr fogo ao capim de seu terreno, sem os cuidados recomendados, dando em resultado o incêndio em seu barracão com o que nele se continha, daí extraindo-se o dever de indenizar, apontando como fundamento jurídico de sua pretensão os arts. 155, 1.518 a 1.532, e 1.537 a 1.553, todos do Código Civil.

Não está contida na causa de pedir, portanto, apenas a relação de culpa, senão também o decorrente da prática de ato ilícito, entre as quais encontrou o acórdão a do art. 1.529 do Código Civil, para ter a ação como a *de delectis vel efflusis* consagrada pelo Pretor Romano, com aquela amplíssima latitude, preconizada por PONTES DE MIRANDA (Tratado — Tomo LIII, Pág. 404).

A discussão que poderia ensejar essa aplicação não é cogitada no recurso especial, ora examinado, o qual é posto apenas em relação aos dispositivos do Código de Processo Civil mencionados no relatório, que passo a examinar:

Não houve a alteração da causa de pedir, porquanto ela está centrada, seja na invocação de culpa do réu, seja na responsabilidade objetiva, prevista no art. 1.529, expressamente referido na inicial, a indicar que bem poderia servir de base para o *decisum*, sem contrariar o art. 264 do Código de Processo Civil, que consagra a estabilidade da demanda.

Por igual não há violação ao art. 282, III, do mesmo Código, uma vez que não há indistinção entre o fato e fundamento jurídico do pedido, como se viu acima.

De relação às outras disposições da lei de ritos ditas contrariadas tenho que está com razão o recorrente, posto que o acórdão adotou posição quanto à amplitude de devolução, inscrita no art. 515, § 1º, dissociada do comando da cabeça do dispositivo, ou seja, apreciou fundamento jurídico colhido da petição inicial, sem que a omissão da sentença sobre o mesmo houvesse sido impugnada na apelação.

É que a sentença afastou a increpação de culpa do réu, para julgar improcedente a ação, mas não apreciou a causa pelo outro fundamento, ou seja, pela aplicação do art. 1.529 do Código Civil, apenas relacionado na inicial entre outros do mesmo diploma, não havendo sido opostos

embargos declaratórios e nem devolvida a questão, mediante direta impugnação no apelo.

Efetivamente, na apelação está a ser impugnada exclusivamente a questão probatória sobre a culpa do réu, especificamente sobre a sua responsabilidade direta na pratica do ato de atear fogo ao capim de sua propriedade, causa do incêndio da barraca ou barracas do autor-apelante, sem uma palavra sequer a respeito de responsabilidade objetiva do dispositivo da lei civil, que consagra a *acilo de delectis vel efflusis* da amplíssima interpretação de PONTES DE MIRANDA.

Ora, a amplitude de devolução, como se disse acima, está limitada pela impugnação, sendo de dizer que, embora indicado o dispositivo legal que serviu de apoio ao acórdão, na inicial não se discute a causa segundo essa norma e nem foi a mesma impugnada na contestação, o que serviria a dizer que não fora a mesma discutida, porque, como assevera BARBOSA MOREIRA:

> "No que tange às questões não apreciadas na primeira instância (nem apreciáveis *ex officio*), exige o Parágrafo Primeiro que hajam sido "suscitadas e discutidas". Não basta que uma das partes as tenha argüido é mister que a outra haja impugnado a argüição". (Comentários ao Código de Processo Civil — Vol. V, Pág. 349).

O acórdão, diz com todas as letras:

> "A decisão de primeiro grau, no entanto, julgou-a improcedente, por entender não caracterizada a culpa do demandado.
>
> O autor, entretanto, inconforme com o decidido, apelou pugnando pela reforma da sentença e sustentando estar demonstrada a culpa do réu."

E prossegue, sem examinar a matéria que foi devolvida na apelação, no sentido de acolher fundamento legal apenas indicado na inicial, sem que houvesse a questão sido suscitada e discutida na ação (Ler fls. 416).

E assim fazendo estou em que o órgão julgador foi além do que lhe devolveu a apelação, contrariando, deste modo, o art. 515 do Código de Processo Civil, que cristaliza os princípios dos arts. 128 e 450, em segunda instância.

Isto posto, voto no sentido de conhecer do recurso e lhe dar provimento, para anular o acórdão recorrido e determinar que o órgão julgador julgue a apelação, nos seus limites devolutivos.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 12.237 — SP — (91132004) — Rel.: O Sr. Ministro Dias Trindade. Recte.: Luiz Fazzio. Recdo.: Francisco Ailton Saracuza (Ailton Saracuza). Advs.: Joaquim A. Dángelo de Carvalho e outros e Ruy Homem de Mello Lacerda e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento (em 26/08/91 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Cláudio Santos, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Waldemar Zveiter.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.

♦

RECURSO ESPECIAL Nº 12.851 — RJ
(Registro nº 9100148270)

Relator: *O Senhor Ministro Demócrito Reinaldo*

Recorrente: *Caixa Econômica Federal — CEF*

Recorrida: *Valéria Pereira Lessa*

Advogados: *Rubem de Farias Neves Júnior e outros, e Luiz Cláudio Ramos Marins*

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. FALTA DE MENÇÃO DO DISPOSITIVO CUJA VIGÊNCIA SE TERIA NEGADO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL INSUFICIENTEMENTE DEMONSTRADO. NÃO CONHECIMENTO.

Não decidindo o acórdão atacado as questões objeto do recurso especial, falta-lhe o prequestionamento, que deve ser "explícito", como tem decidido a jurisprudência.

A parte precisa indicar com exatidão o dispositivo da lei federal cuja vigência se tenha negado. Do contrário, a deficiente fundamentação de recurso impede-lhe o conhecimento.

A divergência jurisprudencial carece de ser analiticamente demonstrada (Regimento Interno, artigo

255, § 2º), não sendo bastante, em regra, a mera transcrição de ementas dos paradigmas.

Recurso não conhecido, por unanimidade.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 20 de novembro de 1991 (data do julgamento).

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): A CAIXA ECONÔMICA FEDERAL manifesta recurso especial (folhas 78/89) contra acórdão do egrégio Tribunal Regional Federal da Segunda Região (folhas 68/76), que negou provimento à sua apelação e à remessa *ex officio*. O mandado de segurança inicial foi impetrado por VALÉRIA PEREIRA LESSA, candidata a concurso público promovido pela recorrente, para admissão de empregados sob o regime da CLT — Consolidação das Leis do Trabalho, em janeiro de 1988, em que exigiu a idade mínima de 19 (dezenove) anos.

Tempestivo, foi o recurso admitido pela decisão de folhas 95/96.

Chegando a esta Corte, a insigne Subprocuradoria-Geral da República pronunciou-se pelo improvimento do especial, argumentando que deve prevalecer, no caso, a idade mínima de 18 (dezoito) anos para ingresso no serviço público (parecer de folhas 100/101).

É o relatório.

VOTO — PRELIMINAR

O EXMO. SENHOR MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): Preliminarmente, não conheço do recurso especial ora apreciado,

uma vez que os dispositivos alegadamente violados, isto é, artigo 5º, § 1º, do Decreto-lei nº 759, de 12 de agosto de 1969, artigo 24, do Decreto nº 95.572, de 22 de dezembro de 1987, e artigo 295, V, do Código de Processo Civil, com vistas ao cabimento pelo permissivo da alínea *a* do artigo 105, III, do Texto Básico (folha 89, item 37), não foram ventilados no acórdão (folhas 68/76).

Aliás, o aresto hostilizado sequer tratou das matérias objeto desses preceitos, o que afasta inclusive o chamado "prequestionamento implícito", sem que tenha havido embargos declaratórios para esse fim.

Doutra parte, a admissibilidade pela letra *c* da norma constitucional, requereu-a a CEF com relação às disposições da Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, mas ela não apontou qual o dispositivo em questão (folha 89, item 38), além de que os arestos-padrões foram citados só pelas ementas (folhas 81/84), sem a demonstração analítica do dissídio, exigida pelo artigo 255, § 2º, do Regimento Interno.

Em conseqüência, não conheço do recurso.

É como voto.

VOTO DE MÉRITO

O EXMO. SENHOR MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): Em que pese a compreensão que dedico à situação particular da impetrante, aqui recorrida, ávida de prestar seu trabalho à Caixa Econômica e lá, quem sabe, construir sua carreira profissional, entendo que assiste razão à recorrente.

A CEF alega que não cabe mandado de segurança contra ato de seus dirigentes com referência a ato de sua economia interna (como a seleção de pessoal), pois é empresa pública (pessoa jurídica de direito privado) e, nesses casos, não se consideram eles como "autoridade", para fins de mandado de segurança. Em circunstâncias que tais, ela não está no exercício de qualquer delegação de competência.

Os atos, aí, são tipicamente de direito privado, como os de qualquer empresa ou indivíduo que pretende contratar mão-de-obra e estabelece um critério genérico de idade para tanto, sem importar em ofensa à lei — já que não se pode aqui discutir norma de sede constitucional, cuja competência para julgamento é precipuamente do Supremo Tribunal Federal.

Outrossim, o extinto Tribunal Federal de Recursos numerosas vezes pronunciou-se no sentido de que descabe ação mandamental contra

dirigentes da Caixa Econômica Federal ao praticarem ato de simples gestão. O remédio jurídico, se couber, deve ser outro. Exemplos recentes desse escólio são os da Apelação em Mandado de Segurança nº 95.912-RJ, da 3ª Turma, relator o Ministro FLAQUER SCARTEZZINI, julgado em 22 de outubro de 1987, e o da AMS nº 97.570-BA, da mesma Turma, relator o Ministro JOSÉ DANTAS, julgado em 25 de agosto de 1987, ambos por unanimidade, entre muitos outros.

Tudo considerado, conheço do especial na forma do voto preliminar e dou-lhe provimento para denegar o mandado de segurança.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 12.851 — RJ — (91.148270) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Demócrito Reinaldo. Recte.: Caixa Econômica Federal — CEF. Recda.: Valéria Pereira Lessa. Advs.: Drs. Rubem de Farias Neves Júnior e outros, Luiz Cláudio Ramos Marins.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso. Participam do julgamento os Exmos. Ministros Gomes de Barros e Garcia Vieira (em 20/11/91 — 1ª Turma).

Ausente, justificadamente o Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.

♦

RECURSO ESPECIAL Nº 13.334 — DF
(Registro nº 91.0015566-7)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Gomes de Barros*

Recorrente: *Distrito Federal*

Recorrido: *Cairbar Rinaldi de Oliveira*

Advogados: *Drs. Leny Pereira da Silva e Joaquim Flávio Spindula*

EMENTA: PROCESSO CIVIL — EMBARGOS DECLARATÓRIOS — MULTA — ACÓRDÃO NÃO MOTIVADO — PREQUESTIONAMENTO — AUSÊNCIA DE INTUITO PROTELATÓRIO — LOTEAMENTO CLAN-

DESTINO — LICENÇA PARA CONSTRUIR — NEGAÇÃO LÍCITA — ÔNUS DA PROVA.

1 — É nulo o acórdão que, sem motivação explícita, aplica ao embargante a multa cominada no art. 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil (CPC — arts. 165 e 458);

2 — Não são protelatórios os embargos de declaração destinados ao prequestionamento, com vista na interposição de recurso especial;

3 — Os embargos declaratórios devem ser encarados, em regra, como instrumento de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional;

4 — É lícito ao Distrito Federal negar licença para construção em local onde se implanta loteamento clandestino. Quem pretende obter judicialmente a licença assume o ônus de demonstrar a inexistência do parcelamento irregular;

5 — Pedido de Segurança não conhecido, à míngua de liquidez e certeza do direito.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar provimento para não conhecer da segurança e remeter a Impetrante às vias ordinárias, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 20 de novembro de 1991 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro GOMES DE BARROS, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GOMES DE BARROS: Cairbar Rinaldi de Oliveira pediu Mandado de Segurança contra ato de Diretor do Departamento Regional de Licenciamento e Fiscalização de Obras de Planal-

tina. O ato que motivou o pedido consistiu na denegação de alvará de construção de edifício residencial, em lote de sua propriedade.

A pretendida Segurança lhe concederia o alvará.

Em suas informações, o Diretor afirma que negou a licença porque o imóvel onde o Impetrante pretende construir é resultado de loteamento efetivado em desobediência aos preceitos que disciplinam o parcelamento do solo (fls. 40 e segts.).

Disse que o indeferimento obedeceu à vedação contida no art. 2º, § 1º do Decreto nº 3.906, de 24.10.77, *in verbis:*

> "§ 1º — É vedada a concessão de licença para edificações de qualquer natureza, em loteamentos ou desmembramentos irregulares, fraudulentos ou clandestinos, assim considerados aquelas divisões de terrenos que, sem obediência à legislação pertinente, em especial, aos preceitos da Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, resultarem, de fato, na constituição de lotes." (fls. 40).

A Sentença de primeiro grau concedeu a Segurança, sob o argumento de que

> "O proprietário que apresenta título idôneo de seu direito, devidamente levado a registro competente, não pode ser impedido de qualquer tipo de aproveitamento econômico de sua propriedade, pena de se desnaturar o instituto, com uma desapropriação indireta, sem a devida indenização justa e prévia". (fls. 59).

Houve apelação.

A Primeira Turma do Tribunal de Justiça do Distrito Federal negou provimento à apelação, em acórdão resumido nesta ementa:

> "Mandado de Segurança.
>
> Loteamento. Propriedade Rural.
>
> Imóvel regularmente inscrito no Cartório do Registro de Imóveis. Direito de Edificação.
>
> Improvimento.
>
> Decisão unânime." (Fls. 104).

O Distrito Federal ofereceu embargos declaratórios que foram desconhecidos, aplicando-se ao Embargante a multa prevista no art. 538 do Código de Processo Civil (fls. 119).

Houve, ainda, agravo regimental, também não conhecido (fls. 136).

Finalmente, o Distrito Federal interpôs recurso especial, com fundamento nos permissivos constitucionais das alíneas *a* e *c* (fls. 141/158).

O Recurso foi admitido apenas pelo permissivo da letra *c* (fls.164).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GOMES DE BARROS (Relator): O recurso especial tem como escopo a reforma do dispositivo do acórdão que concedeu a segurança, assim, como daquele que aplicou a multa.

Examinarei em primeiro lugar a questão relativa à multa por suposto abuso na interposição de embargos declaratórios.

Nesta parte, o Recorrente afirma que Acórdão, ao tempo em que negou vigência ao art. 538 do Código de Processo Civil, entrou em descompasso com a jurisprudência predominante no Supremo Tribunal Federal.

Para melhor avaliação, vale repetir os votos de que resultou a multa, na assentada de julgamento (fls. 129):

> "O Senhor Des. Pingret de Carvalho:
>
> Ponho-me de acordo com o voto de Vossa Excelência, acrescentando, apenas, a imposição da multa prevista no art. 538 do Código de Processo Civil.
>
> O Senhor Des. Edmundo Minervino:
>
> Acompanho o voto de V. Exa., acrescentando os fundamentos do voto do eminente Desembargador Pingret de Carvalho, relativos à multa prevista no parágrafo único do art. 538 do CPC.
>
> O Senhor Des. Antônio Honório Pires — Presidente e Relator:
>
> Com relação à aplicação da multa, ouso divergir da Egrégia 1ª Turma Cível, por entendê-la não aplicável, tendo em vista colidir com o texto da Carta Magna, onde assegura, como pleno o direito de defesa; por outro lado, sendo os Embargos Declaratórios uma forma de recurso, não se há de homologar a parte que o usa; acentua-se, mais, que a Suprema Corte exige o prequestionamento."

Nada mais foi dito sobre o tema.

Como se percebe, a multa foi aplicada sem qualquer motivação. Como se o singelo fato de os embargos declaratórios não serem recebidos bastasse para a incidência da multa.

O preceito cominatório contido no parágrafo único do artigo 538 diz:

"Quando forem manifestamente protelatórios (os embargos declaratórios) o tribunal, declarando expressamente que o são, condenará o embargante a pagar ao embargado multa, que não poderá exceder a 1% (um por cento) sobre o valor da causa."

A incidência da sanção tem como pressuposto a circunstância de os embargos serem "manifestamente protelatórios".

Exige-se mais, que tal circunstância seja expressamente declarada. Ou seja: explicitada e justificada.

Na hipótese, os dois votos vencedores mantiveram-se em linha de absoluto laconismo.

Justificação houve, apenas, no voto vencido, que discordou da aplicação da multa, por entender que os embargos, além de não serem abusivos, tiveram como escopo o prequestionamento da questão federal, exigido pelo Supremo Tribunal Federal.

A Quarta Turma deste Tribunal, em acórdão conduzido pelo E. Ministro Barros Monteiro, proclamou:

"Ao aplicar a multa cominanda no art. 538, parágrafo único, do CPC, cabe ao acórdão justificar a sua imposição". (REsp nº 2.601-MG).

Aliás, nem seria necessário que o parágrafo exigisse a justificação.

O Código de Processo Civil, no art. 165 diz:

"As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso."

O art. 458 considera a fundamentação um dos "requisitos essenciais" da sentença (e do acórdão, por força do art. 165).

A teor do art. 458, não será acórdão a decisão em que não estejam explicitados os fundamentos.

Em recente acórdão, de que fui relator, esta Primeira Turma declarou a nulidade do acórdão carente de fundamentação.

O acórdão é, portanto, nulo, na parte em que impôs a condenação.

Não fosse a nulidade, impunha-se reconhecimento de que se faz necessária a reforma da condenação.

Como bem lembrou, o eminente Desembargador Honório Pires, os embargos declaratórios constituem recurso, facultado à parte. Assim, seu exercício não deve ensejar apenamento, salvo em situações de abuso previstas em lei e devidamente explicitados.

A condenação do art. 538, § 1º, deve ser aplicada com extrema parcimônia.

Quem já militou na advocacia conhece a angústia que se apodera do advogado, ante a possibilidade de ver comprometido o recurso (ou, até mesmo, a pretensão em litígio) por alguma deficiência da sentença, não percebida oportunamente.

Ao inserir o prequestionamento expresso da questão federal como condição de conhecimento dos recursos não ordinários, os tribunais tornaram quase obrigatório interpor embargos declaratórios.

Nesta circunstância, o julgador deve encarar os embargos declaratórios como uma medida profilática, destinada a assegurar o conhecimento de recurso futuro ou evitar incidentes no processo de execução.

Os embargos declaratórios, em regra, devem ser encarados como instrumentos de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.

Com muita felicidade, a Procuradora do Distrito Federal, Dra. Leny Pereira da Silva, lembrou ensinamento do grande Pontes de Miranda, *in verbis*:

> "Os juízes e tribunais devem atender, com largueza, aos pedidos de declaração, tanto mais quanto pode haver sutileza que influencie na eficácia da decisão, e o juiz ou o tribunal não conheça das partes em eliminá-la, ou julgá-la explícita.
>
> A impertinência do embargante só se manifesta quando o seu fito é protelatório; não no sendo, e de todo interesse, ainda para a justiça que se declare o conteúdo das sentenças" (fls. 156).

São numerosos os acórdãos do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que

> "Não são protelatórios os embargos de declaração opostos para efeito de prequestionamento (RE 114.007-1 — Rel. Ministro Carlos Madeira)."

Por isto tudo, o recurso merece provimento, para que se declare nulo o Acórdão que decidiu os embargos declaratórios, na parte em que impôs multa ao embargante.

Antes de apreciar o mérito, chamo atenção para a circunstância de que o Impetrante se vale de trabalho que produzi, quando Procurador do Distrito Federal.

Trata-se do Parecer nº 638/83-3a. SPRG, assim ementado:

> "Pedido de autorização para construir em lote rural. A autorização não pode ser negada a quem tem registrado, em seu nome, o título de propriedade. Desconfiança de que o título foi obtido mediante parcelamento que desobedeceu à instrução do INCRA. Tal desconfiança deve motivar uma denúncia do DF ao

INCRA, mas não justifica a denegação da permissão para construir." (v. fls. 44)

O Parecer não guarda pertinência com a matéria discutida nestes autos.

Com efeito, nele examinei hipótese em que havia mera desconfiança de que a gleba onde se levantaria a construção resultara de loteamento irregular.

Aqui, ultrapassou-se a seara da desconfiança: há certeza quanto ao parcelamento ilícito.

Por outro lado, o parecer foi emitido antes que se editasse o Decreto nº 3.906, de 24.10.77, onde a proibição de construir em lote ilegal se tornou expressa.

Feita esta ressalva, examino a impetração.

O Recorrente ratificou assertiva lançada nas informações (fls. 42), dizendo:

> "Pois bem, o recorrido requereu alvará de construção para área adquirida em loteamento implantado ilegalmente na área rural de Planaltina-DF, denominada Módulos Rurais II.
>
> "Módulos Rurais II" é um loteamento de uma área de 70 ha., dividida em vários lotes de 2 ha."

A Sentença reconheceu esta circunstância, mas deferiu a Segurança, porque, em seu entendimento:

> "O proprietário que apresenta título idôneo de seu direito, devidamente levado a registro competente, não pode ser impedido de qualquer tipo de aproveitamento econômico de sua propriedade, pena de se desnaturar o instituto, com uma desapropriação indireta, sem a devida indenização justa e prévia." (fls. 59)

O Acórdão acompanha os argumentos da Sentença, acrescentando a observação de que

> "O Impetrante adquiriu, de uma área rural de 70 ha. 37 a., 81 ca., um módulo rural — 2,00 ha. — Tendo o vendedor, como se constata dos autos, ficando com a área remanescente, 68 ha. 37 a. 81 ca. (fls. 16/16 verso). Portanto, não tem o Impetrante que provar ao Impetrado, como querem as informações, que exista loteamento, ou que ele está aprovado pelo INCRA. O que se resume dos autos é que a venda feita ao Impetrante foi uma venda isolada, e o Impetrado não fez qualquer prova em sentido contrário". (fls. 107).

Esta situação de dúvida bastaria para conduzir ao indeferimento da Segurança, à míngua de liquidez e certeza.

Existe, porém, dispositivo legal disciplinando a espécie: o art. 28, da Lei nº 2.874, de 18 de setembro de 1956, assim expresso:

> "Os lotes de terras em que se dividirem, a partir da vigência desta lei, as propriedades rurais existentes até uma distância de 30 (trinta) quilômetros do lado externo da linha perimétrica do novo Distrito Federal, em áreas inferiores a 20 (vinte) hectares, só poderão ser inscritos no Registro Imobiliário e expostos à venda depois de dotados os logradouros públicos de tais loteamentos dos serviços de água encanada, luz elétrica, esgotos sanitários, meios-fios e pavimentação asfáltica."

Se o módulo no Distrito Federal e seus arredores é de vinte hectares, o lote do Impetrante, limitado a dois hectares, não é "módulo rural".

Se o fosse, incidiria o preceito contido no art. 8º, § 3º, da Lei nº 5.868/72, pelo qual,

> "São considerados nulos e de nenhum efeito quaisquer atos que infrinjam o disposto no presente artigo, não podendo os Cartórios de Notas lavrar escrituras dessas áreas nem serem tais atos transcritos nos Cartórios de Registro de Imóveis, sob pena de responsabilidade de seus respectivos titulares."

Trata-se, portanto, de lote urbano.

A circunstância de o loteamento se encontrar em área rural não basta para caracterizá-lo como parcelamento agrícola.

Em verdade, todos os centros urbanos foram, em determinado momento, zonas rurais. A cidade gera-se e se desenvolve à custa do campo.

Há pouco mais de trinta anos, o local onde hoje se implanta Brasília era puro sertão: zona de pecuária e algum plantio.

O loteamento (o "Plano Piloto" foi, de fato, um gigantesco loteamento) é o processo que transforma em urbana, uma zona rural.

O critério pelo qual se traça a linha diferencial entre o parcelamento rural e o loteamento urbano é teleológico, não topográfico.

Para se apurar a natureza de determinado parcelamento fundiário, deve-se perguntar que destino lhe será dado, não o uso atual da terra loteada.

Nestes autos não se discute o destino que se dará ao lote. O Impetrante não pretende nele desenvolver atividades agrícolas ou pecuárias; quer construir sua residência.

Se assim é, incide a disciplina da Lei nº 6.766/79, que condiciona o parcelamento do solo a um procedimento em que o Projeto é submetido à aprovação da Municipalidade, antes de ser objeto do registro de imóveis.

O regime a que se submete o loteamento é rígido. Tão rígido que seu desrespeito constitui crime, punível com reclusão de um a quatro anos.

O art. 50 da Lei dos Loteamentos, no inciso I define como delito 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;" (fls. 40).

O art. 51 comina expressamente a co-autoria, dizendo:

> "Quem, de qualquer modo, concorra para a prática dos crimes previstos no artigo anterior desta lei incide nas penas a estes cominadas, considerados em especial os atos praticados na qualidade de mandatário de loteador, diretor ou gerente de sociedade."

Tanta preocupação resulta da consciência de que o loteamento indiscriminado provoca danos consideráveis à qualidade de vida.

Por isto, o Legislador condiciona qualquer alteração de uso de solo, ao consentimento do Estado, em vários graus. Eis o texto do art. 53 da Lei de Loteamentos:

> "Todas as alterações de uso do solo rural para fins urbanos dependerão de prévia audiência do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA, do órgão metropolitano, se houver, onde se localiza o Município, e da aprovação da Prefeitura Municipal, ou do Distrito Federal quando for o caso, segundo as exigências da legislação pertinente."

Arrimado neste dispositivo e no propósito de dar conseqüência ao sistema consagrado na Lei nº 6.766/79, o Distrito Federal acrescentou ao art. 2º do Decreto nº 3.906, de 24.10.77, parágrafo, nestes termos:

> "É vedada a concessão de licença para edificações de qualquer natureza, em loteamentos ou desmembramentos irregulares, fraudulentos ou clandestinos, assim considerados aquelas divisões de terrenos que, sem obediência à legislação pertinente, em especial, aos preceitos da Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, resultarem, de fato, na constituição de lotes."

Obediente a esta vedação, o Diretor Regional de Licenciamento e Fiscalização de Obras da Administração de Planaltina recusou a expedição da licença.

Não há ilegalidade nesta recusa.

Não se cogita do direito de propriedade, mas de limitações a seu uso.

Pelo contrário, ela encontra firme amparo no Ordenamento Jurídico.

Enquanto não demonstrar a regularidade do loteamento, o Impetrante, ora recorrido não tem direito ao alvará de construção.

Por isto, dou provimento ao recurso especial para denegar a segurança e — reconhecendo a nulidade do acórdão relativo aos embargos declaratórios — cancelar a multa aplicada ao recorrente.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIERA: Com referência à multa, estou inteiramente de acordo com V. Exa. O recurso — no caso os embargos constituem recursos — muitas vezes é mais do que um direito, é um dever da parte — principalmente, como salientou V. Exa., porque a parte, hoje, às vezes é obrigada a entrar com os embargos para prequestionar a matéria. A decisão não teve fundamentação e não se justifica no caso; a multa foi irregularmente aplicada.

Com referência ao mérito, se V. Exa. concorda que não se conheça e remeta a parte para as vias ordinárias, estou de acordo porque a questão depende de prova principalmente pericial.

VOTO

O SENHOR MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Não vamos cercear o pretenso direito que a parte tem de reexaminar essa matéria pelas vias ordinárias.

Estou de inteiro acordo com o Sr. Ministro-Relator.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 13.334 — DF — (91.0015566-7) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Gomes de Barros. Recte.: Distrito Federal. Recdo.: Cairbar Rinaldi de Oliveira. Advs.: Leny Pereira da Silva e Joaquim Flávio Spindula.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu provimento para não conhecer da segurança e remeter a Impetrante às vias ordinárias (1ª Turma — 20/11/91).

Participaram do julgamento os Exmos. Ministros Garcia Vieira e Demócrito Reinaldo.

Impedido o Exmo. Ministro Pedro Acioli.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.

♦

RECURSO ESPECIAL Nº 13.360 — RJ
(Registro nº 91.0015658-2)

Relator: *O Sr. Ministro Garcia Vieira*

Recorrente: *Moinho Fluminense S/A — Indústrias Gerais*

Recorrida: *Light Serviços de Eletricidade S/A*

Advogados: *Drs. Pedro Cordeiro Teichholz e outros, e Cristiana Macedo de A. Reis*

EMENTA: TARIFA DE ENERGIA ELÉTRICA — MAJORAÇÃO — MANDADO DE SEGURANÇA — DECADÊNCIA AFASTADA.

Os atos impugnados que determinaram aumentos das tarifas de energia elétrica são considerados de trato sucessivo, não se podendo falar em decadência.

Reconhecida a ilegalidade da cobrança de tarifa de energia elétrica com base nas Portarias nºs 038/86 e 045/86, tendo em vista o congelamento dos valores impostos pelo art. 36 do Decreto-lei nº 2.283/86 e art. 35 do Decreto-lei nº 2.284/86.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 02 de outubro de 1991 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro GARCIA VIEIRA, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: MOINHO FLUMINENSE S/A INDÚSTRIAS GERAIS impetrou mandado de segurança contra ato do Diretor da Light, sustentando a ilegalidade da cobrança de tarifa de energia elétrica com base nas Portarias nºs 038/86 e 045/86, tendo em vista o congelamento dos valores impostos pelo art. 36 do Decreto-lei nº 2.283/86 e art. 35 do Decreto-lei nº 2.284/86.

Processado regularmente o feito, a segurança foi denegada, uma vez decorridos mais de 120 dias do ato impugnado (fls. 111/113).

Apreciando o recurso interposto, o E. Tribunal Regional Federal da 2ª Região negou provimento ao apelo, em acórdão assim ementado:

> "MANDADO DE SEGURANÇA — TARIFA DE ENERGIA ELÉTRICA — MAJORAÇÃO.
>
> I — Decadência de direito reconhecido em sentença e confirmado na 2ª Instância.
>
> II — Apelação desprovida."

Inconformada, a impetrante interpôs recurso especial com fundamento no art. 105, letras *a* e *c*, da CF, sustentando violação aos Decretos-leis 2.283 e 2.284, de 1986, e ao art. 1º da Lei 1.533/51, bem como divergência jurisprudencial.

Aduz a impetrante, em síntese, que ilegalidade pode ser suscitada em ação mandamental a qualquer momento, posto que a constrição é continuada e se renova mês a mês.

Indica divergência com acórdãos do extinto TFR e do E. TRF da 2ª Região e requer o provimento do recurso (fls. 154/171).

Oferecidas contra-razões (fls. 182/188) subiram os autos a este C. Tribunal em razão do provimento do agravo de instrumento em apenso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente. Os atos impugnados, Portarias do DNAEE nºs 038/86 e 045/86 que determinaram aumentos das tarifas de energia elétrica, são considerados de trato sucessivo, não se podendo falar em decadência (TFR-AMS nº 118.101-RN, de 13/02/89).

No mérito, a nosso ver, merece provimento o recurso.

O Decreto-lei nº 2.283, de 27 de fevereiro de 1986, publicado no dia 28 do mesmo mês e ano, em seu artigo 36 congelou todos os preços nos níveis de 27 de fevereiro de 1986, a partir desta data.

Ora, a Portaria 038, de 27/02/86, só foi publicada no dia 28/02/86 (doc. de fls. 39/41) e, como só entrou em vigor na data de sua publicação (item IV — fls. 41), não produziu nenhum efeito, não aumentou as tarifas de energia elétrica, por ter esbarrado na proibição, já em vigor, do artigo 36 do Decreto-lei nº 2.283/86, que congelou todos os preços, inclusive os das tarifas de energia elétrica, nos níveis de 27 de fevereiro de 1986.

Embora a Portaria 038 e o Decreto-lei nº 2.283/86 tenham sido publicados no mesmo dia, a primeira só aumentaria o preço das tarifas a partir de sua publicação (28/02/86) e o último congelou todos os preços a partir de 27/02/86. É lógico que uma portaria não pode revogar um decreto-lei.

Estabeleceu o artigo 36 do Decreto-lei nº 2.283/86 que:

> "Todos os preços, inclusive aluguéis residenciais, são expressos em cruzados, e ficam, a partir desta data congelados nos níveis do dia 27 de fevereiro de 1986, admitida a revisão setorial e temporária pelos órgãos federais competentes, em função da estabilidade da nova moeda ou de fenômenos conjunturais"

Se todos os preços foram congelados a níveis de 27 de fevereiro de 1986, não poderia o próprio Poder Executivo, por simples portaria, no dia seguinte (28/02/86), rever o preço das tarifas de energia elétrica, mesmo porque seria absurdo afirmar que apenas um dia depois de congelados todos os preços, já tivesse ocorrido a estabilidade de nova moeda ou fenômenos conjunturais.

A autoridade coatora, para baixar a Portaria nº 038/86, não invocou nenhuma destas hipóteses.

A aludida Portaria nº 038/86 nasceu morta porque, evidentemente, não poderia prevalecer frente ao disposto no artigo 36 do Decreto-lei nº 2.283/86, e mesmo que ela tivesse sobrevivido à edição desta norma legal, teria ela sido revogada pelo Decreto-lei nº 2.284/86.

Com a entrada em vigor do Decreto-lei nº 2.284, de 10 de março de 1986, e revogação de todas as disposições em contrário, se a Portaria nº 038/86 não tivesse nascido morta, seria revogada pelo Decreto-lei nº 2.284/86 (artigo 44). Com este decreto-lei desapareceram quaisquer dúvidas que ainda pudessem existir, porque pelo seu artigo 35, *caput*, ficaram congelados todos os preços nos níveis de 27 de fevereiro de 1986, e a Portaria nº 038/86 só aumentaria as tarifas de energia elétrica a partir de 28/02/86, data de sua publicação.

Ora, se o próprio legislador, no Decreto-lei nº 2.284/86, determinou, expressamente, que todos os preços ficaram congelados nos níveis de 27 de fevereiro de 1986, nenhum efeito chegou a produzir a referida Portaria nº 038/86 que, se não tivesse nascido morta, teria sido revogada pelo Decreto-lei nº 2.284/86.

A Portaria nº 045, de 04/03/86, contraria, frontalmente, o disposto no artigo 35 do Decreto-lei nº 2.284/86, que congelou todos os preços a níveis de 27 de fevereiro de 1986 e só autorizou a suspensão ou revisão do congelamento por ato do Executivo, **em função da estabilidade da nova moeda ou de fenômeno conjuntural**.

Se o Decreto-lei nº 2.284 foi publicado em 10 de março de 1986, congelando todos os preços nos níveis de 27 de fevereiro de 1986, sem fazer qualquer ressalva para as tarifas de energia elétrica e revogou todas as demais disposições em contrário (artigo 44), é lógico que, se referida portaria tivesse chegado produzir algum efeito, teria sido revogada, e os preços, inclusive das tarifas de energia elétrica, só podem ser a níveis de 27 de fevereiro de 1986.

Se o Decreto-lei nº 2.284 entrou em vigor no dia 12 de março de 1986 (data de sua publicação), atingiu, em cheio, a Portaria nº 045/86, publicada no dia 05/03/86, revogando-a.

Aliás a Portaria nº 045/86 também nasceu morta porque, evidentemente, não poderia prevalecer frente aos dispostos no artigo 36 do Decreto-lei nº 2.283/86, só revogado pelo Decreto-lei nº 2.284/86.

Como poderia o Governo, apenas uma semana depois de congelar todos os preços, justificar a alteração das tarifas de energia elétrica, se não havia ainda, em tão curto espaço de tempo, ocorrido a estabilidade da nova moeda ou qualquer fenômeno conjuntural capaz de justificar tal alteração?

Se o Governo impôs ao povo o congelamento de todos os preços, não seria justo que ele próprio viesse descongelar as tarifas por ele cobradas e abrisse o precedente, tão pouco tempo depois.

Se o legislador, através do Decreto-lei nº 2.283/86, congelou todos os preços a níveis de 27 de fevereiro de 1986, e se com o Decreto-lei nº 2.284/86, referido congelamento foi ratificado, não se pode ter dúvidas a respeito. A conclusão intuitiva é a de que todos os preços ficaram congelados nos níveis de 27 de fevereiro de 1986 e as malsinadas Portarias nºs 038 e 045, se não tivessem nascido mortas, teria sido revogadas.

Nada justificava a edição das aludidas portarias porque é inadmissível a idéia de que, apenas um dia ou uma semana depois de congelados todos os preços, já tivesse ocorrido a estabilidade do cruzado ou qualquer fenômeno conjuntural capaz de justificar a suspensão ou revisão do tabelamento de preços.

Neste sentido os precedentes desta Colenda Corte no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 6.511, DJ de 04/03/91, REsp nº 1.764-SC.

Dou provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 13.360 — RJ — (91.0015658-2) — Rel.: O Sr. Ministro Garcia Vieira. Recte.: Moinho Fluminense S/A — Indústrias Gerais. Recda.: Light Serviços de Eletricidade S/A. Advs.: Drs. Pedro Cordeiro Teichholz e outros, Cristiana Macedo de A. Reis.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso. (1ª Turma: 02.10.91)

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Demócrito Reinaldo, Gomes de Barros e Pedro Acioli.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.

♦

RECURSO ESPECIAL Nº 13.564 — MG
(Registro nº 91.0016232-9)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro*

Recorrente: *Tarcísio Furtado de Mendonça*

Recorrido: *Ministério Público do Estado de Minas Gerais*

Advogados: *Drs. Silvio Roberto Campos e outros*

EMENTA: REsp — CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE — CÔNJUGE — SEPARAÇÃO — A circunstância agravante — crime cometido contra cônjuge — recrudesce a reprovabilidade ao agente; além do ilícito jurídico, trai o dever de fidelidade resultante da vida em comum. Rompida, desaparece a obrigação de assistência e respeito mútuo. Cessa a solidariedade decorrente da existência *more uxorio*. Irrelevante persistir o vínculo matrimonial. O objeto de proteção é a convivência, não é o casamento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nessa parte, lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 22 de outubro de 1991 (data do julgamento).

Ministro CARLOS THIBAU, Presidente. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (Relator): Recurso Especial interposto por Tarcísio Furtado de Mendonça nos autos da Apelação Criminal, inconformado com o v. acórdão da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

O Recorrente, com base no disposto no art. 105, III, da Constituição Federal, argúi negativa de vigência de lei federal e divergência jurisprudencial (fls. 82/84).

O Recorrente pretende seja reconhecida a atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea *d*, do Código de Processo Penal, e excluída a agravante — reconhecida pelo Conselho de Sentença e mantida pelo v. acórdão — do art. 65, inciso II, alínea *e*, do mesmo diploma legal.

O Conselho de Sentença decidiu que o ora Recorrente "praticou o delito de homicídio simples, com a agravante do art. 61, II, *e*, da Lei

Substantiva Penal", que teve sua pena fixada pela sentença em 8 anos e 6 meses de reclusão (fls. 45/47).

O v. acórdão, rejeitando a preliminar de nulidade, negou provimento ao recurso, confirmando a r. decisão de primeiro grau (fls. 74/80).

O Recorrente, quanto à alínea *a*, sustenta:

> "Pois bem, se assim estava separado judicialmente o casal, ausentes estavam no caso vertente os pressupostos da exasperação da pena, como pretende o v. acórdão, negando vigência à Lei Federal. Assim a interpretação de ter o ora Recorrente cometido o crime contra cônjuge, afasta a vigência ao art. 3º da Lei Federal nº 6.515/77. Por outro tanto, embora o réu tenha espontaneamente confessado — fase policial, judicial e, inclusive em plenário — a autoria e materialidade do delito, diga-se de passagem, com riqueza de detalhes, o v. acórdão, *data venia*, ignorou os ditames do art. 65, III, *d*, do Código Penal, pois que não lhe reconheceu a atenuante correspondente. Negou também à Lei Federal" (fls. 83/84).

Relativamente à alínea *c* sustenta:

> "Note-se, *data venia*, que embora os autos nos informem às fls. 204 que o Recorrente estava separado judicialmente da vítima quando dos fatos, porém, não obstante divergência jurisprudencial, foi reconhecida em seu desfavor a agravante de crime contra cônjuge" (fls. 83).

Parecer do Ministério Público Federal, subscrito pela ilustre Procuradora da República, Dra. Áurea Maria Etelvina Nogueira Lustosa Pierre, opinando "pelo parcial conhecimento do Recurso, no que tange à alínea *a* do inciso III do art. 105, da Constituição Federal, para exclusão da agravante" (fls. 98/102).

O r. despacho do ilustre Primeiro Vice-Presidente do Tribunal de origem admitiu o Recurso Especial, com fundamento na alínea *a*, no que diz respeito ao reconhecimento da agravante do art. 61, II, letra *e*, do Código Penal (fls. 04/05).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (Relator): O Recorrente, além de postular a exclusão da agravante de crime contra cônjuge, acrescenta em suas razões de recorrer:

"Por outro lado, embora o réu tenha espontaneamente confessado — fase policial, judicial e, inclusive em plenário — a autoria e materialidade do delito, diga-se de passagem, com riqueza de detalhes, o v. acórdão, *data venia*, ignorou os ditames do artigo 65, III, *d*, do Código Penal, pois que não lhe reconheceu a atenuante correspondente. Negou também à lei federal". (fls. 84)

O v. acórdão enfrentou a primeira matéria. Silenciou, todavia, relativamente à segunda.

O ilustre Relator, Des. Guido de Andrade, motivou:

"No que se refere à agravante do art. 61, II, *e* — reconhecida pelo Conselho — não vejo, *data venia*, como excluí-la, na hipótese dos autos, muito embora já estivesse o casal separado judicialmente.

Como bem observou o ilustrado Procurador, Américo Caixeta Santana, no seu parecer de fls. 280/283, tinha o réu, *in casu*, a separação como inconsistente, "tanto que estava ali para reconciliar".

"Sob sua análise — prossegue o parecerista — estava à sua frente a sua esposa ou pelo menos assim considerada por ele. E o que se avalia para a aplicação da norma aqui é o *animus* do réu para com a vítima".

Quanto à exasperação da pena — pretendida pela Dra. Promotora de Justiça, também recorrente — não a tenho como aconselhável.

Fundamentou o MM. Juiz, satisfatoriamente, a pena-base — o quanto basta para a sua manutenção.

Depois, um crime de lesões corporais, praticado pelo réu no ano de 1955, não lhe pode inculcar pelo resto da vida o estigma de "má antecedência".

Confirmando, pois, a r. decisão de primeiro grau, nego provimento aos recursos". (fls. 78/79)

O douto Desembargador José Arthur disse:

"No mérito, a decisão merece ser confirmada. O réu abateu, sem chance de defesa, sua ex-mulher, que não desejava a reconciliação do casal. Direito que não se pode opor contestação sob o aspecto legal e muito menos por tiros de armas de fogo, em região escapular da vítima, vale dizer, pelas costas.

Quanto ao recurso do Ministério Público, parece-me não ter ele fomento de justiça.

A reprimenta não foi tão pequena, considerando que o réu desejava reconciliar-se com a vítima". (fls. 79/80)

No Recurso Especial prossegue-se o debate das questões enfrentadas no Tribunal de origem e devolvidas ao Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido fala-se em prequestionamento.

O v. acórdão não decidiu quanto à atenuante reclamada.

O tema, em conseqüência, torna-se inviável na instância especial.

Não conheço do recurso quanto a essa matéria.

Relativamente à agravante (CP, art. 61, II, *e*), conheço por ambos os fundamentos. No tocante ao dissídio de jurisprudência, embora repelido no r. despacho de fls 4/5, consagrou-se que a admissão do recurso por um fundamento implica aceitação pelos demais. Aliás, a Súmula 528 do STF enuncia:

> "Se a decisão contiver partes autônomas, a admissão parcial, pelo Presidente do Tribunal *a quo*, de recurso extraordinário que, sobre qualquer delas se manifestar, não limitará a apreciação de todos pelo Supremo Tribunal Federal, independentemente de interposição de agravo de instrumento".

Dispõe o art. 61, II, *e*, do Código Penal, constituir agravante o crime cometido contra cônjuge.

A doutrina penal, de algum tempo para cá, vem conferindo atenção para o significado desse agravante.

O Direito é organismo vivo. Não se restringe a uma congérie de normas. Ao contrário é reflexo da própria vida, projetada na cultura.

O conceito de família, com a mutação das concepções sociais, sofreu vigoroso impacto. Antes se dizia que a família decorria do casamento. Assim dispunha a Constituição de 1967 (art. 175). Hoje, a Carta Magna, acompanhando a realidade dos fatos, mudou a redação, restringindo-se a dizer que ela é a base da sociedade. E, pela primeira vez, uma *Lex Mater* brasileira comanda: "Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento" (art. 226, § 3º).

Na tese de doutoramento, na UnB — O conceito de cônjuge no Código Penal Brasileiro — examinei a evolução do tema do ponto de vista jurídico, moral e sociológico. De início, intransigência com o concubinato. A pouco e pouco, há assimilação e tolerância cada vez maior da sociedade.

No meu voto na Ação Penal nº 07-AL, outrossim, lancei estas considerações:

"Certa vez, no trabalho — Conceito do Cônjuge no Código Penal — elaborei pesquisa em nossa jurisprudência. No Tribunal de Justiça de São Paulo, quando a companheira, operada a separação do concubino, retornava ao estado de penúria, como à época em que iniciara a vida em comum, ia aos tribunais para solicitar a parte que lhe cabia, conforme a participação na formação do patrimônio, aquele Egrégio Tribunal, em 1942, dizia, argüindo o art. 2º do então Código de Processo Civil, que para propor ação era necessário o legítimo interesse econômico ou moral, afirmava que o concubinato, naquela quadra histórica, era fato imoral, conseqüentemente, julgava a autora carecedora da ação. Liminarmente, era repelida a pretensão.

Pouco a pouco a jurisprudência foi tendo visão diferente. O aspecto mais democrático do direito que se manifesta na infortunística, na previdência social, apesar de o Código Civil continuar o mesmo, passou a dar tratamento diverso. Hoje até súmulas existem, de que nas forças da contribuição para o patrimônio comum, haverá necessidade de a companheira, em homenagem a esse trabalho, receber o equivalente.

Em sendo assim, e considerando ainda que o Direito Penal é constitutivo, originário, não recebe, sem mais, conceitos de outras áreas dogmáticas, tanto assim que o conceito de domicílio é diverso nos Direitos Civil, Eleitoral, Administrativo ou Comercial, tem para cônjuge conceito que não é da pessoa formalmente unida pelos laços do matrimônio. Não é a família civil que o Direito Penal está querendo preservar. Daí o recrudescimento do tratamento, a ampliação da culpabilidade. Ampara a família no sentido sociológico do termo. E, nessa passagem, a doutrina italiana hoje é unânime em afirmar que no conceito de cônjuge se pensa a obrigação moral de quem, sociologicamente, compõe uma família.

Nos idos de 1950 há um acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, em que apreciou recurso de marido condenado por lesões corporais contra a mulher. O Juiz de Primeira Instância havia incluído a agravante de crime cometido contra cônjuge. Demonstrado, entretanto, que separados estavam há vários anos, não obstante não terem tido a preocupação do desquite, como era permitido à época, porque não havia mais o dever de solidariedade, próprio da convivência, a sociedade conjugal não existia, embora o matrimônio se mantivesse juridicamente íntegro. E, por isso, a 2ª instância retirou a circunstância agravante.

Importante, fundamental mesmo, é a convivência, a caracterização de vida de duas pessoas que se unem *more uxorio*, muitas vezes sem possibilidade jurídica de realizar o matrimônio."

O Parecer do Ministério Público é rico em informação doutrinária, abonadora da tese.

"TEM RAZÃO, *DATA VENIA*, O RECORRENTE.

Com efeito, a doutrina, com exceção do ilustre **DAMÁSIO E. DE JESUS**, está de inteiro acordo com a tese do Recorrente:

JÚLIO FABBRINI MIRABETE:

"Discute-se também a hipótese em que os cônjuges estão separados por ocasião do crime, entendendo alguns que incide a agravante. Deve prevalecer, porém, o sentido teleológico da lei, que reserva a agravante quando necessária a relação de fidelidade, proteção e apoio mútuo, fundamento da exacerbação da pena. Ausentes entre os cônjuges separados o afeto e a estima não se justifica a agravante quando se trata de cônjuge desquitado ou mesmo separado de fato". (Manual de Direito Penal, volume 1, 2ª Edição, 1985, Editora Atlas, pág. 290).

CELSO DELMANTO:

"Também é circunstância agravante ter o agente praticado o crime doloso contra: 4. Cônjuge. Marido ou mulher, durante a constância do casamento." (Código Penal Comentado, Edição Freitas Bastos, 1986, pág. 95).

ALBERTO SILVA FRANCO:

"Ensina Jorge Severiano, citado por Luiz Vicente Cernicchiaro que o legislador, quando criou esta circunstância agravadora da pena, não foi para que fosse entendida de modo absoluto, mas relativo. E, neste caso, a agravação da pena não pode decorrer e não se justifica apenas porque o vínculo existia. É preciso a prova de sua existência de fato. Com a agravante pretendeu-se dar especial tutela à sociedade conjugal e esta, por repousar no *animus* do casal, acima de tudo, exige a vontade de vida em comum. O elemento subjetivo é predominante. Ora, contrastaria com sua finalidade, a majoração de pena, se a infração penal for cometida depois de desfeita a vida em comum, pois nesta hipótese nada mais resta a preservar."

"A agravante prevista no artigo 61, *e*, mantida no novo Código, não se aplica quando a sociedade conjugal está dissolvida pelo desquite, pois desaparece em tal caso o fundamento da exacerbação da pena."

"A agravante do artigo 61, *e*, do atual Código Penal, não se aplica no caso de já se achar a vítima desquitada do acusado." (Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª Edição, 1987, pág. 182).

RIBEIRO PONTES:

"Quanto ao cônjuge, é necessário que a vida em comum exista ao tempo da prática do crime." (Código Penal Brasileiro Comentado, Biblioteca jurídica Freitas Bastos, 9ª Edição, 1978, pág. 86).

DAMÁSIO E. DE JESUS:

"Quanto à circunstância referente a ter sido o crime cometido contra "cônjuge" entendemos que ela persiste ainda quando tenha havido separação judicial, pois que ela não retira a qualidade pessoal. Em caso de divórcio, porém, rompendo-se o vínculo conjugal, desaparece a agravante." (Comentários ao Código Penal, 2º volume, Editora Saraiva, 2ª tiragem, 1985, pág. 622)." (fls. 86/88).

A sensibilidade é sentida também na literatura estrangeira.

CARLO PATERNITI ("La famiglia nel Diritto Penale", Milano, 1970, Giuffrè) depois de registrar que a jurisprudência admite a concubina como pessoa da família (pág. 136), redige estas palavras:

"La dottrina, invece, ritiene che la concubina diventi soggetto passivo del delitto di cui all'art. 572 quando, per una particolare situazione di fatto, essa si trovi sottoposta all'autorità del'agente (44). Premessa, per questa affermazione, è la diversificazione delle ipotesi in cui si dà il delitto di maltrattamenti: questo, in fondo, è il significato del richiamo alla situazione di fatto (45).

Ma questa maniera frazionata di vedere l'art. 572 è, a sua volta, frutto di apriorismo interpretativo. Perchè ci si rifiuta di vedere la base comune alle varie ipotesi." (pág. 136).

Com efeito, bem registra o Professor da Universidade de Catânia, a divergência ainda existente resulta de apriorismo interpretativo, partindo da separação do que não deve ser distinto.

A propósito, invoque-se ainda o art. 572 do Código Penal da Itália, *verbis*:

"Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli. — Chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo precedente, maltratta una persona della famiglia, o un minori degli anni quattordici, o una

persona sottoposta alla sua autorità, o a lui affidata per ragione di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, o per l'esercizio di una professione o di un'arte, è punito con la reclusione da uno a cinque anni."

A jurisprudência italiana não vacila:

"È famiglia non solo un conzorzio di persone avvinte da vincoli di parentela naturale o civile, ma anche un'unione di persone fra le quali, per intime relazioni e consuetudini di vita, siano sorti legami di reciproca assistenza e protezioni (legame, nella specie, concubinato) (Cass. Sez. II, 16 giugno 1959, P.M. c. Sorrentino, Riv. it. dir. e proc. pen. 1960, 577, nota PISAPIA; Sez. VI, 18 dicembre 1970, Imbesi, Giust. pen. 1971, II, 833, m. 1187)."

"Perció il reato è configurabile anche nei confronti della concubina, ad opera dell'uomo che con lei conviva *more uxorio* (Cass. Sez. II, 26 giugno 1961, Marchese, Cass. pen. Mass. ann. 1962, 19, m. 28; Sez. III, 21 febbraio 1964, Torregrossa, Giust. pen. 1964, II, 671, m. 872).

Il delitto può essere commesso in danno di figli non legittimi e non riconosciuti (Cass. 28 settembre 1944, Finocchiaro, Riv. pen. 1945, 201; 13 luglio 1932, Longo, Giust. pen. 1933, II, 659, m. 110." (Codice penale, Varese, 1976, Mori, pág. 797).

A jurisprudência brasileira bate na mesma tecla.

"Circunstância agravante — Violência contra cônjuge — Casal separado "de fato" — "Estando o casal separado, embora "de fato", deixa de existir o laço íntimo entre as partes envolvidas, capaz de aperfeiçoar a majoração da pena, mesmo que persistam parte dos efeitos legais do casamento" (TACRIM-SP — AC — Rel. Ribeiro dos Santos — BMJ 66/18).

Ensina Jorge Severiano, citado por Luiz Vicente Cernicchiaro ("Cônjuge — Circunstância agravante" *in* Ciência Penal, vol. II/68, 1974) que o legislador "quando criou essa circunstância agravadora da pena, não foi para que se a entendesse de modo absoluto, mas relativo. E, neste caso, a agravação não pode decorrer e não se justifica apenas porque o vínculo matrimonial existia. É preciso a prova de sua existência de fato". Com a agravante, pretendeu-se dar especial tutela à sociedade conjugal, e esta, "por repousar no *animus* do casal, acima de tudo, exige a vontade de vida em comum. O elemento sujetivo é predominante". "Ora, "contrastaria com sua finalidade, a majoração de pena,

se a infração penal for cometida depois de desfeita a vida em comum", pois nesta hipótese, "nada mais resta a preservar" (ob. cit., p. 73)". (TACRIM-SP — AC 266.223 — Voto vencedor: Silva Franco).

"Havendo separação de fato, vivendo o casal em desarmonia ou em hostilidade, ausentes entre os cônjuges o afeto e a estima, não se justifica a agravação da pena com apoio no art. 44, II, *f*, do CP (atual art. 61, II, *e*)" (TACRIM-SP — HC — Rel. Rocha Lima — RT 565/322 e JUTACRIM 72/251)." (Código Penal e sua interpretação jurisprudencial. Alberto Silva Franco, São Paulo, Rev. Trib., 1990, pág. 315).

Dou provimento para excluir a majoração a título da agravante de crime cometido contra cônjuge.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 13.564 — MG — (91.0016232-9) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro. Recorrente: Tarcísio Furtado de Mendonça. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Advogados: Drs. Silvio Roberto Campos e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do recurso e, nessa parte, lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. (6ª Turma — 22.10.91)

Votaram os Srs. Ministros José Dantas (convocado para compor *quorum*) e Carlos Thibau. Ausente, por motivo de férias, o Sr. Ministro José Cândido. Ausentes, por motivo justificado, os Srs. Ministros Washington Bolívar e Costa Leite.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro CARLOS THIBAU.

♦

RECURSO ESPECIAL Nº 13.649 — SP
(Registro nº 91.0016463-1)

Relator: *Ministro Eduardo Ribeiro*

Recorrente: *Universidade de São Paulo*

Recorrido: *Click Moda Escolar Bauru Ltda.*

Advogados: *Drs. Maria Tereza Dutra Carrijo e outros, Fábio Nório Shinomia e outro*

EMENTA: Competência — Autarquia estadual.

A competência em razão do território é fixada na lei federal. Cabe ao legislador estadual distribuí-la entre os diversos juízos da mesma circunscrição. Assim, poderá determinar que, na comarca da Capital, as autarquias estaduais respondam perante Vara da Fazenda. Não, entretanto, que naquela hajam de ser propostas todas as ações em que figurem como parte, se, de acordo com as leis de processo, a competência deva atribuir-se a juízos sediados em outras circunscrições.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial pela alínea *c*, mas lhe negar provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasíllia, 28 de outubro de 1991 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente. Ministro EDUARDO RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Universidade de São Paulo, em processo em que litiga com Click Moda Escolar Bauru Ltda., agravou de instrumento, visando a reformar decisão que não reconheceu houvesse de ser demandada em uma das Varas da Fazenda da Capital.

Confirmada a decisão, valeu-se a agravante do recurso especial. Sustentou divergência jurisprudencial e contrariedade do art. 100, IV, *a*, do CPC.

Recurso admitido e processado.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Competência — Autarquia estadual.

A competência em razão do território é fixada na lei federal. Cabe ao legislador estadual distribuí-la entre os diversos juízos da mesma circunscrição. Assim, poderá determinar que, na comarca da Capital, as autarquias estaduais respondam perante Vara da Fazenda. Não, entretanto, que naquela hajam de ser propostas todas as ações em que figurem como parte, se, de acordo com as leis de processo, a competência deva atribuir-se a juízos sediados em outras circunscrições.

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: O recurso merece ser conhecido em virtude da divergência jurisprudencial, bem demonstrada em relação ao acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cuja cópia se juntou aos autos. Com efeito, aquele julgado entendeu só podem ser ajuizadas na Capital, faltando competência "em caráter absoluto aos juízes sediados nas demais comarcas do Estado, salvo no que tange às execuções ajuizadas pelo Fisco Estadual". O aresto recorrido, ao contrário, deixou afirmado:

> "Ora, a autarquia estadual não goza de foro privilegiado ou especial, com força atrativa de ações regularmente ajuizadas perante outros juízos do Estado. Tem apenas juízo privativo para as causas de seu interesse que devam correr na comarca da capital, onde está domiciliada".

Com a devida vênia, correta a doutrina a que se filiou a decisão impugnada. Cabe à lei federal dispor quanto à competência em função do território. As leis locais poderão distribuí-la entre diversos juízos da mesma circunscrição. Deste modo, lícito ao Código Judiciário do Estado estabelecer que, na capital, competentes as Varas da Fazenda para as causas em que sejam partes autarquias estaduais. Não lhe é dado, entretanto, determinar que todas as ações, em que aquelas figurem, hajam de ser ajuizadas na Capital, contrariando o que se encontra nas leis de processo.

Afastando-se a possibilidade de incidência de lei local, firma-se a competência da comarca em que proposta a demanda, em vista de consignar o acórdão que aquele o local de pagamento (CPC art. 100, IV, *d*).

Conheço do recurso mas nego-lhe provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 13.649 — SP — (91.0016463-1) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Recte.: Universidade de São Paulo. Recdo.: Click

Moda Escolar Bauru Ltda. Advs.: Maria Tereza Dutra Carrijo e outros, Fábio Norio Shinomia e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial pela alínea *c*, mas negou-lhe provimento. (3ª Turma — 28/10/91).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Dias Trindade, Cláudio Santos e Nilson Naves.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Waldemar Zveiter.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.

♦

RECURSO ESPECIAL Nº 13.651 — SP
(Registro nº 91.0016465-8)

Relator: *Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Recorrentes: *Beatriz Stella Prado de Moura Andrade e outros*

Recorrido: *Eduardo Célio Manzi Mangano*

Advogados: *Drs. José de Castro Bigi e outros e Valmir Nogueira e outros*

EMENTA: Identidade física do juiz — Juiz auxiliar designado para outra Vara.

A designação de juiz auxiliar ou substituto, para ter exercício em outra Vara, consoante facultado pela lei de organização judiciária, equipara-se à transferência, fazendo cessar a vinculação.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial pela alínea *c*, mas lhe negar provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 29 de outubro de 1991 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente. Ministro EDUARDO RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: EDUARDO CÉLIO MANZI MANGANO ajuizou ação de cobrança de honorários contra BEATRIZ STELLA PRADO DE MOURA ANDRADE e outros. Ação julgada procedente.

Apelaram as partes. Os réus pediram a anulação da sentença, com base em que vulnerado o princípio da identidade física do juiz. Recursos parcialmente providos.

No especial, em que fora convertido o extraordinário, os réus, ora recorrentes, reafirmaram a nulidade da sentença, indicando como violado o art. 132 do CPC e alegando dissídio.

O especial foi admitido, pela letra *c* do permissivo constitucional.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Identidade física do juiz — Juiz auxiliar designado para outra Vara.

A designação de juiz auxiliar ou substituto, para ter exercício em outra Vara, consoante facultado pela lei de organização judiciária, equipara-se à transferência, fazendo cessar a vinculação.

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Está a questão em saber se o juiz auxiliar, designado para outra Vara, permanece vinculado ao julgamento dos feitos, cuja instrução em audiência houver presidido. A questão é controvertida e do dissenso dá notícia ATHOS CARNEIRO (Audiência de Instrução e Julgamento — Forense — 3ª ed. — p. 31/33).

O artigo 132 do Código de Processo Civil estabelece o princípio da identidade física do juiz, mas ressalva as hipóteses em que ocorra transferência, promoção ou aposentadoria. Cumpre verificar se o caso em exame deve ter-se como compreendido pela transferência, já que os dois outros não há cogitar.

Saliente-se, de início, que, embora a Exposição de Motivos tenha feito referência às dificuldades, decorrentes de promoção para comarca distante, não estabeleceu distinções. Não se há de analisar, em face de

cada caso concreto, se existem empeços mais ou menos graves a que oficie o mesmo juiz. Verificando-se uma das hipóteses previstas na lei, cessa a vinculação, não havendo perquirir se o juiz passou a ter exercício em Vara que funciona em local próximo ou longínquo, ou mesmo se permaneceu na mesma comarca. Justifica-se que assim seja. Recomenda-se, em tais questões, procurar estabelecer regras que não ensejem dúvidas maiores, capazes de causar sérios embaraços ao serviço judiciário. Ademais, em uma mesma comarca, os juízes estão, muitas vezes, situados em lugares distintos, e as Varas têm pautas próprias, obviamente conflitantes quanto aos respectivos horários, sendo difícil, para o magistrado, presidir audiência em mais de uma.

Observo, ainda, que há de ser recebida com reservas a afirmação de que a regra é a observância da identidade física e que as exceções devem ser interpretadas sem ampliações. Na verdade, a regra é o juiz exercer jurisdição na Vara de que é titular ou para a qual se encontra designado.

Feitas essas anotações preliminares, adianto a afirmação de que se há de ter como compreendida na transferência, fazendo cessar a vinculação, a designação de juiz para Vara distinta daquela em que praticou os atos, aptos em princípio para determiná-la. Os motivos são os mesmos, inexistindo qualquer razão para tratamento distinto. Afastado do exercício da Vara igualmente o é o juiz transferido e o designado para outra. Idênticos os inconvenientes da vinculação. Assim não se entendendo, será mesmo possível que se apresentem as dificuldades referidas na já citada Exposição de Motivos. Consoante as normas de organização judiciária, viável que em juiz substituto seja designado para comarca distante daquela em que vinha exercendo seu mister. Como não se trata de transferência, permaneceria a vinculação. Entretanto, esta desaparece se o juiz substituto é promovido e passa a oficiar em sala contígua. Dada mesmo a maior mobilidade do substituto, que pode ser designado, ora para um, ora para outro local, é que mais se impõe a desvinculação.

Menciona-se, nos autos, a existência de Provimento da Justiça paulista, estabelecendo que os juízes auxiliares continuarão competentes para o julgamento dos feitos cíveis conclusos para a sentença, ainda que passando a ter exercício em outra Vara. A regra não se choca com os princípios aqui expostos. Não se exclui — dependendo das leis locais — que juiz substituto, ou equivalente, possa ter exercício em mais de uma Vara. Designado para outra, manteria o exercício, com competência limitada aos processos que já lhe tivessem sido conclusos para sentença. Dessa hipótese, entretanto, não cuidou o acórdão. Ademais, envolveria interpretação de normas estaduais, não viabilizando o especial.

Em vista do exposto, conheço do recurso, por ter como presente o dissídio, mas nego-lhe provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 13.651 — SP — (91.0016465-8) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Rectes.: Beatriz Stella Prado de Moura Andrade e outros. Recdo.: Eduardo Celio Manzi Mangano. Advs.: José de Castro Gibi e outros, Valmir Nogueira e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial pela alínea *c*, mas negou-lhe provimento. (3ª Turma — 29/10/91).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Dias Trindade, Waldemar Zveiter, Cláudio Santos e Nilson Naves.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.

♦

RECURSO ESPECIAL Nº 13.851 — SP

(Registro nº 91.0017293-6)

Relator: *Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro*

Recorrente: *R. A. Alimentação Ltda.*

Recorrida: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Drs. Marcos Ferreira da Silva e outro (Recte.) e Adelmo Fioranelli Júnior e outros (Recda.)*

EMENTA: Processual Civil. Prova. Julgamento antecipado da lide. CPC, arts. 330 e 331.

I — Se o Juiz dispensou a prova e julgou antecipadamente a lide, reconhecendo a pretensão da autora, não podia o acórdão do Tribunal inverter aquela decisão em favor da outra parte, ao fundamento de ausência de prova. O que lhe cumpria era cassar a decisão e mandar que se abrisse a dilação probatória, para elucidação dos fatos alegados pelas partes. Dissídio pretoriano configurado.

II — Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 23 de outubro de 1991 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: R. A. ALIMENTAÇÃO LTDA. propôs ação de repetição de ICM, referente a operações de fornecimento de alimentação e bebidas em seu estabelecimento, em período anterior à Lei nº 5.886/87. Aduziu que tais operações ocorreram sob a vigência da Lei nº 440/74, com a redação dada pela Lei nº 2.252/79, que não definiu base de cálculo específica para o fornecimento de alimentação, bebida e outras mercadorias pelos bares, restaurantes, hotéis e similares.

A sentença, entendendo tratar-se de matéria exclusivamente de direito, fundada em fatos incontroversos, com apoio no artigo 330, I, do CPC, julgou antecipadamente a lide, concluindo pela procedência da ação, e remeteu os autos ao Egrégio Tribunal *a quo*.

Houve, também, apelação da Fazenda.

Apreciando a causa, aquela Corte deu provimento aos recursos, invertendo os ônus da sucumbência. Após transcrever a cláusula 2ª do ato constitutivo da autora, que define o seu objeto social, aduziu (fls. 275):

> "Verifica-se da relação acima que a autora não é apenas estabelecida no ramo bar e restaurante, tendo atividades das mais diversas; esse fato não foi referido na sentença que se limitou a acolher o demonstrativo apresentado pela autora que poderia ser

não só do restaurante e bar, como de qualquer outra de suas atividades previstas no contrato social.

Ora, entende a maioria desta Câmara que o ICM é devido pelos bares e restaurantes; e com muito mais razão esse imposto é devido quando a atividade da autora é tão diversificada.

Nas suas contra-razões (item 13) argumenta que o pedido de repetição de indébito refere-se tão-somente a atividade indicada no Código 68.000 — restaurante, pizzaria e churrascaria; mas o próprio laudo emprestado, elaborado na ação análoga movida pelo Restaurante do Aeroporto S/A, dos mesmos sócios-diretores da autora, com entendimento favorável à mesma, não é suficiente para convencer do acerto da sentença apelada.

O imposto recolhido era devido, como são devidos os de todos os restaurantes, bares e congêneres; há imposto e que foi acertadamente recolhido".

Em decorrência, a autora opôs dois embargos de declaração (fls. 280-308 e fls. 331-354). No primeiro, após apontar várias omissões em que incidiu a decisão embargada, aduziu ensejarem elas contrariedade ou negativa de vigência dos §§ 1º e 2º do art. 515 e do art. 516, todos do CPC. Assinalou que a ré silenciou-se totalmente quando aos fatos narrados na contestação, cingindo-se a levantar preliminar, e que, na sua resposta à apelação, protestou, inclusive, pela produção de prova pericial, se necessária, tendo o acórdão, decidindo, como o fez, contrariado aos arts. 330, I, c/c artigos 130, 131, 319 e 334, II, e 302, todos do CPC. Pediu fossem esclarecidas tais questões. Aduziu ter havido subversão do sistema processual através de omissão no acórdão embargado, impondo-se o seu pronunciamento sobre as normas do CPC, inclusive a do seu artigo 302. Sustentou a necessidade do duplo grau de jurisdição. Insistiu em que o decisório fundamentasse rigorosamente a parte dispositiva, sob pena de nulidade, invocando a esse respeito os artigos 165, 458, II e III, do CPC. Menciona, quanto à parte meritória, aspectos atinentes ao Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 113.330-2. Esses embargos, foram rejeitados (fls. 324-327). Nos outros embargos, procurou a embargante aclarar, sob todos os ângulos, aspectos atinentes à questão jurídica meritória, objetivando o prequestionamento da matéria, para fins de interposição de recurso especial. Tais embargos, também, foram rejeitados (fls. 392-397).

A seguir, interpôs a vencida o presente recurso especial, com apoio nas letras *a* e *c* do permissivo constitucional (fls. 449-494). Em longa petição, após resumir os aspectos da causa, alega negativa de vigência a

preceitos prequestionados nos declaratórios e dissídio pretoriano quanto à sua interpretação.

Contra-arrazoado (fls. 539-544), o recurso foi admitido (folhas 554 e 557), subindo os respectivos autos a esta Corte, onde me vieram distribuídos.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Processual Civil. Prova. Julgamento antecipado da lide. CPC, arts. 330 e 331.

I — Se o Juiz dispensou a prova e julgou antecipadamente a lide, reconhecendo a pretensão da autora, não podia o acórdão do Tribunal inverter aquela decisão em favor da outra parte, ao fundamento de ausência de prova. O que lhe cumpria era cassar a decisão e mandar que se abrisse a dilação probatória, para elucidação dos fatos alegados pelas partes. Dissídio pretoriano configurado.

II — Recurso especial conhecido e provido.

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Dentre as diversas questões suscitadas neste recurso, todas elas de significativa relevância, afigura-se-me que apenas uma delas é suficiente para o seu acolhimento. Alega a recorrente ter ocorrido dissídio entre os arestos recorridos e o decidido pelo Supremo Tribunal Federal no RE 106.070-SP, publicado na RTJ 119/1.235, do qual foi Relator o insigne Ministro CARLOS MADEIRA. O citado paradigma está assim ementado:

"Processual Civil. Prova. Julgamento antecipado da lide.

Se o Juiz dispensou a prova e julgou antecipadamente a lide, reconhecendo a pretensão da autora, não podia tal decisão ser invertida em favor da outra parte ao fundamento de ausência de prova. Cabia, sim, cassar a decisão e mandar que se abrisse a dilação probatória, para elucidação dos fatos alegados pelas partes.

Recurso conhecido e provido".

No seu douto voto, após transcrever o art. 330, I, do CPC, argumentou:

"Se o Juiz dispensou a prova e julgou antecipadamente a lide, reconhecendo a pretensão da autora, não podia a segunda instância, ao deparar a falta de prova, cassar a decisão e dar ganho de causa à parte contrária. Havia prova dos fatos, que não foi feita, e que poderia sustentar a decisão de primeiro grau, ou poderia mesmo infirmá-la. Mas não havia como concluir por incorreto o convencimento do Juiz, desprezando a prova.

Se a questão é nimiamente de fato, sendo relevante no deslinde da causa, poder-se-ia recusar a solução dada pelo Juiz por falta de prova, mas não inverter o resultado, dando ganho de causa à parte contrária, exatamente por falta de prova. O acórdão caminhou, assim, pelo mesmo atalho de onde veio a sentença: ambos decidiram sobre questão de fato, dispensando a prova".

Conforme se depreende as questões versadas nos arestos malsinados e no acórdão colacionado são as mesmas, justificando o conhecimento do recurso e, no mérito, o seu provimento, por serem convincentes os argumentos consubstanciados no trecho do voto supratranscrito.

De fato, no caso, os autos revelam que, se faltou prova, isso não se deveu à incúria da autora em produzi-la: deveu-se, sim, ao açodamento pelo qual a decisão de primeiro grau foi prolatada.

Em conclusão, pois, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para que anulados a sentença e o acórdão, sejam devolvidos os autos ao Juízo de origem, a fim de se cumprirem as formalidades previstas nos arts. 331 e seguintes do CPC.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 13.851 — SP — (91.0017293-6) — Relator: Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Recorrente: R. A. Alimentação Ltda. Recorrida: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogados: Dr. Marcos Ferreira da Silva e outro (Recte.) e Dr. Adelmo Fioranelli Júnior e outros (Recda.).

Decisão: A Segunda Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 23.10.91).

Os Senhores Ministros José de Jesus, Hélio Mosimann e Américo Luz votaram como Relator. Ausente, justificadamente o Sr. Ministro Peçanha Martins. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.

RECURSO ESPECIAL Nº 14.410 — RJ

(Registro nº 91.0018296-6)

Relator: *O Sr. Ministro Garcia Vieira*

Recorrente: *Bayer do Brasil S/A*

Recorridas: *União Federal*

Advogados: *Drs. Jorge Neves de Oliveira e outros*

EMENTA: ICMS — EXIGIBILIDADE ANTECIPADA — CONVÊNIO Nº 66/88.

Não editada a Lei Complementar necessária à instituição do ICM prevalecem as disposições contidas no Decreto-lei nº 406/68, recepcionadas pela vigente Constituição Federal.

Os Estados e o Distrito Federal, mediante convênios, só poderão fixar normas para regular provisoriamente a matéria nas lacunas existentes e sobre os dispositivos da lei complementar não recepcionados.

Não prevalece, portanto, a exigência do recolhimento do ICM por ocasião do desembaraço aduaneiro introduzido pelo Convênio nº 66/88.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Exmo. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 13 de novembro de 1991 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro GARCIA VIEIRA, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Trata-se de mandado de segurança impetrado por BAYER DO BRASIL S/A, objetivando obter o desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas sem o cumprimento da Instrução Normativa SRF nº 54/81 que impõe a comprovação do pagamento do ICM por ocasião da sua liberação.

Processado regularmente o feito, a segurança foi concedida (fls. 49/60) restando reformada a sentença pelo E. Tribunal Regional da 2ª Região, em acórdão assim ementado:

"TRIBUTÁRIO. EXIBILIDADE ANTECIPADA DO ICMS. IMPORTAÇÃO POSTERIOR AO CONVÊNIO ICM 66/88.

Por força do artigo 34, § 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a instituição e a cobrança do ICMS não são mais reguladas pelo DL 406/68, e sim por Convênio celebrado pelos Estados e o Distrito Federal, até que a própria União o faça por Lei Complementar.

Celebrado o Convênio em questão, e promulgada pelo Estado do Rio de Janeiro a Lei nº 1.423, de 27.01.89, com base nele, fixando como fato gerador do imposto o recebimento, pelo importador, da mercadoria importada, assim considerado o despacho aduaneiro, é nessa oportunidade que ele é devido, e não mais na entrada do estabelecimento.

Agravo Regimental provido. Decisão reformada".

Inconformada, a impetrante interpôs recurso especial com apoio na alínea *a* do inciso III do art. 105 da CF, sustentando violação ao item II do art. 1º do Decreto-lei nº 406/68 e à Súmula 577 do STF que prevêem como fato gerador do ICMS na importação de mercadorias do exterior o momento de sua entrada no estabelecimento do importador.

Alega, ainda, que somente à Lei Complementar cabe definir o fato gerador, base de cálculo e contribuição do imposto, não tendo o § 8º do art. 34 do ADCT concedido permissão aos Estados e Distrito Federal para fazê-lo através de convênio (fls. 85/88).

Indeferido o processamento do recurso (fls. 95) subiram os autos a esta C. Corte em razão do provimento do agravo de instrumento (apenso).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente. Constitui fato gerador do ICM a entrada em estabelecimento comercial, industrial ou produtor, de mercadoria importada do exterior pelo titular do estabelecimento (Dec.-Lei Federal nº 406/68, artigo 1º, item II, Decreto-Lei Estadual nº 05 de março de 1975, artigo 4º, item II e Súmula nº 577 do STF). Como se vê, a incidência do ICM é sobre a entrada da mercadoria no estabelecimento comercial do importador e não como preceitua a malsinada Instrução Normativa nº 54/81 (doc. de fls. 12). A questão era completamente pacífica no TFR (REO nº 144.821-RJ, AMS nº 108.963-RJ e AMS nº 107.323-RJ (docs. de fls. 18/22) e no Colendo Supremo Tribunal Federal (Súmula nº 577).

Com invocação ao artigo 34, § 8º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, foram editados o Convênio ICM 66/88 e a Lei Estadual nº 1.423, de 27 de janeiro de 1989. Dispõe o primeiro, no artigo 2º, item I, que "Ocorre o fato gerador do imposto:

> I — Na entrada no estabelecimento destinatário ou no recebimento pelo importador de mercadoria ou bem, importados do exterior."

Da mesma forma, o artigo 2º, item V, da citada Lei nº 1.423/89, diz que:

> "O fato gerador do imposto ocorre:
>
> .....
>
> V — No recebimento pelo importador de mercadoria ou bem importados do exterior."

Estes dispositivos encontram, de fato, suporte no citado artigo 34, § 8º, do ADCT, e nas disposições permanentes da Constituição? Entendo que não. Se ainda não foi editada a Lei Complementar necessária à instituição do ICM e se já existe o Decreto-Lei 406/68 (verdadeira lei complementar), que foi recepcionada pela vigente Constituição Federal, os Estados e o Distrito Federal, mediante convênio, só poderão fixar normas para regular provisoriamente a matéria nas lacunas existentes e sobre os dispositivos da lei complementar não recepcionados. Neste sentido Ives Gandra Martins, no seu Sistema Tributário na Constituição de 1988, ed. 1989, pág. 288.

> "Na falta de lei complementar editada para a instituição do ICMS no prazo de sessenta dias contados da promulgação da constituinte, as disposições transitórias autorizam os Estados a fixar normas para regular provisoriamente a matéria. Tal auto-

rização, à evidência, só pode versar sobre as lacunas existentes e sobre os dispositivos da lei complementar anterior não recepcionados. Entretanto, o dispositivo entusiasmou de tal forma os senhores Secretários da Fazenda dos Estados que eles produziram um convênio inconstitucional (66/86), com características de confuso regulamento. Não há nele nem estrutura, nem perfil de lei complementar.

Pelo fato de ter sido regidido por autênticos "regulamenteiros" — na feliz expressão de Alcides Jorge Costa — e não por legisladores, o Convênio 66/86 é voltado exclusivamente para a arrecadação, sendo lacunoso sobre os demais aspectos de real política tributária, que seria necessário plasmar no sistema nacional — sem falar no vício de inconstitucionalidade de que poderia, em alguns dispositivos, revogar a lei complementar recepcionada."

O citado artigo 34, § 8º, do ADCT, não conferiu aos estados o poder de definir o fato gerador do ICM, através de Convênio ou lei estadual ordinária porque, nos termos claros do artigo 146, item III, letra *a*, da Constituição Federal de 88, isto só pode ser feito através de Lei Complementar. Como o ICM deve atender aos princípios constitucionais previstos no artigo 155, § 2º, item XII, letras *a*, *d* e *g*, da CF, só podendo por Lei Complementar ser definidos os seus contribuintes, fixados os locais das operações relativas à circulação de mercadorias e das prestações de serviços e regulada a forma de isenções, incentivos e benefícios fiscais concedidos ou revogados, não podem prevalecer o citado Convênio 66/88 e a Lei Ordinária Estadual nº 1.423/89. Da matéria privativa de Lei Complementar não pode haver delegação aos Estados, porque isto, além de não encontrar apoio no citado artigo 34, § 8º, do ADCT, encontra intransponível obstáculo nas suas disposições permanentes e a Lei Complementar nº 24, de 07 de janeiro de 1975 só conferiu aos Estados o poder de dispor sobre isenções e não sobre fato gerador. A Egrégia Segunda Turma, à unanimidade, no REsp nº 7.582-RJ, DJ de 27.05.91, entendeu que:

"Não prevalece, diante do que preceitua o art. 1º, do DL 406/68, diploma legal recepcionado pela atual Constituição Federal, a exigência do recolhimento do tributo em questão por ocasião do desembaraço aduaneiro, introduzida pelo Convênio aludido."

O Convênio referido na ementa é o 66/88.

O MM. Juiz Federal Carreira Alvim, em sua bem lançada sentença de fls. 49/60, examinou muito bem a questão e dela destaco o seguinte trecho, com o qual estou inteiramente de acordo:

"Com a promulgação da nova Carta Política, supõe a autoridade impetrada que o ADCT teria, através do disposto no § 8º do art. 34, desestabilizado a Súmula nº 577 do Pretório Excelso, derrogando também o disposto no art. 1º, item II, do Decreto-lei nº 406/88.

Assim, porém, não é, pois o retrocitado decreto-lei foi **recepcionado** pela Constituição vigente, que acolhendo o direito anterior, de natureza infraconstitucional, incorporou-o ao ordenamento jurídico pós-constitucional.

A **teoria da recepção** permite exatamente resolver, em bases sólidas, a questão da aplicabilidade das normas jurídicas no tempo, como decorrência natural da Constituição superveniente. Havendo congruência entre o direito pré-constitucional e os preceitos da nova ordem jurídica constituída, a sua subsistência é garantida pela recepção, que intervém em favor da **continuidade do ordenamento jurídico**.

Neste sentido tem decidido o Colendo Supremo Tribunal Federal, assentando que a Constituição, por si só, não prejudica a vigência das leis anteriores não conflitantes com o texto constitucional (RTJ, vol. 71/289-293), bem assim, que permanece válida e eficaz a lei ordinária anterior à Constituição, não contrastante com os seus princípios e normas, ou com o seu espírito (RTJ, vol. 77/657-659).

Se, entre a norma jurídica (complementar, ordinária, etc.) anterior e as normas constitucionais subseqüentes, a compatibilidade é apenas **parcial**, o princípio receptivo permite a introdução do direito pré-constitucional no novo universo jurídico apenas no que houver congruência, operando a derrogação da parte colidente com os preceitos supralegais. Possível, portanto, falar-se em recepção total e recepção parcial, conforme tenha sido acolhido *in totum* ou apenas em parte o preceito recepcionado. Se a colidência for total haverá ab-rogação.

Esse princípio foi alçado a mandamento pelo art. 34, § 5º, do ADCT, *verbis*:

> "Art. 34 .....
>
> § 5º — Vigente o novo sistema tributário nacional, fica assegurada a **aplicação da legislação anterior** no que não seja incompatível com ele e com a legislação referida nos §§ 3º e 4º."

In casu, o item II do art. 1º do Decreto-lei nº 406/68 foi integralmente recepcionado pela novel Constituição.

Portanto, é impossível reconhecer suporte constitucional para que as leis ordinárias dos Estados e do Distrito Federal, disponham — como, *v.g.*, dispuseram as Leis estaduais do Rio de Janeiro e do Espírito Santo — que o fato gerador do ICM ocorre no recebimento pelo importador de mercadoria ou bem importados do exterior (art. 2º, V da Lei nº 1.423/89 e art. 2º, I, da Lei nº 4.217/89, respectivamente).

O Convênio ICM-66/88, suposta base legal das leis estaduais, adotou como fato gerador o "recebimento pelo importador de mercadoria ou bem importados do exterior" (art. 2º, I), definição esta que não se contém no âmbito do Decreto-lei nº 406/68 (art. 1º, II, **pós-recepcionado**), pelo que vejo esse instrumento administrativo, nessa parte, como um mero repositório de sugestões ao Poder Legislativo do Estado, para efeito de adoção de mandamentos uniformes em todas as leis de ICMS de todas as Unidades conveniadas, **caso venha** a hipótese a ser contemplada, como tal, pela lei complementar a ser editada.

Valeu, realmente, como intenção, porque, em nível jurídico-constitucional, não dispõe o convênio administrativo de força coercitiva para vincular o contribuinte, fora das hipóteses previstas na Lei Complementar nº 24/74 e do disposto no Decreto-lei nº 406/68.

Carece, igualmente, de embasamento jurídico-constitucional qualquer pretensão dos Estados de exigir o "pagamento antecipado do imposto", como **sugere** o Convênio ICM-66/88 no seu art. 2º, § 3º, pois semelhante disposição choca-se com os preceitos do Decreto-lei nº 406/68 e afronta o art. 155, § 2º, IX, *a*, da atual Constituição, impeditivo do pagamento coercitivo do ICMS antes do nascimento do próprio fato gerador. Nos termos do art. 5º, II, da CF "Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

É dentro deste contexto que subsiste o Decreto-lei nº 406/68, até que lei complementar subseqüente venha a dispor sobre o tema (art. 146, III, da CF/88)."

Por ter sido flagrantemente violado o artigo 1º, item II, do Decreto-lei 406/88, contrariada a jurisprudência do TFR e a Súmula nº 577 do STF, conheço do recurso pelas letras *a* e *c* e dou-lhe provimento para restabelecer a magistral sentença do culto julgador monocrático.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 14.410 — RJ — (91.0018296-6) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira. Recte.: Bayer do Brasil S/A Recdo.: União Federal. Advs.: Jorge Neves de Oliveira e outros.

A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Exmo. Ministro-Relator. (1ª Turma — 13/11/91).

Participaram do julgamento os Exmos. Ministros Gomes de Barros e Pedro Acioli.

Ausente, justificadamente, o Exmo. Ministro Demócrito Reinaldo.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

I — JURISPRUDÊNCIA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO

AgRg no Ag	6.328-PA	Rel. Min. Fontes de Alencar	RSTJ 27/17
AgRg no Ag	8.226-PR	Rel. Min. Cláudio Santos	RSTJ 27/20
AgRg no Ag	9.206-RS	Rel. Min. Cláudio Santos	RSTJ 27/29
AgRg no Ag	11.580-MG	Rel. Min. José de Jesus Filho	RSTJ 27/39
AgRg no Ag	13.769-RJ	Rel. Min. José de Jesus Filho	RSTJ 27/44

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

CC	1.478-RJ	Rel. Min. Pedro Acioli	RSTJ 27/49
CC	1.870-SP	Rel. Min. Barros Monteiro	RSTJ 27/52
CC	1.885-PR	Rel. Min. Carlos Thibau	RSTJ 27/55
CC	2.096-RN	Rel. Min. Carlos Thibau	RSTJ 27/58
CC	2.203-SP	Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro	RSTJ 27/60

HABEAS CORPUS E RECURSOS

HC	567-SE	Rel. Min. José Cândido	RSTJ 27/67
RHC	655-PB	Rel. Min. Edson Vidigal	RSTJ 27/72
RHC	787-SP	Rel. Min. Costa Lima	RSTJ 27/74
RHC	835-PE	Rel. Min. Flaquer Scartezzini	RSTJ 27/78
RHC	932-RJ	Rel. Min. Costa Lima	RSTJ 27/82
RHC	1.206-SP	Rel. Min. William Patterson	RSTJ 27/86
RHC	1.207-SP	Rel. Min. Assis Toledo	RSTJ 27/90
RHC	1.227-PR	Rel. Min. José Dantas	RSTJ 27/96
RHC	1.236-RJ	Rel. Min. José Dantas	RSTJ 27/101
RHC	1.274-MT	Rel. Min. Flaquer Scartezzini	RSTJ 27/104
RHC	1.313-RJ	Rel. Min. Flaquer Scartezzini	RSTJ 27/112

RHC	1.321-SP	Rel. Min. José Cândido	RSTJ 27/114
RHC	1.441-ES	Rel. Min. Costa Leite	RSTJ 27/118
RHC	1.466-DF	Rel. Min. Costa Leite	RSTJ 27/121
RHC	1.526-RJ	Rel. Min. Vicente Cernicchiaro	RSTJ 27/123
RHC	1.552-SP	Rel. Min. Vicente Cernicchiaro	RSTJ 27/129

MANDADO DE SEGURANÇA E RECURSOS

RMS	106-PR	Rel. Min. Geraldo Sobral	RSTJ 27/135
RMS	202-PA	Rel. Min. Hélio Mosimann	RSTJ 27/140
RMS	272-SP	Rel. Min. Peçanha Martins	RSTJ 27/145
RMS	406-SP	Rel. Min. Peçanha Martins	RSTJ 27/150
RMS	437-BA	Rel. Min. Demócrito Reinaldo	RSTJ 27/154
MS	444-DF	Rel. Min. Pedro Acioli	RSTJ 27/158
RMS	452-CE	Rel. Min. Bueno de Souza	RSTJ 27/169
RMS	453-CE	Rel. Min. Gomes de Barros	RSTJ 27/172
RMS	505-RJ	Rel. Min. Geraldo Sobral	RSTJ 27/177
RMS	664-RN	Rel. Min. Américo Luz	RSTJ 27/184
RMS	667-RJ	Rel. Min. Hélio Mosimann	RSTJ 27/204
MS	713-DF	Rel. Min. Demócrito Reinaldo	RSTJ 27/207
RMS	775-SP	Rel. Min. José de Jesus Filho	RSTJ 27/212
RMS	830-ES	Rel. Min. Bueno de Souza	RSTJ 27/218
RMS	907-MT	Rel. Min. Hélio Mosimann	RSTJ 27/230
RMS	941-SC	Rel. Min. Gomes de Barros	RSTJ 27/234
RMS	961-GO	Rel. Min. Américo Luz	RSTJ 27/238
RMS	1.039-SP	Rel. Min. Peçanha Martins	RSTJ 27/241

RECURSO ESPECIAL

REsp	40-SP	Rel. Min. Bueno de Souza	RSTJ 27/247
REsp	1.400-RJ	Rel. Min. Waldemar Zveiter	RSTJ 27/263
REsp	1.604-SP	Rel. Min. Athos Carneiro	RSTJ 27/267
REsp	2.081-SP	Rel. Min. William Patterson	RSTJ 27/279
REsp	2.654-SP	Rel. Min. Pedro Acioli	RSTJ 27/284
REsp	3.229-RJ	Rel. Min. Cláudio Santos	RSTJ 27/288
REsp	3.804-RJ	Rel. Min. Edson Vidigal	RSTJ 27/295
REsp	3.941-SP	Rel. Min. Waldemar Zveiter	RSTJ 27/297
REsp	4.312-PR	Rel. Min. Edson Vidigal	RSTJ 27/300
REsp	4.589-PE	Rel. Min. Athos Carneiro	RSTJ 27/303
REsp	4.819-RJ	Rel. Min. Waldemar Zveiter	RSTJ 27/313
REsp	4.856-SP	Rel. Min. Fontes de Alencar	RSTJ 27/318
REsp	5.210-SP	Rel. Min. Sálvio de Figueiro	RSTJ 27/322
REsp	5.267-SP	Rel. Min. Costa Lima	RSTJ 27/326
REsp	5.333-SP	Rel. Min. Nilson Naves	RSTJ 27/329
REsp	6.057-SP	Rel. Min. Geraldo Sobral	RSTJ 27/334

REsp	6.315-RJ	Rel. Min. Sálvio de Figueiredo	RSTJ 27/337
REsp	6.528-RJ	Rel. Min. Nilson Naves	RSTJ 27/342
REsp	6.863-RJ	Rel. Min. Barros Monteiro	RSTJ 27/351
REsp	6.903-PR	Rel. Min. José Dantas	RSTJ 27/357
REsp	6.997-SP	Rel. Min. Barros Monteiro	RSTJ 27/363
REsp	7.297-RS	Rel. Min. Nilson Naves	RSTJ 27/366
REsp	7.631-RJ	Rel. Min. Sálvio de Figueiredo	RSTJ 27/383
REsp	7.731-SP	Rel. Min. Athos Carneiro	RSTJ 27/391
REsp	8.914-RO	Rel. Min. William Patterson	RSTJ 27/397
REsp	9.158-SP	Rel. Min. Assis Toledo	RSTJ 27/401
REsp	9.492-SP	Rel. Min. Dias Trindade	RSTJ 27/409
REsp	10.121-RJ	Rel. Min. Fontes de Alencar	RSTJ 27/413
REsp	10.257-SP	Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro	RSTJ 27/419
REsp	10.457-AM	Rel. Min. Eduardo Ribeiro	RSTJ 27/421
REsp	10.560-GO	Rel. Min. Assis Toledo	RSTJ 27/424
REsp	10.745-DF	Rel. Min. Dias Trindade	RSTJ 27/429
REsp	10.900-PE	Rel. Min. Américo Luz	RSTJ 27/432
REsp	11.118-RJ	Rel. Min. Carlos Thibau	RSTJ 27/436
REsp	11.867-SP	Rel. Min. José Cândido	RSTJ 27/451
REsp	11.891-PE	Rel. Min. Costa Leite	RSTJ 27/454
REsp	11.908-SC	Rel. Min. Garcia Vieira	RSTJ 27/456
REsp	12.237-SP	Rel. Min. Dias Trindade	RSTJ 27/462
REsp	12.851-RJ	Rel. Min. Demócrito Reinaldo	RSTJ 27/467
REsp	13.334-DF	Rel. Min. Gomes de Barros	RSTJ 27/470
REsp	13.360-RJ	Rel. Min. Garcia Vieira	RSTJ 27/480
REsp	13.564-MG	Rel. Min. Vicente Cernicchiaro	RSTJ 27/484
REsp	13.649-SP	Rel. Min. Eduardo Ribeiro	RSTJ 27/493
REsp	13.651-SP	Rel. Min. Eduardo Ribeiro	RSTJ 27/496
REsp	13.851-SP	Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro	RSTJ 27/499
REsp	14.410-RJ	Rel. Min. Garcia Vieira	RSTJ 27/504

ÍNDICE ANALÍTICO

A

Cv Ação de consignação em pagamento. Locação não residencial. Lei nº 6.649/79, art. 4º. REsp 4.856-SP. RSTJ 27/318.

PrCv Ação consignatória. Competência. Lugar do pagamento. CC 1.870-SP. RSTJ 27/52.

PrCv Ação de cumprimento de acordo coletivo. Execução de sentença da Justiça do Estado de São Paulo. Competência. CC 2.203-SP. RSTJ 27/60.

PrCv Ação de despejo. Mandado de segurança. Ato judicial. RMS 452-CE. RSTJ 27/169.

Cv Ação de despejo. Retomada. Locação residencial. Lei nº 6.649/79, art. 5º, X. REsp 1.400-RJ. RSTJ 27/263.

PrCv Ação de indenização. Seguro. Citação. IRB. REsp 10.457-AM. RSTJ 27/421.

PrCv Ação de investigação de paternidade. Ministério Público. Legitimidade para recorrer. REsp 5.333-SP. RSTJ 27/329.

PrPn Ação Penal. Trancamento. Falta de justa causa. RHC 1.441-ES. RSTJ 27/118.

PrCv Ação possessória. Manutenção de posse. Petição inicial. Individualização do imóvel. AgRg no Ag 8.226-PR. RSTJ 27/20.

PrCv Ação de reparação de dano. Competência. Transporte aéreo. Acidente. REsp 6.863-RJ. RSTJ 27/351.

PrCv Ação rescisória. Correção monetária. Crédito trabalhista habilitado em falência. REsp 40-SP. RSTJ 27/247.

PrCv Acidente. Transporte aéreo. Ação de reparação de dano. Competência. REsp 6.863-RJ. RSTJ 27/351.

Cv Acidente ferroviário. Dano moral e dano patrimonial. Cumulação. Indenização. REsp 3.229-RJ. RSTJ 27/288.

PrCv Acidente do trabalho. Liquidação de sentença. Indenização. Diferença. REsp 10.257-SP. RSTJ 27/419.

PrCv Acórdão não motivado. Nulidade. Multa. CPC, art. 538, parágrafo único. Embargos de declaração. Loteamento clandestino. REsp 13.334-DF. RSTJ 27/470.

Cm Adiantamento. Pedido de restituição. Concordata preventiva. Contrato de câmbio. REsp 7.731-SP. RSTJ 27/391.

PrPn Agravante. Crime cometido contra cônjuge. Separação. REsp 13.564-MG. RSTJ 27/484.

PrCv Agravo regimental. Incompetência relativa. Preclusão. AgRg no Ag 6.328-PA. RSTJ 27/17.

Trbt Alíquota zero. Isenção. Redução. ICM. REsp 11.908-SC. RSTJ 27/456.

PrPn Ameaça de prisão. Depositário infiel. *Habeas corpus* preventivo. HC 567-SE. RSTJ 27/67.

PrCv Ampliação. Penhora. Intimação. Execução. REsp 5.210-SP. RSTJ 27/322.

Ct Anistia. Militar. Promoções. ADCT, art. 8º. MS 444-DF. RSTJ 27158.

PrCv Antecipação de despesas. Perícia. Desentranhamento dos laudos. Coação. REsp 9.492-SP. RSTJ 27/409.

Ct Apelação. Júri. Recurso especial. Pressuposto geral. Interesse de agir. REsp 10.560-GO. RSTJ 27/424.

PrPn Apelação. Júri. Valoração da prova. REsp 6.903-PR. RSTJ 27/357.

PrPn Apelação em liberdade. Primariedade. Bons antecedentes. CPP, art. 594. RHC 1.313-RJ. RSTJ 27/112.

Adm Aposentadoria. Gratificação de função. Incorporação. RMS 106-PR. RSTJ 27/135.

Pv Aposentadoria. Indenização. Parcelas em atraso. Correção monetária. Juros. REsp 6.057-SP. RSTJ 27/334.

PrPn Argüição de nulidade. Prova. Ratificação de depoimento. Vítima menor. REsp 4.312-PR. RSTJ 27/300.

Adm Ascensão ao cargo de Delegado. Detetives-inspetores. Concurso público. Mandado de segurança. RMS 667-RJ. RSTJ 27/204.

Adm Ascensão funcional. Curso de preparação de delegado de polícia civil. Edital não admitindo denunciados em processo criminal. Mandado de segurança. RMS 453-CE. RSTJ 27/172.

Adm Ato administrativo. Efeitos. Mandado de segurança. RMS 775-SP. RSTJ 27/212.

Adm Ato administrativo. Mandado de segurança. Provas. RMS 202-PA. RSTJ 27/140.

Ct Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 8º. Militar. Anistia. Promoções. MS 444-DF. RSTJ 27/158.

Adm Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 19, § 2º. Cargo em comissão. Estabilidade pretendida. RMS 406-SP. RSTJ 27/150.

Ct Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 19. Estabilidade excepcional. Função temporária. RMS 907-MT. RSTJ 27/230.

Ct Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 19. Estabilidade excepcional. Procurador jurídico. RMS 664-RN. RSTJ 27/184.

Ct Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 47, § 38. Despacho. Petição inicial. Prazo. Decadência. REsp 10.121-RJ. RSTJ 27/413.

PrCv Ato judicial. Mandado de segurança. Ação de despejo. RMS 452-CE. RSTJ 27/169.

PrCv Ato judicial. Mandado de segurança. Liminar. RMS 830-ES. RSTJ 27/218.

Trbt Ato Normativo 135-SF de Goiás. ICMS. Cobrança antecipada. RMS 961-GO. RSTJ 27/238.

Cv Atropelamento por composição ferroviária. Responsabilidade civil. Indenização. Danos materiais e danos morais. Cumulação. REsp 1.604-SP. RSTJ 27/267.

PrPn Ausência de fundamentação. Decreto de prisão preventiva. Revogação. RHC 835-PE. RSTJ 27/78.

PrCv Ausência de prequestionamento. Recurso especial. Falta de menção ao dispositivo cuja vigência teria sido negada. REsp 12.851-RJ. RSTJ 27/467.

PrCv Autarquia estadual. Competência. CPC, art. 100, IV, *a*. REsp 13.649-SP. RSTJ 27/493.

B

PrCv Benefícios previdenciários. Competência. Justiça Estadual. CC 1.478-RJ. RSTJ 27/49.

PrPn Bons antecedentes. Primariedade. Apelação em liberdade. CPP, art. 594. RHC 1.313-RJ. RSTJ 27/112.

PrPn Busca e apreensão. Polícia militar. Inquérito policial. RHC 1.236-RJ. RSTJ 27/101.

C

Adm Cargo em comissão. Estabilidade pretendida. ADCT, art. 19, § 2º. RMS 406-SP. RSTJ 27/150.

Adm Casa própria. Débito. Quitação pelo seguro. Súmula 05-STJ. Súmula 454-STF. AgRg no Ag 13.769-RJ. RSTJ 27/44.

Pn Causas interruptivas. Prescrição. Lei de imprensa. REsp 9.158-SP. RSTJ 27/401.

PrCv Citação. IRB. Seguro. Ação de indenização. REsp 10.457-AM. RSTJ 27/421.

PrPn Citação editalícia. Revelia. Nulidade. RHC 1.227-PR. RSTJ 27/96.

PrCv Coação. Desentranhamento dos laudos. Perícia. Antecipação de despesas. REsp 9.492-SP. RSTJ 27/409.

Trbt Cobrança antecipada. ICMS. Ato Normativo 135-SF de Goiás. RMS 961-GO. RSTJ 27/238.

Pn Código Penal, art. 180. Receptação. Descaminho. RHC 1.206-SP. RSTJ 27/86.

PrCv Código de Processo Civil, art. 100, IV, *a*. Competência. Autarquia estadual. REsp 13.649-SP. RSTJ 27/493.

PrCv Código de Processo Civil, art. 132. Princípio da identidade física do juiz. Juiz auxiliar ou substituto designado para outra Vara. REsp 13.651-SP. RSTJ 27/496.

PrCv Código de Processo Civil, arts. 330 e 331. Prova. Julgamento antecipado da lide. REsp 13.851-SP. RSTJ 27/499.

PrCv Código de Processo Civil, art. 538, parágrafo único. Multa. Nulidade. Acórdão não motivado. Embargos de declaração. Loteamento clandestino. REsp 13.334-DF. RSTJ 27/470.

PrPn Código de Processo Penal, art. 43. Denúncia. Rejeição. REsp 11.118-RJ. RSTJ 27/436.

PrPn Código de Processo Penal, art. 594. Apelação em liberdade. Primariedade. Bons antecedentes. RHC 1.313-RJ. RSTJ 27/112.

Cv Colação pretendida. Inventário. Partilha em vida. REsp 6.528-RJ. RSTJ 27/342.

PrCv Competência. Ação consignatória. Lugar do pagamento. CC 1.870-SP. RSTJ 27/52.

PrCv Competência. Autarquia estadual. CPC, art. 100, IV, *a*. REsp 13.649-SP. RSTJ 27/493.

PrCv Competência. Benefícios previdenciários. Justiça Estadual. CC 1.478-RJ. RSTJ 27/49.

PrPn Competência. Crimes contra a ordem econômica. Lei nº 8.176/91. CC 2.096-RN. RSTJ 27/58.

PrPn Competência. Execução penal. Pena. Cumprimento em outro Estado. Lei nº 7.210/84, arts. 66, II, *g*, e 86. CC. 1.885-PR. RSTJ 27/55.

PrCv Competência. Execução de sentença a Justiça do Estado de São Paulo. Ação cumprimento de acordo coletivo. CC 2.203-SP. RSTJ 27/60.

Pn Competência. Falsificação de recibos de honorários. Sonegação fiscal. Prescrição. RHC 1.207-SP. RSTJ 27/90.

Ct Competência. Reclamação trabalhista. TRF. Recurso especial. Salário médio real. REsp 10.745-DF. RSTJ 27/429.

PrCv Competência. Transporte aéreo. Acidente. Ação de reparação de dano. REsp 6.863-RJ. RSTJ 27/351.

Cv Compra e venda. Imóvel em construção. Correção monetária. REsp 3.941-SP. RSTJ 27/297.

Ct Comunicação ao Juiz competente, à família do preso ou a pessoa por ele indicada. Prisão. CF, art. 5º, LXII. RHC 1.526-RJ. RSTJ 27/123.

Cm Concordata preventiva. Contrato de câmbio. Adiantamento. Pedido de restituição. REsp 7.731-SP. RSTJ 27/391.

Cv Concubinato. Sociedade de fato. Patrimônio comum. AgRg no Ag 9.206-RS. RSTJ 27/29.

Adm Concurso público. Ascensão ao cargo de Delegado. Detetives-inspetores. Mandado de segurança. RMS 667-RJ. RSTJ 27/204.

Adm Concurso público. Edital. Habilitação após a inscrição. RMS 437-BA. RSTJ 27/154.

Cv Condomínio. Construtora-incorporadora. Despesas parciais. REsp 6.997-SP. RSTJ 27/363.

Pn Confisco. Porte de arma de fogo. Contravenção. REsp 3.804-RJ. RSTJ 27/295.

Adm Consórcio de automóveis. Desistência. Restituição de parcelas pagas. Correção monetária. REsp 7.297-RS. RSTJ 27/366.

Ct Constituição Federal, art. 5º, LXII. Prisão. Comunicação ao Juiz competente, à família do preso ou a pessoa por ele indicada. RHC 1.526-RJ. RSTJ 27/123.

Ct Constituição Federal de 1969, art. 208. Serventuário da Justiça. Efetivação do substituto. EC 22/82. RMS 505-RJ. RSTJ 27/177.

PrPn Constrangimento ilegal. Inquérito policial. Delitos imputados a advogado. RHC 1.274-MT. RSTJ 27/104.

PrPn Constrangimento ilegal não caracterizado. Prisão preventiva. RHC 1.466-DF. RSTJ 27/121.

Cv Construtora-incorporadora. Despesas parciais. Condomínio. REsp 6.997-SP. RSTJ 27/363.

PrCv Contagem. Prazo. Intimação feita no sábado. REsp 10.900-PE. RSTJ 27/432.

Cm Contrato de câmbio. Concordata preventiva. Adiantamento. Pedido de restituição. REsp 7.731-SP. RSTJ 27/391.

Cv Contrato de compra e venda de imóvel. Inadimplemento. Prestações pagas. REsp 6.315-RJ. RSTJ 27/337.

Pn Contravenção. "Jogo do bicho". Decreto-lei nº 6.259/44. REsp 11.867-SP. RSTJ 27/451.

Pn Contravenção. "Jogo do bicho". Prescrição. REsp 5.267-SP. RSTJ 27/326.

Pn Contravenção. Porte de arma de fogo. Confisco. REsp 3.804-RJ. RSTJ 27/295.

Trbt Convênio nº 66/88. Importação. Desembaraço aduaneiro. IN-SRF 54/91. ICM. REsp 14.410-RJ. RSTJ 27/504.

PrCv Correção monetária. Ação rescisória. Crédito trabalhista habilitado em falência. REsp 40-SP. RSTJ 27/247.

Adm Correção monetária. Consórcio de automóveis. Desistência. Restituição de parcelas pagas. REsp 7.297-RS. RSTJ 27/366.

Cv Correção monetária. Imóvel em construção. Compra e venda. REsp 3.941-SP. RSTJ 27/297.

Pv Correção monetária. Juros. Parcelas em atraso. Indenização. Aposentadoria. REsp 6.057-SP. RSTJ 27/334.

PrCv Crédito trabalhista habilitado em falência. Ação rescisória. Correção monetária. REsp 40-SP. RSTJ 27/247.

PrPn Crime cometido contra cônjuge. Agravante. Separação. REsp 13.564-MG. RSTJ 27/484.

PrPn Crimes contra a ordem econômica. Competência. Lei nº 8.176/91. CC 2.096-RN. RSTJ 27/58.

PrPn Cumprimento em outro Estado. Pena. Execução penal. Competência. Lei nº 7.210/84, arts. 66, II, *g*, e 86. CC 1.885-PR. RSTJ 27/55.

Cv Cumulação. Indenização. Dano moral e dano patrimonial. Acidente ferroviário. REsp 3.229-RJ. RSTJ 27/288.

Cv Cumulação. Indenização. Danos materiais e danos morais. Responsabilidade civil. Atropelamento por composição ferroviária. REsp 1.604-SP. RSTJ 27/267.

Adm Curso de preparação de delegado de polícia civil. Ascensão funcional. Edital não admitindo denunciados em processo criminal. Mandado de segurança. RMS 453-CE. RSTJ 27/172.

D

Cv Dano moral e dano patrimonial. Cumulação. Indenização. Acidente ferroviário. REsp 3.229-RJ. RSTJ 27/288.

Cv Danos materiais e danos morais. Cumulação. Indenização. Responsabilidade civil. Atropelamento por composição ferroviária. REsp 1.604-SP. RSTJ 27/267.

Adm Débito. Quitação pelo seguro. Casa própria. Súmula 05-STJ. Súmula 454-STF. AgRg no Ag 13.769-RJ. RSTJ 27/44.

Ct Decadência. Petição inicial. Despacho. prazo. ADCT, art. 47, § 38. REsp 10.121-RJ. RSTJ 27/413.

PrCv Decreto-lei nº 857/69. Execução. Nota promissória emitida fora do Brasil, em moeda estrangeira, para pagamento em cruzeiros. Validade. REsp 4.819-RJ. RSTJ 27/313.

Pn Decreto-lei nº 6.259/44. "Jogo do bicho". Contravenção. REsp 11.867-SP. RSTJ 27/451.

PrPn Decreto de prisão preventiva. Ausência de fundamentação. Revogação. RHC 835-PE. RSTJ 27/78.

PrPn Delitos imputados a advogado. Inquérito policial. Constrangimento ilegal. RHC 1.274-MT. RSTJ 27/104.

PrPn Denúncia. Rejeição. CPP, art. 43. REsp 11.118-RJ. RSTJ 27/436.

PrPn Denúncia apta. Prisão em flagrante. RHC 932-RJ. RSTJ 27/82.

PrCv Denunciação da lide. Mandato em causa própria. Evicção. Responsabilidade. REsp 4.589-PE. RSTJ 27/303.

PrPn Depositário infiel. Ameaça de prisão. *Habeas corpus* preventivo. HC 567-SE. RSTJ 27/67.

Pn Descaminho. Receptação. CP, art. 180. RHC 1.206-SP. RSTJ 27/86.

Trbt Desembaraço aduaneiro. Importação. IN-SRF 54/81. ICM. Convênio nº 66/88. REsp 14.410-RJ. RSTJ 27/504.

PrPn Desistência do depoimento. Testemunha. *Habeas corpus*. RHC 1.552-SP. RSTJ 27/129.

Ct Despacho. Petição inicial. Prazo. Decadência. ADCT, art. 47, § 38. REsp 10.121-RJ. RSTJ 27/413.

Cv Despesas parciais. Construtora-incorporadora. Condomínio. REsp 6.997-SP. RSTJ 27/363.

Adm Detetives-inspetores. Ascensão ao cargo de Delegado. Concurso público. Mandado de segurança. RMS 667-RJ. RSTJ 27/204.

PrCv Diferença. Indenização. Liquidação de sentença. Acidente do trabalho. REsp 10.257-SP. RSTJ 27/419.

Adm Direito inexistente. Escrivão substituto. Efetivação. RMS 941-SC. RSTJ 27/234.

PrCv Direito subjetivo. Liminar. Mandado de segurança. Lei nº 1.533/51, art. 7º, II. RMS 272-SP. RSTJ 27/145.

Ct Dissídio jurisprudencial não demonstrado. Recurso especial. REsp 11.891-PE. RSTJ 27/454.

E

Adm Edital. Concurso público. Habilitação após a inscrição. RMS 437-BA. RSTJ 27/154.

PrPn Edital. Sentença. Intimação. Suposta irregularidade. RHC 1.321-SP. RSTJ 27/114.

Adm Edital não admitindo denunciados em processo criminal. Curso de preparação de delegado de polícia civil. Ascensão funcional. Mandado de segurança. RMS 453-CE. RSTJ 27/172.

Adm Efeitos. Ato administrativo. Mandado de segurança. RMS 775-SP. RSTJ 27/212.

Adm Efetivação. Escrivão substituto. Direito inexistente. RMS 941-SC. RSTJ 27/234.

Ct Efetivação de substituto. Serventuário da Justiça. CF/69, art. 208. EC 22/82. RMS 505-RJ. RSTJ 27/177.

PrCv Embargos de declaração. Acórdão não motivado. Nulidade. Multa. CPC, art. 538, parágrafo único. Loteamento clandestino. REsp 13.334-DF. RSTJ 27/470.

Ct Emenda Constitucional 22/82. CF/69, art. 208. Serventuário da Justiça. Efetivação de substituto. RMS 505-RJ. RSTJ 27/177.

PrCv Erro grosseiro. Recurso especial interposto em mandado de segurança. Súmula 272-STF. RMS 1.039-SP. RSTJ 27/241.

Adm Escrivão substituto. Efetivação. Direito inexistente. RMS 941-SC. RSTJ 27/234.

Ct Estabilidade excepcional. Função temporária. ADCT, art. 19. RMS 907-MT. RSTJ 27/230.

Ct Estabilidade excepcional. Procurador jurídico. ADCT, art. 19. RMS 664-RN. RSTJ 27/184.

Adm Estabilidade pretendida. Cargo em comissão. ADCT, art. 19, § 2º. RMS 406-SP. RSTJ 27/150.

PrCv Evicção. Responsabilidade. Denunciação da lide. Mandato em causa própria. REsp 4.589-PE. RSTJ 27/303.

PrCv Execução. Nota promissória emitida fora do Brasil, em moeda estrangeira, para pagamento em cruzeiros. Validade. Decreto-lei nº 857/69. REsp 4.819-RJ. RSTJ 27/313.

PrCv Execução. Penhora. Ampliação. Intimação. REsp 5.210-SP. RSTJ 27/322.

PrPn Execução penal. Pena. Cumprimento em outro Estado. Competência. Lei nº 7.210/84, arts. 66, II, *g*, e 86. CC 1.885-PR. RSTJ 27/55.

PrCv Execução de sentença da Justiça do Estado de São Paulo. Ação de cumprimento de acordo coletivo. Competência. CC 2.203-SP. RSTJ 27/60.

F

Pn Falsificação de recibos de honorários. Sonegação fiscal. Prescrição. Competência. RHC 1.207-SP. RSTJ 27/90.

PrPn Falta de justa causa. Trancamento. Ação penal. RHC 1.441-ES. RSTJ 27/118.

PrCv Falta de menção ao dispositivo cuja vigência teria sido negada. Recurso especial. Prequestionamento. Ausência. REsp 12.851-RJ. RSTJ 27/467.

Cv Filiação adulterina. Investigação de paternidade. Possibilidade jurídica. REsp 7.631-RJ. RSTJ 27/383.

Trbt Filial. Firma produtora. ICM. AgRg no Ag 11.580-MG. RSTJ 27/39.

Trbt Firma produtora. Filial. ICM. AgRg no Ag 11.580-MG. RSTJ 27/39.

Pn Fixação. Pena-base. Mínimo legal. REsp 8.914-RO. RSTJ 27/397.

Ct Função temporária. Estabilidade excepcional. ADCT, art. 19. RMS 907-MT. RSTJ 27/230.

PrPn Fundamentação. Ausência. Decreto de prisão preventiva. Revogação. RHC 835-PE. RSTJ 27/78.

Pn Furto qualificado. Menor. Prescrição. Comprovação da idade. Pena. Substituição. REsp 2.081-SP. RSTJ 27/279.

G

Adm Gratificação de função. Incorporação. Aposentadoria. RMS 106-PR. RSTJ 27/135.

H

PrPn *Habeas corpus*. Testemunha. Desistência do depoimento. RHC 1.552-SP. RSTJ 27/129.

PrPn *Habeas corpus* preventivo. Depositário infiel. Ameaça de prisão. HC 567-SE. RSTJ 27/67.

Adm Habilitação após a inscrição. Concurso público. Edital. RMS 437-BA. RSTJ 27/154.

PrPn Homicídio qualificado. Prisão preventiva. Revogação incabível. RHC 655-PB. RSTJ 27/72.

I

Cv Imóvel em construção. Compra e venda. Correção monetária. REsp 3.941-SP. RSTJ 27/297.

Adm Imóvel funcional. Opção de compra. Servidores civis de ministérios militares. MS 713-DF. RSTJ 27/207.

Trbt Importação. Desembaraço aduaneiro. IN-SRF 54/81. ICM. Convênio nº 66/88. REsp 14.410-RJ. RSTJ 27/504.

Trbt Imposto sobre Circulação de Mercadorias. Cobrança antecipada. Ato Normativo 135-SF de Goiás. RMS 961-GO. RSTJ 27/238.

Trbt Imposto sobre Circulação de Mercadorias. Firma produtora. Filial. AgRg no Ag 11.580-MG. RSTJ 27/39.

Trbt Imposto sobre Circulação de Mercadorias. Importação. Desembaraço aduaneiro. IN-SRF 54/81. Convênio nº 66/88. REsp 14.410-RJ. RSTJ 27/504.

Trbt Imposto sobre Circulação de Mercadorias. Isenção. Redução. Alíquota zero. REsp 11.908-SC. RSTJ 27/456.

Cv Inadimplemento. Contrato de compra e venda de imóvel. Prestações pagas. REsp 6.315-RJ. RSTJ 27/337.

PrCv Incompetência relativa. Preclusão. Agravo regimental. AgRg no Ag 6.328-PA. RSTJ 27/17.

Adm Incorporação. Gratificação de função. Aposentadoria. RMS 106-PR. RSTJ 27/135.

Pv Indenização. Aposentadoria. Parcelas em atraso. Correção monetária. Juros. REsp 6.057-SP. RSTJ 27/334.

Cv Indenização. Cumulação. Dano moral e dano patrimonial. Acidente ferroviário. REsp 3.229-RJ. RSTJ 27/288.

PrCv Indenização. Diferença. Liquidação de sentença. Acidente do trabalho. REsp 10.257-SP. RSTJ 27/419.

Cv Indenização. Responsabilidade civil. Atropelamento por composição ferroviária. Danos morais e danos materiais. Cumulação. REsp 1.604-SP. RSTJ 27/267.

PrCv Individualização do imóvel. Ação possessória. Manutenção de posse. Petição inicial. AgRg no Ag 8.226-PR. RSTJ 27/20.

PrPn Inquérito policial. Busca e apreensão. Polícia militar. RHC 1.236-RJ. RSTJ 27/101.

PrPn Inquérito policial. Delitos imputados a advogado. Constrangimento ilegal. RHC 1.274-MT. RSTJ 27/104.

PrCv Instituto de Resseguros do Brasil. Citação. Seguro. Ação de indenização. REsp 10.457-AM. RSTJ 27/421.

Trbt Instrução Normativa-SRF 54/81. Importação. Desembaraço aduaneiro. ICM. Convênio nº 66/88. REsp 14.410-RJ. RSTJ 27/504.

Ct Interesse de agir. Pressuposto geral. Recurso especial. Júri. Apelação. REsp 10.560-GO. RSTJ 27/424.

PrCv Intimação. Penhora. Ampliação. Execução. REsp 5.210-SP. RSTJ 27/322.

PrPn Intimação. Sentença. Edital. Suposta irregularidade. RHC 1.321-SP. RSTJ 27/114.

PrCv Intimação feita no sábado. Prazo. Contagem. REsp 10.900-PE. RSTJ 27/432.

Cv Inventário. Partilha em vida. Colação pretendida. REsp 6.528-RJ. RSTJ 27/342.

Cv Investigação de paternidade. Filiação adulterina. Possibilidade jurídica. REsp 7.631-RJ. RSTJ 27/383.

Trbt Isenção. Redução. Alíquota zero. ICM. REsp 11.908-SC. RSTJ 27/456.

J

Pn "Jogo do bicho". Contravenção. Decreto-lei nº 6.259/44. REsp 11.867-SP. RSTJ 27/451.

Pn "Jogo do bicho". Contravenção. Prescrição. REsp 5.267-SP. RSTJ 27/326.

PrCv Juiz auxiliar ou substituto designado para outra Vara. Princípio da identidade física do juiz. CPC, art. 132. REsp 13.651-SP. RSTJ 27/496.

PrCv Julgamento antecipado da lide. Prova. CPC, arts. 330 e 331. REsp 13.851-SP. RSTJ 27/499.

Ct Júri. Apelação. Recurso especial. Pressuposto geral. Interesse de agir. REsp 10.560-GO. RSTJ 27/424.

PrPn Júri. Apelação. Valoração da prova. REsp 6.903-PR. RSTJ 27/357.

Pv Juros. Correção monetária. Parcelas em atraso. Indenização. Aposentadoria. REsp 6.057-SP. RSTJ 27/334.

PrCv Justiça Estadual. Competência. Benefícios previdenciários. CC 1.478-RJ. RSTJ 27/49.

L

PrCv Legitimidade para recorrer. Ministério Público. Ação de investigação de paternidade. REsp 5.333-SP. RSTJ 27/329.

Pn Lei de imprensa. Prescrição. Causas interruptivas. REsp 9.158-SP. RSTJ 27/401.

PrCv Lei nº 1.533/51, art. 7º, II. Mandado de segurança. Liminar. Direito subjetivo. RMS 272-SP. RSTJ 27/145.

Cv Lei nº 6.649/79, art. 4º. Locação não residencial. Ação de consignação em pagamento. REsp 4.856-SP. RSTJ 27/318.

Cv Lei nº 6.649/79, art. 52, X. Locação residencial. Retomada. Ação de despejo. REsp 1.400-RJ. RSTJ 27/263.

PrPn Lei nº 7.210/84, arts. 66, II, *g*, e 86. Execução penal. Pena. Cumprimento em outro Estado. Competência. CC 1.885-PR. RSTJ 27/55.

PrPn Lei nº 8.176/91. Competência. Crimes contra a ordem econômica. CC 2.096-RN. RSTJ 27/58.

PrCv Liminar. Direito subjetivo. Mandado de segurança. Lei nº 1.533/51, art. 7.º, II. RMS 272-SP. RSTJ 27/145.

PrCv Liminar. Mandado de segurança. Ato judicial. RMS 830-ES. RSTJ 27/218.

PrCv Liquidação de sentença. Acidente do trabalho. Indenização. Diferença. REsp 10.257-SP. RSTJ 27/419.

Cv Locação não residencial. Ação de consignação em pagamento. Lei nº 6.649/79, art. 4º. REsp 4.856-SP. RSTJ 27/318.

Cv Locação residencial. Retomada. Ação de despejo. Lei nº 6.649/79, art. 52, X. REsp 1.400-RJ. RSTJ 27/263.

PrCv Loteamento clandestino. Acórdão não motivado. Nulidade. Multa. CPC, art. 538, parágrafo único. Embargos de declaração. REsp 13.334-DF. RSTJ 27/470.

PrCv Lugar do pagamento. Competência. Ação consignatória. CC 1.870-SP. RSTJ 27/52.

M

Adm Majoração. Tarifação de energia elétrica. Mandado de segurança. Decadência afastada. REsp 13.360-RJ. RSTJ 27/480.

Adm Mandado de segurança. Ato administrativo. Efeitos. RMS 775-SP. RSTJ 27/212.

PrCv Mandado de segurança. Ato judicial. Ação de despejo. RMS 452-CE. RSTJ 27/169.

PrCv Mandado de segurança. Ato judicial. Liminar. RMS 830-ES. RSTJ 27/218.

Adm Mandado de segurança. Curso de preparação de delegado de polícia civil. Ascensão funcional. Edital não admitindo denunciados em processo criminal. RMS 453-CE. RSTJ 27/172.

Adm Mandado de segurança. Detetives-inspetores. Ascensão ao cargo de Delegado. Concurso público. RMS 667-RJ. RSTJ 27/204.

PrCv Mandado de segurança. Liminar. Direito subjetivo. Lei nº 1.533/51, art. 7º, II. RMS 272-SP. RSTJ 27/145.

Adm Mandado de segurança. Majoração. Tarifação de energia elétrica. Decadência afastada. REsp 13.360-RJ. RSTJ 27/480.

Adm Mandado de segurança. Provas. Ato administrativo. RMS 202-PA. RSTJ 27/140.

PrCv Mandato em causa própria. Denunciação da lide. Evicção. Responsabilidade. REsp 4.589-PE. RSTJ 27/303.

PrCv Manutenção de posse. Petição inicial. Individualização do imóvel. Ação possessória. AgRg no Ag 8.226-PR. RSTJ 27/20.

Pn Menor. Prescrição. Comprovação da idade. Furto qualificado. Pena. Substituição. REsp 2.081-SP. RSTJ 27/279.

Ct Militar. Anistia. Promoções. ADCT, art. 8º. MS 444-DF. RSTJ 27/158.

Pn Mínimo legal. Pena-base. Fixação. REsp 8.914-RO. RSTJ 27/397.

PrCv Ministério Público. Legitimidade para recorrer. Ação de investigação de paternidade. REsp 5.333-SP. RSTJ 27/329.

PrCv Multa. CPC, art. 538, parágrafo único. Acórdão não motivado. Nulidade. Embargos de declaração. Loteamento clandestino. REsp 13.334-DF. RSTJ 27/470.

N

PrCv Nota promissória emitida fora do Brasil, em moeda estrangeira, para pagamento em cruzeiros. Validade. Execução. Decreto-lei nº 857/69. REsp 4.819-RJ. RSTJ 27/313.

PrCv Nulidade. Acórdão não motivado. Multa. CPC, art. 538, parágrafo único. Embargos de declaração. Loteamento clandestino. REsp 13.334-DF. RSTJ 27/470.

PrPn Nulidade. Revelia. Citação editalícia. RHC 1.227-PR. RSTJ 27/96.

O

Cv Obrigações. Contrato de compra e venda de imóvel. Inadimplemento. Prestações pagas. REsp 6.315-RJ. RSTJ 27/337.

Adm Opção de compra. Imóvel funcional. Servidores civis e ministérios militares. MS 713-DF. RSTJ 27/207.

P

Pv Parcelas em atraso. Correção monetária. Juros. Indenização. Aposentadoria. REsp 6.057-SP. RSTJ 27/334.

Cv Partilha em vida. Inventário. Colação pretendida. REsp 6.528-RJ. RSTJ 27/342.

Cv Patrimônio comum. Concubinato. Sociedade de fato. AgRg no Ag 9.206-RS. RSTJ 27/29.

Cm Pedido de restituição. Adiantamento. Concordata preventiva. Contrato de câmbio. REsp 7.731-SP. RSTJ 27/391.

PrPn Pena. Execução penal. Cumprimento em outro Estado. Competência. Lei nº 7.210/84, arts. 66, II, *g*, e 86. CC 1.885-PR. RSTJ 27/55.

Pn Pena-base. Fixação. Mínimo legal. REsp 8.914-RO. RSTJ 27/397.

PrCv Penhora. Ampliação. Intimação. Execução. REsp 5.210-SP. RSTJ 27/322.

PrCv Perícia. Antecipação de despesas. Desentranhamento dos laudos. Coação. REsp 9.492-SP. RSTJ 27/409.

PrCv Petição inicial. Ação possessória. Manutenção de posse. Individualização do imóvel. AgRg no Ag 8.226-PR. RSTJ 27/20.

Ct Petição inicial. Despacho. Prazo. Decadência. ADCT, art. 47, § 38. REsp 10.121-RJ. RSTJ 27/413.

PrPn Polícia militar. Busca e apreensão. Inquérito policial. RHC 1.236-RJ. RSTJ 27/101.

Pn Porte de arma de fogo. Confisco. Contravenção. REsp 3.804-RJ. RSTJ 27/295.

PrCv Prazo. Contagem. Intimação feita no sábado. REsp 10.900-PE. RSTJ 27/432.

Ct Prazo. Petição inicial. Despacho. Decadência. ADCT, art. 47, § 38. REsp 10.121-RJ. RSTJ 27/413.

PrCv Preclusão. Incompetência relativa. Agravo regimental. AgRg no Ag 6.328-PA. RSTJ 27/17.

PrCv Prequestionamento. Ausência. Recurso especial. Falta de menção ao dispositivo cuja vigência teria sido negada. REsp 12.851-RJ. RSTJ 27/467.

Pn Prescrição. Causas interruptivas. Lei de imprensa. REsp 9.158-SP. RSTJ 27/401.

Pn Prescrição. Contravenção. "Jogo do bicho". REsp 5.267-SP. RSTJ 27/326.

Pn Prescrição. Menor. Comprovação da idade. Furto qualificado. Pena. Substituição. REsp 2.081-SP. RSTJ 27/279.

Pn Prescrição. Sonegação fiscal. Competência. Falsificação de recibos de honorários. RHC 1.207-SP. RSTJ 27/90.

Ct Pressuposto geral. Recurso especial. Interesse de agir. Júri. Apelação. REsp 10.560-GO. RSTJ 27/424.

Cv Prestações pagas. Contrato de compra e venda de imóvel. Inadimplemento. REsp 6.315-RJ. RSTJ 27/337.

PrPn Primariedade. Bons antecedentes. Apelação em liberdade. CPP, art. 594. RHC 1.313-RJ. RSTJ 27/112.

PrCv Princípio da identidade física do juiz. Juiz auxiliar ou substituto designado para outra Vara. CPC, art. 132. REsp 13.651-SP. RSTJ 27/496.

Ct Prisão. Comunicação ao Juiz competente, à família do preso ou a pessoa por ele indicada. CF, art. 5º, LXII. RHC 1.526-RJ. RSTJ 27/123.

PrPn Prisão em flagrante. Denúncia apta. RHC 932-RJ. RSTJ 27/82.

PrPn Prisão preventiva. Constrangimento ilegal não caracterizado. RHC 1.466-DF. RSTJ 27/121.

PrPn Prisão preventiva. Decreto. Ausência de fundamentação. Revogação. RHC 835-PE. RSTJ 27/78.

PrPn Prisão preventiva. Réu primário e de bons antecedentes. Residência em local diverso do distrito da culpa. RHC 787-SP. RSTJ 27/74.

PrPn Prisão preventiva. Revogação incabível. Homicídio qualificado. RHC 655-PB. RSTJ 27/72.

Ct Procurador jurídico. Estabilidade excepcional. ADCT, art. 19. RMS 664-RN. RSTJ 27/184.

Ct Promoções. Militar. Anistia. ADCT, art. 8º. MS 444-DF. RSTJ 27/158.

PrCv Prova. Julgamento antecipado da lide. CPC, arts. 330 e 331. REsp 13.851-SP. RSTJ 27/499.

PrPn Prova. Ratificação de depoimento. Argüição de nulidade. Vítima menor. REsp 4.312-PR. RSTJ 27/300.

Adm Provas. Mandado de segurança. Ato administrativo. RMS 202-PA. RSTJ 27/140.

Q

Adm Quitação pelo seguro. Débito. Casa própria. Súmula 05-STJ. Súmula 454-STF. AgRg no Ag 13.769-RJ. RSTJ 27/44.

R

PrPn Ratificação de depoimento. Argüição de nulidade. Prova. Vítima menor. REsp 4.312-PR. RSTJ 27/300.

Pn Receptação. Descaminho. CP, art. 180. RHC 1.206-SP. RSTJ 27/86.

Ct Reclamação trabalhista. TRF. Competência. Recurso especial. Salário médio real. REsp 10.745-DF. RSTJ 27/429.

Ct Recurso especial. Dissídio jurisprudencial não demonstrado. REsp 11.891-PE. RSTJ 27/454.

PrCv Recurso especial. Prequestionamento. Ausência. Falta de menção ao dispositivo cuja vigência teria sido negada. REsp 12.851-RJ. RSTJ 27/467.

Ct Recurso especial. Pressuposto geral. Interesse de agir. Júri. Apelação. REsp 10.560-GO. RSTJ 27/424.

PrCv Recurso especial interposto em mandado de segurança. Erro grosseiro. Súmula 272-STF. RMS 1.039-SP. RSTJ 27/241.

Trbt Redução. Isenção. Alíquota zero. ICM. REsp 11.908-SC. RSTJ 27/456.

PrPn Rejeição. Denúncia. CPP, art. 43. REsp 11.118-RJ. RSTJ 27/436.

Trbt Repercussão não ocorrida. Repetição de indébito. REsp 2.654-SP. RSTJ 27/284.

Trbt Repetição de indébito. Repercussão não ocorrida. REsp 2.654-SP. RSTJ 27/284.

PrPn Residência em local diverso do distrito da culpa. Prisão preventiva. Réu primário e de bons antecedentes. RHC 787-SP. RSTJ 27/74.

PrCv Responsabilidade. Evicção. Denunciação da lide. Mandato em causa própria. REsp 4.589-PE. RSTJ 27/303.

Cv Responsabilidade civil. Atropelamento por composição ferroviária. Indenização. Danos materiais e danos morais. Cumulação. REsp 1.604-SP. RSTJ 27/267.

Adm Restituição de parcelas pagas. Consórcio de automóveis. Desistência. Correção monetária. REsp 7.297-RS. RSTJ 27/366.

Cv Retomada. Ação de despejo. Locação residencial. Lei nº 6.649/79, art. 52, X. REsp 1.400-RJ. RSTJ 27/263.

PrPn Réu primário e de bons antecedentes. Prisão preventiva. Residência em local diverso do distrito da culpa. RHC 787-SP. RSTJ 27/74.

PrPn Revelia. Nulidade. Citação editalícia. RHC 1.227-PR. RSTJ 27/96.

PrPn Revogação. Decreto de prisão preventiva. Ausência da fundamentação. RHC 835-PE. RSTJ 27/78.

PrPn Revogação incabível. Prisão preventiva. Homicídio qualificado. RHC 655-PB. RSTJ 27/72.

S

Ct Salário médio real. Reclamação trabalhista. Competência. TRF. Recurso especial. REsp 10.745-DF. RSTJ 27/429.

PrCv Seguro. Ação de indenização. Citação. IRB. REsp 10.457-AM. RSTJ 27/421.

PrPn Sentença. Intimação. Edital. Suposta irregularidade. RHC 1.321-SP. RSTJ 27/114.

PrPn Separação. Crime cometido contra cônjuge. Agravante. REsp 13.564-MG. RSTJ 27/484.

Ct Serventuário da Justiça. Efetivação de substituto. CF/69, art. 208. EC 22/82. RMS 505-RJ. RSTJ 27/177.

Adm Servidores civis de ministérios militares. Imóvel funcional. Opção de compra. MS 713-DF. RSTJ 27/207.

Cv Sociedade de fato. Concubinato. Patrimônio comum. AgRg no Ag 9.206-RS. RSTJ 27/29.

Pn Sonegação fiscal. Prescrição. Competência. Falsificação de recibos de honorários. RHC 1.207-SP. RSTJ 27/90.

Adm Súmula 05-STJ. Casa própria. Débito. Quitação pelo seguro. Súmula 454-STF. AgRg no Ag 13.769-RJ. RSTJ 27/44.

PrCv Súmula 272-STF. Recurso especial interposto em mandado de segurança. Erro grosseiro. RMS 1.039-SP. RSTJ 27/241.

Adm Súmula 454-STF. Casa própria. Débito. Quitação pelo seguro. Súmula 05-STJ. AgRg no Ag 13.769-RJ. RSTJ 27/44.

T

Adm Tarifação de energia elétrica. Majoração. Mandado de segurança. Decadência afastada. REsp 13.360-RJ. RSTJ 27/480.

PrPn Testemunha. Desistência do depoimento. *Habeas corpus*. RHC 1.552-SP. RSTJ 27/129.

PrPn Trancamento. Ação penal. Falta de justa causa. RHC 1.441-ES. RSTJ 27/118.

PrCv Transporte aéreo. Acidente. Ação de reparação de dano. Competência. REsp 6.863-RJ. RSTJ 27/351.

V

PrCv Validade. Nota promissória emitida fora do Brasil, em moeda estrangeira, pagamento em cruzeiros. Execução. Decreto-lei nº 85/69. REsp 4.819-RJ. RSTJ 27/313.

PrPn Valoração da prova. Júri. Apelação. REsp 6.903-PR. RSTJ 27/357.

PrPn Vítima menor. Prova. Ratificação de depoimento. Argüição de nulidade. REsp 4.312-PR. RSTJ 27/300.

Impresso na Prol editora gráfica ltda.
03043 Rua Martim Burchard, 246
Brás - São Paulo - SP
Fone: (011) 270-4388 (PABX)
com filmes fornecidos pelo Editor.